

Aproximación a los pliegos tipo de infraestructura de transporte – El pliego tipo de mínima
cuantía

Maestría en Derecho Administrativo

Leonardo Carrillo Torres

Directora:

Diana Carolina Valencia Tello (Dra.)



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Bogotá D. C.

2022

Agradecimientos

A Dios por haberme dado el impulso necesario para comenzar y terminar este proyecto, a mi padre por siempre tener una voz de aliento cuando pensé que no sería capaz de culminar, a mi Munchi por estar siempre ahí animándome, a mi directora de tesis por su entrega y dedicación. A cada una de las personas que creyeron en mí incluso cuando yo mismo dejé de hacerlo, y a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario por permitirme cumplir este sueño.

Resumen

Recientemente nuestro ordenamiento le ha dado la bienvenida a un novedoso instrumento que debe ser utilizado por las entidades del Estado al contratar obras de infraestructura de transporte, este es el pliego tipo.

Este trabajo de investigación realiza una aproximación a los pliegos tipo, en especial, el pliego tipo de mínima cuantía de infraestructura de obras de transporte, abordando el contexto en el que se genera el instrumento y sus principales discusiones. A continuación, se analiza en detalle el contenido del pliego, para lo cual se desarrollan sus principales aspectos y cómo este debe ser utilizado. Finalmente, se presentan las reflexiones del instrumento frente a los asuntos más relevantes, y las conclusiones del trabajo de investigación.

Palabras clave: contratación pública, derecho administrativo, pliego tipo de mínima cuantía.

Tabla de Contenido

Agradecimientos	2
Resumen	3
Índice de Tablas	6
Índice de Figuras	7
Abreviaturas	8
Introducción	9
Capítulo 1. El Contexto del Sistema de Compras Publicas y los Pliegos Tipo en Colombia	11
1.1. El Cambio en el Modelo de Estado en la Constitución de 1991 y sus Efectos en la Contratación Pública	15
1.2. La Creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente y los Documentos Tipo	35
1.3. La Promoción de una Cultura de la Integridad en Colombia a Partir de Casos de Corrupción en Obras Públicas	50
Capítulo 2. Los Pliegos Tipo de Mínima Cuantía de Obras de Infraestructura de Transporte	62
2.1. De la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía hasta la Expedición de los Pliegos Tipo	62
2.2. De los Pliegos Tipo de Mínima Cuantía de Obras de Infraestructura de Transporte	65
2.2.1. De la Invitación Pública del Pliego Tipo de Mínima Cuantía	70
2.2.2. Capítulo 1 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Información General	73
2.2.3. Capítulo 2 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Especificaciones Técnicas	84
2.2.4. Capítulo 3 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Elaboración, Presentación y Evaluación de las Ofertas	87
2.2.5. Capítulo 4 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Requisitos Habilitantes y su Verificación	89
2.2.6. Capítulo 5 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Criterios de Evaluación, Criterios de Desempate y Oferta Económica	99
2.2.7. Capítulo 6 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Riesgos	100
2.2.8. Capítulo 7 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Garantías	100
2.2.9. Capítulo 8 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Comunicación de Aceptación de la Oferta y Cláusulas Adicionales	101

2.2.10. Capítulo 9 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Anexos, Formatos, Matrices y Formularios	102
Capítulo 3. Reflexiones Frente al Pliego Tipo de Mínima Cuantía de Infraestructura de Transporte	104
3.1. El Pliego Tipo en Relación con las Facultades Regulatorias Otorgadas a la Agencia con Ocasión de la Ley 1882 de 2018	104
3.2. Resultados de la Implementación del Pliego Tipo de Mínima Cuantía	112
3.3. Reflexiones Frente a las Desventajas y Ventajas de los Pliegos Tipo de mínima cuantía	125
3.3.1. Algunas Desventajas de los Pliegos Tipo de mínima cuantía	125
3.3.2. Las Ventajas del Pliego Tipo de mínima cuantía	128
Capítulo 4. Conclusiones	132
Referencias	137
Referencias Jurisprudenciales	143

Índice de Tablas

Tabla 1. Pliegos tipo para contratar obras de infraestructura de transporte	53
Tabla 2. Matriz 2 – indicadores financieros, obras para infraestructura de transporte	98
Tabla 3. Aspectos aprobados por la Ley 1882 de 2018 para ser regulados en el pliego tipo vs. lo dispuesto en la herramienta	108

Índice de Figuras

Figura 1. Matriz de experiencia	94
Figura 2. Anexos y formatos del pliego tipo de mínima cuantía	102
Figura 3. Promedio de oferentes al cierre por modalidad	117
Figura 4. Licitación pública	118
Figura 5. Selección abreviada de menor cuantía	119
Figura 6. Cifras respecto de la modalidad de mínima cuantía de obras de transporte	122

Abreviaturas

ANCP: Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente

CP: Constitución Política

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

SCPC: Sistema de Compras Públicas Colombiano

SECOP: Sistema Electrónico para la Contratación Pública

Introducción

La Constitución Política y las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 otorgaron a las entidades del Estado la posibilidad de satisfacer sus necesidades para el cometido de sus fines con plena autonomía administrativa, la cual, a lo largo de la historia de la Constitución de 1991, había sido ejercida por las entidades del Estado en todas las etapas del proceso contractual, es decir, en las etapas precontractual, contractual y poscontractual.

Dicho panorama parecía inmodificable en virtud de la autonomía de las entidades del Estado consagrada en la Constitución Política. Sin embargo, en los últimos años han aparecido nuevas instituciones, como los pliego tipo, que modifican sustancialmente la contratación pública en Colombia. Por ello, este trabajo de grado busca explorar el surgimiento de nuevas instituciones jurídicas que se han abierto paso en el ordenamiento jurídico colombiano, primero bajo recomendaciones de organismos internacionales y decretos, luego, de forma reciente, por ministerio de la Ley 2022 de 2020, “Por la cual se modifica el artículo 4.º de la Ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones”.

Los pliegos tipo modifican de forma importante el procedimiento contractual, pues se ordena a las entidades del Estado seguir los lineamientos contenidos en dichos documentos sin alterar su contenido. Los lineamientos son bastante específicos al establecer los requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia, que antes de la entrada en vigencia del instrumento eran de libre configuración por las entidades estatales.

Este tipo de iniciativas fue presentado al país por el gobierno nacional como una medida para promover la transparencia, generar mayor pluralidad de oferentes y prevenir la corrupción, que al momento de la expedición de la Ley 1882 de 2018 reportaba altos índices, por escándalos ocurridos en materia de contratación pública, como el caso Odebrecht.

Para el desarrollo de esta investigación, la metodología adoptada es de naturaleza cualitativa y descriptiva, mediante el análisis del ordenamiento jurídico en diferentes periodos, así como de documentos oficiales, libros, periódicos y artículos en revistas indexadas. Teniendo en cuenta que la implementación de los pliego tipo es reciente y que la Agencia de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente cuenta con algunas cifras sobre el impacto de esta nueva regulación, en la tercera sección se analizan los datos registrados en el SCPC.

Así, la tesis está organizada en tres capítulos, donde en el primero de ellos se abordan los antecedentes del sistema de compras públicas en Colombia, así como el contexto en el que surgen los pliegos tipo en nuestro ordenamiento jurídico. En el segundo capítulo, se estudia el pliego tipo de mínima cuantía de obras de infraestructura de transporte y se identifican sus principales características, para después presentar en el tercer capítulo algunas reflexiones sobre esta nueva forma de regulación contractual, así como el análisis de cifras sobre el cumplimiento y el impacto de esta nueva forma de contratación en las entidades estatales. Finalmente, en el cuarto capítulo, se exponen las conclusiones del ejercicio y se proponen nuevos temas que deberán ser investigados en los próximos años.

Capítulo 1. El Contexto del Sistema de Compras Públicas y los Pliegos Tipo en Colombia

En este capítulo analizaremos el cambio de modelo del Estado con ocasión de la Carta Política de 1991 y las repercusiones o cambios promovidos por ella en la contratación estatal, para entender fenómenos de actualidad, como los pliegos tipo, a través de los cuales se busca el interés general, prevenir la corrupción y adoptar prácticas estandarizadas en materia de contratación, por lo menos en la teoría.

Estos cambios no en todos los casos se originan en la iniciativa legislativa en materia contractual pública en cumplimiento del mandato constitucional otorgado al Congreso de la República, como única instancia competente para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública (Const., 1991, art. 150), aunque así lo parezca. En realidad, algunos cambios que en la actualidad rigen el Sistema de Compras Públicas Colombiano son producto de la influencia del contexto global, es decir, de organizaciones internacionales, bancos o asociaciones o grupos de países, que de alguna forma terminan promoviendo transformaciones normativas en nuestro ordenamiento, muchas veces sin que nos demos cuenta o entendamos cómo suceden.

La Carta Política de 1886 enmarcaba un Estado en el que la descentralización de los aspectos más relevantes para el funcionamiento de un país apenas comenzaba a asomarse, el común denominador era la centralización de poder en el Ejecutivo, a través del cual se realizaban las principales funciones del Estado, entre las que se encontraba la provisión de los servicios públicos y, por ende, la contratación de estos en cabeza del gobierno central.

Del proceso de cambio del modelo central a descentralizado da cuenta el Decreto extraordinario 77 de 1987, que “estableció el estatuto de la descentralización a favor de los municipios y transfirió desde el nivel central la responsabilidad por la prestación de los servicios

públicos, determinando también que los municipios debían tener un plan quinquenal de inversión” (Valencia-Tello, 2014, p. 186).

El cambio de paradigma y la transferencia de roles de la Nación a las regiones implicó un cambio de pensamiento, sobre todo porque se asignaron nuevas competencias a los entes territoriales, tareas para las que tenían escasa preparación.

La descentralización fiscal, a que se refieren las leyes mencionadas, fue complementada por una descentralización administrativa y por otra de tipo político. La primera, contenida básicamente en la Ley 11 de 1986 y el Decreto Ley 77 de 1987, tuvo por objeto la actualización de normas sobre asuntos locales que conservaban su vigencia desde la expedición del viejo Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4.^a de 1913), la incorporación de disposiciones nuevas sobre participación de la comunidad, juntas administradoras locales, sistema contractual y control fiscal; entidades descentralizadas y manejo de personal, y , además, la transferencia de funciones administrativas de la Nación a los municipios en materia de servicios de agua potable y saneamiento básico (...). (Henaó, 2015, p. 65)

Según la doctrina el proceso de descentralización en Colombia tomó por sorpresa a los entes territoriales, quienes de la noche a la mañana debían empezar a ejecutar dineros públicos y desarrollar otro número importante de competencias para las cuales no estaban preparados. Al respecto, algunos autores afirman que este proceso se ha venido dando normativamente a través de la expedición de numerosas leyes, sin tener en cuenta, las particularidades de los entes territoriales, ni las capacidades institucionales necesarias para ello.

La legislación nacional, al homogeneizar a las entidades territoriales, entregó de forma automática, de un día para otro, competencias que estuvieron a cargo de la nación por más de un siglo, sin verificar antes la capacidad real de gestión de las entidades y sin contar con periodos de transición que otorgaran tiempo a los funcionarios responsables para entrenarse y asumir de manera responsable las nuevas competencias otorgadas por las leyes nacionales. (Valencia-Tello, 2014, p. 175)

No quiere decir esto que la descentralización sea inapropiada para la realidad de país, sino que ha sido un proceso que no previó un cambio gradual para que los entes territoriales pudiesen prepararse para asumir las nuevas competencias. Adicionalmente, en la década de los años ochenta los recursos asignados no eran suficientes para satisfacer sus necesidades, lo cual deja entrever la gran dependencia de los territorios respecto a las transferencias que desde la nación deben realizarse a los municipios y departamentos para su funcionamiento.

El proceso de descentralización política, administrativa y fiscal vivido en Colombia desde finales de los años 80, ha venido trasladando permanentemente a los entes territoriales las responsabilidades y competencias que estaban a cargo del Gobierno central, así como les ha dado participación en las principales rentas, especialmente aquellas provenientes de tributación al consumo, sin que estas últimas se compadezcan con el sinnúmero de compromisos que ahora deben asumir las administraciones locales. (Delgado y Acero, 2015, p. 218)

Posteriormente, fueron establecidas diferentes categorías para los municipios y los departamentos conforme el número de habitantes e ingresos corrientes que reciben por su propia gestión. Así, se identificó que la mayoría de los municipios en Colombia son de quinta y sexta categoría y, en consecuencia, cuentan con altos niveles de pobreza y de desigualdad que también se evidencia en la fragilidad de sus instituciones. Estos municipios, de acuerdo con la Ley 617 de 2000, son aquellos cuya población está entre menos de 10.000 y hasta 20.000 habitantes, así:

Quinta categoría. Todos aquellos distritos o municipios con población comprendida entre diez mil uno (10.001) y veinte mil (20.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a quince mil (15.000) y hasta veinticinco mil (25.000) salarios mínimos legales mensuales.

Sexta categoría. Todos aquellos distritos o municipios con población igual o inferior a diez mil (10.000) habitantes y con ingresos corrientes de libre destinación anuales no superiores a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales.
(Ley 617 de 2000, Congreso de Colombia, art. 2)

A pesar de lo dicho hasta ahora y del debate frente a la manera en que la descentralización fue realizada en Colombia, es importante resaltar que la Constitución Política de 1991, buscó fortalecer el proceso de descentralización, otorgando mayor autonomía administrativa, política y financiera a las entidades territoriales, donde la contratación pública fue uno de los instrumentos fundamentales para la prestación de servicios y bienes públicos conforme un nuevo modelo de Estado, lo que será analizado a continuación.

1.1. El Cambio en el Modelo de Estado en la Constitución de 1991 y sus Efectos en la Contratación Pública

Nuestra Carta Política actual, en el artículo primero, consagra a nuestro país de la siguiente manera:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Const., 1991, art. 1)

Las características del artículo primero de la Constitución Política de 1991 permiten inferir que el nuevo modelo de Estado descentralizado, del cual se predicen la libertad en la actividad económica y la iniciativa privada, en virtud del artículo 333, debía tener en cuenta a los particulares al momento de realizar sus fines y respetar el orden constitucional.

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que

se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (Const., 1991, art. 333)

Algunos doctrinantes reconocen que dicho cambio de modelo de Estado, de centralizado a descentralizado, fue el gestor de numerosas transformaciones que debían darse para abrirle camino al nuevo modelo de contratación estatal establecido con ocasión de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, la Constitución Política de 1991 avanzó de manera importante en temas como la desregulación; globalización; desmonopolización, y principalmente la libre competencia y competencia entre el Estado y los particulares, especialmente en cuanto a servicios públicos se refiere. De un Estado monopólico pasamos a uno de corte competitivo, con amplia participación privada en el manejo de la riqueza, la explotación, gestión y titularidad de los servicios públicos. (Palacio, 2004, p. 102)

Se puede afirmar que la Carta Política de 1991 promovió un nuevo modelo económico, una nueva forma de proveer bienes y servicios al Estado, invitando a los privados a ser partícipes del nuevo orden constitucional para el cumplimiento de los fines del Estado y la materialización de la descentralización territorial.

(...) consolidar un Estado social de derecho, garantizando derechos fundamentales a todos los individuos y la prestación de bienes y servicios públicos para toda la población, pero al mismo tiempo, posibilitó la apertura de las fronteras, así como mayor participación del sector privado y del mercado para la prestación de bienes y servicios públicos. Por ello, en este nuevo modelo de Estado, la mayoría de bienes y servicios públicos son prestados con apoyo del sector privado y del mercado. (Valencia-Tello, 2021, p. 178)

La vinculación del sector privado como proveedor de bienes y servicios del Estado introdujo nuevas lógicas contractuales para hacer que el Estado fuera viable y cumpliera su mandato constitucional. Acerca de la noción de la contratación estatal y su importancia, producto de los cambios con ocasión de la Constitución de 1991, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE) afirmó:

La contratación pública es la disciplina de la administración pública que se ocupa de la adquisición, por parte de las entidades estatales, de bienes y servicios para: (a) su operación y funcionamiento del gobierno, como combustible, equipos de oficina, pasajes o vehículos; y (b) la ejecución de los planes de desarrollo del gobierno, reflejado en proyectos de inversión para construir escuelas, carreteras, puertos, entre otros, o para adquirir o instalar tecnología. En la década de los 90 la contratación pública pasó de ser una tarea simplemente administrativa de las entidades públicas, enfocada en los procesos y el control para limitar abusos, a ser un poderoso instrumento para: (a) apoyar las metas estratégicas de los gobiernos

para entregar a la comunidad oportunamente bienes, obras y servicios; (b) generar empleo; (c) manejar eficiente del gasto público; (d) la protección ambiental; (e) desarrollar la capacidad industrial; y (f) la integración comercialmente entre otros. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 2)

Bajo estos parámetros constitucionales y otras características neoliberales fue expedida la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se pretendía un régimen de contratación basado en principios que impulsaran la realización de los fines del Estado, y que al parecer introdujo las recomendaciones de la OCDE para la época de su expedición (Valencia-Tello, 2021), con las que se buscaban fuertes cambios regulatorios que promovieran el bienestar de los países miembros, a través de estructuras normativas flexibles que impulsaran la economía de los países y el bienestar de sus ciudadanos, tomando como referencia cambios realizados en la Unión Europea y Estados Unidos, en los que se identificaron modelos de descentralización y desregularización como acción para promover un cambio positivo en su funcionamiento y sus economías.

Para ciertos doctrinantes la Ley 80 de 1993 era novedosa y, en su espíritu liberal, inspiradora, por su poca extensión y complejidad. Esta debía materializar los fines del Estado promoviendo la realización de los ideales de cada institución, así lo afirma el profesor Matallana:

Los fines de la contratación estatal se encuentran consagrados en el artículo 3 de la Ley 80, el cual establece que cuando los servidores públicos participen en la contratación y ejecución de los contratos deben considerar que las entidades estatales buscan el cumplimiento de los fines estatales; la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de

los contratistas que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

(Matallana, 2012, p. 134)

De esta forma, la Carta Política de 1991 introdujo cambios sustanciales que promovieron la participación de los particulares en la contratación pública, que para el año 2013, según la Agencia Nacional de Contratación Pública, era de 15,8 % del PIB, cifra muy interesante, pues demuestra la importancia de las compras públicas, dejando claro que el Estado colombiano es un gran comprador de bienes y servicios.

Al parecer, luego del cambio de modelo de Estado centralizado a descentralizado con ocasión de la Constitución de 1991, las organizaciones internacionales comenzaron a darse cuenta que la contratación pública es fundamental para mejorar la infraestructura de los países, pero al mismo tiempo, facilita fenómenos de corrupción debido a la cercanía entre intereses públicos y privados. Por ello, se promueven importantes cambios en el modelo de contratación pública a nivel global. Al respecto, Benavides afirma:

Así, iniciando el siglo XXI, varios organismos internacionales (como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE/OECD], Banco Mundial [BM] y Fondo Monetario Internacional [FMI]) analizaron que debido al atraso de las infraestructuras en el mundo y, en particular, en América Latina, era necesario formular nuevas dinámicas contractuales. Por ello, a pesar de la opinión desfavorable de muchos sectores de la población sobre los procesos de privatización y reducción del Estado, los organismos internacionales auspiciaron la revitalización del sector privado mediante la estructuración de marcos contractuales

y reglamentarios sólidos, con instrumentos financieros, provenientes de la banca multilateral, pues los recursos públicos nacionales o locales, serán suficientes para mejorar la infraestructura existente mediante contratación pública. (Benavides, 2014, citado en Valencia-Tello, 2021, p. 179)

A lo largo de la historia, el Estado colombiano ha sido influenciado por las organizaciones internacionales a las cuales pertenece o quiere vincularse para acceder a ciertos beneficios. Estos denominados clubes de Estados, como la OCDE, OMC, y otras organizaciones o grupos globales y regionales, abordan diferentes temáticas, y con ello buscan promover el bienestar general, la competitividad y productividad de los países que los integran, bajo diversas fórmulas, buscando mayor coordinación e integración del mercado mundial.

Estas organizaciones promueven fines particulares para quienes hacen parte de ellas, insertan lógicas de funcionamiento, desarrollo e implementación de estándares para el relacionamiento entre sus miembros, además de algunos privilegios para los Estados que las integran.

Colombia no ha sido ajena a este tipo de organizaciones, y la influencia sobre el Sistema de Compras Públicas en relación con su estructura, desarrollo, transformación y cambios en el ordenamiento ha sido notoria, al menos para la academia, dado que no es fácil, sin estudiar y dedicar tiempo a entender cómo han sucedido las cosas en nuestro país, darse cuenta de que esto ha sido así y cómo se han dado los cambios.

Según la Agencia Nacional de Contratación Pública - CCE, nuestro Sistema de Compras Públicas ha sido influenciado por las opiniones, estudios y diagnósticos emitidos por organismos

internacionales, los cuales han servido como fundamento para realizar cambios en nuestras instituciones, para transformar el régimen de contratación pública actual.

El sistema de contratación pública de Colombia (SCPC) ha sido objeto de varios estudios y diagnósticos desde el año 2000. Todos estos ejercicios han tenido origen principalmente en la insatisfacción producida por: (a) el desempeño del sistema en términos de su agilidad y eficiencia; (b) la falta de capacidad para apoyar oportunamente la ejecución de los planes de inversión y de funcionamiento del gobierno; (c) los escándalos frecuentes y quejas sobre posible corrupción; y (d) la cuestionable calidad y sostenibilidad de algunos proyectos de inversión. A pesar de las buenas intenciones para modernizar y adaptar integralmente el SCPC a las nuevas y cambiantes necesidades del gobierno, a la evolución de los mercados, a las modalidades modernas de compras y contratación utilizadas internacionalmente y al comercio internacional, la inhabilidad de los sucesivos gobiernos para lograrlo ha generado frustración, lo cual ha marcado el SCPC. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 1)

Este contexto de las compras públicas generó el interés de diversos organismos multilaterales, y ha hecho que en Colombia, a partir del año 2000, se comience a revisar cómo se han venido haciendo las cosas, para saber qué mejoras es necesario implementar en nuestro Sistema de Compras Públicas, producto de recomendaciones provenientes de organismos diferentes al Congreso de la República, a quien, recordemos, le fue dada de forma exclusiva la facultad de expedir las normas que rigen la contratación pública colombiana.

Según la Agencia Nacional de Contratación Pública – CCE, entre el 2000 y el 2010 nuestro Estado fue objeto de varios estudios efectuados bajo el lente de organismos multilaterales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano:

Entre los años 2000 y 2010 se adelantaron varios estudios sobre el SCPC. El Anexo 1 presenta una descripción detallada de los análisis efectuados y de distintas intervenciones del gobierno para mejorar el SCPC. Un primer grupo de estudios contó con el apoyo del Banco Mundial (BM) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y consistió en diagnósticos sobre el estado del SCPC acompañados de recomendaciones para su mejora. Principalmente dos instrumentos internacionales de análisis y diagnóstico fueron utilizados para estos trabajos: (a) el Informe de Evaluación del Sistema de Compras Públicas del País (Country Procurement Assessment Report – CPAR); y (b) la Metodología para la Evaluación de los Sistemas de Compras Nacionales desarrollado por la OCDE. El primer diagnóstico del SPSC es del año 2000, fue actualizado en el 2005 y el análisis con la metodología de la OCDE se realizó en 2008. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 6)

El primero de los informes, el CPAR del año 2000, elaborado por el Banco Mundial, revisó el sistema jurídico de las compras públicas, y determinó la necesidad de implementar cambios sustanciales en el ordenamiento colombiano, como en las deficiencias graves que se encontraron en la concepción del régimen contractual y en la institucionalidad. Desde ese momento se comenzó hablar de la estandarización de documentos.

En el CPAR de 2000, el BM revisó el marco normativo y recomendó un plan de acción. Entre las debilidades del marco normativo colombiano, el CPAR señaló: (a) la redacción deficiente de la Ley 80 de 1993; (b) la falta de una regulación única; (c) la estructura confusa de la Ley 80 de 1993; (d) los numerosos regímenes excepcionales sin justificación; (e) la existencia de un registro obligatorio que no es operativo; (d) la falta de pertinencia de los criterios de clasificación y calificación; y (e) la falta de claridad en los principios de evaluación. En relación con la institucionalidad, el CPAR señaló deficiencias en la planeación de la contratación a la cual se suma la rigidez de las normas presupuestales, la falta de documentos estándar para la contratación, la falta de rigor en la modificación de los términos y condiciones para participar en los procesos competitivos, la ausencia de un ente rector en materia de contratación, la ausencia de una política de empleo público respecto del personal encargado de adquisiciones y de una política de capacitación de los funcionarios públicos encargados de adquisiciones de bienes y servicios. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 21)

En palabras de CCE, los primeros estudios de diagnóstico del SCPS realizados por el Banco Mundial inspirarían algunos cambios normativos y estructurales en el régimen de contratación pública colombiano promovidos por el gobierno de turno en los años 2000. Nótese cómo desde ese entonces se empezó hablar acerca de la estandarización de documentos, para promover mejoras en el sistema.

Ahora bien, con ocasión y fundamentado en el primer CPAR del año 2000, el Gobierno nacional inició el primer proyecto para modernizar la administración pública, bajo el Proyecto de Modernización de la Administración Pública Financiera del Sector Público MAFP I, en el cual se estructuró el subcomponente de contratación pública MAFP II, financiado con recursos del Banco Mundial BM-BIRF 7049-CO.

El CPAR concluyó que el sistema de compras públicas de Colombia requiere además de una modificación del marco legislativo, tener una institucionalidad que asegure coherencia en el desarrollo, interpretación y difusión de la política pública en la materia, así como tener las herramientas modernas suficientes para cualquier sistema de compra pública como son el sistema electrónico, los documentos estándar y un sistema adecuado para recoger las mejores prácticas. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 21)

El Proyecto de Modernización de la Administración Pública Financiera del Sector Público MAFP II, del DNP, en el 2001 buscaría promover algunas reformas importantes a través del subcomponente de contratación:

(i) regular la Ley 80 de 1993; (ii) diseñar y aplicar acuerdos institucionales para estandarizar y divulgar procedimientos; (iii) ofrecer apoyo a las entidades centrales y territoriales y desarrollar un sistema de control y evaluación de las prácticas de compra pública; (iv) diseñar y poner en marcha un sistema de divulgación de los avisos de adquisiciones públicas, documentos de licitación, adjudicación de

contratos y establecer un sistema de contratación en línea; y, (v) diseñar un sistema pedagógico para el sector público que cubra aspectos conceptuales, técnicos, legales y de procedimiento de las adquisiciones y la contratación pública. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 22)

Para materializar dichos propósitos el DNP creó el programa de contratación pública del DNP- BIRF, el cual creó la Misión en Contratación Pública, conformada por expertos juristas del ámbito nacional, quienes a través de sus aportes forjarían las bases que fueron incluidas en el Conpes 3186.

El documento Conpes 3186, denominado “Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, tenía la pretensión de comenzar a forjar un cambio que promoviera la primera política general de contratación de las entidades del Estado colombiano, para promover la eficacia y la transparencia.

De conformidad con el Conpes 3186, el objetivo del subcomponente fue desarrollar una regulación de soporte a la Ley 80 para la implementación de políticas estándar de contratación, el diseño de un sistema de divulgación de información que permitiera una mejor aproximación al sector; la implementación de un sistema pedagógico de compras públicas y lo que fuera la primera versión de un Sistema de Compras Electrónico (Colombia Compra Eficiente, 2013). Todo ello se gestó, vale la pena recordarlo, con ocasión del primer CPAR-2000, elaborado por el Banco Mundial, quien posteriormente por medio de contratos de préstamo financiaría dichos cambios.

El Conpes 3186 concluye recomendando la adopción de tres medidas como punto de partida para la mejora del SCPC:

1. Que el Gobierno, con el apoyo y coordinación técnica del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, elabore y presente a consideración del Congreso de la República un proyecto de ley modificatorio del régimen legal y reglamentario de los contratos de la administración pública existente, titulado “Ley General de Contratación para la Administración Pública (...)”.
2. Disponer la creación en el proyecto de ley mencionado, del Consejo Nacional de Contratación, con naturaleza de consejo superior de la administración, a cuyo cargo se encontrará el establecimiento de una política pública integral en materia de contratación pública, así como proponer al Conpes la adopción de aquellas medidas que la ley determine como de su competencia.
3. Que el Gobierno, con el apoyo y la coordinación técnica del Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP, expida un decreto reglamentario mediante el cual se cree el Sistema Electrónico Integral de Contratación Pública –SEICO–, como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra, combina y proporciona centralizadamente información sobre la misma; que promueve la interacción entre las entidades contratantes, las entidades de control y los contratistas, al tiempo que busca ofrecer herramientas para la “selección objetiva” de estos últimos y para la celebración de contratos electrónicos. (DNP, 2002, p. 48)

Posteriormente, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez expidió la Directiva Presidencial n.º 10, de agosto de 2002, denominada “Programa de Renovación de la Administración Pública: Hacia un Estado Comunitario”, a través de la cual se insta a todas las entidades de la rama ejecutiva a

una nueva visión de Estado enfocado en acciones de corto y mediano plazo para lograr un Estado para la gente.

Una de las acciones a largo plazo contenidas en dicha directiva presidencial se relaciona con la manera de contratar del Estado. La directiva, en sus iniciativas a largo plazo, contempló medidas para el manejo íntegro de la contratación pública, a través de la creación de herramientas gerenciales para el manejo de la contratación estatal, cambios normativos y transparencia en la gestión contractual. Al respecto, la citada directiva establece:

2.1 Responsabilidad en la administración de lo público

A continuación, se enuncian algunos de los propósitos a los cuales debe apuntar una administración responsable de lo público.

a) Manejo íntegro y visible de la contratación estatal: Una gestión contractual íntegra y visible requiere herramientas gerenciales que identifiquen y minimicen los factores de riesgo que se presentan en esta operación.

Con ese objetivo se compilará la normatividad existente en la materia y se establecerán instrumentos eficaces para vigilar y controlar a los proponentes y contratantes de la administración. Deberá garantizarse la más amplia publicidad de los procesos contractuales, así como una capacitación oportuna de los funcionarios llamados a intervenir en dichos procesos.

Los contratos estatales se deberán planificar y celebrar en forma transparente. Para cumplir con este propósito se implementará en el mediano plazo una política transversal del Estado en materia de adquisiciones públicas. En dicha política se

prestará una particular atención a la participación de las veedurías comunitarias y a la realización sistemática de audiencias públicas en la adjudicación de contratos.

Como medida complementaria, se controlarán los índices de desempeño de la contratación estatal de las entidades. (Directiva presidencial 10 de 2002, Presidencia de la República, 2002, num. 2)

Algo interesante de la Directiva 10 de 2002 es que instó a los ministros, directores de departamento y directores de entidad cabeza de sector a elaborar documentos Conpes de compromiso en las áreas de su competencia, para materializar los fines del Gobierno, realizar seguimiento al cuatrienio y sus metas, con el fin de promover los ideales de la directiva.

Posteriormente, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2170 del 30 de septiembre de 2002, “Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”, que en su primer artículo disponía la obligatoriedad de publicar los pliegos de condiciones y términos de referencia de los procesos de contratación en las páginas web de cada entidad, para que los interesados pudiesen conocer las condiciones de participación y pudieran presentar los documentos a observaciones.

Pareciera que el Gobierno nacional, a través del Decreto 2170 de 2002, comenzó a implementar las recomendaciones del Conpes 3186, provenientes de los documentos emitidos por el BM, en relación con la publicidad de los documentos a través de medios electrónicos, con consecuencias disciplinarias para aquellos funcionarios que no cumplieran la disposición, ya sea realizando la publicación en su página o en medios de amplia circulación¹. Sin embargo, aquí es

¹ Decreto 2170 de 2002. Artículo 1. Publicidad de proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia. Las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o

importante resaltar que en aquel momento la mayoría de las entidades públicas no contaban con página web, ni suficiente capacitación de los funcionarios públicos para el adecuado uso de los medios electrónicos, razón por la cual este decreto solo pudo ser efectivo en las pocas entidades del orden nacional que contaban con los medios para cumplir con las órdenes impartidas.

En un sentido similar fue expedida la directiva presidencial n.º 12, del 01 de octubre de 2002, por medio de la cual se ordenó garantizar la transparencia en los procesos de contratación, y la creación del sistema electrónico integral de contratación estatal, concebido como una herramienta de apoyo para las entidades, que promoviera la eficiencia y transparencia al usar recursos públicos.

La directiva también impartió instrucciones, como si fuera una norma, en contratación ordinaria en temas relacionados con: i) el alcance del deber de selección objetiva, ii) la contratación con cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, iii) la contratación con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales y iv) el manejo de pagos anticipados en la contratación pública.

Luego de lo anterior, el Gobierno nacional expidió el Conpes 3248, por medio del cual se creó el Programa de Renovación de la Administración (PRAP), en desarrollo de la directiva presidencial n.º 10 de 2002. El texto, en su introducción, indica que ese “documento presenta a consideración del Conpes los lineamientos generales, el alcance y los mecanismos de evaluación del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP), en desarrollo de la directiva presidencial n.º 10 de 2002” (DNP, 2003a, p. 2).

concurso público, con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones al contenido de los documentos antes mencionados.

Dicho programa busca adecuar la administración pública a los requerimientos de un Estado comunitario, racionalizando funciones, redimensionando el tamaño de las estructuras administrativas y fortaleciendo su capacidad para cumplir con sus objetivos esenciales. En conjunto, el programa se propone adecuar la administración pública a las necesidades y a las condiciones del país, y contribuir a fortalecer su capacidad para brindar seguridad democrática, sanear las finanzas públicas, promover la equidad, garantizar la estabilidad y el crecimiento sostenible de la economía (DNP, 2003a).

Dicho documento comienza indicando que el desempeño de la administración pública ha sido deficiente en cuanto a la provisión de bienes y servicios, lo que en parte se debe a la inexistencia de una entidad rectora en el campo de la contratación electrónica o *E-procurement*, así como el fenómeno de la corrupción en las transacciones públicas reflejaba una percepción de que el 80 % de los contratos tenía grado de corrupción, y sobrecostos en las compras públicas de hasta un 19 %, de acuerdo con el informe de corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad elaborado por el Banco Mundial en el 2002 (DNP, 2003a).

El documento Conpes 3248 concluye exponiendo la necesidad de contar con una política pública en materia de contratación estatal clara, que le aporte transparencia a la contratación pública mediante la estandarización de procedimientos, acompañada de un nuevo marco normativo que promoviera la eficiencia y la publicidad, la implementación del Sistema Electrónico de Contratación y la llegada de un ente u organismo encargado de la reglamentación de la materia.

Como es ahora claro, el Conpes 3248 abrió las puertas a la modificación del régimen de la contratación estatal pública vía *soft law*, es decir, mediante recomendaciones, directivas y mecanismos de coordinación que promueven la necesidad de realizar cambios estructurales en el SCPC, sin que se evidencien cambios relevantes en las principales normas que regulan el SCPC.

La motivación principal para estos cambios es el alto índice de corrupción evidenciado por el informe del BID del 2002, que posteriormente fueron acogidos por el Gobierno y materializados por diferentes vías.

Seguidamente, el Conpes 3249 presentó un diagnóstico de tres componentes: el primero de ellos en relación con el impacto de la corrupción en los recursos públicos, disminución de ofertas y costos de transacción; el segundo, acerca del comportamiento de la contratación estatal, y por último abordó los problemas normativos existentes en relación con las normas que rigen la contratación pública en Colombia.

Frente al primer punto, llama la atención que el documento Conpes 3249 señala que en Colombia el soborno en un contrato celebrado con el Estado es del 19 % del valor de este, según una encuesta realizada por el Banco Mundial (BM). Pero, adicionalmente, el Conpes presenta el resultado de la encuesta de probidad II, realizada por Confecámaras, por medio de la cual se consultó a los comerciantes acerca de la percepción de la corrupción en Colombia, lo que arrojó como resultado que un 70 % de estos siente que dicho fenómeno ha aumentado (DNP, 2003b, p. 6). El Conpes 3249 de 2002 indica lo siguiente:

En conclusión, la corrupción está generando altos sobre-costos en los bienes y servicios que contrata el Estado, con lo que no solamente se afecta la eficiencia del gasto público y la estabilidad macroeconómica, sino también y de qué manera, la moral pública y la legitimidad del Estado, que hacen de la necesidad de asumir una actitud contundente enfrente de este fenómeno no sólo una necesidad económica sino un imperativo ético dentro del Estado Comunitario. (DNP, 2003b, p. 7)

El Conpes concluyó con la necesidad de que el gobierno realizara una reforma estructural a la Ley 80 de 1993, para promover la eficiencia en el gasto público, dadas sus complejidades y las dificultades evidenciadas al momento de su aplicación. También recomendó la creación de una instancia rectora en materia de contratación pública que se encargara de la nueva propuesta normativa que modificaría la Ley 80 de 1993, el impulso a través del Ministerio de Comunicaciones para materializar el Sistema Integral de Contrataciones CISE, y por último la adopción de una estrategia de capacitación en la herramienta.

Posteriormente, fue expedido el Decreto 3620 de 2004, por medio del cual se creó la Comisión Intersectorial de Contratación Pública (CINCO), que debía promover y estructurar la política pública en materia de contratación, mediante la presentación de los proyectos de ley necesarios para lograr los cambios propuestos en los documentos Conpes que hacían referencia a la contratación con entidades del Estado, y debía también aportar los parámetros orientadores. De esta forma, al hacer un análisis extensivo de cada uno de los artículos del Decreto 3620 de 2004, se evidencia la atribución a dicha comisión de funciones propias de un ente rector, similar a lo que sería en la actualidad Colombia Compra Eficiente, guardando ciertas proporciones.

Sin embargo, el resultado de esta comisión que, sin patrimonio, autonomía administrativa o personal, debía impulsar y casi que hacer las veces de ente rector en materia de contratación, no fue otro que su fracaso, pues estaba conformada por el ministro de Hacienda, el director del DNP y un delegado del presidente de la república (Decreto 3620 de 2004, Presidencia de la República de Colombia, 2004), así que, probablemente debido a que todos los funcionarios de la comisión eran de alto nivel, sin tiempo o recursos para el desarrollo de las nuevas funciones, en este periodo no se observan mayores resultados sobre la gestión de la comisión, tampoco reformas sustanciales sobre la Ley 80 de 1993.

En el 2005 el Banco Mundial y el Banco Interamericano publicaron el *CPAR update report*: “Informe del diagnóstico de adquisiciones del país”, por medio del cual se concluye que el proceso de modernización de nuestro país no ha avanzado a buen ritmo, dadas las directrices impartidas en el CPAR 2001.

Este informe refleja la revisión del Informe de Diagnóstico de las Adquisiciones o Country Procurement Assessment Report (CPAR) de junio de 2001. Este informe se efectúa a solicitud del Gobierno de Colombia y acuerdo entre el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial con el propósito de reflejar el estado y la evolución de la contratación pública del país desde el último informe. La principal conclusión del estudio es que el proceso de modernización y reforma de contratación pública en Colombia avanza lentamente a pesar de la voluntad del Gobierno, y poco ha cambiado sustancialmente desde la preparación del CPAR de 2001. (Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo, 2005, p. 8)

En el 2009 es aplicada a Colombia la metodología para evaluar el sistema de compra pública de la OCDE, por medio de la cual se expone que el sistema regulatorio de Colombia es adecuado. Pero se le realizan observaciones en todos sus pilares, que están encaminados a medir el cumplimiento y las áreas por fortalecer. Dicho estudio reveló que Colombia, en el primer pilar, debía entre otras cosas implementar documentos tipo para sus procesos de contratación.

En el análisis del marco legislativo y regulatorio (Pilar I), los Bancos afirman que hay áreas que requieren esfuerzos para solucionar algunas debilidades para lo cual

es necesario; (a) preparar y difundir documentos estándar para los procesos de selección, incluyendo los contratos, los cuales deben incluir consideraciones especiales que promuevan la participación internacional y promuevan la competencia, tales como condiciones de entrega de acuerdo a ICONTERMS, arbitraje como mecanismo de solución de conflictos y términos y condiciones típicamente utilizados en las transacciones internacionales (...). (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 25)

Llama la atención que desde 2009 organismos multilaterales comenzaron a hablar de la estandarización de los instrumentos que hacen parte de los procesos de contratación.

Seguidamente, el pilar dos hace referencia a la institucionalidad y la falta de un ente rector que haga las veces de instrumento orientador en la materia, lo que abre las puertas a la llegada de la Agencia Nacional de Contratación Pública.

En relación con el marco institucional y la capacidad de gestión (Pilar II), los Bancos afirman que es el pilar que ha tenido menor desarrollo en sistema de compras públicas colombiano. En el informe de los Bancos sobre el estado de la reforma del sistema de compra pública de 2009, las mencionadas entidades multilaterales afirman que no hay una definición clara sobre cuál es la entidad que toma decisiones finales en el sistema y existe un ambiente con un gran número de actores que buscan tener influencia y promover sus propias agendas. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 25)

Respecto al pilar III, los bancos recomendaron crear un sistema permanente de formación de colaboradores y especialistas de compras públicas, la creación de mejores prácticas archivísticas y un ente que se encargara de resolver las controversias en sede precontractual.

Para enfrentar las dificultades señaladas en el Pilar III. El BM y el BID proponen (a) crear un sistema sostenible y permanente de entrenamiento del comprador público y profesionalizar la carrera del comprador público; (b) mejorar la integridad del manejo documental de la compra y la contratación pública; y (c) crear un organismo para solucionar los conflictos precontractuales para descongestionar las cortes y dar a quienes reclaman un mecanismo rápido de solución de controversias que permita una decisión final antes de que el proceso sea adjudicado. (Colombia Compra Eficiente, 2013, p. 26)

En relación con la evaluación de la OCDE del sistema de compras colombiano, es relevante decir que, de muchas de las recomendaciones impartidas en el informe elaborado por los bancos, el gobierno nacional tomó atenta nota y emprendió serias acciones para hacer realidad buena parte de los aspectos recomendados por los organismos internacionales.

1.2. La Creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente

En el 2011, el gobierno nacional, mediante el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1450 de 2011), estableció la imperiosa necesidad de contar con un ente rector en materia de contratación pública, y así fue expedido el Decreto 4170 de 2011, por medio del cual se creó la Agencia

Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, sin que existiera mayor debate en el Congreso de la República sobre los cambios que sufriría el SCPC. Desde entonces, se han cuestionado serios aspectos de la nueva entidad, desde la forma como fue creada, sus funciones orientadoras, la legitimidad de algunas de sus herramientas y su funcionamiento, en contraposición al mandato constitucional para regular todo lo relacionado con la contratación estatal, dado al Congreso de la República, con ocasión del artículo 150 superior.

Lo anterior es materia de estudio para algunos académicos, y respecto a ello se tienen posiciones encontradas frente a la forma como el SCPC se ha venido conformando, y si en realidad el órgano facultado para dar línea en materia de contratación pública, que en este momento es la ANCP es quien debiera ejecutar dicho rol, teniendo en cuenta que su creación fue por decreto expedido por el gobierno nacional y no producto del mandato contenido en el artículo 150 de la CP, el cual indica que solo el Congreso puede legislar lo relacionado con la contratación pública:

La creación del órgano rector en contratación pública CCE por medio de decreto, en desarrollo del plan de gobierno del presidente de la República ha generado numerosas controversias jurisprudenciales y doctrinarias sobre la reglamentación de la nueva entidad, así como sobre los efectos jurídicos que tiene las guías, manuales e instructivos que permanentemente expide. La falta de seguridad jurídica en muchos temas centrales de contratación y la hiperinflación reglamentaria y jurisprudencial, generan diversas posiciones conflictivas para el manejo de los recursos públicos mediante la contratación estatal. (Valencia-Tello, 2021, p. 193)

Frente al particular, el autor de esta investigación considera producto de la revisión bibliográfica efectuada, que la creación de la ANCP y el debate frente a la legalidad de su nacimiento y el rol que desempeña en el ordenamiento jurídico, debe analizarse por una parte, a las luces de lo dispuesto en el artículo 150 superior, el cual dispone que únicamente le compete exclusivamente al Congreso expedir el estatuto General de Contratación Pública, y, por otra parte, analizando las facultades por medio de las cuales se le otorgó al presidente la posibilidad de expedir el Decreto 4170 de 2011 para crear la Agencia. El debate, en mi opinión, se ha dado fuertemente al analizar los efectos de las circulares, herramientas, material, u otros actos por medio de los cuales la ANCP termina incidiendo en el ordenamiento al ser estos instrumentos de obligatorio cumplimiento, sin haber acudido al legislador para expedir las normas que se relacionen con la contratación pública. No obstante, se considera que la llegada de la ANCP mediante Decreto no presenta problema en el ordenamiento, porque su fundamento es de carácter constitucional, es decir, las facultades otorgadas al presidente para ello, las cuales gozan de legalidad evidente, no siendo de la misma manera algunas de las actuaciones que realiza la ANCP y sobre las cuales se ha pronunciado el Consejo de Estado, frente a herramientas como manuales, guías, etc., con poder vinculante, dado que a la ANCP no le fueron conferidas facultades regulatorias.

Frente a este debate, la Corte Constitucional ha indicado que es al Congreso a quien le corresponde legislar en materia de contratación estatal:

El mandato establecido en el artículo 150 Fundamental, para que el Congreso dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de

configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado. (Sentencia C-949/01, 2001, 5 de septiembre)

No obstante, la ANCP ha continuado desarrollando un rol importante desde su creación en el 2011, y su legitimidad ha sido cuestionada en varias ocasiones en relación con las competencias para expedir determinados documentos, circulares, manuales e instrumentos, como los pliegos tipo, análisis que se abordará más adelante.

Para algunos académicos el debate de los instrumentos que expide la ANCP es bastante fuerte, pues su ejercicio propone discusiones que van desde la suplantación de la función legislativa o la atribución de la facultad reguladora a la ANCP al hacer vinculantes sus actos, en contraposición a lo dispuesto en el artículo 150 de la CP:

Los instrumentos expedidos por CCE representan una intromisión a la relación tradicional en el sistema de fuentes de derecho administrativo entre la reserva legal y la autonomía administrativa, interferida excepcionalmente por la potestad reglamentaria del Presidente de la República. La naturaleza de estos instrumentos no ha sido un asunto pacífico, razón que justifica su identificación y la determinación de su fuerza vinculante u obligatoria a partir de la doctrina, la

jurisprudencia del Consejo de Estado —especialmente la Sentencia del 11 de abril de 2019—, la posición de CCE y las autoridades encargadas de la orientación y vigilancia de la gestión contractual. (Álvarez, 2021, p. 69)

Con relación a los documentos tipo, es importante resaltar que el numeral 12 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011 indica que una de las funciones de la Subdirección de Gestión Contractual era la de desarrollar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas del proceso contractual. Con esto pareciera que la ANCP siempre tuvo la competencia para expedir documentos tipo, pero lo cierto es que la ANCP nunca ejerció dicha atribución y se desconocen los motivos de tal actuación. El referido numeral establece “Desarrollar e implementar estándares y documentos tipo para las diferentes etapas de la gestión contractual pública” (Decreto 4170 de 2011, Presidencia de la República de Colombia, 2011).

No obstante, en desarrollo del numeral 12 del artículo 11 citado anteriormente, la Agencia ha venido expidiendo otros actos administrativos para generar lineamientos y promover buenas prácticas en materia de contratación pública, para lo que ha emitido circulares, manuales y guías orientadores. Estos instrumentos no siempre han sido bien vistos por los actores del SCPC, quienes demandaron su legalidad al cuestionar la obligatoriedad de algunos de estos, por considerar que dicha entidad no ostentaba la competencia para ello.

Esta discusión fue objeto de revisión por parte del Consejo de Estado, que en sentencia con radicación n.º 52055 del 11 de abril de 2019 realizó la revisión de la competencia para expedir manuales, guías y documentos, otorgada mediante los artículos 158, 159 y 160 del Decreto 1510 de 2013, que posteriormente fuera compilado por el Decreto 1082 de 2015.

En la demanda el Consejo de Estado analizó la legalidad de las siguientes herramientas que el artículo 159 del Decreto 1510 de 2013 le encomendó diseñar a la ANCP:

- Manuales para el uso de los acuerdos marco de precios.
- Manuales y guías para la identificación y cobertura del riesgo; la determinación de la capacidad residual para los contratos de obra pública, dependiendo del valor de estos; la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones, y el uso del clasificador de bienes y servicios.
- Pliegos de condiciones tipo para la contratación.
- Minutas tipo de contratos.

El Consejo de Estado analizó uno a uno estos instrumentos, y revisó si su origen encuentra sustento en una disposición de tipo legal, o si por el contrario el gobierno excedió sus facultades reglamentarias y atribuyó funciones adicionales a la ANCP. Concluyó que unos de estos carecían de sustento legal y aclaró que la Agencia no puede expedir herramientas con carácter vinculante, salvo que por disposición legal así lo haya definido el legislador, razones con las cuales me encuentro de acuerdo, pues el artículo 150 superior indica que es deber del Congreso de la República expedir el estatuto de contratación pública, lo cual, significa que la ANCP no puede a través de la emisión de actos modificar el estatus quo de la legislación colombiana de compras públicas vía actos administrativos no contemplados en normas de origen legislativo o el reglamento.

1.3. Los pliegos tipo en Colombia. Análisis de la Ley 1882 de 2018

De lo que va corrido de esta primera parte del trabajo de grado, queda claro que la influencia de los organismos multilaterales y las organizaciones internacionales en el Sistema de

Compras Públicas Colombiano es bastante notable. Desde la década de los 90 las organizaciones internacionales han estado emitiendo recomendaciones para que Colombia realice cambios en la estructura de sus entidades vía *soft law*, sin que hasta el momento se haya modificado la ley 80 de 1993.

Así, una nueva manifestación de esta influencia es la creación de los documentos estándar de contratación, documentos tipo o pliegos tipo, que recientemente se han introducido en el ámbito de la contratación estatal en nuestro país.

En la exposición de motivos del primer hito normativo en materia de pliegos tipo, la Ley 1882 de 2018, se realiza una presentación fundamentada en el desafío de la corrupción en materia de contratación pública, en especial en el sector de las obras de transporte o infraestructura de transporte, dadas las múltiples situaciones en las que se ha visto el Gobierno nacional para que este sector de la economía salga delante y los colombianos reciban las obras que se merecen.

Del documento que expone los motivos por los que debe tramitarse esta iniciativa puede extraerse que el espíritu del legislador era disminuir el fenómeno de la corrupción a través del proyecto de Ley 84 de 2016 del Senado, “Por medio del cual se adicionan, modifican, y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia”.

Nuevamente llama la atención cómo en el documento de exposición de motivos se encuentran múltiples citas haciendo referencia a numerosos documentos y *papers* elaborados por la OCDE y los bancos para promover la importancia de estandarizar documentos como los pliegos tipo, con lo que se advierte la importancia del trámite de la norma a partir de las recomendaciones de estas organizaciones, para prevenir el fenómeno de la corrupción y promover un sistema de compras públicas más eficiente y transparente. El referido documento afirma lo siguiente:

(...) Como se puede observar, la elaboración de documentos estándar que permitan el adecuado y objetivo curso de la contratación pública, no solo garantiza la transparencia de las actuaciones, también permite el acceso de la mayoría de proponentes de un mercado en libre competencia, en la medida en que las cláusulas, exigencias y demás componentes del proceso de selección, partes de condiciones objetivas previamente determinadas para el sector que corresponda, disminuyendo el grado de discrecionalidad, y en algunos casos arbitrariedad, que se presenta en la elección de los contratistas o en el contrato mismo a adjudicar. (Rojas, 2016, Alcance del proyecto, último párr.)

Surtidos los trámites legislativos, fue expedida la Ley 1882 de 2018, “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”, la que, en el artículo 2 adiciona el parágrafo 7 al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, otorgándole a Colombia Compra Eficiente la competencia para expedir documentos tipo, por categorías, de la siguiente forma:

PARÁGRAFO 7. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio

para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos.

Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional. (Ley 1882 de 2018, Congreso de Colombia, art. 2, par. 7)

Es así como se introducen los documentos tipo en el ordenamiento jurídico colombiano, los que, de conformidad con la Gaceta 733 de 2018, promueven la cultura de la integridad en el contexto de un país que necesita instrumentos para prevenir la corrupción. No obstante, vale la pena reflexionar si las leyes que regulan la contratación pública deben centrarse en implementar mecanismos anti corrupción, sin tener en cuenta otros desafíos que trae la adecuada regulación del SCPC. La gaceta en mención indica lo siguiente respecto a la necesidad de la implementación y llegada de los pliegos tipo a nuestro ordenamiento:

Para nadie es un secreto, que precisamente mediante la contratación estatal se han producido los más grandes y penosos escándalos de las administraciones

municipales, departamentales y nacionales, y se han lamentado hechos como los carruseles de contratación, o los carteles y grupos especializados que siempre resultaban ganadores en las licitaciones.

Es momento entonces, de implementar los documentos tipo con el fin de garantizar la uniformidad dentro de la universalidad de la contratación estatal, permitiendo no solo seguridad jurídica dentro de las reglas de la ética y la moralidad administrativa, sino de una lucha y una posición frontal contra la corrupción que se está presentando (...). (Comisión primera del Senado, 2018, Justificación del proyecto, tercer párr.)

El texto de la Ley 1882 de 2018 fue sometido al examen constitucional, pues el actor consideró que dicha norma iba en contraposición a los artículos 1 y 287 de la Constitución Política de Colombia, que versan sobre la autonomía y atribuciones de las que gozan los entes territoriales frente al nivel central, para el desarrollo de las funciones que les encomendó la misma Constitución, dentro de las cuales se encuentra la actividad contractual. Los citados artículos de la Constitución establecen:

ARTÍCULO 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

(...)

ARTÍCULO 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales. (Const., 1991, arts. 1 y 287)

Para el actor, sus argumentos encuentran sustento en que la Ley 1882 de 2018 aparentemente despoja de la autonomía que caracterizaba la actividad contractual de las entidades territoriales del Estado, al habilitar al Gobierno nacional para definir las reglas de participación, factores de escogencia y reglas para la ejecución del contrato a través de los pliegos tipo, discrecionalidad de la que gozaban los entes territoriales al planear, desarrollar y ejecutar sus procesos de contratación antes de la llegada de los pliegos tipo.

La Corte Constitucional, al analizar los cargos, identificó que el problema jurídico de la controversia objeto de estudio se centraba en analizar si los pliegos tipo materializaban la pérdida de autonomía de las entidades territoriales:

31. Le corresponde a la Corte Constitucional determinar si la facultad atribuida al Gobierno Nacional por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, para adoptar documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría

de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras o en cualquier otro tipo de contrato o proceso de selección, que considere el Gobierno Nacional y que deben ser obligatoriamente utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, en sus respectivos procesos de procesos de selección, desconoce la autonomía de las entidades territoriales, prevista en los artículos 1 y 287 de la Constitución Política. (...). (Sentencia C-119/20, 2020, 15 de abril)

En la aproximación al objeto de estudio para resolver el problema, la Corte analizó el contenido de las disposiciones enervadas abordando los principales aspectos frente a la materia:

90. Para responder a este problema jurídico, la Corte Constitucional (i) determinó el margen de configuración del legislador en materia de contratación pública, frente a la autonomía de las entidades territoriales. (...)

(ii) Estudió igualmente la relación que existe entre los pliegos de condiciones individualizados y aquellos estandarizados, respecto de la materialización de los principios de la función administrativa. (...)

(iii) Finalmente, determinó la constitucionalidad de las expresiones demandadas, a través de un examen del alcance de los pliegos de condiciones tipo, respecto de la autonomía de las entidades territoriales. (Sentencia C-119/20, 2020, 15 de abril)

Luego de realizar el estudio, la Corte concluye que al examinar la norma esta no contrariaba el ordenamiento jurídico ni la Constitución Política, por las siguientes razones: i) el artículo 150

de la Constitución le atribuyó al legislador la facultad de expedir el estatuto general de contratación pública, ii) la autonomía de las entidades territoriales no es absoluta, pues debe guardar armonía con el principio de estado unitario consagrado en el artículo 1 de la Carta Política, y iii) el contenido de la norma objeto del control constitucional no desborda ni menoscaba la autonomía de las entidades territoriales, ya que regula ciertos aspectos de la contratación estatal, como los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, dejando que el resto de los elementos que hacen parte del contrato sean determinados por las entidades territoriales en virtud de su autonomía, que en ningún sentido puede ser ni entenderse absoluta: encuentra sus límites en el ordenamiento jurídico, y este faculta al legislador para expedir las normas relacionadas con la contratación estatal en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 150, el cual le atribuye al Congreso de la República la función de expedir las normas en materia de contratación pública. En concreto, la Corte afirma:

90. Para responder a este problema jurídico, la Corte Constitucional (i) determinó el margen de configuración del legislador en materia de contratación pública, frente a la autonomía de las entidades territoriales. Al respecto, concluyó que la competencia atribuida por el último inciso del artículo 150 de la Constitución es amplia y no se encuentra restringida en lo que concierne a la contratación de las entidades territoriales las que, carecen de competencia constitucional para expedir estatutos territoriales de contratación pública. Sin embargo, advirtió que en ejercicio de dicha facultad, el Legislador no puede desconocer la autonomía de las entidades territoriales en materia de contratación para gestionar sus propios asuntos la que, en particular, les confiere la facultad para determinar sin intervención o

tutela exógena, las necesidades que se pretenden satisfacer, su priorización, la decisión de recurrir a la contratación, la configuración concreta de los elementos del contrato y la dirección tanto de la selección, como de la ejecución contractual, en el marco del ordenamiento jurídico.

(ii) Estudió igualmente la relación que existe entre los pliegos de condiciones individualizados y aquellos estandarizados, respecto de la materialización de los principios de la función administrativa. Concluyó al respecto que aunque ambas figuras encuentran fundamento constitucional en los mandatos de optimización previstos en el artículo 209 de la Constitución y el Legislador goza de un amplio margen para configurar su régimen jurídico y para combinarlos, el principio constitucional de eficacia de la función administrativa implica que la estandarización de los pliegos de condiciones no puede convertirse en un obstáculo para la consecución de los fines de interés general confiados a cada autoridad administrativa, razón por la cual, los documentos normalizados deben permitir adecuados márgenes de discrecionalidad, como instrumento indispensable para la eficacia administrativa.

(iii) Finalmente, determinó la constitucionalidad de las expresiones demandadas, a través de un examen del alcance de los pliegos de condiciones tipo, respecto de la autonomía de las entidades territoriales. Encontró la Corte en el control abstracto de constitucionalidad, que de la norma no surge vulneración alguna de la autonomía de los entes territoriales, en cuanto que la estandarización se predica únicamente de los requisitos habilitantes y los criterios de escogencia, elementos propios del procedimiento de selección de contratistas, materia en la que existe reserva de ley,

el Legislador goza de un amplio margen de configuración normativa y que no se encuentra atribuida a la regulación de las entidades territoriales. Resaltó que la norma cuestionada no interfiere en la facultad de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, la que, en materia contractual, se predica particularmente de la identificación autónoma de sus necesidades y la configuración de los elementos del contrato. Finalmente, indicó que el respeto de la autonomía de las entidades territoriales, así como del principio constitucional de eficacia de la función administrativa, se garantiza a través de los mecanismos institucionales de control abstracto de validez de actos administrativos, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y concreto, mediante la excepción de inconstitucionalidad la que exige la expedición de un acto administrativo motivado e involucra la responsabilidad por su adopción. (Sentencia C-119/20, 2020, 15 de abril)

De lo anterior, tenemos que una vez realizado el examen de constitucionalidad de la Ley 1882 de 2018, por medio de la cual se facultó al Gobierno nacional para expedir los pliegos tipo, estos, según la Corte Constitucional, promueven la sana competencia, suscitan el interés general y en ningún momento le arrebatan la autonomía a las entidades territoriales, pues su implementación permite la escogencia del contratista en igualdad de condiciones, con altos niveles de transparencia y aumentando la pluralidad de oferentes, lo que contribuye al cumplimiento de los fines del Estado.

1.4. La Promoción de una Cultura de la Integridad en Colombia a Partir de Casos de Corrupción en Obras Públicas

Puede decirse que la Ley 1882 de 2018 marcó un hito en la contratación pública colombiana, ya que introdujo nuevas reglas de juego al ámbito contractual del país, que en ese momento se enfrentaba al escándalo de corrupción más grande en relación con la infraestructura de transporte: el caso Odebrecht, que en 2018 ya era bastante conocido al involucrar un sinnúmero de altos funcionarios, políticos y personalidades de América Latina y el mundo, para quedarse con multimillonarios proyectos de infraestructura a cambio de dinero y bienes. Dicha coyuntura orquestó la llegada de la Ley 1882 de 2018 con altos índices de popularidad, bajo la esperanza de ser un remedio para la corrupción en la contratación de obras públicas, pues los medios de comunicación informaban que, para el caso colombiano, proyectos multimillonarios, como la Ruta del Sol II, habían sido influenciados por la multinacional de infraestructura Odebrecht a cambio de dinero (Portafolio, 2017).

En este orden de ideas, el grave caso de corrupción de Odebrecht justificó la necesidad de estandarizar documentos contractuales, para evitar futuros casos de corrupción, especialmente en el desarrollo de proyectos de infraestructura, teniendo en cuenta los altos costos asociados y la permeabilidad que la corrupción demostró tener en estos proyectos, en los que presuntamente todo tipo de funcionarios públicos y personas vinculadas a las campañas presidenciales estuvieron salpicadas por actos de corrupción, al igual que ocurrió en otros 13 países de América Latina. Todo ello ocurría sin perder de vista que fenómenos jurídicos provenientes de la influencia de organismos multilaterales, como la OMC y la OCDE, han venido paralelamente promoviendo cambios estructurales en el Sistema de Compras Públicas Colombiano, producto de la necesidad de implementar medidas que instalen un modelo de administración mucho más íntegro.

Al respecto la doctrina ha documentado la importancia de implementar modelos de administración más íntegros en los países pertenecientes a selectos grupos y organizaciones multilaterales:

(...) la cultura de la integridad implica la adopción de normas de conducta basadas en valores compartidos sobre el servicio público, especialmente cuando nos enfrentamos a dilemas éticos o a situaciones de conflicto de intereses. Por ello, incorporar una cultura de la integridad requiere medidas complementarias, que permitan la comprensión y la interiorización de los valores en el trabajo diario de los servidores públicos y particulares con funciones públicas. (Valencia-Tello, 2020, p. 85)

Sin embargo, en Colombia la cultura de la integridad no se ha desarrollado adecuadamente y, dados los graves casos de corrupción presentados en la última década, la Ley 1882 de 2018 significó que la contratación de obras, interventoría de obras, y consultorías de obras en todas sus modalidades dejaría de confeccionarse directamente por las entidades del Estado como históricamente venía ocurriendo, es decir, que los requisitos de participación no serían determinados por las entidades contratantes, sino, por el contrario, el pliego tipo indicaría cuáles serían las reglas de participación, de forma obligatoria y además inalterable.

Lo anterior, para algunos doctrinantes, hace ver que el derecho debe adaptarse a los nuevos fenómenos sociales, como la corrupción, y atender este tipo de situaciones generando nuevos instrumentos para mitigar sus efectos:

Con el pasar del tiempo y la presentación de nuevas formas de presentación del fenómeno de la corrupción, han dejado presente la necesidad de una constante actualización de las normas que regulan la contratación pública. Es por ello, que el legislador desde la promulgación del Estatuto de Contratación Pública se ha visto abocado a reformarlo con el fin de mantenerlo vigente y acorde con los nuevos retos que suponen la mutación constante de las formas de presentación de la corrupción y las nuevas formas de contratación. Uno de los avances más recientes en materia de actualización de la normatividad de la contratación pública es la Ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. (Avella y Romero, 2018, p. 185)

Es entonces la transparencia uno de los aspectos fundamentales que podría verse fortalecido con la llegada de los pliegos tipo a nuestro ordenamiento, conforme lo expresa Pérez-Calderón así:

En un país como Colombia donde los índices de corrupción son notoriamente altos, unificar los criterios bajo los cuales se realizará la selección de los contratistas, resulta una materialización del principio de transparencia, que eleva los estándares de selección para cualquier contrato de obra pública y adicionalmente proporciona a los oferentes la seguridad jurídica de que no se cambiaran las condiciones de selección sin una justificación plena y satisfactoria. (Pérez-Calderón, 2019, p. 17)

En este orden de ideas, la Ley 1882 de 2018 facultó al Gobierno nacional para expedir los pliegos tipo y también otorgó competencia al Ejecutivo para seleccionar las obras que serían

contratadas a través de dicho instrumento. Así, el primer segmento seleccionado fue el de obras de infraestructura de transporte, dada su importancia, impacto, antecedentes de corrupción y participación en el PIB de la economía nacional.

Con ocasión de la facultad otorgada en la Ley 1882 de 2018, el Gobierno nacional ha expedido varias normas por medio de las cuales se adoptan los pliegos tipo para el sector de obra de infraestructura terrestre. Estos pliegos tipo son los siguientes:

A. Documentos tipo de infraestructura de transporte terrestre

1. Documento tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.
2. Documento tipo de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte.
3. Documento tipo de mínima cuantía de obra pública de infraestructura de transporte.
4. Documento tipo de interventoría de obra pública de infraestructura de transporte.
5. Documento tipo de consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte.

En la tabla 1 se muestra el resumen de los pliegos tipo expedidos por la Agencia, para contratar obras de infraestructura de transporte.

Tabla 1

Pliegos tipo para contratar obras de infraestructura de transporte

Norma / sentencia	Efecto jurídico
Ley 1882 de 2018	Creó la facultad para que el Gobierno nacional creara los pliegos tipo de obra.
Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2020	Por la cual se declara la exequibilidad de la Ley 1882 de 2018.
Ley 2022 de 2020	Por medio de la cual se modifica la Ley 1882 de 2018, y se le asigna competencia directa a Colombia Compra Eficiente para expedir pliegos tipo directamente.
Pliego tipo - Licitación de obra pública de infraestructura de transporte	

Decreto 342 de 2019	Se adoptan los pliegos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.
Resolución 1798 de 2019, expedida por Colombia Compra Eficiente	Se implementa la versión 1 de los documentos tipo de licitación de obra pública.
Resolución 045 de 2020, expedida por Colombia Compra Eficiente	Se expide la versión 2 del documento tipo de licitación de obra pública.
Resolución 240 de 2020, expedida por Colombia Compra Eficiente	Se actualizan los documentos tipo para los procesos de selección de licitación y se expide la versión 3.
Pliego tipo - Selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte	
Decreto 2096 de 2019	Se adoptan los pliegos tipo de selección abreviada de menor cuantía de obra pública de infraestructura de transporte.
Resolución 0044 de 2020, expedida por Colombia Compra Eficiente	Se implementa la versión 1
Resolución 116 de 2020, expedida por Colombia Compra Eficiente	Se implementa la versión 2
Pliego tipo - Mínima cuantía de obra pública de infraestructura de transporte	
Decreto 594 de 2020	
Resolución 094 de 2020, expedida por Colombia Compra Eficiente	Se desarrolla e implementa la versión 1
Resolución 304 de 2021	Se realizan cambios versión 2
Pliego tipo - Interventoría de obra pública de infraestructura de transporte	
Resolución 256 de 2020	Se adoptan los pliegos tipo
Resolución 161 de 2021	Se implementa la versión 2
Resolución 304 de 2021	Se implementa la versión 3
Pliego tipo - Consultoría de estudios de ingeniería de infraestructura de transporte	
Resolución 193 de 2021	Se adoptan los pliegos tipo versión 1
Resolución 304 de 2021	Versión 2

Fuente: elaboración propia

Como se hace evidente, cada uno de los instrumentos ha tenido un cúmulo de versiones y modificaciones, esto se debe a la significativa cantidad de cambios normativos que el ámbito de la contratación estatal ha experimentado, por lo que ha sido necesario actualizar el contenido del pliego tipo para adaptarlo a las nuevas realidades del ordenamiento jurídico colombiano. El contexto de la pandemia ha sido otro factor que ha ocasionado modificaciones para los instrumentos, y dadas estas circunstancias se encuentran diferentes versiones de los documentos que han aplicado a través del tiempo.

1.5. La Agencia Nacional de Contratación Pública y los pliego tipo. Análisis de la Ley 2022 de 2020.

Finalmente, es necesario indicar que el pasado 22 de julio de 2020 fue expedida la Ley 2022, con la que se modificó la Ley 1882 de 2018, y con esto el contexto de los pliegos tipo, pues ya no sería el Gobierno nacional quien tendría la facultad de expedir los pliegos tipo, sino que ahora será la Agencia Nacional de Contratación Pública quien directamente lo podrá hacer. Al respecto la norma consagró lo siguiente:

ARTÍCULO 4°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

PARÁGRAFO 7°. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública. (Ley 2022 de 2020, Congreso de la República, 2020)

Con ocasión de esta nueva norma, la Agencia Nacional de Contratación Pública ha desarrollado su nueva función de expedir directamente los documentos tipo y ha expedido los siguientes documentos:

A. Documentos tipo de infraestructura de agua potable y saneamiento básico

1. Documentos tipo para los procesos de licitación para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico.
2. Documentos tipo para los procesos de licitación para obras de infraestructura de agua potable y saneamiento básico en la modalidad de llave en mano.

B. Documentos tipo de gestión catastral con enfoque multipropósito**C. Documentos tipo de licitación de obra pública para proyectos de infraestructura social**

1. Documentos tipo transversales de licitación de obra pública infraestructura social.
2. Documentos tipo adicionales – sector educativo.

Así pues, tenemos que el Gobierno nacional ha hecho un esfuerzo por expedir los documentos tipo para promover la pluralidad de oferentes, disminuir la corrupción, generar mayor igualdad en los procesos de contratación, confiabilidad y una mejor ejecución de los recursos públicos del Estado. Sin embargo, todavía falta ver si los resultados de estas herramientas pueden medirse y si en realidad son una ayuda para el Sistema de Compra Pública, que se encuentra permeado por diversas prácticas de corrupción, y si este tipo de medidas promueven las finalidades que inspiraron su llegada al ordenamiento jurídico colombiano.

En principio los pliegos tipo, como lo señala el doctor Duque Botero, promueven la competitividad, característica que no puede darse en escenarios de corrupción, porque precisamente dichas prácticas encarecen el contrato y generan un efecto negativo en este.

(...) los pliegos tipo son necesarios para incrementar la competitividad a partir de la eliminación de barreras injustificadas que impidan el acceso de nuevos proveedores y de la supresión de espacios que faciliten la formación de carteles.

Los pliegos de condiciones tipo dan respuesta a lo primero, porque limitan los requisitos habilitantes a aquellos exigidos en la normativa, y los de puntaje a los estrictamente necesarios para dar cuenta de la capacidad del contratista para ejecutar el proyecto bajo estándares económicos, sociales y de calidad apropiados.

(Duque, 2019, p. 193)

No obstante lo anterior, se preguntan muchos académicos y la comunidad del mundo de lo público si las normas que rigen la contratación estatal deben cumplir la función de prevenir la corrupción o si este es un problema que le corresponde a otras ramas del poder, otras instituciones o tipo de normas, pues al tratar de disminuir la corrupción nos hemos dedicado a expedir leyes, y esto ha generado una dispersión normativa y una superinflación legal que ha hecho del mundo de la contratación algo altamente confuso, dispendioso y poco comercial. Sin embargo, algunos consideran que este sí es un asunto al menos del derecho administrativo:

En la medida en que la corrupción tiene una de sus principales fuentes en la mala administración relacionada con la gestión de los recursos públicos, y muy en especial con la contratación pública –así como también con el urbanismo–, establecer medidas destinadas a prevenir o evitar las malas prácticas es una tarea esencial para el derecho administrativo. (Malaret, 2016, p. 21)

A propósito de lo anterior, si bien los pliegos tipo promueven la pluralidad de oferentes y previene la corrupción, aspectos muy importantes en el ámbito contractual público, un efecto que habrá que estudiar es ¿cuántos pliegos tipo la Agencia CCE decida expedir? ¿bajo que criterios se ordena la elaboración de pliegos tipo?, y esto pueda mutar a una nueva hiperinflación de regulación, dependiendo de la materia que busque regularse. Esto implica que todo el conocimiento que se tenía hasta el momento en relación con las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 quede de lado y los operadores deban formarse en este tipo de instrumentos, lo que abre el debate de si debemos expedir más pliegos tipo para todas las materias, o debemos volver al debate de la universalidad que debería tener la contratación, conforme lo predicaba la Ley 80 de 1993, para regular la contratación colombiana.

Aunque promover la competitividad es un efecto deseado, no deja de inquietar que ahora con los requisitos establecidos a través del pliego tipo se presenten tantos proponentes, y si los requisitos que fueron fijados para participar en los procesos regulados por el pliego tipo son suficientes para garantizar la buena ejecución y buen término de los objetos contractuales que se pretende satisfacer.

Esta reflexión se plantea a causa de que, a pesar de que es verdad que la pluralidad de oferentes es importante, no es menos cierto que el proceso de selección de contratista debe atender a una lógica comercial, que implica que la entidad debe escoger el mejor contratista, es decir la mejor propuesta técnica y económica, lo cual no se garantiza solo con la existencia de pluralidad de oferentes. Por tanto, se deberá demostrar si la pluralidad ha mejorado la selección de los contratistas y los requisitos establecidos en el pliego tipo. Esto porque de nada sirve tener 30 proponentes en un proceso de contratación si estos no son los mejores para ejecutar las obras.

En armonía con lo expuesto, habrá que esperar los resultados de la implementación de los pliegos tipo frente al cumplimiento de los objetos contratados, una vez que la Agencia logre efectuar mediciones sobre el desarrollo de los contratos realizados bajo la nueva metodología de los pliegos tipo.

Un aspecto muy debatido, incluso en las altas cortes, es la pérdida de autonomía por parte de las entidades estatales destinatarias del instrumento, debate que ya fue abordado en la Corte Constitucional y que fue resuelto en favor de la herramienta, declarándolo constitucional, pero que sin lugar a dudas retiró una competencia directa de las entidades del Estado, quienes antes podían confeccionar sus documentos atendiendo sus realidades particulares, lo que implica que la contratación estatal sea mucho más rígida.

A propósito de este punto en particular, la nueva ley que regula los pliegos tipo, la Ley 2022 de 2020, dispuso que la Agencia al expedir los documentos debía tener en cuenta las particularidades de las regiones, de manera que su expedición no desconozca las realidades locales, para promover las economías locales y la naturaleza de cada contratación.

Con el ánimo de promover la descentralización, el empleo local, el desarrollo, los servicios e industria local, en la adopción de los documentos tipo, se tendrá en cuenta las características propias de las regiones, la cuantía, el fomento de la economía local y la naturaleza y especialidad de la contratación. Para tal efecto se deberá llevar a cabo un proceso de capacitación para los municipios. (Congreso de la República, 2020, art. 1)

Aunque es muy pertinente la mención del legislador al respecto, falta ver si en la práctica este tipo de consideraciones se va a realizar, pues no es tan fácil generar un pliego tipo para cada región del país, atendiendo las características propias de determinados negocios. Esto no es poco importante, ya que no es posible estandarizar completamente un negocio sin tener en cuenta sus particularidades y las de cada región.

Otro aspecto importante en relación con la corrupción es que si bien a la Agencia se le otorgó la competencia para expedir los pliegos tipo que considere convenientes, a partir de la Ley 2022 de 2020, se debe tener cuidado de que la entidad encargada de hacer los pliegos tipo vaya a ser cooptada por determinado grupo económico, sector de la economía o gremio económico, toda vez que el efecto de la materialización de este tipo de conducta conducirá innegablemente a que dicho sector o grupo económico busque que los insumos, materiales o elementos de su interés queden regulados en el pliego tipo para favorecer sus intereses.

Dicho lo anterior, es necesario prestar especial cuidado para que este tipo de conductas no se generen dentro de la Agencia, porque esto podría causar el efecto contrario al deseado, y promovería la determinación de requisitos que únicamente benefician intereses particulares por parte de quienes proveen dichos elementos.

No obstante, lo anterior parece que son más las ventajas de los pliegos tipo pues al aumentar la pluralidad de oferentes se estimula la sana competencia y se generan ahorros al momento de contratar las obras que el Estado requiere para su funcionamiento. Así lo ha afirmado en entrevista el director de la Agencia Nacional de Contratación Pública, José Andrés O'Meara:

Con los documentos tipo sí hay optimización de recursos. Según estudios de la Unión Europea, se evitarán despilfarros y se generarán ahorros de,

aproximadamente, un 7,5 % del valor de cada contrato de obra pública, debido a la libre competencia económica que promueve la pluralidad de oferentes. Se comienzan a cumplir dos efectos que promueve la jurisprudencia del Consejo de Estado: la primera, que las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores, y la segunda, que debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración. En esa dinámica negocial no debemos perder de vista que el Estado compra obras y los oferentes venden obras en un mercado imperfecto como el de contratación pública, sin perjuicio de la eficiencia administrativa. (Ámbito Jurídico, 2020, párr. 12)

En consecuencia, la libre competencia es promovida y se traduce en ahorros u optimización de los recursos públicos en los procesos de contratación al evitar los posibles obstáculos que determinadas entidades introducían para manipular tales procesos.

De todos estos instrumentos analizaremos con mayor detalle en el siguiente capítulo el documento tipo de mínima cuantía de obra de transporte, sus características y cómo se desarrolló su implementación.

Capítulo 2. Los Pliegos Tipo de Mínima Cuantía de Obras de Infraestructura de Transporte

2.1. De la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía hasta la Expedición de los Pliegos Tipo

La modalidad de selección de contratista de mínima cuantía se ha caracterizado por ser un procedimiento sencillo y rápido, que no presenta mayores complicaciones para los operadores jurídicos de las unidades de contratación de las entidades del Estado sometidas al régimen ordinario de contratación.

Es un procedimiento que permite la adquisición de bienes y servicios hasta el 10 % de la menor cuantía de la entidad, expresado en SMMLV, sin importar su objeto o características del bien. Habitualmente, dependiendo del objeto o de las particularidades de la adquisición, se opta por una u otra modalidad de contratación de las existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, como la licitación pública, el concurso de méritos o la selección abreviada con todas sus variantes.

La contratación de mínima cuantía se encuentra regulada en el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la cual fue modificada por la Ley 1474 de 2011. La Ley 1150 de 2007, al referirse a esta modalidad de selección, la describe como “La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto (...)” (art. 2). Esta modalidad de selección luego fue reglamentada posteriormente por el Decreto 1082 de 2015, a través del cual se desarrolló su procedimiento de forma detallada y bastante clara.

“La mínima”, como coloquialmente se le dice en las oficinas de contratación, es quizá la modalidad de selección de convocatoria abierta que menos requisitos y formalidades tiene en comparación con la licitación pública o la selección abreviada, razón por la cual es bastante

deseada y bien vista por las oficinas de contratación. En realidad, todos los que trabajan en una oficina de contratos desearían que los procesos de contratación tuvieran un procedimiento tan sencillo como el de la mínima.

En palabras de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, máximo ente rector de las compras públicas del país:

La modalidad de Selección de Mínima Cuantía es un procedimiento sencillo y rápido para escoger al contratista en la adquisición de los bienes, obras y servicios cuyo valor no exceda el diez por ciento (10 %) de la menor cuantía de las Entidades Estatales. Esta modalidad de selección tiene menos formalidades que las demás y tiene características especiales. (Colombia Compra Eficiente, s. f., p. 3)

El procedimiento para llevar a cabo una adquisición bajo esta modalidad fue desarrollado en el artículo 2.2.1.2.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015 y subsiguientes. Las reglas de esta modalidad de selección deben ser informadas a los partícipes del Sistema de Compras Públicas en un documento equivalente al pliego de condiciones, llamado invitación pública. En dicho documento se encuentran las reglas de juego del proceso: cómo se acreditan los requisitos que deben cumplir quienes desean participar en ella, el objeto del contrato y el cronograma del proceso por medio del cual se agotarán las etapas que lo componen, hasta llegar a la adjudicación.

A diferencia de las demás modalidades de contratación, en esta no es necesario exigir requisitos habilitantes típicos de otras modalidades, como lo son la experiencia y las capacidades financiera y organizacional; tampoco es obligatorio requerir garantías, dependiendo del nivel de riesgo del proceso.

Frente al particular, el artículo 2.2.1.2.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015, al establecer las características de la modalidad, señala:

1. La Entidad Estatal debe señalar en la invitación a participar en procesos de mínima cuantía la información a la que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo anterior, y la forma como el interesado debe acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.
2. La Entidad Estatal puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la Entidad Estatal exige capacidad financiera debe indicar cómo hará la verificación correspondiente. (Presidencia de la República de Colombia, 2015)

De otra parte, los tiempos de cada una de sus etapas son bastante cortos en relación con la licitación pública o la selección abreviada. En la mínima la publicación de la invitación pública o pliego de condiciones, la presentación de las ofertas o cierre, la evaluación de los ofrecimientos, la emisión del informe de evaluación y su adjudicación pueden darse en un día para cada una de estas etapas.

De conformidad con el Decreto 1082 de 2015, la invitación pública debe estar a disposición de los posibles proponentes durante un día hábil, luego de esto y en el plazo indicado para ello se realiza el cierre o recepción de ofertas, estas se evalúan, se emite y traslada el informe de evaluación, el cual deberá permanecer publicado para que los oferentes lo conozcan y lo contradigan, mínimo por un día hábil, y además pueden subsanar aquellos aspectos de la oferta

que de conformidad con lo indicado en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 puedan ser subsanados, para finalmente seleccionar al contratista a través de la comunicación de aceptación de la oferta, que hace las veces del contrato. En términos generales un proceso de contratación realizado con la modalidad de mínima cuantía podría durar una semana y media, resultando bastante eficiente en relación con las demás modalidades de contratación, que fácilmente podrían durar meses.

Como se indicó al comienzo del presente capítulo, una de las características más importantes de esta modalidad de selección es que aplica para todos los objetos contractuales sin importar sus particularidades, dentro de los cuales se destaca la obra pública, que puede ser contratada bajo esta modalidad. Pero no todas las obras pueden ser contratadas con el procedimiento general aplicable a la modalidad de selección de mínima cuantía, ya que desde la expedición de la ley 1882 de 2018 existe una excepción a dicha regla, al contratar obras públicas de infraestructura de transporte, y es el pliego tipo de mínima cuantía.

Es así como al contratar obras públicas de infraestructura de transporte, el procedimiento no es el mismo que el de la mínima tradicional, pues desde 2018 es necesario aplicar el pliego tipo diseñado por la Agencia Nacional de contratación Pública – CCE. Por ello analizaremos los principales aspectos de dicho instrumento, resaltando aspectos sobre cómo esta nueva regla se ha venido implementando en el ordenamiento jurídico colombiano, cuáles son sus principales características y cómo fue desarrollada por la Agencia Nacional de Contratación Pública.

2.2. De los Pliegos Tipo de Mínima Cuantía de Obras de Infraestructura de Transporte

Ahora abordaremos con detalle los pliegos tipo de mínima cuantía de obra de infraestructura de transporte, adoptados mediante el Decreto 594 de 2020 y desarrollados por la

Resolución 094 de 2020, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

Al analizar el Decreto 594 de 2020, por medio del cual se adoptaron los pliegos tipo de mínima cuantía, encontramos que el Gobierno nacional solo adoptó su estructura, como se describe a continuación:

2.2.1.2.6.3.2 **Alcance.** Los Documentos Tipo contienen parámetros obligatorios para las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten procesos de mínima cuantía de obra pública de infraestructura de transporte. Estos documentos son:

A. INVITACIÓN PÚBLICA

B. ANEXOS

1. Anexo 1 - Pacto de Transparencia
2. Anexo 2 - Comunicación de Aceptación de la Oferta

C. FORMATOS

Formato 1 - Carta de presentación de la oferta

Formato 2 - Conformación de proponente plural

Formato 3 - Experiencia

Formato 4 - Capacidad financiera y/o organizacional

Formato 5 - Capacidad residual

Formato 6 - Pagos de seguridad social y aportes legales

D. MATRICES

Matriz 1 - Experiencia

Matriz 2 - Indicadores financieros y/o organizacional

Matriz3 - Riesgos

E. FORMULARIOS

1. Formulario 1 - Formulario de Presupuesto Oficial. (Presidencia de la República de Colombia, 2020)

Como puede observarse, el pliego tipo adoptado mediante el Decreto 594 de 2020 es solo el enunciado de las partes que lo componen: A. Invitación Pública, B. Anexos, C. Formatos, D. Matrices y E. Formularios.

Posteriormente, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 de dicha norma, debía desarrollar e implementar la herramienta, es decir, debía desarrollar el alcance y contenido de cada uno de los literales antes mencionados.

2.2.1.2.6.3.3 Desarrollo e implementación de los Documentos Tipo de mínima cuantía. La Agencia Nacional de Contratación pública - Colombia Compra Eficiente, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte, desarrollará e implementará los Documentos Tipo para la modalidad de mínima cuantía de obra pública de infraestructura de transporte.

Para ello deberá tener en cuenta los siguientes parámetros:

1. Definir las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y aceptación.

2. Incluir las reglas de interpretación, causales de rechazo y demás elementos necesarios para la estructuración de los documentos del Proceso de Contratación.
3. Establecer los requisitos y documentos necesarios para la acreditación de la capacidad jurídica.
4. Señalar las actividades sobre las cuales recaerá la verificación de la experiencia de los proponentes, cuando se exija este requisito, así como los documentos y criterios de acreditación y verificación de experiencia, teniendo en cuenta la cuantía y el tipo de intervención.
5. Fijar los criterios para verificar la capacidad financiera mínima cuando se exija este requisito conforme a lo señalado en el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del presente Decreto, así como los indicadores financieros de acuerdo con el análisis del sector económico relativo a las obras de infraestructura de transporte.
6. Fijar los criterios para verificar la capacidad organizacional, cuando se exija este requisito conforme al artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.
7. Implementar formatos, anexos, matrices o formularios necesarios para la presentación de las ofertas y descripción del proceso de contratación.
8. Establecer pautas generales para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que la entidad estatal es quien fija las condiciones particulares, atendiendo a su autonomía.

Las disposiciones definidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente - son de obligatorio cumplimiento por parte de las

entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Administración pública.

(Decreto 594 de 2020, Presidencia de la República de Colombia, 2020)

Vemos entonces que el Decreto 594 de 2020 dispuso que sería la Agencia Nacional de Contratación pública - Colombia Compra Eficiente, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte, los encargados de desarrollar e implementar los pliegos tipo de mínima cuantía, y esto fue así porque para desarrollar el pliego tipo de obras de infraestructura de transporte se involucraron el DNP, como entidad cabeza del sector a la cual se encuentra adscrita Colombia Compra Eficiente, el Ministerio de Transporte por ser el principal conocedor de las obras de infraestructura de transporte, la Cámara Colombiana de Infraestructura, y la sociedad en general.

Para ello debían definirse las reglas para la presentación de las ofertas, evaluarlas y aceptarlas, que serían las reglas para interpretar el documento, las causales de rechazo, los requisitos habilitantes y las cláusulas generales del contrato.

Esta regulación como se indicó al comienzo es bastante novedosa para el ordenamiento jurídico colombiano, acostumbrado a diseñar sus procesos de contratación en ejercicio de la autonomía administrativa sin ningún tipo de condicionamiento.

A continuación, estudiaremos el pliego tipo en cada uno de sus apartes, para entender mejor su aplicabilidad, cuáles son sus principales características y cómo debe interpretarse.

2.2.1. De la Invitación Pública del Pliego Tipo de Mínima Cuantía

El pliego tipo de mínima cuantía fue diseñado por Colombia Compra Eficiente con una estructura bastante lógica, en algunos de sus apartes se presentan niveles de complejidad diferente, y su aplicación requiere el estudio de la herramienta para lograr entender su espíritu y finalidad.

El documento principal del pliego tipo de mínima cuantía es la “Invitación Pública”, que hace las veces del pliego de condiciones, y es el documento en el que se desarrollan los aspectos más relevantes del proceso de contratación, es un acto administrativo de carácter general y contiene las reglas de juego para los interesados en participar.

La invitación pública del pliego tipo de mínima cuantía comienza con una breve introducción en la cual se imparten las primeras instrucciones de carácter general, tanto para las entidades del Estado como para los proponentes, en ella se indica que los aspectos en corchetes y resaltados en color gris deben ser diligenciados por la entidad contratante; qué documentos incluye; la instrucción de que la evaluación de las ofertas se hará con base en las reglas establecidas en la invitación y la normatividad vigente, así como que el uso de los documentos tipo no exime a la entidad del Estado del deber de atender la normativa aplicable, la jurisprudencia y, quizá el aspecto más importante de todos, que la entidad no podrá modificar el contenido de ninguno de los documentos que hacen parte de esta. El documento indica lo siguiente:

[Los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris deben ser diligenciados por la entidad.]

[Cuando la entidad estatal adelante sus procesos por el SECOP II, debe adaptar el contenido de los Documentos Tipo a esta plataforma transaccional, o al sistema que haga sus veces] (...)

Los Documentos del proceso de contratación, que incluyen los estudios y documentos previos, el estudio de sector, así como cualquiera de sus anexos, están a disposición del público en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP (...).

La entidad evaluará las ofertas con base en las reglas establecidas en la invitación pública y en la normativa aplicable.

El uso de los Documentos Tipo no exime a la entidad estatal de la obligación de utilizar la normativa y la jurisprudencia aplicable al proceso de contratación, así como dar cumplimiento a lo ordenado por sentencia judicial.

[La entidad no podrá modificar los Formatos, Anexos, Matrices y Formularios, ni solicitará soportes o requisitos adicionales a los establecidos en el Documento Tipo]. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 1)

Frente a la inalterabilidad de los documentos tipo, es necesario recordar que en todos se encuentra la misma advertencia, y el Decreto 594 de 2020 por medio del cual se adoptó el pliego tipo de mínima cuantía indica lo siguiente: “2.2.1.2.6.3.4 Inalterabilidad de los Documentos Tipo. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los Documentos del Proceso, condiciones habilitantes y factores económicos de escogencia distintos a los señalados en los Documentos Tipo” (Presidencia de la República de Colombia, 2020, art. 1).

Esta es la característica más importante del pliego, su inalterabilidad, y quizá el aspecto más relevante. Hacer cumplir esta característica es lo que materializa el espíritu de la herramienta, que no es otro que estandarizar ciertos aspectos de la contratación estatal para promover la transparencia, la pluralidad de oferentes, prevenir la corrupción y cumplir los fines del Estado.

Frente al particular la Agencia Nacional de Contratación Pública, en la *Guía para la comprensión e implementación de los pliegos tipo de infraestructura de transporte*, sugiere lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, que modificó el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dichos documentos incluyen las condiciones de requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia de carácter obligatorio para las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (Colombia Compra Eficiente, 2021b, p. 5)

Seguidamente, encontramos la tabla de contenido del pliego tipo, en la cual se enlistan cada uno de los apartes que componen la invitación pública, para que los partícipes del Sistema de Compra Pública ubiquen el contenido de su interés y sea de mucha más fácil comprensión. No nos detendremos ni ahondaremos en este apartado de la herramienta, por ser de fácil comprensión para el lector.

Al pliego tipo de mínima cuantía lo componen nueve capítulos, en los que se desarrollan todos los aspectos indicados en el Decreto 594 de 2020, resaltando que el último de estos solo lo conforman los anexos, formatos, matrices y formularios.

A continuación, expondremos los aspectos más importantes de cada capítulo, haciendo énfasis en aquellos aspectos más novedosos o los que verdaderamente introducen reglas nuevas para los operadores jurídicos.

2.2.2. Capítulo 1 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Información General

Luego de la tabla de contenido encontramos el Capítulo 1 de la invitación pública, compuesto por la información general del proceso de contratación, desarrollado en los numerales 1.1 a 1.18:

Capítulo I. Información general

- 1.1. Objeto, presupuesto oficial, plazo y ubicación
- 1.2. Documentos del proceso
- 1.3. Comunicaciones y observaciones al proceso
- 1.4. Clasificador de bienes y servicios de naciones unidas (UNSPSC)
- 1.5. Recursos que respaldan la presente contratación
- 1.6. Reglas de subsanabilidad, explicaciones y aclaraciones
- 1.7. Cronograma del proceso
- 1.8. Idioma
- 1.9. Documentos otorgados en el exterior
- 1.10. Glosario
- 1.11. Información inexacta
- 1.12. Información reservada
- 1.13. Moneda

- 1.14. Conflicto de interés de origen constitucional o legal
- 1.15. Causales de rechazo
- 1.16. Causales para declarar desierto el proceso de selección
- 1.17. Normas de interpretación de la invitación
- 1.18 Retiro de la propuesta. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 2)

Al analizar el contenido de este primer capítulo, encontramos que es bastante sencillo, no obstante, se comentarán sus principales aspectos, advirtiendo que es información de dominio y pleno conocimiento de la entidad contratante.

En el numeral 1.1 encontramos el objeto, el presupuesto oficial, el plazo y la ubicación de la obra, información que debe tener plenamente identificada la entidad contratante, y que se desprende de los estudios realizados en la fase de planeación para identificar cuál es la mejor forma de satisfacer la necesidad objeto de la contratación. Estos aspectos tan relevantes del proceso de contratación, como el objeto del proceso y su alcance, con qué presupuesto cuenta y que presupuesto necesita la entidad, qué plazo es razonable para ejecutar el contrato y dónde se encuentra ubicada la obra que se va a realizar, no presentan mayores dificultades en cuanto a la aplicación del pliego tipo; como se indicó, son aspectos bastante generales que debe conocer la entidad y que el pliego tipo no regula.

El numeral 1.2 hace referencia a los documentos del proceso, la herramienta hace una remisión al Decreto 1082 de 2015 para determinar cuáles son tales documentos, y debe entenderse que alude a los determinados en el artículo 2.2.1.2.6.3.1 y subsiguientes del decreto en mención. Vale la pena aclarar que el contenido de este artículo y subsiguientes es el mismo contenido del

Decreto 594 de 2020, pues este adiciona su contenido al Decreto 1082 de 2015 en tratándose del pliego tipo de mínima cuantía.

El numeral 1.3 desarrolla la manera como se realizan las comunicaciones y observaciones al proceso de contratación, esto puede variar dependiendo de la plataforma en la cual se adelanta el proceso de contratación, ya sea en el SECOP I o el SECOP II, entendiendo que si se realiza por el primero de estos sistemas de información, la entidad debe habilitar un correo para ello, mientras que en el SECOP II las comunicaciones y observaciones se hacen directamente por la plataforma a través de mensajes dirigidos a la Entidad contratante.

Seguidamente encontramos el numeral 1.4, que indica cómo se deben clasificar los bienes y servicios por contratar, y remite al clasificador de las Naciones Unidas, el cual se encuentra alojado en la página web de la Agencia Nacional de Contratación Pública (<https://www.colombiacompra.gov.co/clasificador-de-bienes-y-servicios>). En este aparte del pliego tipo se hace una indicación muy importante: todas las obras que se contraten utilizando el pliego tipo se encuentran automáticamente clasificadas en el segmento 72, y no es posible modificarlo.

En el numeral 1.5 la herramienta hace referencia a los recursos que respaldan el proceso de contratación, segmento del pliego tipo en el que debe relacionarse el respaldo presupuestal con que cuenta la entidad para realizar el proceso de contratación, es decir, el Certificado de Disponibilidad Presupuestal y las vigencias futuras si las hay, dependiendo de si es una obra que no se entregará en el mismo año en que comienza. En otras palabras, este apartado contiene la información financiera que respalda el proceso.

Es necesario aclarar frente a este aspecto que el estatuto general de contratación pública dispone que no puede adelantarse proceso alguno o celebrarse ningún contrato estatal sin contar con presupuesto para ello.

El numeral 1.6 desarrolla las reglas de subsanabilidad e indica cómo se realizan las explicaciones y aclaraciones del proceso de contratación. En este apartado se realizan indicaciones muy importantes frente a la subsanabilidad, entendiendo que una vez evaluadas las ofertas la entidad requerirá a los proponentes, de ser necesario, para que por el término mínimo de un día y según lo establecido en el cronograma realicen las subsanaciones a que haya lugar, sin que esto implique completar, adicionar, modificar o mejorar la oferta. El pliego tipo también realiza la salvedad de que en el caso de que la entidad omita efectuar algún requerimiento, lo podrá realizar cuando se dé cuenta de ello, por un término no inferior a un día. Acerca de este procedimiento, el pliego tipo armoniza las normas ya existentes frente a la subsanabilidad, como la Ley 1882 de 2018, y las integra al instrumento.

En el numeral 1.7 encontramos el cronograma del proceso, por medio del cual se indican cada una de las etapas o actividades que deben surtirse, la fecha en la que deben suceder, el lugar y la norma que las fundamenta. Este apartado es de libre configuración para la entidad, atendiendo la norma que regula la mínima cuantía, es decir, el mismo Decreto 1082 de 2015.

En el numeral 1.8 del pliego se precisan las instrucciones frente al idioma en el que se adelanta el proceso de contratación y en el cual los proponentes deben entregar sus ofrecimientos. Es oportuno aclarar que el idioma oficial de nuestro país es el castellano y los documentos deben aportarse en este idioma, de conformidad con lo establecido en la circular única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública.

El manejo de los documentos públicos otorgados en el exterior lo encontramos en el numeral 1.9, dependiendo de diferentes circunstancias: si el documento proviene de un país signatario de la Convención de la Haya de 1961, los documentos deben venir apostillados; si por el contrario el documento proviene de un país signatario de la Convención de Viena, estos deberán aportarse al proceso de contratación legalizados. Una tercera regla contenida en el pliego tipo es la que indica que los documentos privados no requieren apostilla ni legalización, salvo aquellos que sean intervenidos por algún funcionario público.

En el numeral 1.10 encontramos el glosario del pliego tipo, esta sección del instrumento explica la forma en la que deben ser entendidos los términos que se usan en la invitación, y hace una referencia al artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, la Ley 1682 de 2013, al Anexo 3 del pliego tipo de licitación pública infraestructura de transporte, para finalmente remitir al significado natural y obvio de las cosas, si algún término o expresión no se encuentra contenido en las normas antes citadas.

La información inexacta se encuentra desarrollada en el numeral 1.11, indicando que la entidad se reserva el derecho de verificar la información aportada por el proponente, pudiendo acudir a las autoridades o a donde sea necesario para verificar el contenido del documento, aclarando que si no es posible superar la inconsistencia se tendrá por no acreditada.

El numeral 1.12 indica la forma cómo se debe manejar la información reservada, la cual debe manifestarse por parte del proponente en el “Formato 1 - Carta de presentación de la oferta”, para que la entidad le dé el tratamiento que indica la norma al respecto, de lo contrario se entenderá que los documentos no relacionados en dicho formato no deben guardar reserva alguna.

El pliego tipo reguló en el numeral 1.13 el manejo de los documentos expresados en moneda extranjera, que deben convertirse a pesos colombianos atendiendo los criterios del pliego

tipo, dependiendo de si los valores de los documentos se expresan en dólares o una moneda diferente al dólar, la tasa del mercado que debe utilizarse y dónde puede ser consultada.

En el numeral 1.14 se encuentra regulada la forma como debe resolverse el conflicto de interés de origen constitucional o legal, indicando que por ningún motivo pueden participar en el proceso proponentes que se encuentren en dicha situación.

En el numeral 1.15 se desarrollan las causales de rechazo del proceso de contratación, que son las siguientes:

A. Que el proponente o alguno de los integrantes del proponente plural esté incurso en causal de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición previstas en la legislación para contratar.

[Cuando en el mismo proceso de contratación se presentan oferentes en la situación descrita por los literales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la entidad solo admitirá la oferta presentada primero en el tiempo].

[Cuando el proceso se estructure por lotes o grupos reemplazar el texto anterior por el siguiente: Cuando en el mismo proceso de contratación se presentan oferentes para un mismo lote o grupo, estando incursos en la situación descrita en los literales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la entidad solo admitirá la oferta presentada primero en el tiempo].

B. Que el proponente o alguno de los integrantes del proponente plural esté reportado en el Boletín de Responsables Fiscales que administra la Contraloría General de la República.

- C. Que la persona jurídica proponente individual o integrante del proponente plural esté incurso en la situación descrita en el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 1116 de 2006, relacionada con la disolución de la persona jurídica.
- D. Que el proponente no aclare, subsane o aporte documentos necesarios para cumplir un requisito habilitante, o aportándolos no lo haga de forma correcta, en los términos establecidos en la sección 1.6.
- E. Que el proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11.
- F. Que el proponente se encuentre incurso en un conflicto de interés previsto en una norma de rango constitucional o legal.
- G. [Incluir esta causal cuando la oferta se presente en el SECOP I] Que la propuesta económica no se aporte firmada.
- H. [Incluir cuando la entidad la haya solicitado] No entregar la garantía de seriedad de la oferta junto con la propuesta.
- I. Que el objeto social del proponente o el de alguno de sus integrantes no le permita ejecutar el objeto del contrato.
- J. Que el valor total de la oferta o el obtenido de la corrección aritmética exceda el presupuesto oficial estimado del contrato.
- K. Presentar la oferta con tachaduras o enmendaduras que no estén convalidadas en la forma indicada en la sección 3.3 de la invitación.
- L. Que el proponente adicione, suprima, cambie o modifique los ítems, la descripción, las unidades o cantidades señaladas en el Formulario 1 - Formulario de Presupuesto Oficial.

M. [Incluir solo cuando la forma de pago sea por precios unitarios] No ofrecer el valor de un precio unitario. En el caso que el valor del precio unitario sea cero (0) el proponente asume la responsabilidad por el valor ofertado en ese ítem.

N. Superar el valor unitario de alguno o algunos de los siguientes ítems ofrecidos con respecto al valor establecido para cada ítem del presupuesto oficial: [La entidad debe incluir esta causal cuando la forma de pago sea por precios unitarios y cuando considere necesario establecer ítems del presupuesto oficial cuyo valor no pueda ser excedido por el proponente. Cuando decida incluirla, identificará en este espacio los ítems frente a los cuales aplicará la causal de rechazo.

Para la aplicación de esta causal la entidad debe tener en cuenta que el valor unitario establecido en el Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial incluye el valor de AIU].

O. [Esta causal aplica de acuerdo con la configuración de la oferta económica por parte de la entidad] No discriminar en la oferta económica el porcentaje de AIU en la forma como lo establece la invitación y el Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial.

[Se entiende que el proponente discrimina en la oferta económica el porcentaje de AIU cuando señala el porcentaje (%) correspondiente a la Administración, los Imprevistos y la Utilidad. En ningún caso la entidad rechazará la oferta por no presentar el desglose del AIU]

P. [Esta causal aplica de acuerdo con la configuración de la oferta económica por parte de la entidad] Ofrecer como AIU un porcentaje cuya sumatoria sea superior

al establecido por la entidad en el Formulario 1 – Formulario de Presupuesto Oficial.

Q. Cuando se presente propuesta condicionada para la aceptación de la oferta.

R. Presentar más de una oferta económica. [Cuando el proceso se estructure por lotes o grupos reemplazar el texto anterior por el siguiente: Presentar más de una oferta económica para el mismo lote o grupo]

S. Presentar la oferta extemporáneamente.

T. No presentar oferta económica.

U. Cuando se determine que el valor total de la oferta es artificialmente bajo, de acuerdo con lo establecido en la sección 5.1.3.

V. Cuando se presenten propuestas parciales y esta posibilidad no haya sido establecida en la invitación pública.

W. o informar todos los contratos que el proponente tenga en ejecución antes del cierre de este procedimiento de selección, necesarios para acreditar su capacidad residual conforme con la sección 4.7.

X. Ofrecer un plazo mayor al previsto por la entidad en la sección 2.7.

Y. Ofrecer condiciones particulares del proyecto de inferior calidad, personal profesional sin los requisitos mínimos; actividades por ejecutar y su alcance, forma de pago, obras provisionales, permisos, licencias y autorizaciones, notas técnicas específicas y documentos técnicos adicionales, en condiciones diferentes a las establecidas por la entidad en el “Capítulo II Especificaciones técnicas de la obra”.

Z. Cuando una misma persona natural o jurídica, o integrante de un proponente plural, presente o haga parte en más de una propuesta para el mismo proceso. En tal caso todas las propuestas serán rechazadas.

[Cuando el proceso se estructure por lotes o grupos reemplazar el texto anterior por el siguiente: Cuando una misma persona natural o jurídica, o integrante de un proponente plural presente o haga parte en más de una propuesta para el mismo lote o grupo del presente proceso de contratación. En tal caso todas las propuestas serán rechazadas]

AA. Cuando el representante legal de la persona jurídica tenga limitaciones para comprometer a la sociedad y no cuente con la autorización suficiente del órgano social.

BB. Las demás previstas en la ley. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 10)

En el numeral 1.16 encontramos las causales para declarar desierto el proceso de selección, encontrándose que esto podrá ocurrir cuando i) no se presenten ofertas, ii) ninguna oferta resulte hábil, iii) existan causas que impidan la escogencia objetiva del proponente y iv) lo contemple la Ley.

En el numeral 1.17 se indican las normas de interpretación de la invitación pública, las cuales son bastante relevantes, pues les recuerda a las entidades del Estado su inalterabilidad. Son las siguientes:

A. El orden de los numerales, capítulos y cláusulas de esta invitación no deben interpretarse como un grado de prelación entre los mismos.

B. Los títulos de los numerales y capítulos utilizados en esta invitación solo sirven como referencia y no afectan la interpretación de su contenido.

C. Las palabras en singular se entenderán también en plural y viceversa, cuando lo exija el contexto; y las palabras en género femenino, se entenderán en género masculino y viceversa, cuando el contexto lo requiera.

D. Los plazos en días establecidos en esta invitación se entienden como hábiles, salvo que de manera expresa la ley o la entidad indique que se trata de calendario o de meses. Cuando el vencimiento de un plazo corresponda a un día no hábil o no laboral para la entidad, este se trasladará al día hábil siguiente.

E. En caso de contradicción entre el contenido establecido en los Documentos Tipo y el incluido por la entidad, por los proponentes o por el contratista en los documentos del proceso, primará lo señalado en los Documentos Tipo.

F. Las entidades estatales contratantes no podrán incluir o modificar dentro de los documentos del proceso, las condiciones habilitantes y factores técnicos señalados en los Documentos Tipo.

G. Las palabras definidas en esta invitación deben entenderse en dicho sentido.

H. Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen.

I. Los Documentos Tipo son inalterables y no se podrán incluir o modificar los Anexos, Formatos y Formularios, ni exigir soportes o requisitos adicionales, salvo cuando se permita en forma expresa, es decir, en los aspectos incluidos en corchetes y resaltados en gris. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 12)

Finalmente, el último numeral del primer capítulo, el 1.18, hace referencia al retiro de la propuesta, cómo realizarlo y sus efectos, antes del cierre y después del cierre del proceso de contratación.

Como se mencionó al comienzo, este primer capítulo es bastante sencillo, no reporta mayores inconvenientes para su aplicación, por contener información bastante general. Es de resaltar que su contenido es inmodificable como el de toda la herramienta.

2.2.3. Capítulo 2 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Especificaciones Técnicas

En este capítulo encontramos las especificaciones técnicas de la obra objeto del proceso de contratación. Aquí, el índice de su contenido:

Capítulo II. Especificaciones técnicas de la obra

- 2.1. Descripción del proyecto
- 2.2. Descripción obra actual o zona a intervenir
- 2.3. Actividades por ejecutar y alcance
- 2.4. Obligaciones generales del contratista
- 2.5. Obligaciones específicas del contratista
- 2.6. Acreditación del pago al sistema de seguridad social durante la ejecución del contrato
- 2.7. Plazo para ejecutar el contrato
- 2.8. Forma de pago
- 2.9. Condiciones particulares del proyecto
- 2.10. Información sobre el personal profesional

- 2.11. Posibles fuentes de materiales para el proyecto
- 2.12. Obras provisionales
- 2.13. Señalización
- 2.14. Permisos, licencias y autorizaciones
- 2.15. Notas técnicas específicas para el proyecto
- 2.16. Documentos técnicos adicionales. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 2)

Al revisar la herramienta encontramos que el pliego tipo en este aparte es bastante escueto, no se encuentran mayores desarrollos frente a su contenido, y esto es así porque es la entidad contratante la que a partir del estudio de su necesidad debe indicar, por ejemplo, los aspectos dispuestos en los numerales 2.1, descripción del proyecto; 2.2, descripción de la obra actual o zona a intervenir, y 2.3, actividades por ejecutar y alcance.

Seguidamente encontramos las obligaciones generales y específicas que deberá desarrollar el futuro contratista, en los numerales 2.4 y 2.5, respectivamente, las cuales novedosamente ya fueron diseñadas por el instrumento. Frente a las obligaciones generales, contenidas en el numeral 2.4, el pliego tipo le indica a la entidad contratante que debe respetar su contenido y le otorga la posibilidad de escoger entre dos opciones de juegos de obligaciones, ya sea la opción 1 o la opción 2, también aclara que se pueden combinar obligaciones de ambas opciones e incluir las que se consideren necesarias. El pliego indica lo siguiente:

Además de las derivadas de la esencia y naturaleza del contrato a celebrar, de las contempladas en la ley, de las obligaciones y condiciones señaladas en la invitación

y demás Documentos del proceso [y de las establecidas en Documento adicional aplicable al proceso de contratación, vigente durante la ejecución del contrato], el contratista se obliga a:

[La entidad podrá seleccionar algunas de las siguientes opciones de obligaciones, combinarlas, eliminarlas o incluir las que considere convenientes:]. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 14)

En el numeral 2.6 encontramos la acreditación del pago de seguridad social durante la ejecución del contrato; en el 2.7, el plazo para ejecutar el contrato, y en el 2.8, la forma de pago, numerales que tampoco reportan mayor complejidad para su aplicación, pues el primero de estos aspectos se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico y aplica para todas las modalidades de contratación de la misma manera, indicando que el contratista debe estar al día en los pagos del Sistema de Seguridad Social, así como en los aportes al SENA, al ICBF y a las cajas de compensación; el segundo se refiere al plazo para ejecutar el contrato, y es aquel que dependiendo de la complejidad de la obra sea necesario para ello; respecto de la forma de pago la entidad contratante debe escoger entre el precio global, unitarios, o el sistema de pagos que prefiera, de conformidad con el resultado de la fase de planeación del contrato para este aspecto.

Continuando con el texto, encontramos los numerales 2.9, condiciones particulares del proyecto, como los materiales y documentos que entregará la entidad para la ejecución del contrato, apartado eminentemente técnico y que se desprende del estudio de la necesidad en la fase de planeación del proceso; 2.10 hace referencia a la información del personal profesional que hará parte del contrato, este numeral regula completamente la forma en la que debe acreditarse el

personal, exigencias, perfiles, equivalencias y demás elementos para conformar el equipo de trabajo.

Se indica en todo caso que el personal que requiera la entidad es el mínimo y que debe ser siempre proporcional al objeto del proceso de contratación, haciendo la salvedad de que los perfiles no pueden incluir volúmenes o cantidades de obra específicas.

Sigue el documento con los numerales 2.11, posibles fuentes de materiales para el proyecto; 2.12, obras provisionales, y 2.13, señalización, que se encuentran desarrollados sin la posibilidad de que la entidad altere su contenido, es decir, no hay opción de modificar o hacer inclusiones en estos acápite, nuevamente son aspectos completamente técnicos no regulados a través del documento tipo.

Para finalizar el capítulo 2 del pliego tipo de mínima cuantía, encontramos los numerales 2.14, permisos, licencias y autorizaciones; 2.15, notas específicas para el proyecto, y 2.16, documentos técnicos adicionales, aspectos no regulados en el pliego tipo, no fueron desarrollados, y se le indica a la entidad estatal el deber de diligenciar cada uno de ellos, razón por la cual no ahondaremos en estos, por cuanto obedecen, nuevamente, a aspectos técnicos propios de la entidad contratante no regulados.

2.2.4. Capítulo 3 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Elaboración, Presentación y Evaluación de las Ofertas

En este capítulo fueron desarrolladas las reglas que les indican a los proponentes la forma como deben elaborar su oferta, presentarla y como será evaluada. El índice de su contenido se muestra a continuación:

Capítulo III. Elaboración, presentación y evaluación de las ofertas

- 3.1. Carta de presentación de la oferta
- 3.2. Apoderado
- 3.3. Elaboración y presentación de la oferta
- 3.4. Cierre del proceso y apertura de ofertas
- 3.5. Informe de evaluación
- 3.6. Aceptación de la oferta
- 3.7. Propuestas parciales
- 3.8. Propuestas alternativas
- 3.9. Reglas para los procesos estructurados por lotes o grupos. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 3)

Al revisar el pliego tipo encontramos que este es un capítulo bastante sencillo de entender, no presenta mayores complejidades. El numeral 3.1 remite al “Formato 1 - Carta de presentación de la oferta”, por medio del cual el proponente presenta su ofrecimiento, como en cualquier otro proceso de contratación; 3.2, las reglas para que un apoderado presente el ofrecimiento en nombre de un tercero; 3.3 las indicaciones de cómo debe elaborarse la oferta, y de las formalidades para presentarla al proceso; 3.4, el cierre del proceso de contratación y cuándo se dará apertura a las ofertas.

Enseguida se encuentran los numerales 3.5, informe de evaluación, el cual se realiza de conformidad con la norma; 3.6, la aceptación de la oferta, que tampoco reviste complejidades y señala que dicha comunicación se hará al proponente que haya cumplido con todos los requisitos de la invitación y presente el menor precio, la indicación de que no se aceptan ofertas parciales, en

el numeral 3.7, y la posibilidad de presentar propuestas alternativas siempre que se cumpla con la propuesta básica y no signifique un condicionamiento de la propuesta, así como las reglas para procesos en los cuales se permita la participación por lotes.

2.2.5. Capítulo 4 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Requisitos Habilitantes y su

Verificación

Este es quizá uno de los capítulos más importantes del pliego tipo de mínima cuantía, porque es en este apartado en el que se introdujeron los cambios significativos en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo cual analizaremos su contenido y esbozaremos las primeras reflexiones frente al tema.

El pliego tipo de mínima cuantía determinó los requisitos habilitantes del proceso de contratación, y para ello en el numeral 4.1 encontramos las generalidades de estos requisitos, el pliego tipo determina lo siguiente:

4.1 GENERALIDADES

A. Únicamente se consideran habilitados aquellos proponentes que cumplan todos los requisitos habilitantes, según lo señalado en la presente Invitación.

B. En el caso de proponentes plurales, los requisitos habilitantes serán acreditados por cada uno de los integrantes de la figura asociativa, salvo que se dé a entender algo distinto y, en todo caso, se realizará de acuerdo con las reglas de la invitación.

C. Cuando la entidad exija el requisito habilitante de capacidad financiera, los proponentes deben diligenciar el Formato 4 Capacidad Financiera con los soportes que ahí se definen. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 26)

Estas reglas provienen de las normas básicas que habitualmente han venido regulando esta modalidad de contratación, indicando que únicamente se consideran habilitados aquellos proponentes que cumplan todos los requisitos habilitantes de conformidad con la invitación, aclarando que para el caso de los proponentes plurales los requisitos deben ser acreditados por cada uno de sus integrantes, salvo que la invitación indique algo diferente sobre esto.

Seguidamente encontramos el primero de los requisitos habilitantes en el numeral 4.2, la capacidad jurídica. En este acápite se desarrollan las reglas a través de las cuales los proponentes pueden acreditar este requisito. Para ello el pliego tipo indica quiénes pueden participar en los procesos de contratación:

4.2 CAPACIDAD JURÍDICA

Los interesados podrán participar como proponentes bajo alguna de las siguientes modalidades siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos en la invitación:

A. Individualmente como: a) personas naturales nacionales o extranjeras, b) personas jurídicas nacionales o extranjeras.

B. Conjuntamente, como proponentes plurales en cualquiera de las formas de asociación previstas en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 26)

Y señala las características en cuanto a la capacidad jurídica, para la modalidad de participación por la que se opte de las señaladas anteriormente:

Los proponentes deben:

- A. Tener capacidad jurídica para la presentación de la oferta.
- B. Tener capacidad jurídica para la celebración del contrato y ejecución de la oferta.
- C. No estar incursos en ninguna de las circunstancias de inhabilidad, incompatibilidad, conflicto de interés o prohibición para contratar previstas en la Constitución y en la ley.
- D. No estar reportado en el último Boletín de Responsables Fiscales vigente publicado por la Contraloría General de la República. Esta disposición aplica para el proponente e integrantes de un proponente plural con domicilio en Colombia. Tratándose de proponentes extranjeros sin domicilio o sin sucursal en Colombia, deben declarar que no son responsables fiscales por actividades ejercidas en Colombia en el pasado y que no tienen sanciones vigentes en Colombia que impliquen inhabilidad para contratar con el Estado. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 27)

Seguidamente, desarrolla las reglas para probar la existencia y representación legal en el proceso de contratación, frente a lo cual debemos indicar que este aparte no contempla cambios o reglas diferentes a las habituales, a saber:

- i. Certificado de existencia y representación legal

- ii. Certificación del revisor fiscal
- iii. Fotocopia del documento de identidad del representante legal.

Al igual que establece las reglas para acreditar estos requisitos frente a los proponentes plurales y extranjeros con y sin sucursal en Colombia.

En el numeral 4.4 se desarrolla el requisito de certificación de pagos a seguridad social, para personas naturales, personas jurídicas y proponentes plurales, indicando que los proponentes deben acreditar los pagos a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las cajas de compensación familiar, al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, al SENA y al Fondo Nacional de Formación Profesional para la Industria de la Construcción.

En el numeral 4.5 encontramos la experiencia como requisito habilitante en los procesos de contratación, quizá uno de los principales aspectos señalados como novedosos, pues este requisito habitualmente era desarrollado por las entidades de conformidad con su estudio de necesidades y el análisis del sector.

Para este aspecto encontramos que el pliego tipo indica que la experiencia debe acreditarse mediante la presentación del “Formato 3 - Experiencia”, y copia de alguno de los documentos válidos señalados en el numeral 4.5.4 y 4.5.5.

Para acreditar la experiencia el pliego indica en su numeral 4.5.1 las características de los documentos por medio de los cuales se puede hacer esto. Este aparte del pliego tipo es muy importante, puesto que en él se indica cuál es la naturaleza de las actividades que pueden servir para acreditar la experiencia, es decir, que tipo de experiencia funciona para el proceso.

Este requerimiento se desprende de utilizar un instrumento adicional que es la “Matriz 1 – Experiencia”, en la que se encuentra cada uno de los aspectos que debe tener en cuenta la entidad al usar el pliego tipo, como se describirán a continuación.

La matriz está constituida por ocho (8) tipos de obras de infraestructura de transporte, identificadas con un número y su descripción, los cuales son:

1. Obras en vías primarias o secundarias
2. Obras en vías terciarias
3. Obras marítimas y fluviales
4. Obras en vías primarias o secundarias o terciarias para atención de emergencias

diferentes a contratación directa

5. Obras férreas
6. Obras de infraestructura vial urbana
7. Obras en puentes
8. Obras aeroportuarias

Cada uno de estos ítems de infraestructura está integrado por dos componentes: i) la cuantía del proceso de contratación y ii) la actividad a contratar.

Una vez que la entidad estatal escoge la actividad que se va a contratar, la cual debe ir plenamente alineada con el objeto o será el objeto del proceso de contratación, por ejemplo, la actividad 8.1, Proyectos de Construcción de Pistas o Plataformas o calles de rodaje o franjas de seguridad, podrá identificar qué tipo de experiencia el pliego tipo exige para el proceso, ya sea únicamente experiencia general o también la experiencia específica. Esto dependerá del tipo de actividad que deba contratarse y para ello la entidad deberá únicamente exigir la experiencia señalada en la matriz 1 de experiencia.

En cuanto al tipo de experiencia, encontramos que la matriz contiene los de experiencia general, experiencia específica y porcentaje de dimensionamiento, dependiendo de la complejidad y la actividad que se va a contratar aplicarán una u otra, ambas o las que determine la matriz.

En algunas ocasiones la matriz indica N/A, caso en el cual se debe entender que no es necesario exigir la experiencia indicada de esta manera en la matriz.

A manera de ejemplo, analizaremos la actividad 2.1, Proyectos de construcción de vías terciarias, de la que se muestra la matriz de experiencia en la figura 1.

Figura 1

Matriz de experiencia

2. OBRAS EN VIAS TERCARIAS			
Cuantías del proceso de contratación		Procesos cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad	
Acreditación de la EXPERIENCIA:	ACTIVIDAD A CONTRATAR:	TIPO DE EXPERIENCIA:	
Que hayan contenido la ejecución de: [las Entidades Estatales no podrán incluir condiciones adicionales para la acreditación de la experiencia a las exigidas en esta Matriz haciendo uso de esta expresión]	2.1 PROYECTOS DE CONSTRUCCIÓN DE VIAS TERCARIAS .	GENERAL	CONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO O MANTENIMIENTO O REHABILITACIÓN O CONSERVACIÓN EN PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRETO HIDRÁULICO O PLACA HUELLA DE CARRETERAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VIAS TERCARIAS O VIAS URBANAS O PISTAS DE AEROPUERTOS Nota 1: Será válida la experiencia que haya sido ejecutada a través de Construcción o Mejoramiento o Mantenimiento de Vías en Asfalto Natural o Asfaltita. Nota 2: Cuando la experiencia aportada por el Proponente contemple la construcción en vías terciarias NO se requiere que haya incluido la pavimentación de la vía construida
		ESPECIFICA	N.A.
		% DE DIMENSIONAMIENTO (Según la longitud requerida)	N.A.
	2.2 MEJORAMIENTO EN VIAS TERCARIAS.	GENERAL	CONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO EN PAVIMENTO ASFALTICO O CONCRETO HIDRÁULICO O PLACA HUELLA DE VIAS PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VIAS TERCARIAS O VIAS URBANAS O PISTAS DE AEROPUERTOS Nota: Será válida la experiencia que haya sido ejecutada a través de Construcción o Mejoramiento o Mantenimiento de Vías en Asfalto Natural o Asfaltita.
		ESPECIFICA	N.A.

Fuente: Colombia Compra Eficiente, 2021c

Para esta actividad, la matriz de experiencia únicamente contempla experiencia general y no específica, ni tampoco porcentaje de dimensionamiento. Por lo tanto, la entidad estatal en el requisito de experiencia deberá exigir únicamente certificaciones de experiencia en:

CONSTRUCCIÓN O MEJORAMIENTO O MANTENIMIENTO O REHABILITACIÓN O CONSERVACIÓN EN PAVIMENTO ASFÁLTICO O

CONCRETO HIDRÁULICO O PLACA HUELLA DE CARRETERAS
PRIMARIAS O SECUNDARIAS O VÍAS Terciarias O VÍAS URBANAS O
PISTAS DE AEROPUERTOS

Nota 1: Será válida la experiencia que haya sido ejecutada a través de Construcción o Mejoramiento o Mantenimiento de Vías en Asfalto Natural o Asfaltita.

Nota 2: Cuando la experiencia aportada por el Proponente contemple la construcción en vías terciarias NO se requiere que haya incluido la pavimentación de la vía construida. (Colombia Compra Eficiente, 2021c)

Como se indicó, en algunos casos la entidad podrá variar la exigencia de la experiencia, pero siempre atendiendo lo establecido en la matriz.

Finalmente, se encuentran casos en los que la entidad debe contratar dos actividades paralelamente, en este caso la entidad, de conformidad con lo dispuesto en las instrucciones de entendimiento de la matriz, puede:

Cuando el objeto del proceso de contratación contemple la ejecución de dos o más “Actividades a Contratar” (ej.: 1.1 y 7.1), la entidad tiene dos alternativas: a) solicitar únicamente la experiencia de la “actividad a contratar” de mayor relevancia de acuerdo con el objeto del contrato. La Entidad podrá analizar la relevancia en función del valor de las actividades o por la complejidad técnica; o b) solicitar la experiencia general y la experiencia específica de la “actividad a contratar” de mayor relevancia, y para las demás actividades a contratar requerir la experiencia específica de la correspondiente actividad. En el evento en que para las

actividades a contratar, diferentes a la de mayor relevancia, la “Matriz 1 - Experiencia” no contemple la experiencia específica, se podrá solicitar la experiencia general de la actividad, como específica. (Colombia Compra Eficiente, 2021c)

En conclusión, la experiencia únicamente puede ser exigida en las formas y combinaciones indicadas en la matriz de experiencia 1 del pliego tipo, sus características no pueden variar, y este es quizá uno de los principales aspectos del pliego tipo, como se indicó al comienzo.

Luego encontramos la Capacidad Financiera como requisito habilitante en el numeral 4.6, sobre el cual se hace una especial indicación: que en los procesos en los que el valor del presupuesto oficial supere el 50 % del valor de la mínima cuantía de la entidad y siempre que el pago no se realice contra entrega deberá exigirse este requisito.

En los procesos en los que el pago sea de la misma forma, es decir, no se haga contra entrega, pero cuyo presupuesto oficial no supere el 50 % del valor de la mínima cuantía de la entidad, es facultativo para la entidad exigir o no capacidad financiera.

El pliego tipo indica lo siguiente:

4.6 CAPACIDAD FINANCIERA

[La entidad estatal exigirá la capacidad financiera mínima en los procesos de contratación que superen el cincuenta por ciento (50%) del valor de la mínima cuantía de la respectiva entidad, cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios de acuerdo con las reglas de este numeral.

[La entidad estatal puede o no exigir la capacidad financiera mínima en los procesos de contratación que sea igual o inferior al cincuenta por ciento (50%) del valor de la mínima cuantía de la respectiva entidad, cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Si la entidad estatal decide establecer un requisito habilitante de capacidad financiera, deberá solicitarla de acuerdo con la Matriz 2 - Indicadores Financieros y las reglas de este numeral. En el escenario que decida no exigir capacidad financiera mínima, deberá realizar la valoración de riesgos que esto pueda incidir en la ejecución del futuro contrato, al igual que detallar en esta sección los motivos bajo los cuales tomó dicha decisión]. (Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 35)

Recordemos que la norma antes de la expedición de los pliegos tipo indicaba que en los procesos de mínima cuantía la exigencia de experiencia y las capacidades financiera y organizacional eran facultativas para la entidad estatal. En relación con este aspecto, el pliego tipo introduce una nueva regla: la obligatoriedad de exigir capacidad financiera en aquellos procesos en los que el presupuesto oficial sea superior al 50 % de la mínima cuantía de la entidad. Los requisitos de capacidad financiera en el pliego tipo de mínima cuantía se encuentran en la Matriz 2 - Indicadores Financieros, que como se observa en la tabla 2 es bastante sencilla.

Tabla 2

Matriz 2 – indicadores financieros, obras para infraestructura de transporte

Indicador	Valor concertado
Índice de liquidez	≥ 1
Índice de endeudamiento	$\leq 70\%$
Razón de cobertura de intereses	≥ 1
Capital de trabajo	Definido en la invitación

Nota: Los indicadores definidos en la presente matriz deben ser usados por las entidades en la estructuración de los documentos del proceso de contratación de obra pública para infraestructura de transporte. Fuente: Colombia Compra Eficiente, 2021d.

En consecuencia, las entidades estatales solo podrán solicitar los indicadores contenidos en la matriz 2 y no podrán modificarlos.

Finalmente, en el numeral 4.7 del pliego tipo encontramos la capacidad residual en el proceso de contratación. Recordemos que el marco normativo indica que en los procesos para la contratación de obras públicas deberá solicitarse capacidad residual de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013.

Ahora bien, el pliego también regla este aspecto e introduce las directrices que la Agencia Nacional de Contratación Pública había expedido para ello a través de la *Guía para el cálculo de capacidad residual en procesos de contratación*, y este apartado del pliego tipo no contempla variaciones sustanciales, más que las reglas contenidas allí.

De esta manera se ha realizado un recorrido por el pliego tipo de mínima cuantía de obras de infraestructura de transporte, abordando cada uno de sus principales aspectos y desarrollando su contenido.

Adicionalmente es necesario indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública, ante lo novedoso de la herramienta, ha desarrollado guías para la implementación de todos los pliegos tipo disponibles a la fecha, conversatorios y hasta videos en los que se han hecho capacitaciones de las herramientas y que se encuentran en la página web de dicha entidad.

2.2.6. Capítulo 5 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Criterios de Evaluación, Criterios de Desempate y Oferta Económica

En la modalidad de mínima cuantía la entidad estatal debe escoger la oferta con el menor precio y verificará que haya cumplido con todos los requisitos establecidos en el pliego tipo.

En caso de que la oferta con menor precio no cumpla con los requisitos del pliego tipo, la entidad deberá continuar con la evaluación de la siguiente con menor precio y de esta forma sucesivamente.

En este capítulo encontramos, en el numeral 5.1, la forma como debe estructurarse la oferta económica, indicando si esta es por precio global, llave en mano, precios unitarios u algún otro método para su pago. El AIU se encuentra de el numeral 5.1.1 y el pliego tipo les indica a los oferentes que debe incluirse siempre que el proceso sea por precios unitarios, haciendo una especial referencia a que el AIU debe expresarse en porcentaje y discriminarse en la propuesta económica y nunca podrá ser superior al porcentaje indicado en el formulario 1. Lo que significa que este factor ya viene calculado por el pliego tipo y es de carácter inmodificable.

Seguidamente se encuentran las instrucciones para realizar las correcciones aritméticas en la invitación pública, numeral 5.1.2, procedimiento que se realiza para corregir el resultado de operaciones aritméticas dadas en la propuesta, únicamente cuando existan errores de cálculo o resultados, y la manera cómo deben manejarse las ofertas artificialmente bajas, en el numeral 5.1.3,

para lo cual se hace una remisión a la guía elaborada por Colombia Compra Eficiente, en la que se encuentra el procedimiento para enfrentar dicha situación.

Por último, encontramos los criterios de desempate, caso en el cual la invitación del pliego tipo consagra que se preferirá la oferta que haya llegado primero en el tiempo. No obstante, con la expedición de la Ley 2069 de 2020, se introdujeron cambios sustanciales al régimen de contratación, y las causales allí descritas son de obligatorio cumplimiento para las entidades del Estado, luego se entiende que el contenido de los pliegos tipo ha sido modificado con ocasión de esta ley, y los factores de desempate consagrados en esta deben aplicarse por las entidades del Estado luego de aplicar el criterio especial de la mínima cuantía.

2.2.7. Capítulo 6 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Riesgos

Este capítulo es bastante sencillo, se encuentra regulado a través de la Matriz 3 – Riesgos, en la cual se tipifican los riesgos previsibles para el proceso de contratación. Esta matriz la elabora la entidad estatal, y los proponentes pueden observar su contenido como habitualmente se puede hacer en cualquier proceso.

2.2.8. Capítulo 7 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Garantías

En el capítulo 7 encontramos las garantías del proceso de contratación, y el pliego indica que dada la naturaleza del proceso de contratación, al ser de mínima cuantía, las entidades del Estado no se encuentran obligadas a exigir las, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, pero si la Entidad decide incluirlas, debe hacerlo siguiendo las instrucciones del pliego tipo.

El pliego tipo regula la manera como deben solicitarse las garantías de i) seriedad de la oferta, ii) la garantía de cumplimiento, iii) estabilidad de la obra y iv) garantía de responsabilidad civil extracontractual, indicándole al proponente para cada caso cuál es su suficiencia y el plazo por el que debe solicitarse.

2.2.9. Capítulo 8 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Comunicación de Aceptación de la Oferta y Cláusulas Adicionales

En este capítulo de la invitación pública encontramos cuáles son las condiciones para aceptar la oferta contenidas en el Anexo – 2, dentro de las cuales tenemos la forma de pago, anticipo, obligaciones y derechos del contratista.

Este capítulo contempla los aspectos principales del contrato o aceptación de oferta. El numeral 8.1 desarrolla la información para el control de la ejecución de la obra, haciendo claridad que no es necesario contratar una interventoría para ello por cuanto para la mínima cuantía no es obligatoria.

Este apartado de la invitación desarrolla las reglas para verificar el personal que hará parte de la obra y regula el tiempo en que deben allegarse las hojas de vida a la entidad estatal para su comprobación, el término para su revisión y el concepto favorable o desfavorable.

Posteriormente, encontramos en el numeral 8.2 los precios unitarios, y el pliego tipo indica que el contratista debe diligenciar los precios unitarios por medio del Formulario – 1; en el numeral 8.3 se encuentran las condiciones del anticipo y/o pago anticipado, para el caso en que se opte por uno de estos dos o ya sea que no.

En el numeral 8.4 se encuentran desarrolladas las multas del contrato, este apartado es bastante novedoso, pues contempla la posibilidad de escoger entre varios juegos u opciones de

cláusulas de multas, combinarlas o construir las que se consideren necesarias. Encontramos luego el numeral 8.5, relativo a la cláusula penal, y nuevamente se faculta a la entidad estatal para escoger entre cuatro opciones de combinaciones, que puede mezclar o construir. En el numeral 8.6 se encuentran las cláusulas excepcionales haciendo una breve referencia a que las cláusulas que se encuentran en el estatuto general de contratación de la administración pública se encuentran incorporadas. En los numerales 8.7 y 8.8 encontramos la mención a la independencia del contratista e inexistencia de la relación laboral, indicando que el contratista no representa a la entidad estatal, y el contrato no genera ningún tipo de relación laboral con la entidad estatal.

Finalmente, se encuentra en los numerales 8.9 la sesión del contrato; 8.10, su liquidación, y 8.11, la solución de controversias. Estos apartes de la invitación pública no introducen cambios en la forma como habitualmente se manejan estos aspectos, indicando que para el caso de la cesión no podrá realizarse sin el consentimiento de la entidad estatal. La liquidación debe efectuarse de conformidad con lo establecido en el contrato, y si no se regula deberá acudirse a lo dispuesto en la normativa que informa la materia, y las controversias se pueden resolver mediante dos opciones que las entidades estatales podrán escoger, entre acudir a los métodos alternativos de conciliación o arreglo directo.

2.2.10. Capítulo 9 del Pliego Tipo de Mínima Cuantía - Anexos, Formatos, Matrices y Formularios

En este capítulo del pliego tipo de mínima cuantía encontramos los documentos diferentes de la invitación, sus nombres pueden verse en la figura 2.

Figura 2

Anexos y formatos del pliego tipo de mínima cuantía

9.1. ANEXOS

1. Anexo 1 – Pacto de transparencia
2. Anexo 2 – Comunicación de Aceptación de la oferta

9.2. FORMATOS

1. Formato 1 – Carta de presentación de la oferta
2. Formato 2 – Conformación de proponente plural (Formato 2A- Consorcios) (Formato 2B- Unión Temporal)
3. Formato 3 – Experiencia
4. Formato 4 – Capacidad financiera [Incluir cuando la entidad la exija]
5. Formato 5 – Capacidad residual
6. Formato 6 – Pagos de seguridad social y aportes legales

9.3. MATRICES

1. Matriz 1 – Experiencia
2. Matriz 2 – Indicadores financieros [Incluir cuando la entidad lo exija]
3. Matriz 3 – Riesgos

9.4. FORMULARIOS

1. Formulario 1– Formulario de Presupuesto Oficial

Fuente: Colombia Compra Eficiente, 2021a, p. 62

Cabe indicar que los anexos son diligenciados por la entidad contratante y contienen información de la obra; los formatos son documentos que debe diligenciar el proponente y los cuales debe allegar en su propuesta; las matrices son documentos que debe incluir la entidad en su proceso de contratación y en los formularios encontramos el del presupuesto oficial.

De esta forma realizamos una descripción de los principales aspectos del pliego tipo de mínima cuantía de infraestructura de transporte, para ubicar al lector en cada uno de sus aspectos principales, de los cuales se destacan los requisitos habilitantes, causales de rechazo, obligaciones y multas por proponer, fórmulas que antes existían en la contratación pública y que ahora forman un todo junto con las demás normas en materia de contratación estatal.

Capítulo 3. Reflexiones Frente al Pliego Tipo de Mínima Cuantía de Infraestructura de Transporte

3.1. El Pliego Tipo en Relación con las Facultades Regulatorias Otorgadas a la Agencia con Ocasión de la Ley 1882 de 2018

Los pliegos tipo, una vez que fueron expedidos, entraron a hacer parte del abanico de normas que las entidades públicas deben observar para el desarrollo de sus procesos de contratación, dependiendo del segmento o actividad económica que necesiten contratar, dado que en la actualidad existen varios pliegos tipo en la contratación pública colombiana, como se indicó en el primer capítulo de esta investigación.

Ahora bien, su uso es obligatorio por expresa disposición de la ley, pero analizaremos el alcance de la herramienta frente a lo que originariamente dispuso la norma que los creó, es decir, hasta dónde podría el pliego tipo llegar o cual sería el alcance autorizado por el legislador.

Al comenzar esta investigación indicamos que los pliegos tipo de infraestructura de obras de transporte introducidos al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 1882 de 2018, por medio de la cual se adicionó el parágrafo 7 al artículo 2 de la Ley 1150, únicamente podían regular ciertos aspectos, tal y como lo indica la norma:

PARÁGRAFO 7. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la

Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda a cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local. (Ley 1882 de 2018, Congreso de Colombia, 2018) (subrayado fuera de texto)

De lo anterior llama la atención que el legislador solo facultó al Gobierno nacional para definir a través de los pliegos tipo ciertos aspectos en relación con el proceso de contratación, que de conformidad con la Ley 1882 de 2018 solo podían ser las i) condiciones habilitantes y los ii) factores técnicos y económicos de escogencia.

Resulta pertinente recordar qué se entiende en el ámbito de la contratación pública por requisitos habilitantes y factores técnicos y económicos de escogencia. Los requisitos habilitantes son todos aquellos aspectos que hacen que un proponente sea hábil para participar en un proceso de contratación. De conformidad con el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, estos requisitos pueden ser la experiencia y las capacidades jurídica, financiera y de organización, los cuales no otorgan puntaje, pues como su nombre lo indica habilitan o hacen que un proponente pueda participar en un proceso de contratación; en palabras coloquiales, hacen que el proponente clasifique a la siguiente fase. La norma que desarrolla estos conceptos indica lo siguiente:

La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. (Ley 1150 de 2007, Congreso de la República, 2007)

Respecto a los requisitos habilitantes, el Consejo de Estado ha dicho que estos miden la aptitud del oferente para participar en procesos de contratación:

(...) los requisitos habilitantes cobran un rol fundamental en el esquema de la convocatoria, en tanto se identifican con las aptitudes mínimas que necesariamente deben cumplir los proponentes a la hora de presentar sus propuestas, no después, y que se miden en términos de experiencia y de capacidad, ya sea jurídica, financiera u organizacional. (...) En ese sentido, se enfatiza que el cumplimiento de aquellos se encamina a determinar las capacidades, habilidades y competencias del oferente, no de la oferta. Es el proponente, en relación consigo mismo y no con su propuesta, el que está llamado a llenar satisfactoriamente esas exigencias. (Consejo de Estado, 2018, p. 29)

Por su parte, los factores técnicos y económicos de escogencia, en procesos de obra de infraestructura de transporte son i) todos aquellos aspectos técnicos adicionales relacionados con el objeto del contrato que deben tenerse en cuenta para la escogencia de la oferta, como el equipo de trabajo, los materiales, permisos, así como las especificaciones técnicas requeridas, entre otros, y ii) los factores económicos de escogencia, que en el caso de la mínima cuantía sería la oferta económica, que es el factor de selección en dicha modalidad de contratación, en la cual lo más importante es el ofrecimiento económico, ya que se escoge siempre la oferta con menor valor.

Es necesario indicar que el pliego tipo de mínima cuantía de obras de infraestructura de transporte y en general la mayoría de instrumentos expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública, con ocasión de la Ley 1882 de 2018, posiblemente desbordan el alcance de lo contenido en la norma en cuanto a lo que debía regular, pues como se verá a continuación el pliego tipo de mínima cuantía regula absolutamente todos los aspectos de un proceso de contratación, no únicamente los que indicó el legislador.

En la tabla 3 se presenta una comparación que permite analizar los aspectos aprobados por la Ley 1882 de 2018 para ser regulados en el pliego tipo, en relación con lo dispuesto en la herramienta.

Tabla 3

Aspectos aprobados por la Ley 1882 de 2018 para ser regulados en el pliego tipo vs. lo dispuesto en la herramienta.

Aspectos autorizados por la norma para ser regulados mediante el pliego tipo	Regulación del pliego tipo
	Capítulo 1 – Información general
	Capítulo 2 – Especificaciones técnicas
	Capítulo 3 – Elaboración, presentación y evaluación de las ofertas
	Capítulo 4 – Requisitos habilitantes y su verificación
Requisitos habilitantes	Capítulo 5 – Criterios de evaluación, desempate y oferta económica
Factores técnicos	Capítulo 6 – Riesgos asociados al contrato, forma de mitigarlos y asignación de riesgos
Factores económicos	Capítulo 7 – Garantías
	Capítulo 8 – Comunicación de aceptación de la oferta
	Capítulo 9 – Lista de anexos, formatos, matrices y formularios

Fuente: Elaboración propia

Es pertinente señalar que, de acuerdo con la Ley 1882 de 2018, la ANCP solo podía regular tres aspectos y hacerlos de obligatorio cumplimiento, estos son los referenciados en la primera casilla de la tabla 3. Por consiguiente, los capítulos 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9 del pliego tipo de mínima cuantía podrían ser sujeto de reproche de legalidad, pues, como se indicó, la ANCP, al expedir la Resolución 094 de 2020 por medio de la cual se adoptaron los pliegos tipo de mínima cuantía para obra pública de infraestructura de transporte, indicó en el artículo 2 que estos serían inmodificables, lo que le atribuye un efecto vinculante a todo el contenido de la herramienta, cuando solo podría predicarse dicho efecto sobre los capítulos 2 y 4 de los pliegos.

La Resolución 094 de 2020, por medio de la cual se adoptaron los pliegos tipo de mínima cuantía, indicó lo siguiente, en relación con la inalterabilidad de los documentos que conforman el pliego tipo: “Artículo 2. INALTERABILIDAD DE LOS DOCUMENTOS TIPO. Las entidades estatales no pueden incluir condiciones ni modificar las previstas en los Documentos tipo, a menos que expresamente se les faculte para hacerlo (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2020, p. 39).

Esto significa que cualquier modificación realizada a los documentos podría generar algún tipo de consecuencias disciplinarias o penales para los funcionarios públicos que efectúen cambios en el proceso de contratación, cuando en realidad la norma no prevé la obligatoriedad para todos los componentes de dicha modalidad de contratación, sino, como se indicó, solo frente a los requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia.

Sobre esto último es necesario aclarar que pareciera que la Agencia Nacional de Contratación Pública se percató de ello, y en el articulado de la Ley 2022 de 2020 se realizaron dos grandes cambios referentes al marco jurídico que regulaba los pliegos tipo en Colombia: i) se atribuyó la competencia de elaborar los pliegos tipo directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública, otorgándole la posibilidad de diseñar directamente los pliegos tipo que considere necesarios para la actividad contractual del país, los cuales serán de obligatorio cumplimiento para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública únicamente, ii) se ratificó la obligatoriedad de los pliegos tipo expedidos con ocasión de la Ley 1882 de 2018, esto es, los pliegos tipo que regulan el sector de las obras públicas de transporte, así que los pliegos de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas de transporte, consultoría en ingeniería para obras siguen siendo obligatorios:

(...) PARÁGRAFO 7o. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, adoptará documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Dentro de estos documentos tipo, se establecerán los requisitos habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia, así como aquellos requisitos que, previa justificación, representen buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

(Ley 2022 de 2020, Congreso de la República, 2020) (subrayado fuera de texto).

Parece que en principio y hasta antes de la expedición de la Ley 2022 de 2020, los pliegos tipo expedidos con ocasión de la autorización concedida al Gobierno nacional mediante la Ley 1882 de 2018 regularon aspectos no autorizados, situación que quiso ser corregida con esta nueva norma, no en vano al final del único artículo de la Ley 2022 de 2020 se reitera que los pliegos tipo de obras públicas serán obligatorios, cuando se presume que dichos actos administrativos gozan de plena legalidad y obligatoriedad en el ordenamiento jurídico colombiano. ¿Por qué razón se quiso reiterar su carácter vinculante o por qué razón el legislador quiso ratificar la legalidad de dichos pliegos? ¿Cuál fue el verdadero motivo de esta mención?

La Ley 2022 de 2020, en su único artículo, dispuso la obligatoriedad de los pliegos tipo de obra de transporte de la siguiente manera:

En todo caso, serán de uso obligatorio los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, que lleven a cabo todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los términos fijados mediante la reglamentación correspondiente. (Congreso de la República, 2020)

Cabría entonces analizar si la Ley 2022 de 2020 puede validar o investir de legalidad los actos administrativos por medio de los cuales se reguló el sector de obra pública de transporte, porque aparentemente estos tienen un alcance que sobrepasa lo autorizado por la Ley 1882 de 2018. Esto no es un asunto sencillo de abordar, pues en el pliego tipo se dice que son inmodificables todos sus apartes, que van desde el capítulo 1 al 9, por los que se regula todo el contenido del pliego tipo, que si bien en algunos de sus apartes autoriza realizar modificaciones, o introducir información, en la mayoría de estos, el pliego es pétreo en cuanto a aspectos como la literalidad, la posibilidad de escoger solo entre opciones, coartando a la administración incluso en aspectos de forma.

Este aspecto es un punto de reflexión que no ha sido estudiado por la jurisdicción contenciosa, o al menos la comunidad en general no conoce pronunciamiento acerca de este tipo de debates por parte del Consejo de Estado, quien será el que advierta si los planteamientos aquí expuestos guardan algún sustento para inferir su ilegalidad, o si por el contrario dichos actos administrativos gozan de plena legalidad y por tanto son vinculantes para sus destinatarios.

No obstante, no deja de llamar la atención el uso que se le dio a la Ley 2022 de 2020 para reafirmar el trabajo hecho por la ANCP en virtud de la Ley 1882 de 2018, ya que con ocasión de esta fueron expedidos cuatro instrumentos o pliegos tipo, a saber:

- a. Licitación pública
- b. Menor cuantía
- c. Mínima cuantía
- d. Interventoría
- e. Consultoría

Instrumentos que, además de todo, son muy significativos por regular la obra pública de infraestructura de transporte, nicho del negocio en el cual se ejecutan la mayor cantidad de recursos del Estado, por ser los proyectos a los que se destinan mayores recursos, en infraestructura vial, mantenimiento y nuevos proyectos para el desarrollo del país.

3.2. Resultados de la Implementación del Pliego Tipo de Mínima Cuantía

En este apartado de la investigación, presentaremos ciertas cifras relevantes de los resultados de la implementación del pliego tipo de mínima cuantía de obras públicas de infraestructura de transporte, con ocasión de la información remitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública, al responder un derecho de petición presentado el 30 de abril de 2021 respecto de los aspectos más relevantes del instrumento, al cual la ANCP dio respuesta mediante oficio de 24 de mayo de 2021, radicado RS20210524004640.

En referencia al cumplimiento por parte de las entidades del Estado del pliego tipo de mínima cuantía, la agencia respondió que se revisaron 582 procesos de contratación en la modalidad de mínima cuantía de obras de transporte, de los cuales el 23,54 % de las entidades

cumplen en su totalidad con lo dispuesto en la herramienta, un 24,7 % implementó el pliego tipo con modificaciones, y el 51,7 % no implementó el documento tipo al efectuar el proceso de contratación².

Así pues, de una muestra de 582 procesos adelantados por la modalidad de mínima cuantía, solo aplicaron en su totalidad el pliego tipo el 23,54 % de entidades, cifra que, si bien reporta un avance, es preocupante en cuanto a que la gran mayoría de las entidades no respetaron la norma.

De modo que si agrupamos las entidades que no cumplen o implementan el pliego tipo, más las que introducen alguna modificación, nos arroja como resultado que el 76,46 % de estas entidades no respetan en su totalidad el pliego tipo, ya que están introduciendo en los requisitos cambios que afectarían la escogencia objetiva de los contratistas, lo que podría poner en tela de juicio la integridad del proceso, viciarlo de nulidad, y generar otro tipo de consecuencias para los servidores públicos.

Sin embargo, es necesario realizar un estudio más detallado de las razones que presentan las entidades para modificar los pliegos tipo, pues, como se ha evidenciado en este estudio, es una herramienta bastante nueva y es necesario evaluar en el futuro los resultados de su aplicación en las entidades del Estado colombiano.

En todo caso, los aspectos obligatorios establecidos en la Ley 1882 de 2018 relativos a los requisitos habilitantes y a los factores técnicos y económicos no podrían ser modificados por los responsables de la contratación, so pena de posibles faltas disciplinarias, penales y fiscales, debido al no cumplimiento de los requisitos legales dentro del proceso de contratación.

Finalmente, tenemos que el 51,7 % de la muestra de 582 entidades utilizadas para hacer el estudio por parte de la Agencia no utilizaron el pliego tipo. Esta cifra es realmente preocupante,

² Respuesta a derecho de petición CCE-DES-FM-17 del 24 de mayo de 2021

por cuanto son entidades públicas que han decidido ignorar la norma, hacer de cuenta que no existe el instrumento, lo cual a las luces de un Estado de derecho es completamente ilegal, lleva a faltas disciplinarias, penales y fiscales, y propone una reflexión frente a si el instrumento está funcionando, o si simplemente las cifras son el reflejo de una realidad que nos lleva a pensar que existen aspectos de fondo más sustanciales por mejorar.

Pareciera que los funcionarios públicos no sienten temor de las consecuencias de no aplicar la norma o de modificar el pliego, ni de las consecuencias que este tipo de conductas pudiesen tener, y como consecuencia de ello un 76,46 % de las entidades podrían incurrir en faltas disciplinarias o penales, esta última por celebrar contrato sin cumplimiento de los requisitos, dado que, o no están aplicando el instrumento, o lo están modificando.

Al informar esta cifra, la Agencia indicó que, si bien dentro de sus facultades no se encuentra la de inspección y vigilancia, su deber sí es informar a los entes de control para lo de su competencia, y compulsó copias para que se inicien las investigaciones competentes: “Al respecto, es importante mencionar que de acuerdo a la labor del Observatorio Oficial de Contratación Estatal de la Agencia Nacional de Contratación Pública estos presuntos incumplimientos se informan a los órganos de control para su respectiva investigación”³.

De momento no se conoce el efecto jurídico, disciplinario o penal que la no aplicación o modificación del pliego tipo pueda ocasionar a los funcionarios públicos que ejecuten estas conductas, pues la entrada en vigencia del instrumento apenas reporta poco más de un año, habrá que esperar a que las demandas y los procesos disciplinarios surtan su curso para conocer, dependiendo de la jurisdicción responsable, en qué sentido empezarán a generarse los fallos.

³ Respuesta a derecho de petición CCE-DES-FM-17 del 24 de mayo de 2021

Por su parte, la Agencia Nacional de Contratación Pública dispuso de un instrumento de consulta para que el público en general pudiese conocer las cifras en relación con la aplicación de los pliegos tipo, en él se pueden consultar las mediciones realizadas para i) infraestructura de transporte y ii) saneamiento básico. Es necesario precisar que las cifras reportadas por la ANCP mediante el derecho de petición presentado como insumo de esta investigación son las mismas que se encuentran disponibles en el tablero de control publicado en la página web de la entidad⁴, el cual reporta cifras producto de mediciones realizadas, de la siguiente manera:

El análisis realizado por la Subdirección de Estudios de Mercado y Abastecimiento Estratégico a los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte se efectuó en las siguientes fechas: i) Para modalidad de licitación de obra pública a partir del 01 de julio de 2019 hasta el 31 de marzo de 2021, ii) para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía desde el 17 de febrero de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021, y finalmente, iii) para la modalidad de mínima cuantía a partir del 10 de junio de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021⁵.

Al consultar el instrumento, se observa que la Agencia estudió un total de 1.872 procesos de contratación de obras de transporte para verificar el cumplimiento del instrumento en las modalidades de licitación pública, menor cuantía y mínima cuantía de obras públicas de transporte, y licitación pública de saneamiento básico, para lo cual utilizó tres criterios:

⁴ La herramienta se puede consultar en el siguiente enlace:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieMjAzOWY2NmItNDE2Yi00NjM0LWEyMmEtMjUzMjllOGFjODY5IiwidCI6IjdiMDkwNDZlNTI0NDkMC04Y2IxLTc5ZDVIM2Q4YzFiZSIsImMiOiR9&pageName=ReportSection>

⁵ Respuesta a derecho de petición CCE-DES-FM-17 del 24 de mayo de 2021

1. Si implementan los pliegos correctamente.
2. Parcialmente se modifican los documentos sin afectar la competencia y transparencia
3. No implementan los pliegos tipo o aplican una versión errónea.

De esta gran muestra, la Agencia a través de su tablero de control reporta que, de 1.872 procesos revisados por el Observatorio Oficial de Contratación Pública, perteneciente a dicha entidad, 1.381 procesos cumplen el pliego tipo, y 434 no cumplen el pliego tipo.

Ahora bien, se le preguntó a la Agencia acerca del aumento en la pluralidad de oferentes, y respondió que este indicador ha mejorado significativamente:

Según el análisis realizado por el observatorio y los 1872 procesos revisados a la fecha, cuando las entidades implementan los documentos tipo, concurren en promedio dieciséis (16) oferentes, por su parte cuando las entidades se apartan del documento tipo se presentan solamente dos (2) oferentes al cierre del proceso.

Ahora bien, con antelación a la entrada en vigor de esta herramienta, un gran porcentaje de procesos contaban con una participación única o máxima de hasta tres proponentes como se pudo evidenciar en un informe realizado por la Cámara Colombiana de Infraestructura para el año 2019.

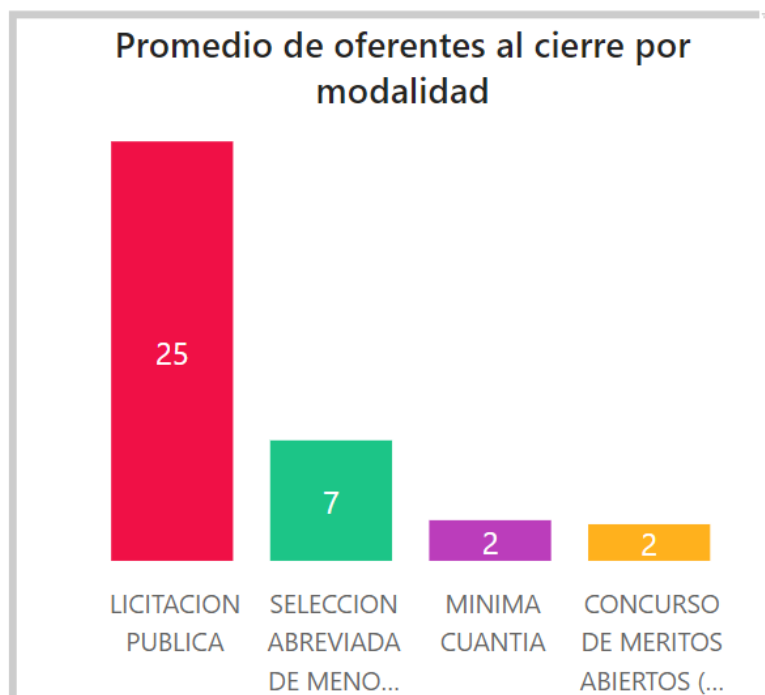
De igual manera, cuando las entidades implementan el documento tipo, se muestran los siguientes promedios de proponentes por cada modalidad⁶.

Para ilustrar un poco las mediciones en relación con la pluralidad de oferentes al aplicar los pliegos tipo, en la figura 3 se muestra la información de la Agencia en su tablero de control.

⁶ Respuesta a derecho de petición CCE-DES-FM-17 del 24 de mayo de 2021

Figura 3

Promedio de oferentes al cierre por modalidad



Fuente: Tablero de control Colombia Compra Eficiente: <https://n9.cl/eyvwj>

Esto refleja que si bien la modalidad de licitación pública y menor cuantía reportan un número plural de oferentes considerable, no ocurre lo mismo en la modalidad de mínima cuantía, y sus cifras son preocupantes si las contrastamos con el porcentaje de cumplimiento que para dicha modalidad reportó anteriormente la herramienta.

Sobre la pluralidad de oferentes, la ANCP reporta que cuando los pliegos no se utilizan concurren al proceso aproximadamente dos proponentes, mientras que cuando sí se utilizan lo hacen aproximadamente dieciséis.

Según el análisis realizado por el observatorio y los 1872 procesos revisados a la fecha, cuando las entidades implementan los documentos tipo, concurren en promedio dieciséis (16) oferentes, por su parte cuando las entidades se apartan del documento tipo se presentan solamente dos (2) oferentes al cierre del proceso.

Ahora bien, con antelación a la entrada en vigencia de esta herramienta, un gran porcentaje de procesos contaban con una participación única o máxima de hasta tres proponentes como se pudo evidenciar en un informe realizado por la Cámara Colombiana de Infraestructura para el año 2019.

De igual manera, cuando las entidades implementan el documento tipo, se muestran los siguientes promedios de proponentes por cada modalidad⁷.

Y esto es así, porque en relación con las modalidades de selección de licitación pública y mínima cuantía, el pliego tipo sí reporta altos niveles de cumplimiento, como se observa en la figura 4.

Figura 4

Licitación pública

Número de contratos revisados: 748
Presupuesto adjudicado: \$7 T
Número de procesos con cumplimiento: 702
Número de procesos con incumplimiento: 46

Fuente: Tablero de control Colombia Compra Eficiente: <https://n9.cl/eyvwj>

⁷ Respuesta a derecho de petición CCE-DES-FM-17 del 24 de mayo de 2021

De los 748 procesos revisados por la Agencia en la modalidad de licitación pública, 702 reportan cumplimiento de los pliegos tipo, y 46 reportan incumplimiento.

Por su parte, en la modalidad de selección abreviada se revisaron 450 procesos de contratación, de los cuales 371 cumplieron el pliego tipo, y 79 no lo cumplieron, como puede verse en la figura 5.

Figura 5

Selección abreviada de menor cuantía

Número de contratos revisados: 450
Presupuesto adjudicado: \$59 bn
Número de procesos con cumplimiento: 371
Número de procesos con incumplimiento: 79

Fuente: Tablero de control Colombia Compra Eficiente: <https://n9.cl/eyvwj>

Por tanto, la modalidad de mínima cuantía es la más incumplida de todas, situación preocupante si se tiene en cuenta que, de acuerdo con lo informado por la ANCP, en la muestra estudiada de esta modalidad el 51,7 % de las entidades del Estado no implementó el documento tipo.

Se hace necesario que la agencia identifique las razones por las cuales esta modalidad de contratación reporta tan bajos índices de implementación de los pliegos tipo, y no es utilizada por los operadores jurídicos, para determinar si al alterar los pliegos tipo se están direccionando los

procesos de contratación, se están favoreciendo proponentes, o si la causa de esta situación es el desconocimiento de la norma y hace falta capacitar a las entidades sobre su uso.

Al preguntarle a la Agencia acerca de cuántas entidades se han capacitado para aplicar el pliego tipo de mínima cuantía, esta tan solo reporta tres capacitaciones: dos de estas en diciembre de 2020 y una en febrero de 2021, una cifra poco significativa, considerando la responsabilidad que podría implicar la no implementación del pliego tipo para los servidores públicos obligados a ello.

Desde la expedición de la Resolución 094 del 21 de mayo de 2020, «Por la cual se desarrollan e implementan los documentos tipo para los procesos de obra pública de infraestructura de transporte que se adelanten por la modalidad de mínima cuantía», la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- ha realizado las siguientes capacitaciones para la implementación de los Documentos Tipo de mínima cuantía:

El 4 de diciembre del 2020, se realizó una capacitación sobre la implementación de los documentos tipo del sector de infraestructura de transporte – en el que se incluyen los documentos tipo adoptados mediante la modalidad de mínima cuantía - y del sector de agua potable y saneamiento básico. De acuerdo con el formulario de inscripción correspondiente a dicha capacitación, 311 personas pertenecientes a entidades territoriales y del orden nacional se registraron a la capacitación.

El 9 de diciembre del 2020, se efectuó una capacitación cuyo objeto fue igual a la realizada el 4 de diciembre de 2020. En esa ocasión, se registraron 504 personas

pertenecientes a entidades públicas, a las cuales se envió el respectivo enlace para participar en la capacitación adelantada virtualmente.

Finalmente, el 5 de febrero de 2021, se realizó una capacitación general para los documentos tipo de obra pública del sector de infraestructura de transporte – en los que se incluye la modalidad de mínima cuantía -. A dicha capacitación, se inscribieron 248 personas de las entidades territoriales y del orden nacional⁸.

De acuerdo con la Agencia, se han capacitado en los tres espacios mencionados anteriormente un poco más de 1000 personas, de quienes no se distingue si son funcionarios públicos, contratistas o proveedores del Estado, y es completamente insuficiente, evidencia que podría explicar el por qué del bajo cumplimiento del instrumento en esta modalidad.

Si las hipótesis relacionadas con corrupción llegasen a ser ciertas, indicaría que en dicha modalidad de contratación el fenómeno de corrupción es mucho más alto, y en la actualidad es la modalidad más utilizada para direccionar los recursos del Estado hacia ciertos proponentes, pues, como se vio, la pluralidad de oferentes en esta modalidad es de máximo dos proponentes en los procesos de contratación, cuando en otras modalidades se presentan entre 25 y 7 proponentes.

Es posible llegar a pensar que esta modalidad de contratación, por ser la que menos recursos ejecuta, ya que se utiliza para procesos de contratación de hasta el 10 % de la menor cuantía de la entidad contratante, es la de menor importancia, pero de acuerdo con las cifras de la agencia, de la muestra analizada se ejecutaron recursos por valor de 12 billones de pesos (ver figura 6), cifra muy significativa en materia de ejecución presupuestal.

⁸ Respuesta a derecho de petición CCE-DES-FM-17 del 24 de mayo de 2021

Figura 6

Cifras respecto de la modalidad de mínima cuantía de obras de transporte

Número de contratos revisados: 582
Presupuesto adjudicado: \$12 bn
Número de procesos con cumplimiento: 281
Número de procesos con incumplimiento: 301

Fuente: Tablero de control Colombia Compra Eficiente: <https://n9.cl/eyvwj>

Al indagar a la Agencia por las funciones de seguimiento a los pliegos tipo, esta informó que a través del Observatorio Oficial de Contratación se efectúa el seguimiento a la herramienta, para presentar los resultados de la implementación de los pliegos y generar datos estadísticos.

A pesar de ello, aparentemente la agencia no tiene las herramientas que le permitan evaluar la implementación del pliego tipo de manera automática o electrónicamente, pues el análisis de la implementación, según lo informó la Entidad, es un ejercicio poco parametrizable en las plataformas SECOP I y II, dado que el ejercicio de revisión se realiza de forma manual, lo que quiere decir que para revisar el cumplimiento del pliego tipo se debe disponer de recurso humano y efectuar la revisión proceso por proceso.

Esto resulta de cierto modo inapropiado, por cuanto para poder revisar la totalidad de los procesos en todas las modalidades en las que se debe aplicar el pliego tipo se debería disponer de un equipo de trabajo integrado por un número alto de funcionarios o contratistas que se dediquen a esta labor, que deberían desarrollar los entes de control para determinar el cumplimiento o no de la herramienta, y en consecuencia la materialización del efecto perseguido al ser creada. Al respecto, la Agencia respondió lo siguiente:

El Observatorio Oficial de Contratación Estatal de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- tiene dentro de sus funciones la de hacer seguimiento a la implementación de instrumentos contractuales, y presentar los resultados de su efectividad mediante datos y estadísticas.

En el desarrollo de esta función, realiza la revisión de los procesos contractuales de las entidades sometidas el estatuto general de la contratación que por el sector y la modalidad se encuentren obligados a implementar los documentos tipo. Esta labor la realiza mediante la comparación manual entre los documentos que publica la entidad y los documentos tipo adoptados por la Agencia.

Dentro de los sectores a los que realiza seguimiento, están el de infraestructura de transporte y agua potable y saneamiento básico, para las modalidades de licitación de obra pública, selección abreviada de menor cuantía, mínima cuantía, e interventoría de obra para el primer sector, y para el segundo, las modalidades de licitación pública sumado a la licitación llave en mano.

Ahora bien, desde la fecha de implementación de los documentos tipo de mínima cuantía, esto es, a partir del 10 de junio de 2020, el observatorio ha revisado alrededor de 582 procesos de contratación, entregando datos estadísticos relacionados con su implementación y pluralidad de proponentes, entre otros⁹.

Llama la atención que tanto el tablero de control como lo informado en el derecho de petición reporta datos únicamente de 582 procesos de mínima cuantía de obras de transporte

⁹ Respuesta a derecho de petición CCE-DES-FM-17 del 24 de mayo de 2021

revisados, pero este no es el universo entero de procesos adelantados en dicha modalidad para este tipo de objetos contractuales, lo que significa que las entidades que potencialmente no estén aplicando el instrumento o lo están modificando pueden ser muchas más de las que reporta la Agencia en sus mediciones, pues, como se aclara, esto es tan solo un único ejercicio realizado por la Agencia, que informa lo siguiente:

El análisis realizado por la Subdirección de Estudios de Mercado y Abastecimiento Estratégico a los documentos tipo de obra pública de infraestructura de transporte se efectuó en las siguientes fechas: i) Para modalidad de licitación de obra pública a partir del 01 de julio de 2019 hasta el 31 de marzo de 2021, ii) para la modalidad de selección abreviada de menor cuantía desde el 17 de febrero de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021, y finalmente, iii) para la modalidad de mínima cuantía a partir del 10 de junio de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021¹⁰.

De ahí podemos inferir que, en la vigencia 2021, a partir del 31 de marzo no se han realizado mediciones a la implementación del documento tipo y que el presupuesto reportado por la Agencia en dicha modalidad de contratación podría llegar a ser muy superior en relación con lo informado, pues, como se ha dicho, lo medido apenas es una muestra aleatoria de procesos revisados por la entidad; la realidad podría ser menos alentadora.

¹⁰ Respuesta a derecho de petición CCE-DES-FM-17 del 24 de mayo de 2021

3.3. Reflexiones Frente a las Desventajas y Ventajas de los Pliegos Tipo de mínima cuantía

3.3.1. Algunas Desventajas de los Pliegos Tipo de mínima cuantía

Al hablar del pliego tipo de mínima cuantía y realizar un análisis de sus principales características, debemos decir que este busca promover la pluralidad de oferentes y prevenir la corrupción, aspectos muy importantes sobre los cuales se ha hablado de la herramienta, por su aporte al sistema jurídico, característica que es completamente deseable en el pliego tipo de mínima cuantía, teniendo en cuenta que esta modalidad es la más utilizada en los territorios, pues la gran mayoría de municipios en nuestro país corresponden a la categoría más baja con menos presupuesto.

Por otra parte, en cifras proporcionadas por parte de la Agencia, el incremento en la pluralidad de oferentes ha sido notorio en la mayoría de las modalidades del pliego tipo de infraestructura de obras públicas de transporte, procesos en los que se están presentando, según las mediciones realizadas, hasta 25 o 30 proponentes, sin embargo en la modalidad de mínima cuantía este resultado no ha sido relevante ni positivo en la mínima cuantía, pues tan solo concurren 2 proponentes a este tipo de procesos, situación que claramente demuestra que el instrumento no está funcionando y debe revisarse con mayor detenimiento que ocurre y si este panorama puede mejorar con la implementación de algunas medidas que incrementen su eficacia.

Otra de las desventajas del pliego tipo es su llegada a territorio, y este aspecto en relación con el pliego tipo de mínima cuantía cobra mucha relevancia si se tiene en cuenta que dicho instrumento es el menos utilizado por los entes territoriales, no obstante, lo cierto es que las realidades de Colombia son muy diferentes a las de las ciudades capitales, la mayoría de los municipios en Colombia son pobres, la calidad de los funcionarios públicos no es la mejor en conocimientos relacionados con la contratación estatal, razón por la cual es fácil inferir que el

pliego tipo es un instrumento complejo, difícil de utilizar, que definitivamente requiere de jornadas de capacitación y entrenamiento especializado para su socialización.

En consecuencia, llevar el pliego tipo de mínima cuantía y los demás instrumentos a los municipios más apartados del país, con poca conectividad y con carencia de recursos, es quizá uno de los retos más grandes para el Gobierno nacional y en particular para la Agencia, máxime cuando la implementación del SECOP II en las regiones ha sido todo un reto para la ANCP, pues la transición del SECOP I al II ha sido un proceso con múltiples dificultades, por la brecha digital y las particularidades de nuestro país.

Quizá esta realidad frente a la utilización del pliego tipo de mínima cuantía se debe a que muchas entidades territoriales no han podido desarrollar sus procesos de contratación mediante SECOP II, debido a problemas de infraestructura, técnicos y de capacitación de los funcionarios, lo que dificulta aún más la consolidación de la nueva normativa para todas las entidades del Estado.

En Colombia el 90 % de los municipios son de sexta categoría, de acuerdo con información del DNP, en consecuencia, son municipios muy pobres, con apenas 4 o 5 dependencias, en los que se debe aplicar la norma con las mismas consecuencias que para los municipios de primera y segunda categoría. Un panorama bastante desalentador, porque la norma no tuvo ningún tipo de consideración sobre las diferentes categorías de las entidades territoriales, y su aplicación se hizo efectiva sin tener en cuenta esta clase de realidades:

Vale la pena aclarar que en Colombia más del 90 % de los municipios están clasificados en sexta categoría, lo cual quiere decir, según las disposiciones legales que son municipios con una población no mayor a 10000 habitantes y con unos ingresos corrientes de libre destinación que no superan los 15000 SMLMV. No

obstante, aunque los municipios de sexta categoría son los de mayor proporción, a su vez, son los más desprotegidos desde el punto de vista jurídico- administrativo.

(Departamento Administrativo de la Función Pública, 2013, p. 2)

Estas circunstancias nos plantean reflexiones de fondo, como que la aplicación del pliego tipo de mínima cuantía debe ser introducido en territorio con una estrategia que refleje las capacidades reales de las entidades territoriales para su uso, de forma tal que sea posible incrementar el número de entidades que puedan efectivamente aplicar los pliego tipo de mínima cuantía. Lo anterior es relevante para los planes de la ANCP, ya que se deben tener en cuenta las particularidades de nuestro país, pues es muy sencillo legislar desde la capital, desconociendo que el territorio es un mundo completamente diferente, en el que las cosas que se piensan en Bogotá difieren mucho de lo que un municipio de sexta categoría está preparado para hacer. Aquí es importante destacar que esta realidad pudo haber sido abordada mediante la implementación de la herramienta, con cierta gradualidad para las regiones o grupos de municipios más pobres, o a través de ejercicios piloto en las entidades del Estado, con menores recursos y capacidad administrativa para implementar el instrumento.

Otro aspecto negativo es que hasta el momento los indicadores de los requisitos habilitantes en los pliegos tipo son pétreos, puesto que desde que fueron estudiados para poder fijarse no han sido actualizados. En el caso de los documentos del pliego tipo de mínima cuantía de obras de transporte, estos fueron establecidos producto de estudios realizados en los años 2018 y 2019. Por lo tanto, ya han pasado varios años y no han sido actualizados, lo que puede afectar los negocios que se celebren al utilizar los pliegos tipo, pues estos indicadores no están reflejando los ejercicios y resultados financieros de las empresas en la actualidad. Habría que ver la respuesta de la ANCP

al preguntarle cuáles son los planes al respecto y cuál es la periodicidad con la que se planea actualizar los requisitos habilitantes contenidos en los pliegos tipo.

3.3.2. Las Ventajas del Pliego Tipo de mínima cuantía

Para nadie es un secreto que la gestión contractual en Colombia es bastante dispendiosa, son numerosos los escándalos de corrupción en la estructuración de procesos de contratación, selección de contratistas y suscripción de contratos.

En virtud de esta realidad, el pliego tipo de mínima cuantía favorece a aquellas entidades del Estado en las cuales la insuficiencia de personal cualificado es notoria, municipios de bajas categorías o con escaso presupuesto para su funcionamiento. En su mayoría no cuentan con abogados especialistas en contratación pública o con ingenieros especializados en determinadas materias, a los cuales les viene muy bien la creación del pliego tipo de mínima cuantía, porque tener el proceso de contratación con los requisitos fijos es un avance que implica un ahorro en tiempo, esfuerzos, capital humano, y en general evita el desgaste administrativo propio de la estructuración y elaboración de un proceso de contratación desde ceros. Esto se traduce en que los funcionarios de las entidades públicas puedan invertir su tiempo en otras actividades propias de sus cargos; en el caso de la infraestructura los funcionarios pueden dedicarse a supervisar los contratos y hacer que las ejecuciones de estos se den conforme a lo contratado.

Sin embargo, es importante destacar que para lograr ahorros efectivos en las entidades estatales, es fundamental contar con funcionarios públicos bien capacitados en el uso de los pliegos tipo, pues caso contrario, los errores en el procedimiento contractual pueden generar costos adicionales a la entidad y a los servidores públicos responsables. En este orden de ideas, los funcionarios públicos de cada entidad del Estado que utilizan los documentos tipo de mínima

cuantía y otros han de formarse y aprender a utilizar el instrumento, de cara a evitar sanciones disciplinarias, penales o de otra índole. Esto representa un reto bastante grande para la Agencia Nacional de Contratación Pública, que debe capacitar a casi todos los entes territoriales del país, ya que este tipo de entidades aplican los pliegos tipo de mínima cuantía para el desarrollo, mantenimiento y creación de proyectos relacionados con obras de transporte.

La transparencia es otro de los puntos importantes para ayudar a prevenir la corrupción y a democratizar el proceso contractual, al permitir mayor pluralidad de oferentes. En buena medida, es producto de la transparencia que el pliego tipo de mínima cuantía trae en sí mismo.

No olvidemos que los pliegos tipo son el resultado de un sinnúmero de reclamos de la sociedad civil, cansada de la corrupción en la contratación del Estado. Los pliegos tipo han sido la bandera del gobierno Duque y fueron punto de discusión en la consulta popular, para luego terminar siendo ley de la república.

Los pliegos tipo de mínima cuantía combaten los pliegos sastre o pliegos diseñados a la medida del proponente para favorecer por parte de la administración, debido a que, indudablemente, al arrebatar la posibilidad de la libre configuración no se están exigiendo requisitos de imposible cumplimiento para los proponentes interesados en participar en procesos de obras públicas de transporte. El director de la agencia indica al respecto:

Porque evita los llamados pliegos sastre, es decir, aquellos que muchas veces se elaboran en cientos de entidades contratantes a la medida del oferente amigo al que le terminan adjudicando el contrato a cambio de una comisión o coima. Ello, sin lugar a dudas, arroja múltiples elefantes blancos, obras inconclusas o pésimamente construidas y cuyo resultado se materializa en subdesarrollo, pobreza, retrasos,

desconfianza ciudadana y, en general, en el incumplimiento de todos los fines esenciales del Estado, por culpa de la corrupción.

Con los documentos y pliegos tipo se genera una importante pluralidad de oferentes y una sana competencia que se traduce en adjudicarle el contrato al oferente más idóneo, más experto y más capaz, es decir, que en contraste con el pliego sastre, los resultados son de confianza ciudadana, desarrollo y cumplimiento de los fines del Estado. (Ámbito Jurídico, 2020, párr. 4)

Sin embargo, como se vio al principio de esta investigación, el pliego tipo de mínima cuantía no ha resultado ser el más aplicado por parte de las entidades del Estado, y su implementación se plantea como un reto para la Agencia, por ser en la práctica el proceso con menos porcentaje de cumplimiento del instrumento, siendo, contradictoriamente, el proceso de contratación menos complejo en relación con la licitación pública y la selección abreviada.

Es así como a lo largo de este capítulo se propusieron algunas reflexiones en cuanto a la aplicación de los pliegos tipo de mínima cuantía que van desde su alcance, el análisis del apego a la norma, las ventajas y desventajas, aclarando por supuesto que esta materia es bastante nueva, y los frutos de este nuevo desarrollo normativo se verán en los años venideros, cuando logremos obtener las cifras producto de las mediciones de su implementación, así como el resultado de las demandas que frente a la nulidad del pliego tipo se adelanten en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el papel la herramienta resulta bastante pertinente para un país en el cual la corrupción es el fenómeno que más aqueja la contratación pública. Sin embargo, para la academia, como se indicó anteriormente, no resulta pertinente que sean las normas relacionadas con la contratación

las únicas encargadas de erradicar la corrupción, por no ser esa su finalidad, sino la promoción de los fines del Estado.

Los próximos años serán clave para el fortalecimiento de la implementación de los pliegos tipo de mínima cuantía, en cuanto a que la Ley 2022 de 2020 determina de forma expresa que estos deben promover la descentralización, las economías locales, atender las realidades de país, y el instrumento que no atienda esta característica debería, en teoría, estar viciado de nulidad, pues no respetaría lo dispuesto en la norma. Esto impone un gran reto a la Agencia y a su capacidad institucional para desplazarse a territorio y atender las particularidades propias de los negocios en regiones, sobre todo porque las realidades locales en Colombia son muy distintas.

Dicho lo anterior, este trabajo de grado no pretende otra cosa que realizar una mirada exploratoria al contexto de los pliegos tipo, en especial al pliego tipo de mínima cuantía de obras de transporte, y plantear algunas reflexiones que serán objeto de debate en los años venideros por las razones expuestas a lo largo del documento. Pero en estos escenarios de debate la academia juega un rol muy importante en ello, e investigaciones como esta buscan realizar un acercamiento desde las aulas a un objeto de estudio poco desarrollado, pero lo suficientemente interesante para cualquier estudiante del derecho público.

Capítulo 4. Conclusiones

A continuación, se realizarán algunas conclusiones de carácter general que se consideran importantes para que el lector tenga un contexto general del instrumento, haciendo la claridad de que estas son aplicables al pliego tipo de mínima cuantía por pertenecer al género en el que se ubica la herramienta de los pliego tipo. También, se desarrollan conclusiones producto del análisis del pliego de mínima cuantía en concreto, de conformidad con la labor investigativa.

1. Los pliegos tipo son el resultado de numerosos esfuerzos por disminuir la corrupción en nuestro país. No obstante, estas iniciativas que promueven la cultura de la integridad dentro de nuestro ordenamiento son el resultado de numerosas sinergias por parte de actores que muchas veces no se encuentran facultados para promover cambios en el sistema jurídico en relación con la contratación pública, como los organismos multilaterales, que, si bien buscan algunos fines nobles, no cuentan con el sustento normativo para impulsar cambios en el sistema de compras públicas, dado que la facultad para expedir las normas en la materia se le otorgó únicamente al legislador por medio del mandato constitucional contenido del artículo 150 superior.

Con todo, los pliegos tipo se abrieron paso en nuestro ordenamiento jurídico con la llegada de las Leyes 1882 de 2018 y 2022 de 2020, recientemente expedidas. Aun cuando desde la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4170 de 2011 se habían hecho algunas autorizaciones para expedir ciertos documentos tipos, solo hasta finales del segundo gobierno Santos y el gobierno Duque se quiso retomar el instrumento y fortalecer su llegada al ordenamiento jurídico colombiano.

En la actualidad han sido regulados importantes sectores de la economía colombiana con los pliegos tipo, a saber, los documentos tipo de obras públicas de transporte, documentos tipo de

infraestructura de agua potable y saneamiento básico, documentos tipo de gestión catastral con enfoque multipropósito y los documentos tipo de licitación de obra pública para proyectos de infraestructura social.

2. La Ley 2022 de 2020 introdujo cambios significativos en el ordenamiento jurídico colombiano y le atribuyó directamente a la Agencia Nacional de Contratación Pública la facultad de expedir los pliegos tipo que considere convenientes en las materias y modalidades que sean necesarias, dado que esta facultad solo estaba contenida en el gobierno nacional. Es de aclarar que la Ley 1882 de 2018 ya había facultado su implementación para cualquier modalidad y objeto contractual, así que lo novedoso en esta nueva norma es la devolución de la competencia a la Agencia y el deber que le impone a esta de atender las particularidades de cada región, para promover las economías locales y la descentralización, sin llegar a generar un efecto adverso al implementar la herramienta, pues la estandarización desmedida puede generar efectos adversos en los proponentes de las regiones en las que no es posible manejar estándares generales.

3. Los pliegos tipo expedidos con ocasión de la Ley 1882 de 2018 contemplan un exceso de regulación, puesto que, como se vio al inicio de esta investigación, dicha norma solo facultó al Gobierno nacional para regular los requisitos habilitantes, los factores técnicos y económicos. Situación que fue corregida con la Ley 2022 de 2020, que, además de lo anterior, facultó a la Agencia para incluir todas aquellas buenas prácticas en materia contractual pública en los pliegos tipo.

4. Las ventajas de la implementación del pliego tipo son numerosas; algunos catedráticos podrán discrepar de estas, otros simplemente pensar que no todas son verdaderas, pero lo cierto es que i) promueve la pluralidad de oferentes, que en el pasado era realmente poca, y ahora se tienen cifras de procesos con una alta concurrencia de proponentes; ii) previene la corrupción dentro de

los procesos de contratación, que en el pasado eran direccionados para que un proponente fuera el beneficiario, en aplicación de un pliego sastre; iii) genera un menor desgaste administrativo, porque los funcionarios que deben aplicar el instrumento ya cuentan con el pliego casi elaborado en un 90 %, lo que equivale a ahorros en tiempo y dinero por no tener que contratar profesionales ni asesores para adelantar los procesos en los que se utilizan los pliegos tipo; iv) estandariza los contenidos y promueve la transparencia en la contratación pública; v) genera ahorros en cuanto a que a mayor pluralidad, mayor competencia y mejores son los precios de adjudicación, lo que significa ahorros para el Estado; vi) promueve los estándares internacionales en materia de contratación pública y genera mayor confianza para los empresarios e inversionistas extranjeros; vii) promueve la seguridad jurídica, en razón de que las reglas del juego son homogénea para todos los participantes del proceso de contratación, entre otras.

5. Las desventajas del pliego tipo de mínima cuantía son varias, en la teoría habrá que esperar las mediciones de la Agencia y ver si en efecto se materializan como desventajas o si los ajustes realizados al proceso logran revertir estas afirmaciones: i) la pluralidad que posiblemente se predica de oferentes puede conducir a buenos proponentes, pero no a buenos contratistas; ii) la creación del pliego tipo puede generar una inflación normativa que produzca la creación de numerosos pliegos tipo, efecto completamente indeseado; iii) el órgano que elabora los pliegos tipo puede ser objeto de actos de corrupción para favorecer determinado sector de la economía, por lo que se recomienda prestar especial atención a los funcionarios encargados de esta labor, de modo que en los pliegos tipo no se dispongan reglas para favorecer sectores económicos; iv) la implementación de los pliegos tipo es bastante ambiciosa y dispendiosa, lo cual plantea un gran reto para las entidades del Estado y la Agencia en su rol capacitador, pues llegar a todo el territorio nacional es bastante complejo, teniendo en cuenta, entre otros factores, la geografía nacional y la

conectividad; v) la actualización de los documentos es un deber de la Agencia que debe realizarse paulatinamente atendiendo las condiciones del mercado y las realidades financieras de los proponentes cada año, esto supone que los documentos deban ser modificados periódicamente, porque de no ser así los procesos estarían adelantándose con indicadores pétreos; vi) los pliegos tipo podrían promover prácticas de colusión, debido a que, al permitir la alta pluralidad de oferentes, los procesos de contratación podrían verse afectados por estas prácticas.

6. Se debe fortalecer la implementación del pliego tipo de mínima cuantía teniendo en cuenta el bajo uso por parte de las entidades estatales de la herramienta, apenas un 23,54% de las entidades del Estado lo usaron en que año?

7. Se plantea como recomendación que la ANCP tenga en cuenta la realidad de nuestro país ya que la mayoría de municipios que lo conforman son de escasos recursos y esto significa que deben atenderse las particularidades de dicho contexto, las cuales dificultan la apropiación de la herramienta, por no poder desplazarse a Bogotá a capacitarse, falta de internet en las cabeceras municipales, rotación de personal y muchas veces equipos reducidos concentrados en un funcionario, lo cual, impide atender jornadas extensas de capacitación.

8. El pliego tipo de mínima cuantía es complejo, maneja una terminología difícil de entender, no es intuitivo y su uso requiere necesariamente un nivel de conocimiento técnico y en derecho que no es fácil de lograr, ni para los estudiosos del tema. Esta realidad hace compleja su aplicación en regiones apartadas o municipios con complejidades en su funcionamiento y escasos de recursos.

9. Se sugiere que la ANCP realice un seguimiento estricto al pliego tipo de mínima cuantía dado que el 51,7 de las entidades del estudio realizado no implementaron el pliego tipo, de modo

que a través de una aproximación amigable con las entidades se logre identificar cuáles son las razones por las que el instrumento no se está utilizando y poder mejorar esta situación.

Referencias

- Agencia Nacional de Contratación Pública. (2020). Resolución número 094 de 2020. Diario Oficial 51.322. http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/r_ancp_94_20.pdf
- Álvarez, L. A. (09 de enero de 2021). La potestad normativa de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el sistema de fuentes de derecho en la contratación estatal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50(132), 50-79. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/66/24>
- Ámbito Jurídico. (31 de julio de 2020). *Los documentos y pliegos tipo generan una importante pluralidad de oferentes y una sana competencia*. Ámbito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/administrativo-y-contratacion/los-documentos-y-pliegos-tipo-generan-una>
- Avella, K. J. y Romero, D. M. (10 de junio de 2019). Análisis comparativo de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1882 de 2018. *Nueva Época*, (50), 183-202. https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/nueva_epoca/article/view/5308
- Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo. (2005). *Colombia: Informe de evaluación de adquisiciones del país – CPAR Update Report*.
- Colombia Compra Eficiente. (2013). *Estrategia de Gestión de Colombia Compra Eficiente*. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20130131estrategia_1.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (2021a). *02 Documentos tipo para procesos de selección de mínima cuantía de infraestructura de transporte – con las modificaciones de la Resolución 161 de 2021 - versión vigente a partir del 28/06/2021: Invitación CCE-EICP-GI-03 Mínima*

cuantía. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/02-documentos-tipo-para-procesos-de-seleccion-de-minima-cuantia-de-infraestructura-de-0>

Colombia Compra Eficiente. (2021b). *Guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte bajo las diferentes modalidades de contratación vigentes*.

https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_para_la_comprension_e_implementacion_de_los_documentos_tipo_obra_publica_de_infraestructura_transporte_-_cce-eicp-gi12.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2021c). *02 Documentos tipo para procesos de selección de mínima cuantía de infraestructura de transporte –con las modificaciones de la resolución 161 de 2021- versión vigente a partir del 28/06/2021: Matriz 1 Experiencia CCE-EICP-FM-33 Mínima cuantía*. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/02-documentos-tipo-para-procesos-de-seleccion-de-minima-cuantia-de-infraestructura-de-0>

Colombia Compra Eficiente. (2021d). *02 Documentos tipo para procesos de selección de mínima cuantía de infraestructura de transporte –con las modificaciones de la resolución 161 de 2021- versión vigente a partir del 28/06/2021: Matriz 2-Indicadores Financieros CEE-EICP-FM-12 Mínima cuantía*. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/02-documentos-tipo-para-procesos-de-seleccion-de-minima-cuantia-de-infraestructura-de-0>

Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía*. https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/manual_de_la_modalidad_de_seleccion_de_minima_cuantia.pdf

Comisión primera del Senado. (19 de septiembre de 2018). Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 82 de 2018 Senado. *Gaceta del Congreso* 733.

<http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

Congreso de Colombia. (2000). *Ley 617 de 2000. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.*

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0617_2000.html#2

Congreso de Colombia. (2018). *Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial 50.477.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html

Congreso de la República. (2007). *Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.* Diario Oficial

46.691. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#5

Congreso de la República. (2020). *Ley 2022 de 2020. Por la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial 51.383.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2022_2020.html

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Delgado, S. T., y Acero, L. E. (julio-diciembre de 2015). Análisis de la dependencia fiscal de los municipios de sexta categoría del departamento de Boyacá, durante el periodo 1996-

2012. *Apuntes del CENES*, 34(60), 215-246.

<https://www.redalyc.org/pdf/4795/479547212008.pdf>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (mayo de 2013). *Diagnóstico de la capacidad institucional de municipios de sexta categoría. Plan Confor – informe intervención 2012*. Función Pública:

<https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/34088876/DIAGNOSTICO+DE+LA+CAPACIDAD+INSTITUCIONAL+DE+MUNICIPIOS+DE+SEXTA+CATEGORIA.++PLAN+CONFOR+%E2%80%93+INFORME+INTERVENCION+2012.pdf/4b53c989-e40a-a36c-3e20-e5968c58a858?t=1548350095528>

Departamento Nacional de Planeación. (2002). *Conpes 3186: Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. DNP.

<https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3186.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. (2003a). *Conpes 3248: Renovación de la administración pública*. DNP.

https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3248_de_2003_renovacion_de_la_administracion_publica.pdf

Departamento Nacional de Planeación. (2003b). *Conpes 3249: Política de contratación pública para un estado gerencial*. DNP.

https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3249_de_2003_politica_de_contratacion_publica_para_un_estado_gerencial.pdf

Duque, J. D. (2019). Los beneficios y retos de la adopción de pliegos de condiciones tipo para la promoción de la integridad y competencia en el Sistema de Compra Pública colombiano. En G. Lozano y J. C. Covilla (eds.), *Del contrato estatal a los sistemas de compras*

- públicas* (pp. 186-217). Universidad Externado de Colombia.
<https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2616>
- Henao, J. (2015). El poder municipal (17.^a ed.). Escuela Superior de Administración Pública (ESAP).
- Malaret, E. (enero-junio de 2016). El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (15), 21-60. <https://doi.org/10.18601/21452946.n15.04>
- Matallana, E. (2012). Manual de contratación de la administración pública (3.^a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Palacio, M. T. (mayo de 2004). Cláusulas excepcionales. *Revista de Derecho Público* (17).
https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub147.pdf
- Pérez-Calderón, M. C. (2019). *La utilización de los documentos tipo en licitaciones de obras públicas en Colombia: aplicación del principio de transparencia y selección objetiva* [artículo de reflexión para optar al título de abogado, Universidad Católica de Colombia] Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia.
<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/24051>
- Portafolio. (13 de enero de 2017). Así se destapó la 'olla podrida' del escándalo de Odebrecht en el país. *Portafolio*. <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/asi-se-destapo-el-escandalo-de-odebrecht-en-colombia-502718>
- Presidencia de la República. (2002). *Directiva presidencial 10 de 2002. Programa de Renovación de la Administración Pública: Hacia un Estado Comunitario*. Diario Oficial 44.907. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=DirectivasP/30021433>

- Presidencia de la República de Colombia. (2002). *Decreto 2170 de 2002. Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999*. Diario Oficial 44.952.
https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=5798
- Presidencia de la República de Colombia. (2004). *Decreto 3620 de 2004. Por el cual se crea la Comisión Intersectorial de Contratación Pública*. Diario Oficial 45.727.
https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=15163
- Presidencia de la República de Colombia. (2011). *Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura*. Diario Oficial 48.242.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4170_2011.html
- Presidencia de la República de Colombia. (2015). *Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*. Diario Oficial 49.523.
https://normograma.sena.edu.co/docs/decreto_1082_2015.htm
- Presidencia de la República de Colombia. (2020). *Decreto 594 de 2020. Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.2.6.1.6. y se adiciona la Subsección 3, a la Sección 6, del Capítulo 2, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015*. Diario Oficial 51.296.
<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30039149>
- Rojas, J. E. (10 de agosto de 2016). Proyecto de Ley 84 de 2016 Senado. *Gaceta del Congreso 605*. <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=10-8-2016&num=605&consec=45491>

Valencia-Tello, D. C. (junio de 2014). Antecedentes de la descentralización territorial en Colombia. *Dikaion*, 23(1), 171-194.

<http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v23n1/v23n1a07.pdf>

Valencia-Tello, D. C. (enero-junio de 2020). El fomento a una cultura de integridad en la administración pública colombiana. *Revista Jurídica Piélagus*, 19(1), 84-104.

https://pure.urosario.edu.co/ws/portalfiles/portalfiles/portal/36496150/El_fomento_a_la_cultura_de_la_integridad_en_Colombia.pdf

Valencia-Tello, D. C. (julio-diciembre de 2021). La Constitución de 1991 y la contratación estatal. Visiones conflictivas y deficiencias en el diseño del Estado. *Estudios de Derecho*, 78(172), 175-196.

<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/346802/20806028>

Referencias Jurisprudenciales

Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 53506, del 02 de agosto de 2018

Sentencia C-119/20. (2020, 15 de abril). Corte Constitucional de Colombia. (Alejandro Linares Cantillo M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-119-20.htm>

Sentencia C-949/01. (2001, 5 de septiembre). Corte Constitucional de Colombia. (Clara Inés Vargas Hernández, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-949-01.htm>