



MEMORANDO

Bogotá, D.C.

PARA: ANGELA VIANNEY ORTÍZ ROLDÁN
Alcaldesa Local de Engativá

DE: DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

ASUNTO: Respuesta a la solicitud de viabilidad respecto de los estudios y documentos previos para la realización de un proceso de selección a través de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A., según radicado No. 20176020010693 del 31 de mayo de 2017, recibido en esta Dirección el día 09 de junio de 2017.

Cordial saludo,

En atención al memorando radicado bajo el número del asunto, y en cumplimiento de la Directiva 012 de noviembre 11 de 2016, suscrita entre el Alcalde Mayor de Bogotá y el Secretario Distrital de Gobierno, una vez efectuada la revisión exclusivamente frente a Estudios y documentos previos, me permito hacer las siguientes recomendaciones desde el punto de vista jurídico así:

I. RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL

Para el quehacer diario de las entidades estatales, como es el caso de la Alcaldía Local, se tiene que cobra especial relevancia la aplicación del principio de planeación, lo cual implica el cumplimiento de los lineamientos dados por la Ley, siendo lógico, además, que estos se materialicen en el devenir administrativo de las entidades¹.

Así las cosas, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al referirse a las conductas exigibles a los participantes del Sistema de Compras Públicas, contempla en el numeral 12 que para efectos de contratar, las entidades públicas tienen la obligación de contar con estudios y documentos que les servirán de base para definir el objeto contractual, los términos de la obra, su costo y

¹ Al respecto confróntese EXPOSITO VELEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal: Universidad Externado de Colombia. Colombia 2013. Pág. 53 y ss.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



las exigencias de idoneidad técnica, así como los requisitos y garantías que pedirá a los proponentes para seleccionar la mejor oferta.

Más adelante aquella disposición fue modificada por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, el cual estableció como mandato imperativo para las entidades del Estado, cumplir previamente las exigencias internas necesarias para concretar la necesidad y la procedencia de la contratación como mecanismo idóneo para su solución, definiendo la existencia de recursos económicos para atender el contrato, analizando los impactos económico, social y ambiental de la necesidad que se busca solventar con la futura contratación y a la vez estableciendo la pertinencia y necesidad con los diferentes planes de desarrollo, aspecto este último que en ocasiones en la práctica se olvida por parte de los operadores administrativos.

En consonancia con lo anterior, se tiene que el Gobierno Nacional ha expedido una multiplicidad de instrumentos legales que han consignado de forma precisa y detallada la forma como este principio en la esfera de las entidades estatales se debe materializar. Dicha concreción hoy por hoy se encuentra consignada en la exigencia normativa y legal de múltiples obligaciones a cargo de las entidades estatales, dentro de las cuales valga la pena señalar las siguientes; (i) la obligatoriedad de construir y publicar el Plan Anual de Adquisiciones y, (ii) la realización de análisis del sector y, (iii) finalmente la definición, construcción y publicación de los estudios y documentos previos para cada una de las futuras contrataciones y que de contera valga la pena señalar deben ser concordantes con los proyectos de inversión y/o rubros de funcionamiento y los respectivos planes de desarrollo y metas².

Respecto al último de aquellos instrumentos (estudios y documentos previos) ha señalado la norma en cuestión que aquel constituye el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, pliegos definitivos y el mismo contrato, siendo de tal forma de suma importancia que en la gestión contractual se confeccionen estudios y documentos previos sumamente cuidadosos y rigurosos que establezcan y determinen la necesidad estatal que se pretende satisfacer y el respectivo contrato, desde múltiples visiones, en otras palabras, aquel instrumento debe analizar los aspectos jurídicos, técnicos, financieros, económicos y de oportunidad necesarios para la confección y ejecución del respectivo negocio jurídico de forma eficiente.

En consecuencia con esta temática ha señalado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado lo siguiente:

"(...) Este principio, entonces, tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer, pues en esta etapa preliminar resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones

² Estas exigencias se encuentran presentes actualmente en el Decreto 1082 de 2015 "Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional"



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato, que se pretenda celebrar..."³. (Cursiva por fuera del texto original)

Como se puede apreciar normativamente y jurisprudencialmente, esta última como fuente auxiliar de interpretación, el principio de planeación, no es una simple definición de orden abstracto, sino que por el contrario busca concretar en el quehacer de la administración pública y en este caso de la Alcaldía Local, con el fin de establecer de forma absolutamente clara y precisa la estructuración, conformación, confeccionamiento y liquidación del contrato estatal⁴.

Por lo dicho, esta Dirección en las siguientes líneas buscará efectuar recomendaciones a la Alcaldía Local a fin de brindar mayores argumentos que eventualmente permitan la aplicación material del principio antes referido de forma óptima. Esto, además de lo que ya ha mencionado por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local de esta Secretaría. (Memorando asociada a esta comunicación No. 20172100260603).

II. RESPECTO A LAS RECOMENDACIONES EFECTUADAS POR ESTA DIRECCIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA REVISIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN REMITIDA

Presentada de forma precisa la naturaleza conceptual y legal del principio de planeación y especialmente lo referido a la estructura de los estudios y documentos previos, esta Dirección procede a efectuar las siguientes recomendaciones desde el punto de vista jurídico-contractual:

³ Al respecto contróntese la Sentencia del 01 de diciembre de 2008, proferida por la Sección Tercera de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar, Radicado No. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603)).

⁴ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, página 42-43.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



En relación con el objeto contractual y sus obligaciones:

El objeto de la respectiva contratación, según se lee de los documentos remitidos para su revisión consiste en; *"Contratar los servicios de comisionista comprador para el suministro de materiales, elementos y consumibles con el ánimo de realizar acciones de embellecimiento de espacio público en la localidad de Engativá"*.

Al respecto esta Dirección sugiere al Fondo de Desarrollo Local modificar el objeto en el siguiente sentido:

"Adquirir a través de la BMC - Bolsa Mercantil de Colombia S.A., materiales, elementos y consumibles con características técnicas uniformes y que se encuentran detalladas en la ficha técnica del producto, de conformidad con el procedimiento establecido en el reglamento de funcionamiento y operación de la Bolsa Mercantil de Colombia y con destino al Fondo de Desarrollo Local de Engativá para adelantar las jornadas de embellecimiento al espacio público".

Partiendo del hecho de que el Fondo de Desarrollo Local determinó que el negocio jurídico a celebrar corresponde a uno de comisión regulado por las normas de derecho privado, pero aplicable al sistema de contratación estatal por virtud de lo señalado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, se recomienda efectuar la revisión de las cargas obligaciones a fin de poder determinar las obligaciones a cargo de proveedor al cual se le confiará la entrega de los elementos requeridos por el Fondo y en similar sentido al comisionista seleccionado.

En relación con las exigencias del análisis del sector:

El análisis del sector debe proyectarse desde de la perspectiva de contratos cuyo objeto gire en torno a la entrega de los bienes objeto de la contratación, en tal sentido de conformidad con los lineamientos trazados por Colombia Compra Eficiente, la Entidad contratante podrá verificar los estudios sectoriales de la Superintendencia de Sociedades, así como también la base de datos del SIREM en el link: [http:// www.supersociedades.gov.co/asuntos-economicos-y-contables/estudios-y-supervision-porriesgos/SIREM/Paginas/default.aspx](http://www.supersociedades.gov.co/asuntos-economicos-y-contables/estudios-y-supervision-porriesgos/SIREM/Paginas/default.aspx).

Es de resaltar que, un adecuado análisis del sector le permite a la Entidad contratante tal y como lo venimos precisando, conocer los indicadores de capacidad financiera y capacidad de organizacional de los diferentes proveedores relacionados con el bien, obra y/o servicio a contratar, esta información le posibilita una determinación de los requisitos habilitantes de manera proporcional y adecuada a la complejidad, valor y características de la compra pública, obtener la información necesaria para realizar un adecuado análisis y administración de los riesgos y prever y ampliar el número de proponentes que se presentarán en el proceso.

Por lo anterior, se sugiere al Fondo de Desarrollo Local efectuar el análisis del sector en los términos que establece el ordenamiento legal aplicable a la materia. Esto tanto para el



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



comisionista de Bolsa como para los proveedores de los bienes objeto del actual proceso de selección.

En relación con las exigencias de estudios y documentos previos:

En atención a lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.1., del Decreto No. 1082 de 2015, resulta ser obligatorio para todas las entidades estatales dar aplicación al mismo, dada la aplicación del principio estudiado en el primer punto de este documento. En consecuencia, esta Dirección procederá a analizar cada uno de aquellos requisitos y de ser necesario establecerá las recomendaciones del caso.

Siendo de tal forma, esta Dirección observó lo siguiente en relación con cada requisito establecido:

La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

En lo que respecta al cumplimiento de este requisito y una vez revisado el mismo, se tiene que existe la necesidad de adelantar el actual proceso de selección y que el mismo según lo señalan los documentos remitidos, se encuentra aparejado a las diferentes metas establecidas en el Plan de Desarrollo, por lo cual se considera que la necesidad se encuentra señalada en los estudios y documentos previos, siendo necesario que el Fondo tenga en cuenta las recomendaciones efectuadas por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local en este tema (Memorando No. 20172100260603)

El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

En lo referente a este requisito, esta Dirección sugiere tener en cuenta lo señalado anteriormente, en relación con el objeto del contrato y las obligaciones en sus diferentes modalidades, siendo necesario que el Fondo tenga en cuenta las recomendaciones efectuadas por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local en este tema (Memorando asociada a esta comunicación 20172100260603).

Por otra parte, y en relación con la exigencia de autorizaciones, permisos y licencias previo a la confección del negocio jurídico y su ejecución, se sugiere al Fondo de Desarrollo Local determinar la necesidad de determinar si para este tipo de contratación requiere los mismos y en dado caso de que sea así, contar con estos previamente.

En lo relativo a la existencia de diseños previos, de la lectura de los estudios previos no se evidencia por parte de esta Dirección que los mismos sean necesarios, por lo cual no se eleva ninguna recomendación. No obstante lo anterior, debe efectuarse la revisión por



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



parte del Fondo con el fin de constatar que aquellos no resultan ser necesarios para esta contratación.

La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, le corresponde a las entidades estatales que efectúen contratación estatal al amparo del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, determinar en razón a los criterios de **cuantía, las condiciones especiales del bien o servicio objeto de la contratación y taxatividad** cuál es la modalidad de selección que se debe implementar para seleccionar a su futuro contratista, esto además con los pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado sobre el particular.

Así las cosas, en el presente caso el Fondo de Desarrollo Local determinó que para el presente proceso de selección la modalidad es la Selección Abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y su procedimiento sería la bolsa de productos.

De entrada y en relación con la modalidad de selección, esta Dirección encuentra que los bienes que se buscan adquirir a través de este proceso de selección, reúnen las condiciones técnicas y contractuales para caracterizarse de aquella manera, pues aquellos poseen especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición⁵.

Ahora bien, para la selección de contratistas bajo esta modalidad el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señaló que se pueden acudir a varios procedimientos, respecto de los cuales el Fondo optó por la Bolsa Mercantil de Colombia, siendo necesario en este caso que la Entidad tenga en cuenta los requisitos que establece tanto la Ley como el reglamento aplicable a ese tipo de procedimientos, como lo es a título de ejemplo, la justificación técnica, económica y de conveniencia respecto de los otros procedimientos aplicables a esta modalidad.

Siendo aquello necesario según las normas que orientan este procedimiento que el Fondo de Desarrollo sustente en los estudios y documentos previos de una forma más concisa y detallada la conveniencia de este procedimiento respecto de los otros que permite la modalidad, esto en consonancia con lo mencionado por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local en este tema. (Memorando asociada a esta comunicación No. 20172100260603).

⁵ Al respecto confróntese el artículo 2.2.1.1.1.3.1., del Decreto 1082 de 2015 en consonancia con lo descrito en el literal a) del numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

En lo que respecta al cumplimiento de este requisito se recomienda efectuar la revisión a fin de que dentro del valor de la futura contratación se tengan en cuenta todos los aspectos que podrán incidir en la confección del negocio jurídico estatal, especialmente lo que se refiere a los costos asociados a la transacción a través de Bolsa, como lo es el valor de la comisión, el Impuesto al Valor Agregado - IVA., entre otros.

Siendo de tal forma, es recomendable que el Fondo de Desarrollo Local analice y verifique todos los aspectos que puedan incidir en la determinación efectiva del valor del contrato, al igual que sus respectivas variables.

Es importante de conformidad con las normas en materia presupuestal que para la celebración de procesos y contratos estatales, las entidades estatales, como es el caso del Fondo de Desarrollo tenga en cuenta la necesidad de contar previamente con el respectivo respaldo presupuestal, tal y como lo establece el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto"⁶ y demás normas presupuestales aplicables al caso.

Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

En lo que respecta a esta exigencia normativa, se tiene que el mismo se puede dividir en dos grandes grupos, (i) El primero determinado por las exigencias de condiciones mínimas que debe tener el proponente para confeccionar y ejecutar el contrato, esto es, lo relativo a los requisitos habilitantes y, (ii) El segundo, se encuentra determinado por las exigencias plasmadas en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y, el cual se refiere a los

⁶ Dispone la norma en cita lo siguiente:

"ARTÍCULO 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados..." (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto original)



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



parámetros para escoger la oferta más favorable para la Entidad pública y los fines públicos involucrados en la respectiva contratación⁷.

Respecto del primer elemento de este aspecto ha señalado la jurisprudencia especializada, que estos tienen como vocación evidenciar por parte de la Entidad contratante, las condiciones que se exigen al proponente para participar en el proceso de selección y que hacen relación con la capacidad para ser considerado como potencial contratista⁸. En este contexto se tiene que aquellos requisitos habilitantes se refieren a las calidades de los proponentes y no a la oferta, como en efecto lo ha aclarado el Consejo de Estado, pero más aún resulta importante mencionar que estos no constituyen aspectos que posibiliten el rechazo de los ofrecimientos, ni factores de ponderación⁹.

A fin de abordar el estudio del segundo elemento e esta exigencia, es importante reiterar que estos requisitos, los habilitantes, según lo establece el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, deben ser proporcionales y necesarios a la futura contratación y a los fines involucrados en ella. Tal criterio y razonamiento fue entendido por la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la norma en cuestión y al respecto mencionó:

"La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas

⁷ Es menester resaltar que la ley 1150 de 2007 menciona que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dicho documento. Por esto, los factores de ponderación son los que determinan la propuesta más beneficiosa para las necesidades de la entidad contratante y no cuál de los proponentes es el más idóneo, en vista de que los oferentes que cumplan con los requisitos habilitantes señalados en el pliego de condiciones, se entiende que son hábiles para el desarrollo de la actividad contractual. Ante todo, el pliego de condiciones determina los componentes que en cada caso permiten hacer una comparación entre las diferentes ofertas, con el fin de determinar cuál de ellas es la más favorable para la entidad contratante. (Al respecto confróntese la Sentencia del 16 de marzo de 2015, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Olga Melida Valle de la Hoz. Radicado No. 28040)

⁸ Al respecto confróntese la Sentencia del 10 de febrero de 2016, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Martha Nubia Velásquez Rico. Radicado No. 38696.

⁹ Al respecto confróntese la Sentencia del 01 de octubre de 2014, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón. Radicado No. 34778.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal...¹⁰ (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Como se puede evidenciar, los requisitos habilitantes resultan ser elementos verificables del proponente, cuyo propósito es verificar las calidades (jurídicas, financieras y de organización) del proponente y no su oferta, por lo cual se estructuran las siguientes bases jurídicas para su entendimiento y aplicación; (i) Constituyen aspectos de verificación de calidades del proponente, (ii) Aquellos deben ser verificables y en principio no constituyen criterios de rechazo de ofrecimientos, (iii) Pueden ser subsanados durante el proceso de selección, según sea el caso y en atención a lo descrito en la Ley y el entendimiento efectuado por la Jurisprudencia especializada y, (iv) Deben ser proporcionales y necesarios a la futura contratación, sin que ello constituya un aspecto que restrinja la participación, según el entendimiento dado por la Corte Constitucional.

Ahora bien, la segunda arista del concepto de criterios para seleccionar la oferta más favorable la constituye aquellos aspectos de contenido ponderable, según la modalidad de selección y respecto de lo cual el legislador en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, al modificar el entendimiento adoptado con la Ley 80 de 1993, precisó.

Así el legislador puntualizó en cada modalidad de selección cuales serían los aspectos que determinarían los criterios para seleccionar la oferta más favorable para la Entidad estatal contratante. De este modo, señaló y estableció que para la Selección Abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, constituirían criterios de selección¹¹, el menor precio ofrecido.

De tal forma se tiene que en materia de selección de la oferta más favorable dentro de los procesos de selección, como es el caso de la Selección Abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes, existen dos grupos necesarios para determinar quién será el futuro contratista del Estado. Por una parte, lo referido a los criterios y/o requisitos habilitantes, según lo informado en líneas anteriores y, por otra parte, lo referido a la asignación de puntos o criterios de ponderación, los cuales determinan el ganador del proceso de selección.

¹⁰ Al respecto confróntese la Sentencia de Constitucionalidad No. 713 del 07 de octubre de 2009, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

¹¹ Dispuso el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 que los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



En consecuencia luego de cumplir el primer grupo, el ganador y futuro contratista del Estado será a quien se le asigne la mayor ponderación, según los criterios y ponderación determinados inicialmente en los estudios y documentos previos y posteriormente, en los pliegos de condiciones del proceso de selección¹².

Dicho lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, esta Dirección encontró lo siguiente en relación con esta temática:

En lo que se refiere a la verificación de capacidad técnica de la sociedad comitente vendedor, según lo indica el numeral 5.3., de los estudios y documentos previos, se recomienda revisar el mismo, pues se indica que la certificación de contratos ejecutados no será tomada en cuenta si la misma presenta alguna observación negativa sobre el cumplimiento del contrato (literal B - página 64 de los estudios y documentos previos).

Lo anterior teniendo en cuenta que no le es dable a las entidades estatales establecer condiciones restrictivas que no hayan sido fijadas por el Legislador directamente, especialmente si de inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses se trata, tal como lo hizo al establecer los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades en los artículos 8º y 9º de la Ley 80 de 1993 y posteriormente en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior, se recomienda revisar aquel parámetro a fin de no crear condiciones restrictivas que carezcan de soporte legal o constitucional.

El análisis de riesgo y la forma de mitigarlo.

En relación con el análisis de los riesgos previsibles que pueden afectar la selección, confección, ejecución y en algunos casos la liquidación de los negocios estatales, se tiene que el mismo responde a fundamentos legales de profundos matices a través de los cuales se busca garantizar el interés general involucrados en la contratación estatal, de una parte, pero además como instrumento para garantizar el cumplimiento del contrato y la equivalencia del sinalagma contractual, de otra¹³.

Bajo esta óptica en la actualidad y bajo el régimen jurídico contractual, se tiene que constituye pieza fundamental dentro de la contratación pública el análisis de los riesgos previsibles que pueden influir en la materialización de aquel instrumento de gestión administrativa.

¹² Al respecto confróntese la Sentencia del 10 de febrero de 2016, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dra. Martha Nubia Velásquez Rico. Radicado No. 38696.

¹³ Al respecto confróntese la Sentencia del 28 de agosto de 2014, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente No. 17660.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



Respecto a este tema ha señalado la doctrina especializada lo siguiente:

*"No obstante la técnica de los riesgos contractuales no se identifica con la teoría de la imprevisión, porque su objetivo es, justamente, reducir la amplitud de esta última a su mínima expresión. En efecto, mediante la gestión de los riesgos contractuales, las partes buscan identificar todas las situaciones imaginables que puedan afectar la ejecución del contrato, que generen dificultades y sobre costos de las prestaciones originales, para determinar luego cuál de las partes deberá soportar las consecuencias. Las partes proveen, entonces, la posibilidad de ocurrencia de los riesgos identificados, integrando esta carga al contrato, como complemento de las obligaciones. Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes, surgidas de la definición contractual de las prestaciones del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios. La materialización de uno de estos riesgos generará la obligación de soportar sus consecuencias para quien lo haya asumido, sin derecho a reclamar a la otra parte indemnización alguna"*¹⁴ (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Por lo dicho, resulta de importancia transcendental que las entidades en la confección de los diferentes contratos estatales, analicen los riesgos previsibles que pueden afectar aquellos instrumentos, no como simples premisas de cumplimiento, sino como elementos determinantes en el curso de la respectiva contratación pública, del cual se pueden en algunos eventos derivar una pérdida o mayor onerosidad entre lo proyectado por parte de las entidades públicas y lo obtenido en el curso del proceso contractual¹⁵.

Para el efecto en primer lugar el legislador se encargó de establecer aquel aspecto de forma puntual en la Ley 1150 de 2007, posteriormente con la expedición el documento CONPES 3714 de 2011, se le dio un marco regulatorio más específico a este análisis y finalmente a partir de la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, el tema se encuentra contenido en los diferentes manuales que sobre esta temática se han expedido.

Dadas las anteriores consideraciones, es necesario mencionar que los riesgos previsibles deben ser tipificados, cuantificables y calificables, constituyendo pieza fundamental para la construcción de los estudios y documentos previos y de similar manera para la confección de los pliegos de condiciones o sus equivalentes.

Así el análisis de riesgos corresponde al efectuado por la entidad estatal en la cual dimensiona los riesgos que pueden afectar la respectiva contratación, siendo necesario que los tipifique, los cuantifique y los califique. Esta tarea debe responder a un estudio de las particulares especiales de cada negocio jurídico a celebrarse, pues en cada caso, es posible que no se apliquen todos, ni de la misma manera.

¹⁴ Al respecto puede confrontarse la obra de los profesores Jaime Orlando Santofimio Gamboa & José Luis Benavides (compiladores) denominada "Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007", Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009, página 459.

¹⁵ Al respecto confróntese la obra del profesor Felipe De Vivero Arciniegas denominada "Reforma al Régimen de Contratación Estatal", Editorial Universidad de los Andes. Bogotá, 2010, página 231.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



Ahora bien, en lo que se refiere al análisis de riesgos en la revisión efectuada por esta Dirección, se encontró que reposa en los documentos remitidos una matriz de riesgos, la cual establece de forma genérica cuáles serán los riesgos previsibles, con lo cual el Fondo de Desarrollo Local se encuentra ajustado al **requisito formal**.

No obstante lo anterior, esta Dirección sugiere efectuar la revisión nuevamente de la matriz a fin de tener claro cuáles serán los riesgos de la presente contratación desde diferentes ópticas, es decir, desde una visión precontractual (riesgos de planeación y de selección del contratista), contractual (riesgos contractuales, riesgos económicos, riesgos sociales o políticos, riesgos operacionales, riesgos financieros, riesgos regulatorios, riesgos de la naturaleza, riesgos ambientales, riesgos tecnológicos) y poscontractual (riesgos respecto a las obligaciones posteriores a la finalización del plazo contractual, como es el caso de la liquidación del contrato estatal o lo referido a la estabilidad y calidad de la obra, en este caso).

Finalmente recuérdese que el análisis de riesgos que comprende las actividades de estimación, tipificación y asignación del riesgo en términos del artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, es una actividad de contenido valorativo en cada caso, lo cual implica necesariamente que no sea un ejercicio que brinde total certeza en la confección del proceso contractual. Sin embargo, para ello, sugerimos acudir a las fuentes existentes en nuestro ordenamiento jurídico para aquel análisis como lo son el documento CONPES 3714 de 2011 y los expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, en los cuales se encuentra contenido algunas directrices sobre esta temática.

Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación.

El tema de los mecanismos de coberturas aplicables a la contratación estatal, es un tema de vital relevancia en el quehacer diario de las entidades estatales, pues constituye un elemento que contribuye a la mitigación de un hecho o situación, tanto atribuible a las partes del negocio jurídico, como a situaciones no atribuibles a ninguno de los partícipes de aquella actividad negocial.

Así las cosas, en la etapa d planeación la entidad estatal en primer lugar debe valorar y determinar que tipo de garantías pretende exigir, esto de conformidad con el marco normativo que regulariza el tema.

De conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, lo dispuesto en los artículos 2.2.1.2.3.1.1., y siguientes del Decreto 1082 de 2015 y lo señalado en la Guía de Garantías en procesos de contratación¹⁶, expedido este último por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se encontró por parte

¹⁶https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20141215_guiagarantiasversionpublicaciondicembre15.pdf. Fecha de consulta 11 de junio de 2017.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



de esta Dirección que el Fondo de Desarrollo Local, procedió a efectuar las exigencias respecto de tipología de amparos y coberturas.

Por lo anterior, esta Dirección o efectúa observación respecto a este ítem. Siendo en este punto recomendable tener en cuenta las observaciones efectuadas sobre el particular por parte de la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local en este tema. (Memorando asociada a esta comunicación No. 20172100260603).

La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial.

Respecto a esta exigencia, se tiene que el Fondo de Desarrollo Local determinó la aplicabilidad de varios Acuerdos Comerciales al proceso de selección, siendo los mismos el resultado de analizar esta exigencia legal.

Dicho todo lo anterior, esta Dirección no efectúa mayores observaciones en lo que respecta a la construcción de estudios y documentos previos antes señalados. Esto adicional a lo ya mencionado por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local de esta Secretaría.

III. RESPECTO A LAS RECOMENDACIONES AL PROCESO DE SELECCIÓN

Como parte de la actividad de acompañamiento de esta Dirección a los respectivos Fondos de Desarrollo Local en materia contractual, nos permitimos efectuar las siguientes recomendaciones a fin de que las mismas sean consideradas en el curso del actual proceso de selección, así:

1. Incluir previamente a la contratación la respectiva necesidad en el Plan Anual de Adquisiciones, determinando claramente entre otros aspectos; el código de clasificador de bienes y servicios UNSPSC, objeto, valor, plazo de ejecución, la modalidad del proceso de selección "Contratación de Mínima Cuantía, Selección Abreviada de Menor Cuantía o de Subasta Inversa, Concurso de Méritos, Contratación Directa y Licitación Pública" y fecha estimada de apertura del proceso de selección y nombre del responsable.
2. Efectuar un adecuado análisis del sector, el cual le permita a la Entidad adelantar el proceso contractual no solo transparente, si no también participativo dentro del ámbito de la libre competencia, y en donde se posibilite una selección objetiva acorde con las necesidades previamente definidas e identificadas por la Entidad.
3. Se recomienda efectuar la revisión del plazo destinado para la ejecución del contrato, pues se indica que el mismo se ejecutará y cumplirá dentro de cinco (05) meses. Lo anterior a fin de que desde la fase de planeación se tenga un real análisis



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500265133

Fecha: 14-06-2017



de las condiciones de ejecución del contrato, especialmente en lo relativo al plazo contractual asociado al tema de la anualidad del gasto.

4. Se recomienda efectuar la revisión de las exigencias en lo que se refiere a los criterios habilitantes y los de ponderación, esto a fin de contar con claridad y uniformidad en la redacción de los mismos y de tal forma evitar las interpretaciones diversas en la fase de selección del contratista, dada la importancia de ello.
5. Se recomienda efectuar la publicación de los documentos contractuales dentro de los plazos legales que imponen las normas en materia de contratación estatal y que para cada modalidad de selección se enuncian de forma precisa en la Ley y en los respectivos reglamentos.
6. Se recomienda que previo al inicio de la ejecución del contrato debes contar con los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, según sea el caso.

De lo anteriormente expuesto corresponde al Fondo de Desarrollo Local evaluar y decidir acerca de tener en cuenta o no, las sugerencias plasmadas en el presente documento, antes de celebrar la respectiva contratación, esto de conformidad con las normas que ilustran el sistema de contratación pública, esto en observancia de la Directiva Distrital No. 012 de 2016.

Finalmente, esta Dirección hace la salvedad de que es responsabilidad del Alcalde Local, como representante legal del Fondo de Desarrollo Local, acorde a la facultad delegada por el artículo 8° del Decreto Distrital 101 de 2010, adelantar el trámite objeto de estas recomendaciones, acogiendo las mismas de forma total, parcial o negativamente.

Cordialmente,

CÁRMEN YOLANDA VILLABONA

Directora

Proyectó: John Fredy Silva Tenorio.

Asociado: Comunicación de la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local / Radicado No. 20172100260603

Con copia. Dra. Diana del Pilar Morales Belancourt.
Directora para la Gestión del Desarrollo Local.

Edificio Liévano
Calle 11 No. 8 -17
Código Postal: 111711
Tel. 3387000 - 3820660
Información Línea 195
www.gobiernobogota.gov.co

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**