



MEMORANDO

Bogotá, D.C.

PARA: GUSTAVO ALONSO NIÑO FURNIELES
Alcaldesa Local de Santa Fe

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 Licitación Pública, según radicado No. 20175320007213 del 24 de julio de 2017, recibido en esta Dirección el día 31 de julio de 2017.

Cordial saludo estimada Alcalde Niño,

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, estudio del sector y anexo técnico, me permito hacer las siguientes recomendaciones desde el punto de vista jurídico así:

1. RESPECTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDOS DE VOLUNTADES QUE SE PRETENDEN SUSCRIBIR Y SUS PARTICULARIDADES

El objeto de la respectiva contratación, según se lee de los documentos remitidos para su revisión consiste en; *"Contratar a monto agotable las obras y actividades para la conservación de la malla vial de la Localidad de Santa Fe y su espacio público asociado"*.

Sobre esa particular resulta importante señalar que, el negocio jurídico estatal que se pretende suscribir se encuadra en la definición que ha señalado el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en el numeral 1° del artículo 32 al definir el contrato de obra pública.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



Sobre este tipo de pactó ha mencionado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que este tipo de contrato se caracteriza porque, es un contrato estatal solemne, bilateral, oneroso, conmutativo, intuitu personae y de tracto sucesivo en la medida en que su ejecución precisa de prolongación en el tiempo, lo cual posibilita que durante el transcurso de la misma tengan lugar entregas parciales -con la consecuente suscripción de actas parciales de obra- sin perjuicio de la obligación a cargo del contratista de alcanzar el resultado final¹.

En este contexto y en el estudio del campo obligacional que le asiste a las partes del negocio jurídico, también señaló aquel órgano de cierre que, la Administración contratante le asiste el derecho (i) a exigir la debida ejecución del objeto contractual, de suerte que el contratista realice los trabajos de conformidad con las reglas del arte correspondiente y atendiendo a las especificaciones técnicas que se hubieren previsto al celebrar el negocio jurídico y/o en la fase de preparación del mismo -estudios previos, pliegos de condiciones cuando hubiere lugar a ellos, etcétera- y (ii) a exigir la ejecución de dicho objeto dentro del plazo acordado².

En contraste con lo anterior, desde la perspectiva del contratista, a su turno, a éste le asiste, fundamentalmente, el derecho (i) a que la Entidad Estatal cumpla con las obligaciones a su cargo -verbigracia en punto de la entrega o puesta a disposición de terrenos, materiales, estudios y diseños cuando hubiere lugar a ellos, del anticipo o pago anticipado cuando así se hubiere convenido, etcétera- y (ii) a percibir el precio pactado³, en las condiciones establecidas al momento de confeccionar el negocio jurídico.

En consonancia con lo dicho, podremos señalar que el contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma, todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como también la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común.

¹ Al respecto confróntese la Sentencia del 30 de enero de 2013, proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Radicado No. 20342

² Ibídem.

³ Ibídem.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



Por lo anterior y de acuerdo con la información aportada con la solicitud, resulta entendible para esta Dirección que estemos ante la celebración de contratos de obra pública, pero con particularidades que resulta de suma importancia que el Fondo las tenga en cuenta al momento de confeccionar la respectiva contratación, como lo son las siguientes; (i) Los contratos se está proyectando para ser ejecutados a precios unitarios sin formula de ajuste, lo cual implica en la práctica contractual múltiples situaciones, la primera, que la ejecución y seguimiento del respectivo contrato debe efectuarse contra los ítems contratados y solicitados durante el proceso de selección y ofrecidos por el proponente, la segunda situación, que al no señalar que respecto del mismo se efectuara algún mecanismo de fórmula de reajustes de los precios con ocasión de la ecuación económica del contrato, la misma no se podrá efectuar durante la vigencia del contrato, por lo cual teniendo en cuenta el plazo contractual proyectado resulta necesario que sea verificado por el Fondo de Desarrollo Local, esto en consonancia con lo establecido en la obligación 5° de las obligaciones especiales del contratista y, (ii) Los contratos se encuentran bajo los lineamientos de ser contratos para ser ejecutado a monto agotable, lo cual implica la necesidad de contar con estudios preliminares de las cantidades mínimas requeridas para la ejecución de la obra.

En lo que se refiere a las obligaciones, resulta importante señalar que debe existir claridad por parte del Fondo de Desarrollo Local a fin de determinar cuáles serán las obligaciones del futuro contratista, esto teniendo en cuenta que en este tipo de contratos estatales, existen tanto obligaciones principales como subsidiarias, pero además obligaciones de ejecución instantáneas y aquellas que se prologan en el tiempo.

Finalmente es importante que el Fondo de Desarrollo Local, aclare lo señalado en los estudios y documentos previos, cuando señala que, los contratos que surjan del presente proceso de selección corresponde a contratos de objeto complejo por cuanto involucra actividades correspondientes al contrato de consultoría y de obra, dado que para esta Dirección dentro del proceso que se busca iniciar estamos ante contratos de obra pública, siendo a la interventoría externa un proceso diferente a este.

2. RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU CORRESPONDENCIA CON LO ESTUDISO Y DOCUMENTOS PREVIOS

Para el quehacer diario de las entidades estatales, como es el caso de la Alcaldía 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**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



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 entidades⁴.

Así las cosas, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, al referirse a las conductas exigibles a los partícipes 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 las exigencias de idoneidad técnica, así como los requisitos y garantías que pedirá a los proponentes para seleccionar la mejor oferta.

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 asociado a esta comunicación No. 20172100331033).

2.1. En relación con el objeto contractual y sus obligaciones:

Sobre esta tipología contractual, es importante precisar, como en efecto se mencionó en el numeral primero de este documento, que ambos acuerdos de voluntades se encuentran encuadramos en la enunciación que sobre el particular efectúa el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2.2. 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).

Por lo anterior, se sugiere el Fondo de Desarrollo Local efectuar el respectivo análisis del sector en los términos que establece el ordenamiento legal aplicable a la materia o en su defecto ajustarlo a las condiciones ya señaladas.

⁴ Al respecto confróntese EXPOSITO VELEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal: Universidad Externado de Colombia. Colombia 2013. Pág. 53 y ss.



2.3. 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 segundo 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:

2.3.1. 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 frente al contrato principal.

Así las cosas, encuentra esta Dirección que la necesidad para la realización de los procesos de selección se encuentra plasmada en los estudios y documentos previos, siendo importante que el Fondo tenga en cuenta las recomendaciones efectuadas por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local en este tema (Memorando No. 20172100331033)

2.3.2. 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 además por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local en este tema (Memorando No. 20172100331033).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



Por otra parte, y en relación con la exigencia de autorizaciones, permisos y licencias previo a la confección de los negocios jurídicos, se sugiere al Fondo de Desarrollo Local estudiar si para la ejecución del contrato es necesario contar con alguno de los parámetros (autorizaciones, permisos y licencias) y en dado caso de que sea así, contar con estos previamente.

En este punto es importante que el Fondo de Desarrollo Local determine con absoluta claridad si los trámites de permisos y licencias que sean requeridos (página 17) para la ejecución de los contratos, deben ser solicitados por los respectivos contratistas, siendo importante que esta situación estime, tipifique y asigne en la matriz de riesgos previsibles en la ejecución de los respectivos contratos.

En lo relativo a la existencia de diseños previos para la confección de los contratos, de la lectura de los estudios previos se tiene que existirá la necesidad de construir diseños y diagnósticos dentro de la ejecución de los contratos en cuestión, siendo importante que el Fondo de Desarrollo determine en este aspecto, la existencia de estudios o diagnósticos preliminares que le permitan tener grado de certeza de los que se requiere en el proceso constructivo.

La anterior observación se realiza además para la actividad de construcción que determinan los estudios y documentos previos (página 10 y 17), por lo cual se recomienda efectuar la consulta técnica a fin de establecer si en esta actividad resulta necesario contar con aquellos diseños y estudios.

2.3.3. 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 es la Licitación Pública, dado el criterio de cuantía y el valor de la respectiva contratación.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



Por lo anterior, esta Dirección no formula observación al respecto, teniendo en cuenta para el efecto lo señalado por el ordenamiento jurídico contractual.

2.3.4. 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 encontró que el Fondo de Desarrollo Local determinó el valor de los contratos a partir de diversas variables necesarias para la ejecución del futuro contrato.

Para los efectos de la determinación del valor proyectado, la Entidad efectuó un examen cuantitativo, consistente en análisis de los valores obtenidos de las diferentes bases de datos del Instituto de Desarrollo Urbano - IDU, lo que permitió definir el valor para el presente proceso de selección.

En este contexto, 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"*⁵ y demás normas presupuestales aplicables al caso y en este caso, dada la naturaleza de los negocios jurídicos.

⁵ 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. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



Finalmente es importante que el Fondo de Desarrollo Local tenga en cuenta lo señalado por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local, respecto a este tema.

2.3.5. 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 habilitantes⁶ 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 parámetros para escoger la oferta más favorable para la Entidad pública y los fines públicos involucrados en la respectiva contratación⁷.

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.

9/

⁶ 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.

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)



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 Licitación Pública como modalidad de selección bandera de la administración pública y la Selección Abreviada de Menor Cuantía, constituían criterios de selección⁸, la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

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 selección⁹.

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

Sea lo primero señalar que en los documentos y documentos previos y el proyecto de pliego de condiciones propuesto, existe discrepancia entre lo solicitado como requisito habilitante, pero además respecto de los criterios para el otorgamiento de los puntos, siendo necesario que el Fondo de Desarrollo Local proceda a efectuar la revisión de lo descrito.

Adicionalmente y de la revisión efectuada por esta Dirección, se encontró en los documentos y estudios previos que existe diferencia en estos aspectos respecto de lo propuesto en el pliego de condiciones tipo, siendo importante que el Fondo considere la procedencia de tener en cuenta lo propuesto en aquel documento guía.

⁸ 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.

⁹ 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.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



Se considera importante que el Fondo de Desarrollo Local, efectúe la revisión de la experiencia exigida y la cual se encuentra contenida en el numeral 5.2.1., y siguientes de los estudios y documentos previos a fin de verificar la necesidad de incluir dentro de este numeral lo que se refiere a la experiencia adquirida a través de subcontratos.

En esta misma dirección, se sugiere revisar aquel aspecto de los estudios y documentos previos y completar la información, esto en lo que respecta con los números de los anexos y su denominación, ya que carece de este aspecto.

En relación con el literal j) del numeral 5.2.2.2., de los estudios y documentos previos, se recomienda efectuar la revisión del tiempo en el cual se debe acreditar la experiencia objeto de habilitación, dado que se indica que deben ser dentro de los últimos diez (10) años.

Se sugiere revisar la redacción contenida en el numeral 5.3., de los estudios y documentos previos, dado que el valor señalado en letras es diferente al mencionado en cifras.

En lo que corresponde al numeral 5.4., de los estudios y documentos previos, se sugiere al Fondo de Desarrollo Local revisar los criterios establecidos contra los sugeridos en el pliego de condiciones tipo y en dado caso, proceder a efectuar el ajuste de lo propuesto.

Se sugiere efectuar la revisión del numeral 5.4.2., de los estudios y documentos previos, dado que la desagregación del otorgamiento de puntos, por cuadrillas adicionales, resulta ser diferente a lo proyectado en el numeral 5.2., de aquellos estudios.

En lo que respecta al aspecto de otorgamiento de puntaje por factor de cumplimiento (página 64) de los estudios y documentos previos, esta Dirección señala lo siguiente;

- (i) Es importante que se revise la descripción redactada en este ítem, puesto que el mismo no se encuentra descrita en el numeral 5.2., de los estudios y documentos previos, pero adicionalmente al efectuar la sumatoria no es de fácil comprensión de dónde saldrán aquellos puntos, dada que la totalidad de los puntos se encuentran distribuidos en los otros criterios.
- (ii) En dicho acápite se indica que, el proponente que haya sido multado por entidad y/o autoridad pública nacional o territorial, mediante acto



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



administrativo ejecutoriado dentro de los cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre del proceso no obtendrán los puntos.

Respecto a esa condición esta Dirección llama la atención, puesto que esta condición a pesar de no estar redactada en forma de asignación de puntaje, lo cierto es que afecta de manera ostensible la calificación del proponente, lo cual se traduce en un desconocimiento de los criterios establecidos en el ordenamiento legal contractual, para este tipo de proceso de selección.

Al respecto es importante señalar que las condiciones de inhabilidad en sentido genérico, constituyen instrumentos legales que se encuentran reservados para el Legislador y no pueden ser creados administrativamente, como en efecto se pretende en este caso. Este entendimiento ha sido esbozado en múltiples pronunciamientos por parte del Consejo de Estado, el cual ha señalado:

"(...) Las normas jurídicas referentes a las inhabilidades y a las incompatibilidades consagran impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de las cuales a los sujetos mencionados en tales normas se les limita la capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado. Este tipo de normas tienen por objeto preservar valores superiores tales como la moralidad administrativa y la igualdad. Al tema se ha referido la Corporación en diversas ocasiones; en efecto, lo hizo en providencia expedida en el año 2001, en la cual precisó el alcance de las inhabilidades y las incompatibilidades (...) La jurisprudencia ha sostenido que la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico pro libertate, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); así lo ha señalado la Corte Constitucional en sede de tutela al indicar que: "el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas." Las inhabilidades y las incompatibilidades relativas a la contratación del sector público se consagran en diversas normas jurídicas, entre las cuales se encuentran las previstas en el Estatuto General de Contratación Estatal, contenido en Ley 80, expedida en el

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

**BOGOTÁ
MEJOR
PARA TODOS**



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



año de 1993, norma que resultaba aplicable al procedimiento administrativo de selección adelantado por la entidad pública demandada (...)"¹⁰ (Cursiva, negrilla y subrayado por fuera del texto original)

De acuerdo con lo dicho hasta este punto, se considera que aquella condición resulta ser restrictiva y podría limitar el acceso a los respectivos contratos estatales, cuando determinado proponente se encuentre en aquel supuesto, siendo importante en este punto que el Fondo de Desarrollo Local tenga en cuenta esta situación.

La anterior interpretación además se encuentra respaldada en que el mismo Legislador estableció una restricción para aquellos proponentes que le hayan impuesto este tipo de sanciones, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 90 de la Ley 1470 de 2011.

Las anteriores recomendaciones se sugiere tenerlas en cuenta en la estructuración de los estudios y documentos previos y los documentos y actos que se deriven de los mismos, esto de la mano de las observaciones planteadas sobre este aspecto por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local en este tema (Memorando No. 20172100331033).

2.3.6. 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 otra^{11,12}.

Dadas las anteriores consideraciones, es necesario mencionar que los riesgos previsibles deben ser tipificados, cuantificables y calificables, constituyendo

¹⁰ Al respecto confróntese la Sentencia del 11 de febrero de 2011, 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. 16306.

¹¹ 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.

¹² 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.



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.

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).

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.

Adicionalmente a lo dicho, esta Dirección sugiere al Fondo de Desarrollo Local a fin de complementar este requisito efectuar la revisión de la guía de riesgos previsibles en la contratación estatal, expedido por la Veeduría Distrital, la cual contempla una serie de riesgos para los contratos de obra pública, como lo es el actual, la cual se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://www.veeduriadistrital.gov.co/noticias/Gu%C3%ADa-de-entidades-distritales-identifiquen-sus-riesgos-contrataci%C3%B3n>



2.3.7. 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 comercial.

Así las cosas, en la etapa de planeación la entidad estatal en primer lugar debe valorar y determinar qué 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 contratación¹³, expedido este último por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, se encontró por parte de esta Dirección que el Fondo de Desarrollo Local, procedió a efectuar las exigencias respecto de tipología de amparos, objetos, coberturas y vigencias aplicables y exigibles en el presente caso en cada uno de los procesos de selección.

Dicho lo anterior, esta Dirección procede a efectuar las siguientes recomendaciones:

Se sugiere efectuar el análisis del amparo de pago de salarios, prestaciones legales e indemnizaciones, en lo que respecta al valor asegurado, esto teniendo en cuenta que en este especial proceso de selección es viable el aumento del mismo, dado los riesgos que eventualmente puedan presentarse con los subordinados del contratista y el número de trabajadores necesarios para la ejecución de las obras.

Se sugiere efectuar el análisis del amparo de estabilidad y calidad de las obras, en lo que respecta al valor asegurado, puesto que se exige que el mismo sea el equivalente al 80% del valor del presupuesto oficial de cada

¹³ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20141215_guiagarantiasversionpublicaciondiciembre15.pdf; Fecha de consulta 24 de julio de 2017.



uno de los procesos de selección, lo cual eventualmente en el mercado asegurador podría ser una condición de difícil cumplimiento.

2.3.8. 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.

3. RESPECTO A LAS RECOMENDACIONES A LOS PROCESOS 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. Se recomienda verificar que el plazo establecido para llevar a cabo la ejecución de los contratos de obra pública, esto es, ocho (8) meses, sea el adecuado para las tareas y actividades que deberá ejecutar el futuro contratista, esto de la mano de la aplicación del principio de anualidad del gasto.
3. Se recomienda expedir y publicar las adendas dentro de los plazos consagrados en el artículo 2.2.1.1.2.2.1., del Decreto 1082 de 2015.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017



4. Se recomienda efectuar un cronograma en el cual se puedan consignar todas las actividades que implican la fase de selección del contratista, teniendo en cuenta para el efecto los requisitos obligatorios que impone el ordenamiento jurídico a esta modalidad de selección, como lo es por ejemplo los plazos de publicación de los proyectos de pliego de condiciones, la realización de las audiencias que resultan ser obligatorias en esta modalidad, según lo ordena el artículo 2.2.1.2.1.1.2., del Decreto 1082 de 2015 y los plazos para efectuar la publicación de los respectivos informes
5. Se recomienda que los términos para presentar observaciones a los proyectos de pliego de condiciones, término durante el cual no se pueden expedir y publicar adendas y término de traslado del informe de evaluación, sean completos, es decir que sean publicados con anterioridad a la vigencia del plazo para cada uno de ellos.
6. Se recomienda que los plazos determinados para evaluar las ofertas sean conformes con la naturaleza de la obra pública, atendiendo el análisis del sector de los posibles interesados en participar y las propuestas presentadas.
7. 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.
8. Se recomienda dar respuesta a todas las observaciones que se presenten en el curso del proceso de selección, pero además que las mismas sean completas, de fondo y dentro del término señalado en el respectivo cronograma.
9. 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.
10. Se recomienda que previo al inicio de la ejecución de los contratos se cuente con el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución, según sea el caso.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Radicado No. 20174500338483

Fecha: 03-08-2017

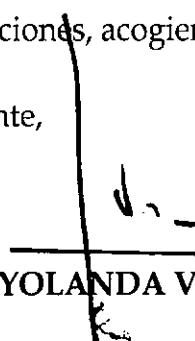


11. Se recomienda que previo a la celebración de los contratos de obra pública, sea suscrito el de interventoría, dadas las actividades de seguimiento que debe efectuar este último contratista, respecto de los contratos principales.
12. En consistencia con las recomendaciones efectuadas en este numeral, es importante que el Fondo de Desarrollo Local tenga en cuenta lo establecido en el pliego de condiciones tipo, dado que como se señala en este documento y lo dicho por la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local, algunos aspectos no han sido tenidos en cuenta en la confección de estos estudios y documentos previos.
13. Se recomienda que los expedientes físicos que contienen el respectivo proceso de selección sean ordenados y foliados, según las normas archivísticas legales.

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.
Revisó: John Fredy Silva Tenorio.

Asociado: Comunicación de la Dirección para la Gestión del Desarrollo Local / Radicado No 20172100331033

Con copia. Dra. Sandra Patricia Castiblanco Monroy
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**