

Te Tra

Temas de Trabajo

Crterios de auditoría en control fiscal y control interno a la contratación pública

JULIO CÉSAR A. CÁRDENAS URIBE

8



JULIO CÉSAR A. CÁRDENAS URIBE

Criterios de auditoría en
control fiscal y control interno
a la contratación pública

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN: 978-958-8968-88-9

- © JULIO CÉSAR A. CÁRDENAS URIBE, 2018
- © INSTITUTO LATINOAMERICANO DE ALTOS ESTUDIOS –ILAE–, 2018
Derechos patrimoniales exclusivos para todos los países de habla hispana de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 n.º 39A-46, Bogotá, Colombia. Tel. (571) 703 6396
www.ilae.edu.co

Primera edición: julio de 2018

Diseño de carátula: MÓNICA CÁRDENAS

Composición y edición electrónica:
Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

CONTENIDO

Nota del editor	13
Introducción	15
CAPÍTULO PRIMERO	
CRITERIOS DE AUDITORÍA SOBRE EL CONTROL A LA PUBLICIDAD Y A LA PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN	17
I. Control a la publicidad de los estudios y documentos previos	17
II. Verificación del contenido de los estudios y documentos previos	18
III. Delegación	36
IV. Aviso de convocatoria pública	38
V. Proyecto de pliego de condiciones	39
VI. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones	46
VII. Acto de apertura	47
VIII. Pliego de condiciones	50
IX. Adendas	51
X. Presentación de ofertas-cierre del proceso	53
XI. Evaluación e informe	55
XII. Subsanción de requisitos habilitantes	58
XIII. Acto de adjudicación	61
XIV. Minuta del contrato	65
XV. Suscripción del contrato	71
XVI. Verificación del cumplimiento de los requisitos de ejecución	72

CAPÍTULO SEGUNDO

AUDITORÍA A LA ETAPA PRECONTRACTUAL.

PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA	75
I. Estudio previo	75
II. Certificado de disponibilidad presupuestal	77
III. Aviso	78
IV. Aviso de convocatoria	80
V. Publicación del proyecto de pliego de condiciones	80
VI. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones	81
VII. Acto de apertura	82
VIII. Publicación del pliego definitivo	82
IX. Inicio del plazo para presentar ofertas y audiencia para la aclaración del pliego y la revisión y distribución definitiva de riesgos	82
X. Adendas	86
XI. Cierre del proceso	87
XII. Evaluación de ofertas	89
XIII. Plazo para subsanar	91
XIV. Traslado del informe de evaluación	92
XV. Respuesta a las observaciones al informe de evaluación	94
XVI. Audiencia de adjudicación	95
XVII. Acto de adjudicación	97
XVIII. Suscripción del contrato	98
XIX. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato	99

CAPÍTULO TERCERO

AUDITORÍA A LA ETAPA PRECONTRACTUAL.

PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA	101
I. Selección abreviada	104
A. Criterios de auditoría, en la etapa precontractual, para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Subasta inversa	104
1. Estudio previo	104
2. Certificado de disponibilidad presupuestal	106

3.	Verificación de la forma como esta estructurado el proyecto de pliego de condiciones	107
4.	Aviso de convocatoria	109
5.	Publicación del proyecto de pliego de condiciones	110
6.	Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones	110
7.	Acto de apertura	111
8.	Publicación del pliego definitivo	112
9.	Cierre del proceso	112
10.	Verificación de los requisitos habilitantes-subsanación de documentos-publicación informe	113
B.	Audiencia pública para la realización de la subasta presencial o electrónica	116
1.	¿Qué hacer cuando se abre la propuesta inicial de precio y no se cotizan todos los ítems solicitados?	117
2.	¿Qué hacer con los sobres de la propuesta económica de los proponentes que no asisten a la audiencia de subasta o participan en línea de la misma?	118
3.	¿Qué hacer cuando ningún proponente asiste a la subasta de manera presencial o en línea?	119
4.	¿Qué pasa cuando a la subasta solo asiste un proponente o solo se conecta en línea un proponente?	120
5.	Adjudicación	121
6.	Ajustes al proyecto de minuta anexa al pliego de condiciones	122
7.	Suscripción del contrato	122
C.	Criterios de auditoría a la etapa precontractual de la selección abreviada.	
	Contratación de menor cuantía	123
1.	Estudio previo	125

2. Certificado de disponibilidad presupuestal	126
3. Estructurar el proyecto de pliego de condiciones	127
4. Aviso de convocatoria	128
5. Publicación del proyecto de pliego de condiciones	128
6. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones	129
7. Acto de apertura	130
8. Publicación del pliego definitivo	130
9. Manifestación de interes	131
10. Sorteo	132
11. Publicidad del listado de posibles oferentes	133
12. Cierre del proceso	134
13. Evaluación	134
14. Traslado del informe de evaluación	135
15. Acto de adjudicación	136
16. Suscripción del contrato	137
17. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato	137

CAPÍTULO CUARTO

AUDITORÍA A LA ETAPA PRECONTRACTUAL.

CONCURSO DE MÉRITOS	139
I. Concurso de méritos abierto	139
A. Estudio previo	140
B. Certificado de disponibilidad presupuestal	141
C. Estructurar el proyecto de pliego de condiciones	142
D. Aviso de convocatoria	142
E. Publicación del proyecto de pliego de condiciones	143
F. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones	144
G. Acto de apertura	144
H. Publicación del pliego definitivo	145
I. Cierre del proceso	145

J.	Verificación de requisitos habilitantes y evaluación de propuestas técnicas	146
K.	Traslado del informe de evaluación	146
L.	Respuesta a las observaciones al informe de evaluación	147
M.	Revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad	147
	1. ¿Se revisan todos las ofertas económicas o sólo la del proponente ubicado en el primer lugar de elegibilidad?	148
	2. ¿La revisión se hace en audiencia pública?	149
	3. ¿Se pueden “subsanan” documentos durante la revisión?	149
	4. ¿La revisión la debe hacer el Comité evaluador?	149
N.	Acto de adjudicación	150
Ñ.	Suscripción del contrato	150
O.	Verificación de los requisitos de ejecución del contrato	151
II.	Concurso de méritos con precalificación	151
A.	Estudio previo	152
B.	Aviso de convocatoria para la precalificación	152
C.	Observaciones, respuestas y ajuste al aviso de convocatoria	154
D.	Recepción de manifestaciones de interes y documentos	154
E.	Subsanabilidad	155
F.	Publicación y traslado del informe de precalificación	155
G.	Audiencia de precalificación	155
H.	Ajuste el estudio previo	156
I.	Certificado de disponibilidad presupuestal	157
J.	Proyecto de pliego de condiciones	157
K.	Aviso de convocatoria	157
L.	Publicación del proyecto de pliego de condiciones	157

M.	Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones	158
N.	Acto de apertura	158
Ñ.	Publicación del pliego definitivo	158
O.	Cierre del proceso-presentación de las ofertas	158
P.	Evaluación de propuestas técnicas	159
Q.	Elaboración del informe de evaluación	159
R.	Traslado del informe de evaluación	159
S.	Respuesta a las observaciones al informe de evaluación	159
T.	Revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad	160
U.	Acto de adjudicación	160
V.	Suscripción del contrato	160
W.	Verificación de los requisitos de ejecución del contrato	161

CAPÍTULO QUINTO

CRITERIOS DE AUDITORÍA A LA ETAPA PRECONTRACTUAL		
DE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DIRECTA		163
I.	Estudio previo	164
II.	Certificado de disponibilidad presupuestal	165
III.	Acto administrativo de justificación	166
IV.	Invitación a presentar propuesta	168
V.	Cierre-entrega de propuesta	169
VI.	Evaluación de ofertas	169
VII.	Suscripción del contrato	170
VIII.	Verificación de los requisitos de ejecución del contrato	170
IX.	Publicación en el portal de contratación	170
X.	Criterios de auditoría a las causales de contratación directa	171
A.	Convenios o contratos interadministrativos	171
B.	Contratación reservada del sector defensa, dirección nacional de inteligencia y unidad nacional de protección	179
C.	Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas	180

D.	Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes	181
E.	Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales	181
F.	Adquisición de bienes inmuebles	184
G.	Arrendamiento de bienes inmuebles	185

CAPÍTULO SEXTO

CRITERIOS DE AUDITORÍA A LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE

	LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA	187
I.	Estudio previo	188
II.	Invitación pública	191
III.	Observaciones, respuestas a las observaciones y ajuste a la invitación pública	193
IV.	Cierre-presentación de ofertas	193
V.	Evaluación	194
VI.	Publicación del informe de evaluación	195
VII.	Comunicación de aceptación	195
VIII.	Suscripción del contrato	196
IX.	Verificación de los requisitos de ejecución del contrato	196
X.	Adquisición en grandes superficies cuando se trate de mínima cuantía	197
A.	Estudio previo	197
B.	Invitación pública	198
C.	Observaciones, respuestas a las observaciones y ajuste a la invitación pública	198
D.	Cierre-Presentación de ofertas	198
E.	Evaluación	198
F.	Publicación del informe de evaluación	199
G.	Comunicación de aceptación	199
H.	Suscripción del contrato	199
I.	Verificación de requisitos de ejecución del contrato	199

J.	Lista de chequeo para auditar la publicación de documentos en el SECOF por modalidad de selección	199
XI.	Licitación pública	200
XII.	Selección abreviada-subasta inversa	201
XIII.	Selección abreviada-menor cuantía	201
XIV.	Concurso de méritos-abierto	202
XV.	Concurso de méritos-precalificación	203
XVI.	Contratación directa	203
XVII.	Contratación mínima cuantía	204
XVIII.	Contratación mínima cuantía-grandes superficies	204
EL AUTOR		207

NOTA DEL EDITOR

La serie Temas de Trabajo presenta a manera de *paper*, avances de investigación de las distintas líneas que se trabajan en nuestros grupos reconocidos por Colciencias.

Estos avances se socializan en la comunidad académica para abrir debate y generar discusión, que retraolimenta y enriquece dichas líneas.

Cada investigación termina en la publicación de un libro al finalizar el proceso que incluye la socialización de avances que se dan durante su ejecución, motivo de la presente obra.

Cada número de la serie es sometida a evaluación de pares externos.

EL EDITOR.

INTRODUCCIÓN

La pérdida de recursos y el detrimento patrimonial del Estado encuentran en la mala planificación y las irregularidades en la etapa precontractual de los procesos de contratación a unas de sus causas. Colombia está sobrediagnosticada con males y practicas que todos los días quedan evidenciadas: por un lado, obras inconclusas porque no eran viables, sobrecostos por inadecuados diseños, adquisiciones inútiles que se deprecian y todo por la falta de una adecuada planeación de la contratación. Y por otro lado, exigencias en los procesos de imposible cumplimiento, pliegos “sastre” y proponentes únicos. No en vano, no quedó más remedio que establecer por ley, para todas las entidades del Estado, el pliego tipo para la contratación de obras públicas. En la terminación de este libro, aún no estaba reglamentado el pliego tipo, pero seguramente será un valioso instrumento para comenzar a darle a la contratación pública el verdadero espíritu de igualdad y libre concurrencia.

Por ello, nos ha parecido conveniente desarrollar unos criterios que debe tener la auditoria para el desarrollo de su función, teniendo como parámetro el paso a paso de cada una de las modalidades de selección establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Para estructurar

el paso a paso de las modalidades de selección, tomamos como guía la tercera edición del libro “Contratación Pública, práctica, eficiente y Transparente”¹.

Lo que pretende esta parte del texto es brindarle al auditor unas herramientas conceptuales para que la auditoria tenga un verdadero alcance para determinar la eficiencia y eficacia de la contratación, a partir del control de legalidad de la etapa precontractual. La auditoria de la etapa precontractual no puede realizarse como si se tratara de chequear una lista, sino bajo el criterio para determinar si la planeación y la estructuración de los procesos de contratación cumplen los principios tanto de la contratación estatal como de la función pública.

1 Libro del cual fuimos su coordinador editorial.

CAPÍTULO PRIMERO
CRITERIOS DE AUDITORÍA SOBRE EL CONTROL A LA
PUBLICIDAD Y A LA PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN

En este capítulo nos proponemos exponer algunos criterios que se deben tener en cuenta para la realización de las auditorías de control en los aspectos de la publicidad y planeación de la contratación pública.

I. CONTROL A LA PUBLICIDAD DE LOS ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS

En el proceso auditor se debe verificar el cumplimiento de lo señalado en el artículo 8° de la Ley 1150 de 2007 en el cual se establecen las condiciones de publicación del proyecto de pliego de condiciones y los estudios previos. Advierte la norma que *“junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración”*. El Decreto 1082 de 2015² señala que la entidad estatal

2 Art. 2.2.1.1.1.7.1

está obligada a publicar en el SECOP los documentos del proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. Se debe verificar que los estudios y documentos previos fueron publicados en el SECOP y que esa publicación se realizó junto con el proyecto de pliego de condiciones o con la invitación pública en los contratos de mínima cuantía.

II. VERIFICACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS

En desarrollo del principio de economía, los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, señala que previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

La Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, exigen la publicidad de los mismos, y el artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 señala los elementos mínimos que deben contener, además de los otros elementos de conformidad con la modalidad de selección. Estos elementos mínimos son aplicables a los estudios previos de todas las modalidades de selección, salvo a los estudios de contratación por mínima cuantía.

El proceso auditor debe verificar que se haya realizado una adecuada descripción de la necesidad que la entidad pretende satisfacer con la contratación. La descripción de

la necesidad debe señalar la problemática que se pretende solucionar o la necesidad administrativa que se pretende satisfacer o la política o programa que se pretende desarrollar con la contratación del bien, obra o servicio.

Para determinar si efectivamente lo que se pretende contratar tiene fundamento de planificación, se deben verificar los documentos que determinan el rumbo de la gestión, como: El Plan de Desarrollo, el Plan de Acción, el Plan Anual de Adquisiciones y el Banco de Proyectos.

La auditoría debe verificar que la entidad en la elaboración del estudio previo, haya dejado constancia de la revisión de esos documentos a luz de lo que pretende contratar. Si el bien, obra o servicio que se pretende contratar no se encuentra en alguno de los documentos, se debe verificar que la entidad haya justificado la razón de ello y además haya señalado un mecanismo de incorporación al mismo, cuando a ello haya lugar.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que las entidades deben publicar, anualmente, su respectivo plan de acción. Así lo establece el artículo 74 de la Ley 1474 al señalar que las entidades del Estado, a más tardar el 31 de enero de cada año, deberán publicar en su respectiva página web, el Plan de Acción para el año siguiente, en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compras³ y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión. Queda claro que el estudio previo debe hacer referencia

3 Debe entenderse como el mismo Plan de Adquisiciones.

al Plan de Acción, en donde debe estar descrita la necesidad de la entidad.

El artículo 77 de la Ley 1474 señala que sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 27 y 49 de la Ley 152 de 1994 y como mecanismo de mayor transparencia en la contratación pública, todas las entidades del orden nacional, departamental, municipal y distrital deberán publicar en sus respectivas páginas web, cada proyecto de inversión, ordenado según la fecha de inscripción en el Banco de Programas y Proyectos de Inversión nacional, departamental, municipal o distrital, según el caso.

Consideramos que el estudio previo deberá señalar, en la justificación de la contratación que se pretende adelantar, el proyecto de inversión, su fecha de inscripción en el Banco de Programas y Proyectos y su respectiva publicación en la página web de la entidad.

Por otra parte, el Decreto 1082⁴ señala que las entidades estatales deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año. En el Plan Anual de Adquisiciones, la Entidad Estatal debe señalar la necesidad y cuando conoce el bien, obra o servicio que satisface esa necesidad debe identificarlo utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, e indicar el valor estimado del contrato, el tipo de recursos con cargo a los cuales la Entidad Estatal pagará el bien, obra o servicio, la modalidad de selección del contratista, y la fecha aproximada en la cual la Entidad Estatal iniciará al Proceso

4 Art. 2.2.1.1.1.4.1.

de Contratación. Para elaborar el Colombia el Plan Anual de Adquisiciones se debe seguir los lineamientos y el formato elaborado por Colombia Compra Eficiente.

En suma, nos parece conveniente que, en el desarrollo del proceso auditor, se verifique, en aras de la planeación, transparencia y eficiencia, que en los estudios previos se hace referencia al Plan de Desarrollo, y se señale con claridad la fecha en la cual se público en la web de la entidad, el plan de acción y los ajustes del mismo, así como la fecha en la cual se público el proyecto de inversión con su fecha de inscripción en el Banco de Programas y Proyectos. Además se debe hacer referencia expresa si el bien, obra o servicio se encuentra en el Plan Anual de Adquisiciones, que debe estar publicado en la web de la entidad y el SECOP. Si el bien, obra o servicio no se encuentra en el Plan Anual de Adquisiciones, la entidad debe ajustar el plan, incorporando el bien, obra o servicio y así dejarlo señalado en el estudio previo. Esta verificación es importante también hacerla. La publicación del plan de adquisiciones es una práctica de publicidad y transparencia, por lo tanto la auditoria debe advertir cuando la entidad estructuró un estudio previo y un proceso de contratación sin que previamente se haya actualizado dicho plan.

Pero una adecuada auditoria al estudio previo no puede quedarse en la verificación de si el proyecto propuesto responde a la necesidad, sino debe ir más allá. La auditoria debe verificar si la entidad en el estudio previo analizó todas las diferentes alternativas que tenía la entidad para satisfacer la necesidad advertida. Y por supuesto, si en el desarrollo de ese análisis optó por la alternativa que más

le convenía a la entidad, en relación a su costo beneficio, o de cualquier otro parámetro.

La necesidad de dotar las entidades de vehículos, es un buen ejemplo. Las entidades nunca realizan un adecuado estudio de las diferentes alternativas para satisfacer la necesidad. Adquirir los vehículos, arrendarlos y/o hacer un leasing son algunas de las alternativas que se deberían estudiar y analizar para optar por la mejor opción para la entidad. Y el auditor debe verificar que en el estudio previo quedó plasmada esa evaluación y plenamente justificada la alternativa por cual la entidad optó.

El estudio previo debe señalar el objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución. El proceso auditor debe verificar que en el estudio previo está, en forma descriptiva, el objeto del contrato. Debe verificar que están señaladas las especificaciones que debe tener la obra, el bien o el servicio que se quiere contratar. Si la construcción de la obra requiere autorización, permisos o licencias para su ejecución, se debe verificar que ello se cumpla. Como también, si para la adquisición del bien o para la prestación del servicio, se requiere alguna autorización, licencia o permiso.

En el caso de un obra pública pueden requerirse para su ejecución licencias ambientales, permisos de explotación de canteras para la extracción de material, autorización de empresas de servicios públicos cuando se intervienen zonas de redes de acueducto o alcantarillado, por ejemplo. Para la adquisición de raciones alimentarias, se requieren centros de acopio especializados para alimentos, que cuenten con los permisos sanitarios respectivos,

por ejemplo. Y para la ejecución de servicios de vigilancia privada, por ejemplo, se requiere licencia otorgada por la autoridad competente.

La auditoría debe verificar si entidad realizó una adecuada planeación y en el momento de realizar el estudio previo, contempló todo lo que la ejecución del objeto requiere en cuanto a licencias, permisos y autorizaciones.

Después de realizar la verificación de la descripción de la necesidad, el proceso auditor debe continuar con la verificación del objeto del contrato. Debe existir una consonancia entre la necesidad que se pretende satisfacer y el objeto que se estableció en el contrato. Se debe verificar que el objeto del contrato sea xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Una vez se ha verificado el objeto del contrato señalado en el estudio previo, se debe verificar el tipo de contrato que se estableció. Algunas entidades en este punto confunden el tipo de contrato con la modalidad de selección. Vale la pena señalar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el estatuto de contratación, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en el artículo citado, tal como el contrato de obra, de consultoría, de prestación de servicios, de concesión, encargo fiduciario y fiducia pública.

Se debe verificar que se haya señalado algún tipo de contrato de aquellos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 o cualquiera de los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales. Si se trata de un tipo

de contrato derivado del ejercicio de la autonomía de la voluntad, ello debe estar plenamente justificado en el estudio previo.

El artículo 87 de la ley 1474 de 2011, al modificar el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece que cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. Verificar que esta norma se haya cumplido es muy importante. Por qué de no hacerlo, se estaría faltando al principio de planeación, con todo lo que ello implica y hemos señalado.

La primera conclusión de la modificación introducida por el estatuto anticorrupción es que se mantiene la posibilidad de contratar el diseño y la obra. Así mismo lo ratifica el Decreto 1082 que en el numeral 2 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. señala que cuando el objeto incluye diseño y construcción, el estudio previo debe contemplar los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

Sin embargo, así la entidad contrate en un proceso el diseño y la obra, deberá contar, antes de iniciar cualquier proceso de selección, con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. En consecuencia, la auditoría deberá verificar que en el estudio previo se encuentre con la viabilidad del proyecto en todos los aspectos,

y que dicha viabilidad se haya realizado con el sustento técnico adecuado.

La adecuada verificación de la viabilidad del proyecto es muy importante. Una adecuada viabilidad puede evitar muchos inconvenientes dentro de la ejecución del contrato, tales como: pérdida de recursos, demandas contra el Estado, retrasos en la ejecución de las obras, etc, pues solo se iniciará un proceso de contratación de obra cuando se cuente con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Ello además permite, aún sin diseños definitivos, conocer con alguna certeza el presupuesto estimado que requiere la obra que se pretende contratar. Ello sin duda, podrá evitar el aumento del valor de la obra, a través de las adiciones o de las mayores cantidades de obra.

Con esta exigencia las entidades tienen responsabilidades en cuanto a su gestión contractual. Deben evaluar su capacidad y la de sus funcionarios para adelantar y realizar técnica y adecuadamente la viabilidad de los proyecto de obra. Y si no se cuenta con esa capacidad, contratar la consultoría que los realice.

Surge una situación con la se puede enfrentar el proceso auditor.

¿La entidad puede contratar en un mismo proceso la viabilidad del proyecto y los diseños definitivos?

En nuestro concepto la redacción de la norma no lo permite, pues señala que esta condición, es decir, la de contar con la viabilidad del proyecto, es necesaria incluso para los contratos que incluyen dentro de su objeto el diseño.

Es evidente que contratar la viabilidad y los diseños definitivos, es incluir dentro del objeto el diseño y por lo tanto sería abrir un proceso de selección, que incluye diseños, sin que la entidad cuente con la viabilidad del proyecto, lo que abiertamente es contrario a la ley. De esta posible falencia debe dejar constancia el auditor.

Por último, consideramos importante, y como recomendación práctica, que los estudios y diseños de viabilidad del proyecto, establezcan técnicamente el esquema de tipificación, estimación y asignación de riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato. Esta nueva exigencia legal, como etapa previa a la apertura de un proceso de contratación, debe servir para que la entidad se apoye en una fuente técnica, propia o externa, para adelantar un adecuado y técnico esquema de asunción de riesgos previsible. La función de la auditoría es cotejar, revisar los riesgos que se identificaron en la etapa de viabilidad del proyecto y los que quedaron tipificados en la matriz del proyecto.

Por otra parte, en el desarrollo del estudio previo, la norma exige que en el contenido de los estudios previos, se señale la modalidad de selección del contratista, su justificación y los fundamentos jurídicos que la soportan.

La auditoría en este aspecto debe verificar la forma como se justificó la modalidad de selección. En ese sentido, lo primero que se debe verificar y analizar es el objeto del contrato, y en segundo lugar, la cuantía del mismo. La columna vertebral de la Ley 1150 de 2007 es precisamente el establecimiento de modalidades de selección en razón al objeto del contrato y no a su cuantía. Sin embargo, la cuantía sigue siendo una segunda circunstancia

determinante que se debe tener en cuenta para establecer la modalidad de selección, por ejemplo, si la selección del contratista corresponde a la modalidad de selección abreviada procedimiento para menor cuantía o si se debe seguir la regla general de la licitación pública.

El proceso auditor debe tener en cuenta, el principio de legalidad, en la verificación de la modalidad de selección que se ha determinado en el estudio previo. Teniendo en cuenta el principio de legalidad, la entidad sólo puede realizar el proceso que por el objeto y la cuantía le corresponde según la norma, y sólo por razones justificadas, acudir a la regla general de la Licitación Pública. Para tener claridad. Una entidad no puede hacer un proceso de selección abreviada, cuando le correspondería por la cuantía realizar, un proceso de mínima cuantía.

Por ello el auditor debe verificar que las entidades estatales en el estudio previo no solo se señale la modalidad de selección, sino que efectivamente, se hayan descrito la justificación y los fundamentos jurídicos que la soportan.

De acuerdo al numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, en el contenido del estudio previo, se debe señalar el valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato este determinado por precios unitarios, señala la norma que, la entidad contratante deberá incluir la forma como los calculó para establecer el presupuesto y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos, la entidad contratante no publicará las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato y en el caso de las concesiones,

la entidad contratante no publicará el modelo financiero utilizado en su estructuración.

Lo que está solicitando la norma no es la simple enunciación del valor estimado del contrato, sino la justificación del análisis que hizo la entidad para llegar a ese valor.

En ese sentido, la auditoría debe verificar que las entidades hayan tenido en cuenta en el momento de estimar y justificar todos los costos asociados a la ejecución del contrato. Y lo más importante, que dichos costos y todos los valores del contrato tengan plena justificación en el estudio previo y que en ese sentido obedezcan a las condiciones del mercado.

El proceso auditor debe verificar que se soportó en el estudio previo tanto el valor estimado del contrato como las fuentes y herramientas en las que se apoyó la entidad para llegar a él.

El siguiente aspecto que se debe plasmar en el estudio previo, son los criterios para seleccionar la oferta más favorable.

Para seleccionar la oferta mas favorable se deben tener en cuenta los criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. En dicho artículo los criterios corresponden a los requisitos habilitantes y los factores de escogencia. Ello es lo primero que debe verificar el auditor. Es decir, lo que se debe verificar es que en el estudio previo están desarrollados los criterios que tiene la entidad tanto para determinar los requisitos habilitantes, como los factores de escogencia o factores de ponderación. Es importante advertir que lo que la norma pretende es que se definan unos criterios, y no aspectos puntuales

que deben hacer parte del pliego de condiciones. El proceso auditor debe verificar que esos criterios se hayan establecido atendiendo lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150, en el sentido de que los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. También, se deberá verificar que los criterios cumplen con lo establecido en el literal d) del numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en el sentido de que, no son condiciones y exigencias de imposible cumplimiento. Por último, se debe verificar lo señalado en el Decreto 1082 de 2015⁵, en el sentido de que la entidad, al momento de determinar los requisitos habilitantes, tuvo en cuenta el riesgo del proceso de contratación, el valor del contrato, el análisis del sector económico respectivo y el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial.

Los requisitos habilitantes deben corresponder a toda la información que del proponente reposa en el Registro Único de Proponentes – RUP-. Salvo que se trate de contratación directa o de contratos de mínima cuantía. En ese caso, la información del proponente o contratista debe ser aportada por el mismo.

Sin embargo, el numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007 establece que

“sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa”.

5 Art.2.2.1.1.1.6.2.

Es decir, la ley es clara al reconocer que hay condiciones habilitantes relacionadas con la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes, que las entidades pueden exigir, en virtud del objeto a contratar, que no se encuentran consignadas en el Registro Único de Proponentes –RUP– y que por lo tanto, la entidad debe verificar de manera directa.

Tal es el caso, por ejemplo, cuando la entidad exige al proponente una muestra del bien que pretende adquirir. O cuando exige una prueba técnica para verificar la capacidad de un blindaje, por ejemplo. Todas ellas, exigencias que la entidad, en ejercicio de su facultad y responsabilidad, consideran adecuadas para garantizar el cumplimiento satisfactorio del objeto contractual. Exigencias, que de acuerdo a la Ley 1150 de 2007, tiene que verificar directamente la entidad, pues son requisitos habilitantes que no se pueden verificar en el Registro Único de Proponentes. Todo ello deberá tenerlo en cuenta el auditor, quien deberá además, convalidar que efectivamente la información solicitada, que no se encontraba en el RUP, era necesaria para la selección objetiva de las ofertas.

Quizás, uno de los asuntos que más dudas ha generado en la aplicación de las nuevas normas es el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo⁶. Aunque el artículo del Decreto 1082, que regula los estudios y documentos previos⁷, solo establece análisis de riesgo y forma de miti-

6 Es importante señalar que este requisito no se encuentra señalado en la Ley 80 de 1993 ni en la Ley 1150 de 2007.

7 Num. 6, Art. 2.2.1.1.2.1.1.

garlo, debe entenderse que el riesgo analizado debe ser el previsible y debe poderse concretar en su tipificación, estimación y asignación, en el pliego o sus equivalentes, tal como lo señala el artículo 4 de la Ley 1150. Así mismo, señala el Manual para la Identificación y cobertura del Riesgo en los procesos de contratación (M – ICRC . 01) de la Agencia Colombia Compra Eficiente, que solo se deben analizar los riesgos que afectan la ejecución del contrato.

En ese sentido, la verificación que se debe realizar en el desarrollo de la auditoría debe orientarse a los siguientes aspectos:

En primer lugar, verificar que los riesgos tipificados no correspondan a aquellos que se encuentran amparados por los mecanismos de cobertura, es decir, riesgos derivados de la naturaleza contractual, extracontractual o del ofrecimiento del proponente. En otras palabras, que no se hayan tipificado riesgos que tienen relación directa con las obligaciones de las partes. También se debe verificar que los riesgos tipificados sean verdaderamente previsibles, que correspondan a la ejecución y que, por lo tanto, puedan afectar el equilibrio económico del contrato de manera grave, sustantiva.

Como criterios prácticos para revisar adecuadamente, en el desarrollo del proceso auditor, los riesgos previsibles en el estudio previo, nos permitimos señalar lo siguiente:

Los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato deben tener directa relación con el negocio contractual. En ese sentido, las entidades, más que expertos en riesgos como tal, deben acudir a los

expertos del negocio particular. En otras palabras, para identificar los riesgos previsible de una obra pública, no puede haber mejor profesional que un ingeniero o constructor con experiencia en el tipo de obra a realizar.

Es importante recordar lo que la jurisprudencia ha dicho con respecto a los contratos susceptibles de restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica. Ha sido reiterada la posición del Consejo de Estado en el sentido que, los contratos en los que cabe el restablecimiento de la ecuación económica, son los contratos de tracto sucesivo. Las entidades entonces, no deben tipificar, estimar y asignar riesgos previsible que pueden afectar la ecuación financiera en los contratos de ejecución instantánea.

Otro elemento importante para tener en cuenta, es que el riesgo previsible debe corresponder a una situación anormal de la ejecución del contrato.

Con la modificación del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establecida en el artículo 87 de Ley 1474, se hace necesario, en los contratos cuyo objeto incluyan la realización de una obra, que la entidad contratante cuente con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición, señala la norma, es incluso aplicable a los contratos que incluyen dentro del objeto el diseño. Como lo señalamos anteriormente, consideramos importante, y como recomendación práctica, que los estudios y diseños de viabilidad del proyecto, establezcan técnicamente el esquema de análisis de riesgos de la ejecución para incorporar en el estudio previo y la tipificación, estimación y asignación de riesgos pre-

visibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato que debe incorporarse al Pliego de Condiciones.

El documento CONPES 3714 de diciembre de 2011 “Del riesgo previsible en el marco de la Política de Contratación Pública”, sin duda es una valiosa guía que establece lineamientos básicos para comprender el concepto de “riesgo previsible” en el desarrollo de la adquisición de bienes y servicios sometidos al Estatuto de Contratación Pública.

En el estudio previo se debe incorporar también las garantías que la entidad contempla exigir en el proceso de contratación. El auditor debe verificar que, efectivamente, las garantías están destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato, según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular.

El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 establece diferentes alternativas para garantizar las obligaciones surgidas del contrato. Por su parte, el artículo el Decreto 1082 de 2015⁸ señala que en los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, cualquiera de las siguientes garantías: contrato de seguro contenido en una póliza, patrimonio autónomo o garantía bancaria. Sin embargo, la responsabilidad extra-contractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones

8 Art. 2.2.1.2.3.1.2.

de sus contratistas o subcontratistas solamente puede ser amparada con un contrato de seguro.

Es importante señalar que, pese a la redacción ambigua de la norma, en el estudio previo, lo que se debe verificar es la forma como se establecieron los riesgos que deben cubrir las garantías en la contratación, su cubrimiento y suficiencia. Es decir, las entidades serían arbitrarias, en nuestro criterio, si determinan un mecanismo de garantía, en particular. La auditoría debe advertir esta situación. Consideramos que son los proponentes o contratistas quienes pueden escoger y otorgar cualquiera de los mecanismos de cobertura establecidos en la Ley. Cuando las entidades exigen exclusivamente un mecanismo de cobertura se está vulnerando el derecho de los proponentes a otorgar cualquiera de los mecanismos autorizados, como lo pretende la Ley, que determina los tipos de garantía y otorga posibilidades que la administración no puede limitar.

Por último, en el estudio previo se debe indicar si el proceso de contratación respectiva está cobijado por un Acuerdo Comercial.

Lo primero que se debe verificar es si la entidad estatal se encuentra incluida en la cobertura del capítulo de compras públicas de los diferentes acuerdos o tratados de libre comercio. Lo segundo que se debe verificar, es si la cuantía del proceso lo somete al capítulo de compras públicas. Y por último, verificar si los bienes y servicios a contratar no se encuentran excluidos de la cobertura del capítulo de compras públicas. Al verificar estos elementos dentro del proceso auditor, se puede determinar

si la entidad en el estudio previo realizó adecuadamente la indicación que exige la norma.

Por último recomendamos que en el estudio previo la entidad justifique, en los términos del artículo 83 de la Ley 1474, si el contrato requiere para su seguimiento y control una interventoría técnica y especializada o una supervisión realizada por funcionarios de la entidad. Así mismo, consideramos que en el estudio previo, se deben indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás que quedarán a cargo de la entidad a través del supervisor, cuando de manera excepcional se considerada dividir la vigilancia del contrato. El auditor debe verificar la forma como la entidad estableció la justificación de la interventoría técnica y especializada y las actividades que se requieren, tanto de ella, como de la supervisión, para el adecuado control y vigilancia de la ejecución del contrato.

Como lo señalamos anteriormente, la auditoria no debe limitarse a verificar el estudio previo, como si tratara de una lista de chequeo. El auditor debe mirar el estudio previo como el documento fundamental y esencial que determina la adecuada planeación del contrato. Le asiste al auditor, al realizar la auditoria de los estudios previos, la verificación para determinar si la entidad cumplió con el deber de planeación. Que ni más ni menos es la carta de navegación de todo el contrato. Cómo lo ha señalado la jurisprudencia ⁹,

9 Ver Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. 23 de octubre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

“el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación. Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos”.

En suma, la auditoria al estudio previo debe ser adecuada e integral, pues lo que se está verificando es la columna vertebral de la buena gestión contractual y de ejecución de recursos: la planeación que realizó la entidad para adelantar el proceso contractual.

III. DELEGACIÓN

En los procesos de contratación la delegación se materializa con un acto administrativo en donde se delega total o parcialmente la competencia para celebrar contratos.

El artículo 12 de la ley 80 de 1993 establece que los jefes y los representantes legales de las entidades estata-

les podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

El proceso auditor debe verificar que la delegación cumpla con lo señalado en los artículos 9 y 10 de la Ley 489 de 1998.

Pero la revisión dentro del marco del proceso auditor no se debe limitar a la simple verificación del acto administrativo por medio del cual se realiza la delegación. Es muy importante verificar si el delegante definió unas políticas de contratación que debe cumplir el delegatario y unos mecanismos de vigilancia y control de dicha delegación. El auditor debe verificar la manera como el delegatario esta cumpliendo con dichas políticas que le determinan el marco de acción de la delegación , como también debe verificar la manera como se realizaron los controles y la vigilancia sobre la delegación.

La realización de la auditoria con estos criterios para verificar en el desarrollo de la misma es determinante para definir las responsabilidades y determinar si el delegatario ejercio la delegación sin considerar la participación del delegante o si el delegante solamente utilizó al delegatario como un instrumento para no asumir la responsabilidad de la contratación¹⁰.

10 Para profundizar estos conceptos se recomienda leer la Sentencia C-693 de 2008 de la Corte Constitucional.

IV. AVISO DE CONVOCATORIA PÚBLICA

El artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 de 2015 señala que, salvo para la selección de mínima cuantía y contratación directa, para todos los procesos de contratación las entidades deben expedir un aviso de convocatoria que además de lo establecido para cada modalidad de selección, debe contener: el nombre y dirección de la Entidad Estatal; La dirección, el correo electrónico y el teléfono en donde la Entidad Estatal atenderá a los interesados en el Proceso de Contratación, y la dirección y el correo electrónico en donde los proponentes deben presentar los documentos en desarrollo del Proceso de Contratación. El objeto del contrato a celebrar, identificando las cantidades a adquirir. La modalidad de selección del contratista. El plazo estimado del contrato, La fecha límite en la cual los interesados deben presentar su oferta y el lugar y forma de presentación de la misma. El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuesta. Mención de si la contratación está cobijada por un Acuerdo Comercial. Mención de si la convocatoria es susceptible de ser limitada a Mipyme. Enumeración y breve descripción de las condiciones para participar en el Proceso de Contratación. Indicar si en el Proceso de Contratación hay lugar a precalificación. El Cronograma y la forma como los interesados pueden consultar los Documentos del Proceso. El auditor debe verificar que el aviso cumpla con toda la información, clara y expresa, que exige la norma.

En muchas entidades el ordenador del gasto firma el aviso de convocatoria.

En nuestro concepto, el aviso de convocatoria se debe entender como uno de aquellos avisos a los que se refiere el numeral 9 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 el cual señala que los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrá incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público. En el proceso auditor se debe verificar ello y solicitarle a la entidad, si es el caso, una explicación de las razones por las cuales se firman los avisos.

Debe verificar el auditor, que el aviso de convocatoria esté publicado en el SECOP, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1082¹¹.

V. PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES

El proceso auditor debe verificar que el proyecto de pliego de condiciones cumple con lo señalado el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 – principio de transparencia, que establece que en ellos:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

11 2.2.1.1.1.7.1.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

El auditor debe tener presente que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos que contravengan lo dispuesto en este principio de transparencia.

Además de lo anterior, se debe verificar, que los pliegos deben contener lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.1.3. del Decreto 1082 de 2015. Es decir, deben contener, cuando menos: la descripción técnica detallada y completa del objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario, en el tercer nivel del mismo, la modalidad del proceso de selección y su justificación, los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y

a la adjudicación del contrato. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiese, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar. Los riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes contratantes. Las garantías exigidas en el proceso de contratación y sus condiciones. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un acuerdo comercial. Los términos, condiciones y minuta del contrato. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato. El plazo dentro del cual la entidad puede expedir adendas y el cronograma del proceso.

Muchas entidades en el proyecto y pliego definitivo, o no establecen reglas de desempate o las que establecen, no se ajustan a la Ley. El auditor debe verificar adecuadamente. Por ello, es importante tener en cuenta lo que, en materia de desempate y de acuerdo a la modalidad de selección, señala el Decreto 1082 de 2015. En resumen estos son los criterios de desempate que se deben tener en cuenta y se deben establecer:

En la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, procedimiento de subasta inversa presencial o electrónica, de conformidad con lo señalado en el numeral 9 del artículo 2.2.1.2.1.2.2. del citado Decreto, cuando no haya más lances de mejora de precio y exista empate, se adjudicará el contrato al que presentó la menor propuesta inicial. De

persistir el empate, se debe aplicar los factores de desempate señalados en el Decreto 1082¹².

En los pliegos para la licitación Pública, la selección abreviada – procedimiento menor cuantía – y el concurso de méritos, de acuerdo a la norma, se establecerán los siguientes factores de desempate. En caso de empate de dos o más ofertas, la entidad escogerá el oferente que tenga el mayor puntaje en el primero de los factores de escogencia y calificación establecidos en el pliego. Si persiste el empate escogerá al oferente que tenga el mayor puntaje en el segundo de escogencia y calificación establecidos en el pliego y así sucesivamente hasta agotar la totalidad de los factores de escogencia y calificación establecidos en el pliego. Si persiste el empate, la entidad debe utilizar las siguientes reglas de forma sucesiva y excluyente, respetando los compromisos adquiridos por Acuerdos Comerciales.

Primera regla: Preferir la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.

Segunda regla: Preferir la oferta presentada por una Mipyme nacional.

Tercera regla: Preferir la oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la expe-

12 Art. 2.2.1.1.2.2.9.

riencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura.

Cuarta regla: Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta.

Frente a esta regla tenemos la siguiente observación. El artículo 24 de la Ley 361 de 1997 señala:

“Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías:

A.- A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nominas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente Ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contrata-

dos por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación”¹³.

Por último si persiste el empate, se debe utilizar un método aleatorio para seleccionar el oferente, método que se debe establecer en los pliegos de condiciones del Proceso de Contratación.

El proyecto de pliego de condiciones se debe estructurar teniendo en cuenta la norma citada y las reglas que en ella se establecen, para definir los criterios de desempate.

Cuando no se incorpora en el proyecto de pliego todos los elementos descritos, y exigidos en el en el Decreto 1082, no solo el proyecto carecería del contenido mínimo que requiere, sino que se vulneraría el objetivo fundamental del proyecto, cual es el de permitir a los interesados, presentar observaciones y hacer los ajustes que se consideren pertinentes en el pliego de condiciones definitivo. ¿Qué sentido tiene entonces, hacer observaciones sobre un proyecto de pliego incompleto?. El auditor debe verificar no solo que el proyecto de pliego tenga todo el contenido que exige la norma sino que ese contenido sea pertinente y el adecuado, para que el proyecto de pliego cumpla con su objeto y finalidad.

Por ello, es que observamos con preocupación que algunas entidades para cumplir con los plazos de publicación de los proyectos de pliegos, y con el ánimo de agilizar los procesos de contratación, publican en el SECOP

13 Los proponentes después de la regla uno, se entienden que están en igualdad de condiciones. ¿Por qué no se aplica como criterio siguiente el establecido en la Ley 361, antes de los señalados en el decreto.

proyectos de pliegos incompletos, de condiciones deficientes. De ello debería dejarse constancia en el proceso auditor. Señalando con claridad que el proyecto de pliego es incompleto y que con ello, no se cumplió con el principio de transparencia y publicidad. Por tal razón, y para corregir esto, la auditoría debe tener en cuenta lo señalado en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007 que señala que la información publicada en el proyecto de pliego debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna.

Según lo establece el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082, el proyecto de pliego de condiciones debe ser publicado en el SECOP mínimo diez (10) o cinco (5) días hábiles antes de la apertura, según la modalidad de selección. Debe verificar el proceso auditor que el plazo se estableció desde la fecha en la que efectivamente se publicó y no desde la fecha de expedición, así se establezca en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082, que los actos y documentos deben publicarse dentro de los (3) días hábiles siguientes de su expedición.

Otro aspecto importante para comentar es que si bien es cierto que la publicación del proyecto de pliego no genera para la entidad la obligación de dar apertura al proceso de selección, las entidades no deben abusar de esta circunstancia que puede generar, cuando menos, cuestionamientos a la planeación de su gestión contractual. Es una observación que debe hacer la auditoría cuando la entidad presente reiteradamente esta conducta.

VI. OBSERVACIONES, RESPUESTAS Y AJUSTES AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES

Señala el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 que los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos. Surge una primera inquietud: ¿sólo se pueden hacer observaciones al proyecto de pliego durante los términos establecidos en el artículo citado?. En realidad no. Aunque el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto citado señala que los interesados en el proceso pueden presentar observaciones en el termino previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4, consideramos que cualquier interesado puede hacer observaciones al proyecto de pliego, en cualquier momento, antes de la apertura del proceso, y la entidad tiene la obligación de responder las observaciones. Lo que ocurre es que la entidad, puede considerar para efectos de hacer los ajustes respectivos en el pliego de condiciones definitivos, solo las observaciones que se realizaron durante el término señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.4.

El proceso auditor debe verificar en esta etapa del proceso lo siguiente:

Que la entidad haya establecido con claridad, en los documentos del proceso, la forma como los interesados pueden hacer llegar sus observaciones al proyecto de pliego.

Que la entidad le haya dado respuesta, sustentada y antes de la apertura del proceso, a todas las observaciones formuladas dentro los plazos señalados en la norma.

Que la entidad haya modificado y ajustado el pliego de condiciones cuando las observaciones solicitando la modificación tengan fundamento. De la misma manera se debe verificar que el estudio previo se haya ajustado cuando el alcance de las observaciones formuladas así lo ameriten.

Que le entidad haya publicado en el SECOP, en el plazo correspondiente, tanto las observaciones como las respuestas a las mismas.

VII. ACTO DE APERTURA

El artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015 señala que la Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones especiales para las modalidades de selección.

El acto administrativo, establece la norma, debe señalar: El objeto de la contratación a realizar. La modalidad de selección que corresponda a la contratación. El Cronograma. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos. La convocatoria para las veedurías ciudadanas. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes y los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

El primer criterio que quisiéramos exponer, frente al acto de apertura, tiene que ver con su naturaleza. Si bien algunos pueden catalogarlo como un acto de trámite, es importante señalar que, en nuestro criterio, es un acto administrativo definitivo, por cuanto se debe señalar el proceso que ha adelantado la entidad en lo relativo al estudio y documentos previos y la disponibilidad presupuestal para adelantar el proceso contractual.

Resulta equivocado lo que hacen algunas entidades que no establecen en el acto de apertura el cronograma del proceso sino en documento anexo. La norma es clara al establecer que en el acto de apertura se señalará el cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan.

Por último, es importante tener presente que en el evento en que, durante el desarrollo del proceso de selección se presente alguna de las causales contempladas en el artículo 93 del Código Contencioso Administrativo, la entidad podrá revocar el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso de selección, antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección.

Por otra parte, el artículo 97 del mismo código regula la revocatoria de actos de carácter particular y concreto. Señala la norma que el acto cuando haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Frente a estas dos normas el Consejo de Estado en sentencia del 26 de noviembre

de 2014, ha señalado que la revocatoria la puede hacer de conformidad con el artículo 93 hasta antes de que los interesados presenten sus ofertas dentro del proceso de selección, porque hasta ese momento ninguna situación particular puede afectar; pero, cuando ya se haya presentado alguna oferta, para revocar el acto la administración debe iniciar la actuación señalada en el artículo 97, y solicitar el consentimiento de quien o quienes la hayan presentado dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones. En este último caso, de no contarse con tal consentimiento, si se produce la revocatoria el acto surge viciado de nulidad por expedición irregular, por cuanto lo que procede, si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, es demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En resumen la jurisprudencia ha señalado que el acto de apertura se puede revocar cuando se presenta alguna causal del artículo 93 de la Ley 1437. Sin embargo, cuando el proceso de selección se encuentra en etapa de evaluación de ofertas, es decir, después del cierre, para revocar el acto se requiere el consentimiento de quienes presentaron ofertas en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 97 de la misma Ley.

Frente al acto de apertura la auditoría debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

Que contenga lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015

Que se establezca el cronograma en el mismo acto administrativo

Que si se produce su revocatoria, por las razones establecidas en la Ley, que se tengan en cuenta la jurisprudencia.

VIII. PLIEGO DE CONDICIONES

Para algunas entidades dar respuesta a las observaciones formuladas por los interesados es suficiente. Al respecto debemos señalar que no basta con dar respuesta, pues se deben incluir en el pliego definitivo, las observaciones que se consideraron relevantes. Mal harían las entidades en considerar un tema relevante y no hacerle el ajuste respetivo al pliego y en definitiva, al mismo proceso.

Otro aspecto importante para tener en cuenta es que cualquier modificación relevante incluida en el pliego de condiciones definitivo, implica también la respectiva modificación que se debe hacer al estudio previo.

Dos últimas recomendaciones con respecto a los pliegos de condiciones. La primera es no olvidar que cuando se fija un anticipo en el pliego de condiciones se debe establecer los términos y condiciones de la administración del mismo a través del patrimonio autónomo. Muchas entidades olvidan hacerlo, cuando es una exigencia claramente señalada en el artículo 2.2.1.1.2.4.1. del Decreto 1082 de 2015 que desarrolla el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

La última recomendación es estructurar y redactar el pliego de condiciones teniendo en cuenta los pliegos de condiciones tipo, diseñados por la Agencia Gubernamental Colombia Compra Eficiente.

El auditor, además de verificar lo que ya señalamos en el proyecto de pliego de condiciones, debe verificar que el pliego de condiciones corresponda al pliego tipo de condiciones, que para la modalidad de selección, establezca el ente rector de la contratación pública.

IX. ADENDAS

De acuerdo con Decreto 1082 de 2015¹⁴, la modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. Creemos conveniente señalar algunos criterios que se deben tener frente al alcance de las adendas modificatorias del pliego.

Aclaración al pliego de condiciones. Ocurre con frecuencia que en el texto del pliego se establecen asuntos que no son muy claros y que no fueron evidenciados durante el proceso de observaciones. En el caso de la Licitación estas dudas pueden haberse presentado en la audiencia de aclaración del pliego. Vale señalar que para evitarse futuros problemas es conveniente evaluar la conveniencia de expedir adendas aclaratorias de algunos asuntos que en el pliego son ambiguos o poco claros y que fueron evidenciados en la audiencia de aclaración. Lo lógico es que el pliego, si tiene elementos confusos, se aclare a través de una adenda y no a través de un acta de audiencia de aclaración.

14 Art. 2.2.1.1.2.2.1.

Modificar el Cronograma. El otro objetivo que puede tener una adenda es la modificación del cronograma establecido para el proceso de selección. Dichas modificaciones tienen limitaciones, tal como lo señala la norma citada. La entidad puede publicar las adendas en los días hábiles, entre las 7:00 am y las 7:00 pm. Si se trata de una adenda modificatoria del contenido del pliego o del cronograma en lo que se refiera a la fecha de cierre, solo se pueden expedir a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública, pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación. Sin embargo, la entidad puede expedir adendas una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de adjudicación del contrato.

Modificar asuntos NO de fondo del pliego. Por último las adendas pueden cumplir con el objetivo de modificar asuntos del pliego, siempre y cuando estas modificaciones no versen sobre asuntos de fondo. En otras palabras, se pueden hacer modificaciones al pliego siempre que ellas no afecten factores de escogencia y selección, no impliquen una nueva asunción de riesgos, un cambio en el objeto del contrato, entre otros. Además debemos reconocer que las adendas que cambian un pliego en asuntos sustanciales generan dudas frente a la transparencia del proceso.

En conclusión, las adendas deben expedirse para corregir pequeñas fallas, hacer aclaraciones y para modificar los cronogramas, cuando ello es necesario para el buen desarrollo del proceso. Un fin diferente pone en

evidencia la falta de planeación de la entidad o genera muchas suspicacias frente a la transparencia de la contratación.

Tienen razón quienes afirman que el número de adendas de un proceso es directamente proporcional a las equivocaciones y errores que tiene el pliego. Y cuando ello ocurre, termina modificándose en su esencia la contratación, y por lo mismo, los estudios y documentos previos que la soportan, frente a lo cual, lo mejor es revocar y volver a comenzar.

El proceso auditor, frente a las adendas, debe tener en cuenta lo siguiente:

Que se hayan expedido dentro de los plazos señalados por la Ley.

Que su publicación en el SECOP se haya realizado dentro del horario establecido en la Ley.

Que el contenido de la adenda no modifique asuntos de fondo que ameriten replantear todo el proceso, comenzando por la modificación de los estudios previos.

Que modifiquen de manera clara, concreta y precisa el contenido del pliego para aclarar dudas que se presentaron.

X. PRESENTACIÓN DE OFERTAS-CIERRE DEL PROCESO

Las entidades tienen la posibilidad de establecer procedimientos de cierre. Pueden establecer que en el cierre se abran las propuestas y se comunique el valor de las mismas, la garantía que ampara la seriedad de la mismas, etc.

La norma no señala un procedimiento específico que la entidad deba cumplir para realizar el cierre de un pro-

ceso contractual. Sin embargo, se debe tener presente que se deben respetar los procedimientos establecidos en el pliego y además, se debe considerar las características de cada modalidad de selección e incluso de cada proceso. Por ejemplo, en la selección abreviada – subasta inversa, se exigirán dos sobres, uno de los cuales – el que contiene la propuesta económica - no se podrá abrir en el cierre sino en el momento en el que se va a realizar la subasta.

Lo mismo ocurre con el concurso de méritos. El sobre que contiene la propuesta económica sólo se podrá abrir después de la evaluación, si el proponente está habilitado y se encuentra en el primer orden de elegibilidad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 2.2.1.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Por otra parte, hay procesos de licitación cuyo factor de escogencia es una subasta. En este caso el sobre que contiene los elementos de la conformación dinámica parcial de la oferta, podrían abrirse en el momento en el que se realiza el procedimiento de la subasta.

Es importante fijar en el pliego reglas claras y transparentes de la forma como se va a realizar el procedimiento de cierre. Esto evitará problemas.

Hacia el futuro será conveniente establecer unos procedimientos adecuados para que el procedimiento de cierre cumpla con los principios de transparencia cuando la contratación pública entre definitivamente en la era de la conectividad. En otras palabras, se deben crear mecanismos adecuados cuando las propuestas se envíen electrónicamente. En este caso, se deberá diseñar un procedimiento de cierre virtual en donde la entidad, los proponentes y los interesados puedan constatar que efectivamente

se “*entregaron*” las propuestas en el plazo señalado y puedan, por supuesto, acceder a todas las propuestas. El procedimiento de cierre en línea debe garantizar el cumplimiento del principio de transparencia, que garantiza el acceso a las propuestas recibidas. Debemos aclarar que en virtud de los principios que rigen la contratación pública, todas las propuestas deben estar a disposición de quien demuestre interés legítimo. Así lo establece el numeral 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que señala que las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

Con la entrada en vigencia del SECOP II la presentación de las ofertas se realizará en línea, en la parte de la propuesta que corresponda, teniendo en cuenta las particularidades de cada modalidad de selección y de cada proceso. El proceso auditor debe dirigir su verificación hacia dos áreas concretas: Por un lado, verificar la manera como se registraron en línea las propuestas y en segundo lugar, verificar que aquellos documentos, que formaron parte de la propuesta y que debían entregarse físicamente en la entidad se entregaron en la forma señalada en el pliego y la entidad contó con procedimientos para salvaguardar su integridad.

XI. EVALUACIÓN E INFORME

Las entidades deben comenzar la etapa de evaluación conformando el comité evaluador. Incluso el comité evalua-

dor puede conformarse desde la misma apertura del proceso. El comité evaluador, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082, puede estar conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada proceso de contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad el ejercicio de la labor encomendada. Los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales. En el caso de la mínima cuantía no se requiere comité plural, pues la norma citada señala que la verificación y evaluación de las ofertas será adelantada por el ordenador del gasto.

La evaluación debe hacerse en el plazo establecido en el pliego. Pero si la entidad requiere un tiempo adicional para la evaluación, puede ampliarse ese plazo mediante adenda.

La evaluación concluye con un informe donde se deben consignar la verificación de los requisitos habilitantes de cada uno de los proponentes y la calificación de las propuestas. Es importante señalar que la propuesta del proponente NO habilitado, es decir, aquel que no cumple con los requisitos habilitantes señalados en el pliego, no se debe evaluar, no se debe calificar. Y solo se debe continuar con la evaluación de la propuesta cuando se haya subsanado la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponen-

te, no necesarios para la comparación de las propuestas. Los criterios para la “subsanción” de requisitos habilitantes se expondrán en el capítulo siguiente.

De todos modos es importante tener en cuenta que la entidad durante el proceso de evaluación, de conformidad con el numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80, podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables. Dichas aclaraciones y explicaciones se podrán solicitar tanto de los requisitos habilitantes como de los factores de la propuesta a los cuales se les asigna puntaje. Esta norma, aunque este consagrada en la reglamentación de la Licitación Pública, debe considerarse como general a todas modalidades de selección, pues obedece al deber de cualquier entidad pública de encontrar la mejor propuesta. El informe de evaluación debe publicarse en el SECOP durante los plazos señalados en la Ley, de acuerdo a la modalidad de selección, para recibir observaciones al mismo.

El proceso auditor con respecto al informe de evaluación de verificar y observar lo siguiente, entre otros:

Que el comité evaluador se haya conformado formalmente

Que los miembros del comité cumplan con la idoneidad y conocimiento sobre la materia en la que van a realizar la evaluación de las propuestas. Y que ninguno de sus miembros estuviera en alguna causal de inhabilidad y/o conflicto de intereses.

Debe verificarse también, que la publicación se haya realizado en el plazo señalado en el cronograma y que el plazo para presentar observaciones se haya establecido de conformidad con la Ley.

Por último, y quizás lo más importante, es que se verifique que la entidad evaluó las propuestas de conformidad con las reglas establecidas en el pliego. Debe verificar que no se rechazaron propuestas por la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas. Así mismo verificar que el puntaje se otorgó en forma objetiva.

XII. SUBSANABILIDAD DE REQUISITOS HABILITANTES

El párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 señala:

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”.

Por su parte, el párrafo tercero del mismo artículo, señala que

“La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”.

Y el párrafo cuarto establece que

“En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

El Consejo de Estado en sentencia del 12 de Noviembre de 2014, en el sentido de interpretar y darle claridad al párrafo anterior señaló: “los requisitos que no son necesarios para la comparación de las ofertas son aquellos que no afectan la asignación de puntaje; por ende, estos últimos son los que tienen la connotación de subsanables.

Es claro entonces que todo lo que no afecte la asignación de puntaje, es subsanable, susceptible de enmendar o rectificar.

Ahora bien, el Consejo de Estado en la sentencia citada señala que no todos los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente pueden ser subsanados. Señala la sentencia

“En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe.

Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”.

La misma sentencia del Consejo de Estado, en párrafos posteriores señala:

“Ahora, cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de ‘subsanar’, enmendar o rectificar.

Lo anterior supone que lo subsanable son las inexactitudes o las dudas que puedan surgir o que detecte la entidad pública al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes o de revisar los demás documentos de la propuesta que no resulten necesarios para la comparación de las ofertas, es decir, a luz de la Ley 1150 de 2007, aquellos que no incidan en la asignación de puntaje; por el contrario, las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir –reitera la Sala–”.

En conclusión, la “subsanación” se debe entender como un mecanismo mediante el cual el oferente prueba que cumple con un requisito habilitante que ya tenía en el momento de presentar la propuesta. Subsana porque la entidad lo requirió, bien porque faltaba algún documento para probar un requisito habilitante o bien porque el do-

cumento que lo probaba, estaba confuso, generaba dudas o ambigüedades.

Consideramos que cualquier criterio diferente al expuesto, es decir, que le abra un espectro más amplio a las posibilidades de “subsanan”, puede terminar violando lo establecido en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 que establece que los oferentes en el ejercicio de presentar observaciones al informe de evaluación “no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas”.

El proceso auditor frente a la subsanación de requisitos habilitantes debe establecer lo siguiente:

Que una vez publicado el informe de evaluación, se haya establecido con claridad los documentos y requisitos que deben “subsanan” los proponentes, cuando a ello hay lugar.

Que el plazo para subsanar se haya establecido y cumplido de acuerdo a la modalidad de selección. Recordamos que el plazo de subsanación es legal. Corresponde al término de traslado del informe de evaluación, según la modalidad de selección.

Que la entidad haya solicitado los documentos susceptibles de subsanación, en condiciones de igualdad para todos los proponentes.

Que los documentos no acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre

XIII. ACTO DE ADJUDICACIÓN

El acto de adjudicación debe ser una resolución motivada. En el caso de la licitación pública, se entenderá noti-

ficada al proponente favorecido en la audiencia de adjudicación.

La Ley 1150 de 2007 estableció en el artículo 9 la siguiente norma:

“En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política y en general en los procesos de licitación pública, la adjudicación se hará de forma obligatoria en audiencia pública, mediante resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia. Durante la misma audiencia, y previamente a la adopción de la decisión definitiva de adjudicación, los interesados podrán pronunciarse sobre la respuesta dada por la entidad contratante a las observaciones presentadas respecto de los informes de evaluación.

“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, éste podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

“Sin perjuicio de las potestades a que se refiere el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar”.

De acuerdo con la norma citada, el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendi-

do entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

La inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente no es una circunstancia difícil de probar. De todos modos, si el acto de apertura se revocó por esta circunstancia, el auditor debe verificar que este debidamente probada y sustentada dicha situación. Caso contrario ocurre con la prueba de que el acto se obtuvo por medios ilegales. Por ello, surgen las siguientes inquietudes. ¿Debe haber un debido proceso para el adjudicatario cuestionado? ¿Quién debe demostrar que el acto se obtuvo por medios ilegales? ¿La entidad o la autoridad competente en materia de investigación o en materia de juzgamiento? ¿Alcanza una autoridad competente, ajena a la entidad, a pronunciarse en el plazo comprendido entre la adjudicación y suscripción del contrato? El proceso auditor debe dejar claro en su informe las razones por las cuales la entidad revocó el acto de adjudicación invocando esta causal legal. Sino las razones no están debidamente sustentadas, el auditor debe dejar el hallazgo y efectuar el traslado del informe correspondiente.

Creemos que frente a la falta de claridad en la norma que suscita tantos interrogantes, las entidades deben actuar con cautela en el momento en el que se encuentren

frente a esta situación. Si bien es un instrumento legal para combatir la corrupción, o mejor, para evitarla, también es cierto que no se puede convertir en un mecanismo arbitrario de las entidades. Los auditores por ello, debe tener rigor para evaluar todas las circunstancias cuando se les presenta esta situación en el desarrollo de la auditoría.

El mismo artículo 9.º establece que sin perjuicio de las potestades que la Ley 80 de 1993 consagra para la caducidad y sus efectos, en aquellos casos en que la entidad declare la caducidad del contrato y se encuentre pendiente de ejecución un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, con excepción de los contratos de concesión, se podrá contratar al proponente calificado en el segundo lugar en el proceso de selección respectivo, previa revisión de las condiciones a que haya lugar. El proceso auditor debe verificar que el proponente ubicado en segundo lugar efectivamente cumple con las condiciones exigidas para cumplir con el objeto del contrato propuesto. Y lo más importante, que sigue cumpliendo con dichas condiciones en el momento en el que se pretenda contratar. De nada serviría contratar a un segundo calificado, que para el momento en el que, efectivamente, debería seguir con el objeto del contrato ya no cuenta con la capacidad y las condiciones para hacerlo adecuadamente. Así se desvirtuaría el objetivo de la norma, que lo que pretende es que se los contratos se cumplan con contratistas capaces e idóneos.

XIV. MINUTA DEL CONTRATO

En las minutas de los contratos hemos encontrado algunas deficiencias que las entidades deben corregir y que el proceso auditor debe advertir en desarrollo de la auditoría y la redacción de los informes.

En las minutas no se señalan adecuadamente los requisitos para la ejecución del contrato.

El artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 al modificar el inciso segundo y el párrafo 1° del artículo 41 de la Ley 80 estableció que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, las cuales deberán realizarse de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda

Con la modificación del artículo 41 de la Ley 80 es evidente que son tres los requisitos que exige la Ley para la ejecución de los contratos: la aprobación de la garantía, cuando en virtud del valor y la naturaleza del contrato ella se ha requerido, el registro presupuestal y la acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Ahora bien, hay otros requisitos de ejecución que se pueden establecer, de acuerdo al valor y el objeto del contrato, como el acta de inicio, el pago de impuestos locales, estampillas, etc.

Otro aspecto para tener en cuenta en la minuta del contrato es lo que se refiere a la imposición de multas y ejecutoria de la Cláusula Penal Pecuniaria.

Al respecto, El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala:

“Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

“En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

“Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

“Parágrafo transitorio: Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”.

Como se desprende de la lectura de la norma, con la modificación que al estatuto de contratación introdujo la Ley 1150 de 2007, queda establecido que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tienen la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas, así como de declarar el incumplimiento de las obligaciones del contratista con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Con esta modificación, las entidades estatales no deben acudir ante el juez del contrato para solicitar la imposición de multas y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, pues de acuerdo al artículo 17 de la Ley 1150, podrán hacerlo de manera directa. Así lo ratificó el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 al señalar que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato, deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el debido proceso del

contratista. Dicho procedimiento se señala en el mismo artículo 86:

“a. Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera.

“b. En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

“c. Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

“d. En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo, caso al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”.

Para garantizar el debido proceso en esta materia, la Contraloría General de la República, señala en un concepto, elementos prácticos que se deben tener en cuenta:

La entidad no podrá declarar el incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, ni podrá imponer multas al contratista si no ha pactado estas atribuciones en el contrato.

En el contrato las partes deben acordar claramente las circunstancias que facultarían a la entidad para imponer multas al contratista y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En el caso de las multas, estas sólo se podrán imponer mientras se halle pendiente la ejecución de obligaciones a cargo del contratista. Por lo anterior, si durante el proceso administrativo que debe adelantar la entidad para imponer la multa, deja de estar pendiente la ejecución de obligaciones a cargo del contratista, dicha multa no se podrá imponer y se deberá ordenar el archivo del proceso administrativo en el estado en que se encuentre.

La entidad no podrá imponer multas, ni podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento del contratista, si a la vez también está incurriendo en mora de sus obligaciones contractuales.

La defensa dentro del proceso administrativo contractual sancionatorio que para el efecto adelante la entidad, podrá hacerla personalmente el contratista o mediante apoderado debidamente constituido.

Durante el proceso administrativo contractual sancionatorio la entidad debe garantizarle al contratista la oportunidad para presentar pruebas y para controvertir las que se alleguen en su contra.

La entidad debe garantizar al contratista el derecho que tiene a defenderse en audiencia.

La entidad debe garantizar al contratista el derecho que tiene a que no se le adelante un proceso sancionatorio contractual más de una vez por el mismo hecho.

La entidad debe garantizar al contratista el derecho que tiene a no ser sancionado más de una vez por el mismo hecho.

Se debe tener en cuenta lo anterior, para redactar y establecer adecuadamente y con claridad, en la minuta del contrato, la forma como se pactarán las multas y la cláusula penal pecuniaria.

En cuanto al procedimiento administrativo sancionador, el contrato debe remitir a las normas legales vigentes, es decir, al artículo 86 de la Ley 1474, y en cuanto al procedimiento interno a seguir para la imposición de las multas, el contrato debe remitir al manual de contratación de la entidad.

Por último, consideramos conveniente que las entidades estatales incluyan en sus contratos una cláusula de indemnidad, conforme a la cual se pacte la obligación del contratista de mantenerla libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes. Aunque el Decreto 1082 de 2015 no exige tal cláusula como si lo hacía el derogado 734 de 2012, consideramos que es acertado que las entidades la incluyan en la minuta de los contratos, como una forma de prevenir riesgos en el desarrollo y ejecución de los contratos.

El auditor debe hacer una revisión adecuada de la minuta del contrato. Debe comparar la minuta con el pliego de condiciones y con el mismo estudio previo. Debe revisar que se adecue a las minutas tipo establecidas por Colombia Compra Eficiente y que se incluya en el mismo todo lo señalado en cuanto al debido proceso sancionatorio y las recomendaciones elaboradas por la Contraloría. De todo ello, dejar constancia en los hallazgos e informes.

XV. SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

El numeral 9 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece que en el pliego de condiciones se debe señalar el plazo para la suscripción del contrato. Si bien es cierto que el artículo citado es regla de la licitación pública es procedente establecer como una buena práctica que en todos los procesos de selección se establezca en el pliego, en la invitación pública o en las condiciones de celebra-

ción del contrato, el plazo para la suscripción del mismo.

No hacerlo puede contrariar el principio de transparencia consagrado en el literal e) del numeral 5 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que señala que “*se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas*”. Teniendo en cuenta que los plazos en la contratación pública son perentorios y preclusivos, el auditor debe verificar que en efecto, se haya establecido el plazo para la suscripción del contrato y que el contrato se haya suscrito en el plazo señalado y establecido.

XVI. VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE EJECUCIÓN

Antes del inicio del contrato, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) La aprobación de la garantía cuando el contrato la requiera; (ii) La existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, y (iii) La acreditación de que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, en los términos que establezca la normativa.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el inciso segundo y el parágrafo 1° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran *al día en el pago* (subrayado nuestro) de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda. En conse-

cuencia cuando se trate de persona natural, para el caso de la verificación del cumplimiento del pago de seguridad social integral, se deberá verificar que se encuentra afiliado en el régimen contributivo, pues la persona natural que se encuentra en el régimen subsidiado no puede acreditar que se encuentra al día en el pago (subrayado nuestro) precisamente por las condiciones que caracterizan este régimen.

La entidad de acuerdo a la cuantía del contrato deberá establecer y verificar otros requisitos de ejecución tales como: pago de impuestos, publicación en el diario oficial, acta de inicio, etc. Este criterio es importante, por cuanto iniciar la ejecución de un contrato sin que se cancelen determinados impuestos, como los de orden local por ejemplo, puede conducir a un posible detrimento patrimonial, pues el hecho generador del impuesto se da desde la suscripción del contrato. En el proceso auditor se deben verificar varios aspectos:

Que la ejecución del contrato sólo se inició cuando se verificó adecuadamente los requisitos de ejecución. Incluidos aquellos que se desprenden de la naturaleza del contrato, como el pago de impuestos locales, etc.

Qué los requisitos de ejecución si cumplen con lo exigido en las normas, pliego de condiciones y contrato.

Que se haya cumplido con el plazo para el otorgamiento de los requisitos de ejecución. Por ejemplo, el plazo que tiene el contratista para entregar a la entidad las garantías correspondientes y para el plazo para la verificación de los mismos. Es decir, el plazo razonable o establecido en el cronograma que tiene la entidad para verificar todos los requisitos de ejecución. Cualquier de-

mora debe advertirse durante el proceso auditor. Hacer las observaciones y dejar constancia en el informe.

CAPÍTULO SEGUNDO
AUDITORÍA A LA ETAPA PRECONTRACTUAL.
PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA

De acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de Licitación Pública, con las excepciones que se señalan para las modalidades de selección abreviada, concurso de méritos, contratación de mínima cuantía y contratación directa.

A continuación se presenta el paso a paso por medio del cual se debe desarrollar el procedimiento de licitación pública, indicando de manera práctica algunos criterios que se deben tener en cuenta para hacer efectivo el proceso auditor.

I. ESTUDIO PREVIO

En el capítulo de Estudios previos se presentaron los principales criterios frente a la forma como estos se deben realizar. Particularmente en la licitación pública, en el desarrollo de los estudios previos, se debe tener en cuenta que para las entidades no ha resultado fácil establecer si un bien o servicio es de características técnicas uniformes y de común utilización. En otras palabras, la

falta de claridad para determinar ello, coincide con la falta de claridad para establecer los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección, pues si un bien o servicio es de características técnicas uniformes y de común utilización, la modalidad de selección será la selección abreviada sin tener en cuenta la cuantía del futuro contrato.

Pero ¿que esta ocurriendo en la práctica?

La selección abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización tiene la posibilidad de llevarse a cabo con uno de los siguientes tres procedimientos: La adquisición en bolsa de productos, el acuerdo marco de precios y la subasta inversa. En las entidades territoriales el procedimiento más utilizado, por no decir el único, es el de la subasta inversa. Pero lo cierto es que se utiliza menos de lo que se debería, pues es un procedimiento en donde la entidad no tiene ninguna discrecionalidad para el otorgamiento de puntaje, sencillamente, porque el menor valor es el único factor de selección.

Por esta razón hay entidades que se aprovechan de la “supuesta” falta de claridad en la determinación de los bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización para no optar por la subasta, como procedimiento de selección de contratistas. Acuden, dependiendo del valor del contrato, a la selección abreviada procedimiento de menor cuantía o a la licitación pública, en donde la determinación de los factores de calidad y precio le permiten a la entidad un relativo margen de maniobra discrecional. Además, en el caso de la licitación,

lo sustentan invocándola como regla general de las modalidades de selección.

El auditor debe tener presente estas consideraciones. Si el bien o servicio es de características técnicas uniformes, la modalidad de selección debe ser la selección abreviada (subasta inversa, compra en bolsa de productos o acuerdos marco de precios). Consideramos que la modificación del estatuto de contratación debe traer como consecuencia también, la actualización de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal. Resulta evidente que la entidad sufre un detrimento patrimonial cuando opta por una licitación teniendo que hacerlo a través de una modalidad de selección, como la subasta, en donde claramente se *“extrae valor”* en beneficio de la entidad. En nuestro criterio, el auditor deberá determinar claramente la naturaleza del bien o servicio (características técnicas uniformes y común utilización) y dejar como hallazgo, si es evidente que la entidad optó por la licitación cuando debería haber buscado una modalidad de selección cuya esencia de escogencia es el *“menor valor”*.

II. CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

Una vez establecido en el estudio previo, la justificación y la necesidad de lo que se requiere, las condiciones y características de lo que se requiere, los fundamentos de la modalidad de selección para la selección del contratistas y las variables que soportan el valor de lo que requiere, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal y hacer la afectación preliminar mientras, se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el artículo 19 del Decreto 568 de 1996, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto, o quien haga sus veces, con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible, y libre de afectación, para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades. El proceso auditor debe revisar los siguientes aspectos:

Si la entidad comenzó el proceso de contratación con la disponibilidad presupuestal

Que la disponibilidad presupuestal cuente con su respectivo soporte, certificado

Que el certificado haya sido expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces.

Que la entidad lleve un adecuado registro

Que si hay compromiso de vigencias futuras, estas hayan sido tramitadas y aprobadas de acuerdo a la Ley.

III. AVISO

El Decreto-Ley 019 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, eliminó la publicación de los avisos de prensa para la Licitación Pública. En efecto, el artículo 220 del decreto-Ley modificó el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

“3. Dentro de 10 diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación”.

Nos parece poco relevante la modificación el Decreto-Ley, quizás lo adecuado hubiera sido su eliminación, pues en la práctica se puede convertir en un nuevo aviso de convocatoria.

La recomendación más sana para las entidades es que publiquen cuanto aviso puedan. Como lo hemos reiterado, uno de los principios fundamentales de la licitación, es la publicidad. Y no podría censurarse a una entidad o funcionario en su afán por garantizarla.

Por último, se recomienda que en el aviso se señale, para que cumpla su propósito, la información esencial del proceso, que comprende: Identificación de entidad y proceso, las fechas y los plazos mas relevantes, los factores de selección, sitio de consulta de pliego, entre otros. El auditor debe revisar que el aviso se publique en el lugar y en los plazos señalados por la Ley y que contenga

la información que ella exige. Como lo señalamos anteriormente, no consideramos que motive una observación de la auditoría si la entidad publicó más de tres avisos. Finalmente uno de los principios fundamentales de la licitación es la publicidad.

IV. AVISO DE CONVOCATORIA

El artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015 señala que en los procesos de licitación pública se hará convocatoria pública.

El aviso de convocatoria para la contratación se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) y debe contener todo lo señalado en la norma citada.

Para cumplir el propósito de publicidad, la convocatoria pública debe publicarse antes o de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego de condiciones.

Para complementar estos criterios de auditoría, se sugiere verificar lo expresado, frente al aviso de convocatoria, en el capítulo que recoge los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

V. PUBLICACIÓN DEL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES

El artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015 establece que los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliego a partir de la fecha de publicación de los mismos durante un término de diez (10) días para la licitación pública. Es decir, que el proyecto de pliego de

condiciones se publicará cuando menos con diez (10) días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordena su apertura.

Es importante aclarar que el plazo se establece frente a la fecha del acto que ordena la apertura y no frente a la fecha de apertura de la licitación. Si no se tiene esto claro, se pueden cometer errores en el procedimiento, por no cumplir con los plazos de publicidad establecidos en la Ley.

De todos modos, la publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Es importante tener en cuenta los criterios de auditoría que, sobre la publicación del proyecto de pliego, se expresaron en el capítulo que recoge los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

VI. OBSERVACIONES, RESPUESTAS Y AJUSTES AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082, las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro del término de publicación del mismo, que para el caso de la licitación pública, no puede ser inferior a diez (10) días hábiles.

Una vez recibidas las observaciones la entidad las evaluará y el tema que considere relevante lo incluirá en el pliego definitivo. En todo caso, la aceptación o rechazo de los comentarios y observaciones recibidas, considera-

mos, se debe hacer de manera motivada, para lo cual la entidad puede agrupar las de naturaleza común.

Para complementar estos criterios de auditoria, se sugiere revisar lo expresado en el capítulo que recoge los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

VII. ACTO DE APERTURA

Como se señalo anteriormente el acto de apertura debe comprender todo lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082.

En el capítulo que recoge los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección, se señalan otros criterios de auditoria que complementan lo expresado frente al acto de apertura.

VIII. PUBLICACIÓN DEL PLIEGO DEFINITIVO

De manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura se debe publicar, en el mismo SECOP, el pliego definitivo de la licitación pública.

IX. INICIO DEL PLAZO PARA PRESENTAR OFERTAS Y AUDIENCIA PARA LA ACLARACIÓN DEL PLIEGO Y LA REVISIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEFINITIVA DE RIESGOS

Consideramos conveniente que en el cronograma se haga claridad sobre el inicio del plazo para la presentación de ofertas teniendo en cuenta lo relativo a la audiencia de re-

visión definitiva de riesgos y la de aclaración del pliego. El criterio que expresamos se funda en que la audiencia de asignación de riesgos debe hacerse de manera simultánea con la audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones y dicha audiencia, a solicitud de un interesado, debe hacerse dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas, tal como lo señala el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80.

El artículo 229 el decreto 019 de 2012, modificó el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. El cual quedó así:

“4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva. Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público.

El numeral 4° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 establece que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles”.

Vamos por partes: Las entidades establecen en el cronograma la audiencia de aclaración de pliego sin esperar a que algún interesado la solicite. Nos parece acertado que este paso del procedimiento de la licitación se haya convertido en uso, pues esto garantiza la publicidad y la libre concurrencia de todos los proponentes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles.

Las entidades deben evaluar el alcance de las modificaciones, una vez las consideraron convenientes. Porque si las modificaciones debatidas y que se consideran convenientes son sustanciales, es decir, no son aspectos puramente aclaratorios del pliego o del cronograma, la entidad, tendría que modificar el estudio previo. Y si ello es así, tendría que revocar el acto de apertura.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 señala que en las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva. El artículo 229 del citado decreto-Ley estipula con claridad que la revisión de asignación de riesgos se realizará en la misma audiencia de aclaración del pliego. Es positiva la norma en la medida en que en un mismo “escenario”, en una misma audiencia, se pueden aclarar aspectos del pliego que, cuando se requiera, se pueden plasmar en una sola adenda.

Por último, consideramos que si como resultado de la revisión se modifica la asignación de riesgos establecida en el pliego, de manera sustancial, no cabe una adenda, sino la revocatoria del acto de apertura y el ajuste de lo correspondiente en el estudio previo.

Las modificaciones pertinentes, cuando se refieren a aclaraciones del pliego y ajustes en el cronograma del proceso se expedirán, después de la audiencia, mediante adendas.

El proceso auditor frente a la audiencia señalada debe revisar, entre otros, los siguientes aspectos:

Que la audiencia fue establecida en el cronograma dentro del plazo señalado en la norma.

Que en la audiencia la entidad haya atendido las aclaraciones del pliego solicitadas y haya dejado constancia de ello en el acta.

Revisar que las aclaraciones solicitadas no adviertan circunstancias de fondo que hubieran ameritado reestructurar el proceso.

Que las aclaraciones solicitadas hayan quedado resueltas en el desarrollo de la audiencia, en las actas o en las adendas si ha ellos hubo lugar. La forma de verificar esto es revisando las observaciones que se presentaron con posterioridad a la audiencia. En dichas observaciones se puede determinar si las dudas o aclaraciones fueron resueltas adecuadamente por la entidad.

Se debe verificar la forma como fueron asignados definitivamente los riesgos en la audiencia. Y si esa nueva asignación significó modificaciones en la matriz de riesgos, que el cambio se haya efectuado efectivamente en la misma.

X. ADENDAS

Además de tener en cuenta los criterios de auditoría mencionados en el capítulo que hace referencia a todas las modalidades de selección, consideramos conveniente tener en cuenta esta norma que se aplica a la licitación pública. Se trata del artículo 89 de la Ley 1474 que señala que cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, podrá prorrogar el plazo antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. Con esta modificación del artículo 30 de la Ley 80, se abre la posibilidad de que un número plural de posibles oferentes puedan solicitar la prórroga del plazo. Es decir, puede solicitarlo cualquier interesa-

do sin que acredite haber realizado observaciones al proyecto de pliego o acredite la asistencia a la audiencia de asignación definitiva de riesgos, tal como lo señalaba el derogado decreto 2025 de 2009. Para nosotros cualquier posible oferente, es cualquier persona natural o jurídica que tenga el interés en participar en el proceso.

De conformidad con el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011, en la licitación pública, no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el cierre del mismo. La publicación de dichas adendas debe observar además, lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082.

XI. CIERRE DEL PROCESO

El cierre es un procedimiento que deben regular las entidades en el pliego de condiciones. Lo primero que se debe señalar con absoluta claridad es el último plazo para la presentación de las ofertas, la hora límite para que se reciban y el lugar en donde se deben entregar. El acto de cierre debe producirse en ese momento. La regulación más común de este procedimiento es la apertura de la urna en donde se han depositado las propuestas. La apertura del sobre que las contiene con el propósito de hacer público y llevar en un acta el nombre de los proponentes, el valor de cada una de las propuestas y la verificación de la garantía de seriedad que amparan las mismas.

Sin embargo, es muy importante aclarar que la regulación del proceso de cierre debe corresponder con las características de cada licitación. Por ejemplo, si se solicita

la presentación de la oferta de manera dinámica mediante subasta inversa, el sobre que contiene la propuesta económica, objeto de subasta, debería abrirse en el momento en el que se va a efectuar la misma.

Como lo manifestamos anteriormente, con la entrada en vigencia del SECOP II el proceso auditor debe verificar que las propuestas hayan cumplido con los establecido para el cierre del proceso en línea, y también con aquella parte de la propuesta, que de acuerdo al pliego, debió entregarse físicamente en la entidad.

La Ley 1882 de 2018 establece un procedimiento especial para los procesos de licitación de obra pública. El Parágrafo 2º del artículo 1º de la norma señala:

“En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra, la oferta estará conformada por dos sobres, un primer sobre en el cual se deberán incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica. El segundo sobre deberá incluir únicamente la propuesta económica de conformidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones”.

Por su parte el parágrafo 3.º de la norma citada, establece que, para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación.

El auditor en las licitaciones de obra pública debe verificar en el proceso de cierre, que las propuestas contengan los dos sobres que exigen la norma. También debe verificar, cuando se haga uso del SECOP II, que la parte de las propuestas enviadas en línea corresponda a aque-

llas que contienen los documentos relacionados con el cumplimiento de los requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se les asigne puntaje diferentes a la oferta económica. Y que la parte de la propuesta que contiene la oferta económica haya sido entregada en sobre cerrado directamente en la entidad, en las condiciones establecidas en el pliego de condiciones. Por último, es muy importante que la auditoría verifique la manera como la entidad aseguro los sobres con la oferta económica y los procedimientos que garantizaban que no fueran abiertos y vulnerados antes de su apertura en la audiencia de adjudicación. Estos procedimientos deberían estar regulados en el Manual de Contratación de las entidades.

XII. EVALUACIÓN DE OFERTAS

De acuerdo con el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082, para la evaluación de las propuestas en el proceso de selección por licitación, la entidad puede designar un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomen-

dación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso.

El numeral 7 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 advierte que de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

Los informes de evaluación deben contener el resultado de la verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes y el resultado de la ponderación de los factores de calidad y precio debidamente soportados y de conformidad con lo señalado en el pliego de condiciones.

Las entidades en el desarrollo del procedimiento de evaluación deben tener en cuenta lo señalado en el artículo 88 de la Ley 1474 que modificó el artículo 5 de la Ley 1150. La entidad debe efectuar las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. Y consideramos conveniente que, en el informe de evaluación, se deje constancia del cotejo realizado, tal como lo señala la ley.

El auditor debe verificar, entre otros, los siguientes aspectos:

Que la conformación del comité evaluador se haya realizado de conformidad con lo señalado en la ley.

Que la evaluación se haya efectuado de conformidad con las reglas y condiciones establecidas en el pliego de condiciones.

Que el comité haya realizado la evaluación dentro del plazo fijado en el cronograma. Sino lo hizo en el plazo establecido, que se haya modificado y publicado un nuevo cronograma del proceso. Que dicha modificación esté debidamente sustentada.

Para el caso de la licitación de obra pública, el proceso auditor debe verificar que la entidad haya publicado los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

Debe verificar que el informe permaneció publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles.

XIII. PLAZO PARA SUBSANAR

Para definir todo lo relacionado con la “subsanción” de propuestas se debe tener en cuenta lo que mencionamos anteriormente en el capítulo de criterios de auditoría aplicables a todas las modalidades de selección. Sin embargo, queremos compartir unos criterios sobre el plazo de subsanción, referido específicamente a la licitación pública de obra pública.

En primer lugar, se debe verificar que durante los cinco (5) días hábiles los proponentes pudieron e hicieron las observaciones que consideraron al informe de evaluación. En segundo lugar, deben verificar que la entidad solicitó adecuadamente los documentos y la información

para subsanación. Teniendo en cuenta que la norma señala que el plazo para subsanar es de cinco (5) días hábiles –igual al plazo para el traslado del informe de evaluación– debe verificarse que la entidad solicitó los documentos y la información con la debida antelación para permitir que subsanaran dentro del plazo de los cinco días.

XIV. TRASLADO DEL INFORME DE EVALUACIÓN

El numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 señala que los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

Esta norma es la que ha regulado lo que se conoce como el traslado del informe de evaluación.

Por otra parte, el artículo 2.2.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 regula la publicidad en el SECOP de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación.

Como articular estas dos normas. En nuestro criterio el informe de evaluación debe publicarse en el SECOP, y solo desde el momento en el que se publico se pueden contar los cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. Es decir, la publicidad del informe de evaluación se garantiza con más efectividad con la publicación del mismo

en el SECOP y no con la permanencia del informe en la secretaria de la entidad por cinco (5) días hábiles.

Los cinco días hábiles debe entenderse como el plazo para que los oferentes presenten observaciones, pues a la larga, el informe quedará publicado en el SECOP hasta dos (2) años después de la fecha de liquidación del contrato, o de la ejecutoria del acto de declaratoria de desierta según corresponda.

Los últimos criterios para tener en cuenta.

La norma de la Ley 80 es clara al señalar el plazo de publicación del informe, para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. Las entidades deben recibir las observaciones de quienes no son oferentes, en cumplimiento del artículo 24 de la Ley 80, es decir, el principio de transparencia. Incluso si se quiere publicarlas en el SECOP. Pero la respuesta a dichas observaciones no debe realizarse en el marco de la audiencia de adjudicación o antes de ella, pues en la audiencia son los oferentes, y no otros interesados, quienes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad, tal como lo señala el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082.

Ahora bien, es probable que una observación presentada genere la necesidad de subsanar un documento. En este caso la entidad debe requerir al oferente y consideramos que debe darle como plazo máximo de “subsana-ción” una hora antes del comienzo de la audiencia.

El proceso auditor debe verificar los siguientes aspectos:

Que los informes publicados estén completos para que puedan hacerse las observaciones respectivas.

Que se les otorgue, a los interesados, efectivamente los cinco (5) días hábiles para conocer los informes y controvertirlos cuando a ello haya lugar.

Que la entidad responda todas las observaciones realizadas a los informes de evaluación, sin importar si no son efectuadas por los proponentes.

Que si las observaciones al informe fueron sustentadas no sólo se haya modificado el mismo, sino que se hubiera permitido la “subsanción” que no se efectuó por error de la entidad, porque sólo se conoció la circunstancia que la ameritaba en las observaciones presentadas.

Con respecto a la licitación para la contratación de obra pública se debe verificar que el traslado del informe de evaluación sea de cinco (5) días hábiles. Verificar que al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunció sobre las observaciones y publicó el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica. Para estos procesos se debe verificar también que, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantuvo cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se pudo hacer observaciones al informe de evaluación.

XV. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN

No queda claro en las normas cual es el momento para que la entidad de respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación. Algunas lo hacen en la misma audiencia de adjudicación y otras antes de ella.

En nuestro criterio, las respuestas deben darse antes de la audiencia de adjudicación y deben publicarse en el SECOP. Esto permite que los proponentes conozcan las respuestas para analizarlas y estudiarlas y preparar adecuadamente, los pronunciamientos que sobre las mismas harán en la audiencia pública. Sin duda este criterio contribuye con la transparencia del proceso y al adecuado desarrollo de la audiencia de adjudicación. El auditor debe verificar que la entidad le haya dado respuestas a las observaciones al informe de evaluación. Verificar que se hayan hecho los cambios al informe definitivo cuando a ello había lugar.

Con respecto a la contratación de obra pública, el auditor debe verificar que la entidad haya dado las respuestas al informe de evaluación y que también las haya dado, y en forma adecuada, a las observaciones presentadas en la audiencia de adjudicación, frente al informe definitivo.

XVI. AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN

El numeral 10 del artículo 30 de la Ley 80 establece que la licitación pública se adjudica en audiencia pública. Por su parte, el artículo 2.2.1.2.1.1.2 del Decreto 1082 de 2015 señala que la entidad estatal debe realizar la audiencia pública en la fecha y hora establecida en el cronograma, la cual se realizará de acuerdo con las reglas establecidas para el efecto en los mismos y teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. En la audiencia los oferentes pueden pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad a las observaciones presentadas respecto del informe de evaluación.

En ningún caso, esta posibilidad implica una nueva oportunidad para mejorar o modificar la oferta.

En caso de presentarse pronunciamientos que a juicio de la entidad requieran de análisis y cuya solución podría incidir en el sentido de la decisión a adoptar, la audiencia podrá ser suspendida por el término necesario para la verificación de los asuntos debatidos y la comprobación de lo alegado.

2. Se podrá conceder el uso de la palabra por una única vez al oferente que así lo solicite, con el objeto de replicar las observaciones que sobre la evaluación de su oferta se hayan presentado por los intervinientes.

3. Toda intervención deberá ser hecha por la persona o las personas previamente designadas por el oferente, y estará limitada a la duración máxima que la entidad haya señalado con anterioridad.

4. Se podrá prescindir de la lectura del borrador del acto administrativo de adjudicación del proceso, siempre que la entidad haya publicado en el SECOP con antelación.

5. Terminadas las intervenciones de los asistentes a la audiencia, se procederá a adoptar la decisión que corresponda y se notificará a los presentes de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007.

Al respecto tenemos las siguientes consideraciones. Lo primero que hay que verificar en proceso auditor, es que la entidad haya fijado las reglas de la audiencia en concordancia con los criterios señalados en la norma. Pero además, debe verificar que dichas reglas se hayan establecido en el pliego de condiciones para garantizar

la publicidad de todos los procedimientos que se van a llevar a cabo en el desarrollo de la licitación.

En la licitación para contratar obra pública, además de los criterios legales señalados se debe verificar que se haya realizado adecuadamente la apertura del sobre que contiene la oferta económica, se haya permitido hacer las observaciones al informe, verificar que se hayan dado las respuestas. Se debe verificar en la auditoría que se evalúe la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se estableció en los pliegos de condiciones. Que se le dió traslado a los proponentes habilitados para la revisión del aspecto económico y que, como resultado de ello, se estableció el orden de elegibilidad.

XVII. ACTO DE ADJUDICACIÓN

El acto de adjudicación debe ser una resolución motivada que se entenderá notificada al proponente favorecido en la audiencia de adjudicación.

De acuerdo al artículo 9.º de la Ley 1150 el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en

segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

Se recomienda revisar los criterios de auditoria expresados, en cuanto al acto de adjudicación, en el capítulo de criterios frente a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

XVIII. SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 41 de la Ley 80 establece que los contratos del estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

El cronograma del proceso, señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe señalar con precisión el plazo que tiene el proponente al que se le adjudicó el contrato para suscribir el mismo. La claridad en este plazo es importante pues como lo señala el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

El proceso auditor debe verificar que el contrato se haya suscrito en las condiciones establecidas en el pliego del condiciones y en el plazo señalado en el cronograma del proceso.

XIX. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 41 de la Ley 80 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Se sugiere revisar otros criterios de auditoría, establecidos en el capítulo que señala aquellos aplicables a todas las modalidades de selección.

CAPÍTULO TERCERO
AUDITORÍA A LA ETAPA PRECONTRACTUAL.
PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA

De acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

Las siguientes, según la norma citada, son las causales de la selección abreviada:

“a. La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

“b. La contratación de menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

“Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

“Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

“Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

“Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales.

“c. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 100 de 1993 y en la ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.

“d. La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial.

“e. La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

“f. Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

“g. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

“h. Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, incluida la atención de los respectivos grupos familiares, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamiento violentos de diferente tipo, Y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo.

“i. La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”.

Las entidades en su gestión contractual cotidiana acuden, de manera reiterada, a dos de las causales antes enunciadas. Por ello a continuación explicamos el paso a paso por medio del cual se deben desarrollar los procedimientos de selección abreviada tanto para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, a través de subasta inversa, como para la contratación de menor cuantía. Indicaremos algunas fuentes normativas y algunos criterios prácticos que consideramos relevantes.

I. SELECCIÓN ABREVIADA

A. Criterios de auditoria, en la etapa precontractual, para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización. Subasta inversa

1. Estudio previo

En el capítulo de criterios de auditoria aplicables a todas las modalidades de selección se presentaron los principales criterios frente a la forma como se deben realizar estos. En cuanto a la Selección Abreviada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización consideramos conveniente tener en cuenta lo siguiente.

El artículo del Decreto 1082 de 2015, que regula los estudios y documentos previos, señala que se deben tener en cuenta todos los elementos señalados en esta norma, además de los que se deben incluir para cada modalidad de selección. Consideramos que los criterios que debe tener presente el auditor con respecto al estudio previo de un proceso de subasta inversa, además de los señalados en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082, todos los enunciados en el artículo 2.2.1.2.1.2.1 del mismo Decreto y que según lo señalado por esta última norma, se deben incluir en el pliego de condiciones.

Es decir, consideramos que el proceso auditor del estudio previo en un proceso de subasta inversa debe revisar, entre otros:

Que la ficha técnica del bien o servicio incluya: (a) la clasificación del bien o servicio de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios; (b) la identificación adicional requerida; (c) la unidad de medida; (d) la calidad mínima, y (e) los patrones de desempeño mínimos.

Si el precio del bien o servicio es regulado, se debe verificar que se haya establecido la variable sobre la cual se hizo la evaluación de las ofertas. En otras palabras, la variable sobre la cual se realizó la puja dinámica.

Verificar si se definió adecuadamente el contenido de cada una de las partes o lotes, si la adquisición se hizo por partes.

No son pocas las voces que se han manifestado para afirmar que la subasta inversa es un procedimiento que conlleva, inevitablemente, a la adquisición de bienes y servicios de baja calidad en razón a que el proceso se le adjudica no a la mejor calidad ofrecida sino al menor precio.

Pues bien, la forma que tiene la auditoría para verificar ello, es precisamente evaluando la forma como se realizó y estableció la ficha técnica. De esta manera, la supervisión del contrato y la propia auditoría, cuentan con un instrumento para verificar que las características técnicas del bien o servicio que solicitó la entidad, coinciden con las que entregó el contratista.

Las entidades deben tener presente que la ficha técnica debe ser exacta y precisa en las características técnicas solicitadas. Es decir, en el ejemplo de una adquisición de unos vehículos no se puede establecer en la ficha técnica que el cilindraje se encuentre entre 1.500 y 2.000 centímetros cúbicos. Por denominarlo de alguna manera, la

ficha técnica debe ser cerrada, es decir, debe tener unas especificaciones exactas, para que las propuestas por lo único que se diferencien sean por el precio. Eso también supone que la entidad solicita una cantidad determinada y el posible contratista solo puede ofrecer dicha cantidad, so pena de que la propuesta sea rechazada por no cumplir técnicamente. El proceso auditor debe verificar que la ficha técnica cumpla con estas condiciones y características.

2. Certificado de disponibilidad presupuestal

Una vez establecido en el estudio previo, la justificación y la necesidad de lo que se requiere, las condiciones y características de lo que se requiere, los fundamentos de la modalidad de selección para la selección del contratistas y las variables que soportan el valor de lo que requiere, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal y hacer la reserva, la afectación preliminar mientras, se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el Artículo 19 del Decreto 568 de 1996, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento, afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibili-

dades. Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso auditor debe verificar que el CDP cumpla con lo señalado anteriormente.

3. Verificación de la forma como esta estructurado el proyecto de pliego de condiciones

Las entidades, una vez definida la necesidad y las condiciones generales, y la disponibilidad presupuestal para satisfacerla deben estructurar el proyecto de pliego de condiciones, es decir, las reglas que se van a seguir para la presentación de las propuestas, la selección del contratista y la suscripción del contrato. El proceso auditor debe verificar la forma como la entidad estructuró el proyecto de pliego de condiciones.

Para ello, debe tenerse en cuenta que el proyecto de pliego de condiciones además de contener lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto 1082, debe contener lo señalado, particularmente para la adquisición de bienes y servicios uniformes, lo señalado en el artículo 2.2.1.2.1.2.1 del mismo Decreto, es decir:

La ficha técnica del bien o servicio que debe incluir: (a) la clasificación del bien o servicio de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios; (b) la identificación adicional requerida; (c) la unidad de medida; (d) la calidad mínima, y (e) los patrones de desempeño mínimos.

Si el precio del bien o servicio es regulado, la variable sobre la cual se hace la evaluación de las ofertas. En otras palabras, la variable sobre la cual se realiza la puja dinámica.

Definir el contenido de cada una de las partes o lotes, si la adquisición se pretende hacer por partes.

En la auditoria es importante tener si se establecieron las reglas fundamentales del proceso de subasta. Las reglas básicas para tener en cuenta son:

Fecha y hora de inicio de la subasta

Determinación del margen mínimo de mejora de ofertas por debajo de los cuales los lances no serán aceptables.

Hay entidades que han entendido el margen mínimo de mejora de ofertas como un porcentaje y otras como una cifra. Consideramos que las dos son correctas. Importante es que, para efectos prácticos, el margen mínimo de mejora de ofertas sea razonable, es decir, ni muy bajo que implique una subasta interminable, ni muy alto que excluya a la mayoría de proponentes.

El tiempo para que cada proponente presente el lance de mejora de precios.

Señalar claramente que el proponente que no presente lance, será excluido del proceso. Esto evita que un proponente pretenda “pasar” en una ronda sin hacer propuesta de mejora de oferta.

La entidad debe estructurar la subasta inversa de manera que antes de la adjudicación, los participantes en la subasta ni identifiquen las ofertas y los Lances con el oferente que los presenta.

De igual manera, se debe verificar, si la entidad en el pliego de condiciones señaló si adelanta la subasta inversa electrónica o presencial. Si la entidad decidió adelantar la subasta electrónicamente debió fijar en el pliego de condiciones el sistema que utilizaría para la subasta in-

versa y los mecanismo de seguridad para el intercambio de mensajes de datos.

Se sugiere revisar otros criterios de auditoria, establecidos en el capítulo que señala aquellos aplicables a todas las modalidades de selección.

4. Aviso de convocatoria

El proceso auditor, frente al aviso de convocatoria debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

El artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 señala que en los procesos de Selección Abreviada se hará convocatoria pública.

El aviso de convocatoria para la contratación se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, señalará que se trata de una Selección Abreviada – Procedimiento de Subasta Inversa, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, entre otros.

Para cumplir el propósito de publicidad, la convocatoria pública debe publicarse antes o de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Es importante tener en cuenta las consideraciones expuestas que, sobre el aviso de convocatoria, se hicieron en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

5. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

El artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 establece el término para presentar observaciones al proyecto del pliego de condiciones, con lo cual se concluye que para los procedimientos de selección abreviada - subasta inversa, el proyecto de pliego de condiciones se publicará cuando menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha del acto que ordena su apertura.

Así mismo, señala que la publicación del proyecto de pliego de condiciones no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Es importante tener en cuenta, en el proceso auditor, las consideraciones generales expuestas sobre la publicación del proyecto de pliego, que se realizaron en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

6. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

De acuerdo a lo establecido por el Decreto 1082¹⁵, las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro del término señalado en la norma citada, que para el caso de la Selección Abreviada, no puede ser inferior a cinco (5) días hábiles.

Una vez recibidas las observaciones, la entidad las evaluará y el tema que considere relevante lo incluirá en

15 Art. 2.2.1.1.2.1.4

el pliego definitivo. En todo caso, consideramos que la aceptación o rechazo de las observaciones recibidas se debe hacer de manera motivada, para lo cual la entidad agrupará las observaciones de naturaleza común.

El auditor además de estas consideraciones, debe tener en cuenta aquellas generales que, sobre las observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones, fueron expuestas en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

7. Acto de apertura

El artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 señala que la entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección.

El proceso auditor debe verificar que en el acto administrativo se señaló, entre otros: El objeto de la contratación a realizar, el señalamiento de que se trata de un proceso de Selección Abreviada – Procedimiento de Subasta Inversa, el cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan, el lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, la convocatoria para las veedurías ciudadanas y el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.

El proceso de selección abreviada-subasta inversa puede tener variaciones en el cronograma si, por ejemplo, no se encuentran habilitados mínimo dos proponentes para

participar en la subasta, en la puja dinámica. Como recomendación, consideramos que el auditor debe verificar que el cronograma se estableció como lo señala la ley, sin consideración de ninguna situación hipotética. En la resolución, como lo hemos señalado, debe establecerse que el cronograma podrá modificarse mediante adendas y que dichas modificaciones se entenderán incorporadas al acto de apertura. Esto también debe verificarlo el auditor.

Es importante tener en cuenta, para el desarrollo de la auditoría, las consideraciones generales que, sobre el acto de apertura, fueron expuestas en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

8. Publicación del pliego definitivo

El proceso auditoría debe verificar que, de manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura, se publicó, en el mismo SECOP, el pliego definitivo de la Selección Abreviada – Subasta Inversa.

9. Cierre del proceso

Para la verificación del cierre del proceso, la auditoría debe tener en cuenta:

- Que en el momento señalado en el pliego de condiciones, los proponentes presentaron una propuesta completa que debía contener dos partes. En la primera, en la cual el interesado acreditó su capacidad de participar en el proceso de contratación y acreditó el cumplimiento

to de la ficha técnica; y la segunda parte debía contener el precio inicial propuesto por el oferente. Esto supone que la oferta se debió presentar en dos sobres. Cualquiera que sea el procedimiento de cierre, se debe tener presente que el sobre que contiene el precio inicial propuesto, solo será abierto en el momento de inicio de la subasta, en las condiciones establecidas en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082.

– Teniendo en cuenta que el precio inicial propuesto solo lo conoce la entidad en el momento de abrir los sobres comenzando la subasta, es importante que en el procedimiento de cierre no se estableciera, por ejemplo, que la entidad abriría y verificaría, con los asistentes, la garantía de seriedad de la oferta, pues en ella puede hacerse referencia al valor de la propuesta y perdería su reserva.

10. Verificación de los requisitos habilitantes- subsanción de documentos-publicación informe

El comité evaluador comienza la evaluación con la verificación de los requisitos habilitantes. Es decir, verificando que los proponentes cuenten con la capacidad jurídica, financiera, capacidad de experiencia y organización. También deben constatar que se acredite el cumplimiento de la ficha técnica. El auditor debe verificar la evaluación se haya realizado en los terminos señalados.

También verificar que, antes de publicar el informe de habilitación de los oferentes, de acuerdo al numeral 3 del

artículo del Decreto 1082¹⁶, se requirió a los proponentes que debían “subsanan”, enmendar o rectificar algún documento de los requisitos habilitantes. Es importante tener en cuenta las consideraciones y criterios generales de auditoria que, sobre la subsanabilidad, fueron expuestos en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

Una vez agotado el plazo para “subsanan”, señalado en el cronograma del proceso, el proceso auditor debe verificar que se haya publicado el informe de habilitación de los oferentes, en el cual se debió indicar si los bienes o servicios ofrecidos por el interesado cumplieron con la ficha técnica y si el oferente se encontró habilitado. Dicho informe debió publicarse en el SECOP.

La norma no establece el plazo por cual se le da traslado al informe para que los oferentes presenten observaciones al mismo. Consideramos que ese plazo, debe establecerse en el cronograma del proceso y debe ser similar al establecido para la selección abreviada – contratación de menor cuantía, en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082, es decir, de tres (3) días hábiles. El auditor debe verificar que se haya establecido un plazo razonable para el traslado del informe de evaluación.

El auditor debe tener en cuenta lo que hemos considerado adecuado frente a lo que puede ocurrir con las observaciones. En ese sentido reiteramos que, en nuestro criterio, si las observaciones de los oferentes ameritan

16 Art. 2.2.1.2.1.2.2

que se enmiende o rectifique unos documentos habilitantes la entidad debe requerir al oferente y otorgar el plazo para subsanar, que por lo menos debe ser una hora antes de que se inicie la audiencia de la subasta. De todos modos consideramos como criterio de transparencia y eficiencia que la entidad no debe aplazar la realización de la subasta. Porque lo que se requiere subsanar o enmendar es algo mínimo. Es salir de una pequeña duda, pues esa solicitud fue producto de una observación y no de la verificación hecha por la entidad. El aplazamiento puede ser visto como una forma de favorecer indebidamente al proponente que no presentó la propuesta en forma completa y adecuada.

Ahora bien. Pudieron presentarse dos escenarios que el auditor debe tener presente de la forma como debe adelantar el proceso de verificación.

El primero, cuando luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, cuando a ello haya lugar, quedan habilitados mínimo dos proponentes, la entidad procederá a llevar a cabo la subasta en la fecha y hora señalada en el cronograma.

El segundo escenario, cuando luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, cuando a ello haya lugar, queda habilitado solo un proponente, no hay lugar a la subasta, y la entidad procederá a abrir el sobre que contiene la propuesta económica y si el valor de la oferta es igual o inferior a la disponibilidad presupuestal para el contrato, puede adjudicarle el contrato. Se debe hacer lo mismo, cuando hay un único oferente.

El auditor debe tener presente el espíritu de la norma, de lo que busca la modalidad de selección y en especial,

lo establecido en el numeral 4 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto citado que establece que, para que una subasta pueda llevarse a cabo, deberán resultar habilitados para presentar lances de precios por lo menos dos (2) proponentes.

B. Audiencia pública para la realización de la subasta presencial o electrónica

El procedimiento para la subasta inversa debe seguir, entre otros, los siguientes parámetros, que se deben tener en cuenta en el desarrollo del proceso auditor:

La subasta debe iniciar con el precio más bajo indicado por los oferentes y en consecuencia, solamente serán válidos los lances efectuados durante la subasta inversa en los cuales la oferta sea mejorada en por lo menos el margen mínimo establecido en el pliego de condiciones.

Los lances deben hacerse dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

Al terminar la presentación de cada lance, la entidad debe informar el valor del lance más bajo.

Los proponentes que no presentaron un lance válido no podrán seguir presentándolos durante la subasta.

La entidad repetirá el procedimiento descrito en los anteriores literales, en tantas rondas como sea necesario, hasta que no se reciba ningún lance que mejore el menor precio ofertado en la ronda anterior.

La entidad debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el lance más bajo.

Una vez adjudicado el contrato, la entidad hará público el resultado del certamen incluyendo la identidad de

los proponentes y el precio del último lance presentado por cada uno de ellos.

Señala la norma¹⁷ que si al terminar la subasta hay empate, la entidad debe seleccionar al oferente que presentó el menor precio inicial. En caso de persistir empate la entidad debe aplicar las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082.

Los procedimientos están claramente regulados en el reglamento. Las entidades no deben tener problemas en el cumplimiento de los procedimientos de conformidad con lo establecido en las Leyes y decretos reglamentarios.

Las dificultades y las dudas se han presentado en las diferentes situaciones que se pueden presentar en la audiencia de subasta, tanto en el procedimiento presencial como en el electrónico.

Veamos algunas de esas situaciones que debe tener en cuenta el auditor para verificar adecuadamente el proceso garantizando siempre los criterios de eficiencia y transparencia:

1. ¿Qué hacer cuando se abre la propuesta inicial de precio y no se cotizan todos los ítems solicitados?

Para que los proponentes puedan participar en la subasta, sus propuestas económicas deben cotizar todos los ítems solicitados. La propuesta que no cumple con ello debe ser rechazada. También la propuesta económica que, por

17 Art. 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015.

ejemplo, ofrece mayor cantidad de bienes debe ser rechazada, así el valor sea inferior al del presupuesto oficial. La razón es sencilla, es una propuesta que no es comparable para realizar una selección objetiva y no cumple con lo que se exige en el pliego.

2. ¿Qué hacer con los sobres de la propuesta económica de los proponentes que no asisten a la audiencia de subasta o participan en línea de la misma?

Se deben abrir todos los sobres, incluso los de los proponentes que no asistieron. En cumplimiento a lo estipulado en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082, se deben abrir los sobres de todas las ofertas iniciales de precio recibidas, pues para iniciar la subasta, la entidad tendrá que dar a conocer el menor precio ofrecido, el cual será el precio de arranque que los oferentes deberán mejorar con sus lances.

En este sentido si solo abren los sobres de los asistentes presentes podría suceder que la oferta inicial de precio se encuentra en el sobre no abierto y por lo tanto se podría llegar a adjudicar el contrato no al menor valor ofrecido, lo que estaría en abierta contradicción con lo señalado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Si un proponente no asiste a la audiencia de subasta o no participa en línea de la subasta electrónica o no hace ningún lance válido se debe entender que el precio de la oferta inicial es su precio final de oferta.

3. ¿Qué hacer cuando ningún proponente asiste a la subasta de manera presencial o en línea?

En ausencia de proponentes en la audiencia pública para la realización de la subasta presencial o electrónica, algunas entidades abren los sobres con la propuesta económica y adjudican el contrato al proponente que ofreció el menor valor.

Este procedimiento en nuestro sentir es contrario a la Ley y por lo tanto el auditor debe señalar el hallazgo en el informe respectivo.

El literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, señala que para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas y uniformes las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de *procedimientos de subasta inversa* (subrayado fuera de texto) o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos.

Consideramos que una subasta es *una puja dinámica*. Por lo tanto, si ninguno de los proponentes asiste a la audiencia de subasta presencial y ninguno se conecta en línea para efectos de la subasta electrónica no solo no se realiza ningún lance válido sino que no se presenta una puja dinámica, es decir, no se realiza una subasta inversa de acuerdo a la definición de la norma citada. Por lo tanto no se puede adjudicar el contrato por cuanto no se realizó el procedimiento establecido en el Ley 1150 de 2007.

Se debe declarar desierta teniendo como fundamento la ausencia de subasta inversa, de puja dinámica.

Ahora bien. El numeral 7 del artículo 2.2.1.2.1.2.2 del Decreto 1082 señala que “si los oferentes no presentan Lances durante la subasta, la Entidad Estatal debe adjudicar el contrato al oferente que haya presentado el precio inicial mas bajo”. En primer término nos parece ilegal la norma, por lo expuesto. Hay proponentes habilitados para participar en la subasta, pero no hay puja dinámica, con lo cual no hay subasta y al adjudicar se estaría vulnerando el artículo 2 de la Ley 1150. Por el contrario, la norma estimula los acuerdos poco transparentes entre proponentes, para que no bajen el valor de la oferta, no realicen lances, en perjuicio de la extracción de valor en beneficio del Estado.

4. ¿Qué pasa cuando a la subasta solo asiste un proponente o solo se conecta en línea un proponente?

En este caso la entidad debe abrir todos los sobres, verificar que cumplan con la cotización tal como la exige el pliego y dar a conocer y fijar como precio de arranque el menor valor ofrecido.

El proponente que asistió o que se encuentra en línea tendrá que hacer, al menos, un lance válido contra el menor valor ofrecido. A menos que el menor valor señalado por la entidad sea el precio inicial de su oferta y tome la determinación de no hacer ningún Lance, caso en cual,

el proceso se adjudicaría, con los reparos que ya hemos advertido, en virtud de lo señalado en la norma¹⁸.

Ahora bien. Se puede presentar una situación. Que el precio inicial de varios oferentes coincida con el menor valor. En ese caso, si el único asistente a la subasta no hace al menos un Lance válido quedan empatados y tendrán que desempatar aplicando las reglas del numeral 1 al 5 del artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082.

5. Adjudicación

El proceso auditor de acuerdo al artículo 2.2.1.2.1.2.4 del Decreto 1082 debe verificar que la subasta terminó cuando los oferentes no hicieron lances adicionales durante el periodo para la presentación de Lances. La Entidad debió adjudicar el contrato al oferente que hizo el lance más bajo. En el acto de adjudicación, la entidad debió indicar el nombre de los oferentes y el precio del último lance presentado por cada uno de ellos.

Para nosotros es claro que la adjudicación no es en audiencia pública, pues la norma y al señala que la subasta “termina cuando los oferentes no hagan lances adicionales durante un periodo para la presentación de Lances”. En ese orden de ideas, se debe verificar que la audiencia terminó y posteriormente la entidad expidió el acto de adjudicación.

Cuando sólo hay un oferente, único proponente o único habilitado, y se cumple lo estipulado en el artículo 41

18 Num. 7, art. 2.2.1.2.1.2.2, Decreto 1082 de 2015.

del citado Decreto, la entidad expedirá el acto de adjudicación que por supuesto no se realiza en audiencia pública.

Recomendamos tener en cuenta las consideraciones generales que, sobre la auditoria al acto de adjudicación, fueron expuestas en el capítulo de los criterios de auditoria a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

6. Ajustes al proyecto de minuta anexa al pliego de condiciones

Debe verificar la auditoria que se realizaron los ajustes a los valores de los ítems contemplados en el cuadro de cantidades, de conformidad con el último valor ofertado en la subasta. Las entidades pasan por alto ello y celebran los contratos sin la incorporación de la propuesta ajustada al valor del menor lance válido que fue objeto de la adjudicación.

El ajuste a los valores a los ítems es necesario por cuanto la minuta debe incluir el cuadro de cantidades con los valores finales que el proponente haya ofrecido en la subasta.

De esta manera se da cumplimiento con lo estipulado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que señala el contenido del contrato estatal.

7. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

El cronograma del proceso, señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe señalar con precisión el plazo que tiene el proponente al que se le adjudica el contrato para suscribir el mismo.

8. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Es importante tener en cuenta las consideraciones generales que, sobre la auditoría a la verificación de requisitos de ejecución del contrato, fueron expuestas en el capítulo los criterios frente a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

C. Criterios de auditoría a la etapa precontractual de la selección abreviada. Contratación de menor cuantía

De acuerdo con el numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 una de las causales de Selección Abreviada es la contratación de menor cuantía.

De conformidad con el literal b de la norma citada, se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales. Este es el primer aspecto que se debe verificar en la auditoría. La cuantía del contrato y que este se ajuste a lo señalado en la ley para que pueda aplicarse la modalidad de selección.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales.

El procedimiento de contratación esta consagrado en el artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 de 2015.

A continuación presentamos el paso a paso del procedimiento, señalando las fuentes normativas y algunas observaciones que consideramos pertinentes para tener en cuenta en el desarrollo del proceso auditor:

1. Estudio previo

En el capítulo de Estudios Previos se presentaron los principales criterios de auditoria que se deben tener en cuenta para verificar la forma como la entidad realizó estos. En cuanto a la Selección Abreviada para la contratación de menor cuantía consideramos conveniente tener en cuenta los siguientes criterios para hacer más efectiva la auditoria:

Nuevamente reiteramos la necesidad de que se verifique si el bien o servicio no esta en aquellos considerados de características técnicas uniformes y de común utilización. De ser así, el procedimiento de selección no debería haber sido la contratación de menor cuantía, sino la subasta inversa, la adquisición en bolsa de productos y compra por catálogo derivada del acuerdo marco de precios.

En la justificación de la modalidad de selección se han presentado dudas en cuanto a las variaciones del presupuesto que se presentan durante la vigencia de un año fiscal.

Al respecto vale la pena tener presente que la auditoria debe verificar que la modalidad de selección se debe

establecer y justificar con el presupuesto vigente en el momento en el que se va a realizar el contrato.

Es importante tener en cuenta las consideraciones generales que, sobre el desarrollo de la auditoria a los estudios previos, fueron expuestas en el capítulo sobre los criterios frente a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

2. Certificado de disponibilidad presupuestal

En el marco de la auditoria, al verificar el CDP, se debe tener en cuenta todos los criterios ya expuestos anteriormente. Entre ellos, los siguientes: Una vez establecido en el estudio previo, la justificación y la necesidad de lo que se requiere, las condiciones y características de lo que se requiere, los fundamentos de la modalidad de selección para la selección del contratistas y las variables que soportan el valor de lo que requiere, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal y hacer la reserva, es decir, la afectación preliminar mientras, se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el Artículo 19 del Decreto 568 de 1996, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces, con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos

que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades.

3. Estructurar el proyecto de pliego de condiciones

Las entidades una vez definida la necesidad y las condiciones generales y la disponibilidad presupuestal para satisfacerla deben estructurar el proyecto de pliego de condiciones, es decir, las reglas que se van a seguir para la presentación de las propuestas, la selección del contratista y la suscripción del contrato. La auditoría debe verificar la forma como se estructuró el proyecto de pliego de condiciones y en particular, para esta modalidad de selección lo referente al cronograma del proceso en los siguientes términos.

En la verificación se debe revisar que se haya estructurado el cronograma del proceso teniendo en cuenta tres plazos, particulares de la selección abreviada – menor cuantía. El primero de ellos para la manifestación de interés. El segundo con respecto a la fecha de presentación de ofertas y si hay lugar a sorteo y el tercero corresponde al plazo de publicación – traslado – del informe de evaluación.

En el pliego se debe señalar con claridad el mecanismo, que debe ser de fácil aplicación, por medio del cual los interesados pueden manifestar su intención de participar en el proceso. También deben señalar las entidades en el pliego de condiciones si realizará sorteo, en el evento en que manifiesten interés más de diez (10) interesados.

Adicionalmente a estos elementos la auditoría debe observar los criterios que, para la estructuración el plie-

go, fueron expresados en el capítulo aplicable a todas las modalidades de selección.

4. Aviso de convocatoria

El artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015 señala que en los procesos de Selección Abreviada se hará convocatoria pública.

El aviso de convocatoria para la contratación se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOPI) y contendrá, entre otra, la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, señalará que se trata de una Selección Abreviada – Contratación de Menor Cuantía, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

Para cumplir el propósito de publicidad, la convocatoria pública debe publicarse antes o de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego de condiciones.

Es importante tener en cuenta las consideraciones expuestas sobre el aviso de convocatoria–que se hicieron en el capítulo de criterios de auditoria que se realizaron sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

5. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

La auditoría debe tener en cuenta lo señalado el Decreto 1082¹⁹ que establece que para la Selección Abreviada

19 Art. 2.2.1.1.2.1.4

los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliego de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos durante cinco (5) días hábiles. Con lo cual el proyecto de pliego de condiciones antes de la apertura del proceso debió publicarse durante cinco (5) días hábiles como mínimo.

6. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

De acuerdo a lo establecido por la norma las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro del término de publicación del proyecto de pliego de condiciones y el pliego definitivo, para el caso de la Selección Abreviada, no puede ser inferior a cinco (5) días hábiles.

Una vez recibidas las observaciones, la entidad las evaluará y el tema que considere relevante lo incluirá en el pliego definitivo. En todo caso, la aceptación o rechazo de las observaciones recibidas se debe hacer de manera motivada. Como lo manifestamos anteriormente, consideramos que si bien la entidad debe darle respuesta a todas las observaciones presentadas al proyecto de pliego solo debe tener en cuenta, para el pliego de condiciones definitivo, aquellas que se hicieron en el plazo señalado. Estos criterios debe tenerlos en cuenta el proceso auditor en el momento de hacer la respectiva revisión de la forma como la entidad atendió las observaciones al proyecto de pliego.

7. Acto de apertura

El artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 señala que la entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección.

El acto administrativo señalará entre otros: El objeto de la contratación a realizar, el señalamiento de que se trata de un proceso de Selección Abreviada – Contratación de Menor Cuantía, el cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan, el lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, la convocatoria para las veedurías ciudadanas y el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.

Se recomienda tener en cuenta las consideraciones expuestas sobre la forma de adelantar la verificación del acto de apertura, que se hicieron en el capítulo sobre los criterios de auditoría de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

8. Publicación del pliego definitivo

Debe verificarse que, de manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura, se publicó en el mismo SECOP, el pliego definitivo de la Selección Abreviada – Contratación de Menor Cuantía.

9. Manifestación de interes

El numeral 1 del artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 señala que en un término no mayor a tres (3) días hábiles contados a partir de la apertura del Proceso de Contratación los interesados deben manifestar su intención de participar, a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones.

La manifestación se hará a través del mecanismo señalado en el pliego de condiciones y deberá contener, además de la expresión clara del interés en participar, el señalamiento de formas de contacto y comunicación eficaces a través de los cuales la entidad podrá informar directamente a cada interesado sobre la fecha y hora del sorteo, en caso en haya lugar a el.

La manifestación de interés es requisito habilitante para la presentación de la respectiva oferta. Y en caso de no presentarse ninguna manifestación de interés dentro del término previsto, la entidad declarará desierto el proceso. Por lo tanto la auditoria debe verificar que las reglas y el procedimiento para la manifestación de interés se han establecido con absoluta claridad.

Para el procedimiento de la verificación de la manera como se realizó la manifestación de interés consideramos importante tener en cuenta los siguientes criterios: En primer lugar la norma al señalar que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de apertura los interesados manifestarán su interés, le está otorgando un plazo a los posibles oferentes. Por lo tanto, la entidad no puede limitar para la manifestación de interés, el plazo establecido en la norma.

En segundo lugar, para la manifestación de interés la entidad debe señalar un mecanismo de fácil aplicación, y no puede solicitar documentos o requisitos, pues el requisito habilitante se entiende cumplido simplemente con la clara expresión del interés en participar en el proceso y el señalamiento de formas de contacto y comunicación eficaces.

Por último, es importante señalar que, en nuestro criterio, para la manifestación de interés de uniones temporales o consorcios, bastará con que uno de los integrantes haya manifestado el interés de participar en el proceso.

10. Sorteo

El numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.2.20 del Decreto 1082 establece que en caso que la entidad reciba más de diez (10) manifestaciones de interés puede continuar el proceso o hacer un sorteo para seleccionar máximo diez (10) interesados con quienes continuará el proceso. Para garantizar la transparencia del procedimiento la entidad antes de conocer el resultado de las manifestaciones de interés debe establecer, en el pliego de condiciones, si hay lugar al sorteo y la forma como lo hará. Así mismo consideramos que el sorteo debe realizarse en audiencia pública. De todos modos el resultado del sorteo debe informarse a los interesados. En nuestro criterio no existiría mejor mecanismo de información, publicidad y transparencia que la entidad publicará el resultado del sorteo en el SECOP.

Cuando el número de posibles oferentes sea inferior o igual a diez (10), la entidad deberá adelantar el proceso de selección con todos ellos.

Es importante señalar que en caso de realizarse el sorteo de consolidación de oferentes, el plazo señalado para la presentación de ofertas comenzará a contarse a partir del día hábil siguiente a la fecha en la cual la entidad informe a los interesados el resultado del sorteo. De conformidad con nuestro criterio señalado, la presentación de ofertas, comenzaría a contar desde un día hábil siguiente a que la entidad publicará el informe del resultado del sorteo en el SECOP.

Algunas entidades declaran desierto los procesos cuando al sorteo no asisten los proponentes al mismo. Vale la pena aclarar que la asistencia en el sorteo no solo no es requisito habilitante sino que la entidad deberá adelantarlos, si así lo estableció, aún sin la presencia de los proponentes. El proceso auditor debe tener en cuenta los siguientes criterios:

Que en el pliego se haya establecido si hay lugar o no al sorteo.

Que la manifestación de interés se haya realizado por los medios y condiciones establecidas en el pliego.

Que no se haya rechazado una propuesta de un oferente plural, cuando solamente uno de sus integrantes realizó la manifestación de interés.

11. Publicidad del listado de posibles oferentes

Como lo hemos venido señalando, aún cuando el Decreto 1082 no establece como procedimiento la publicidad del

listado de posibles oferentes, producto o no del sorteo, se debe hacer en virtud de lo señalado en el principio de transparencia consagrado en el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 en el cual se establece, que en los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. Es importante que el proceso auditor advierta que la entidad cumplió con este principio de publicidad y transparencia.

12. Cierre del proceso

Para el procedimiento de cierre, es importante revisar los criterios de auditoria que sobre el procedimiento de cierre, se hicieron en el capítulo de los criterios sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades.

13. Evaluación

Como se señaló en capítulos anteriores, lo primero que debe verificar la auditoria es la forma como se conformó el comité evaluador y si el cumple con las condiciones necesarias. Se debe verificar que el comité haya realizado la evaluación de conformidad con las reglas establecidas en el pliego de condiciones. También verificar que el proceso de subsanación, si a ello hubo lugar, se realizó de acuerdo al párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1882 de 2018 y teniendo en cuenta lo criterios de auditoria, para la subsanación, señalados anteriormente.

Los factores de puntuación en la selección abreviada menor cuantía será sobre los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego o sobre los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación costo-beneficio para la entidad.

Se debe verificar en el desarrollo de la auditoría que la entidad tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 88 de la Ley 1474 que modificó el artículo 5 de la Ley 1150. Es decir, que efectuó las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. Y además verificar que, en el informe de evaluación, se dejó constancia del cotejo realizado, tal como lo señala la ley.

14. Traslado del informe de evaluación

El numeral 4 del artículo que regula el procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía del Decreto 1082²⁰ establece que el resultado de la evaluación se publicará en el SECOP durante tres (3) días hábiles. Consideramos que este plazo es el término de publicidad y traslado, es decir, el plazo durante el cual los oferentes podrán presentar observaciones al informe de evaluación, las cuales, en nuestro criterio, podrán ser resueltas por la entidad en el acto de adjudicación del proceso de

20 Art. 2.2.1.2.1.2.20

selección. La auditoría debe verificar que, bajo cualquier criterio, la entidad haya establecido un plazo y un procedimiento para que los oferentes pudieran presentar las observaciones al informe.

Como criterio similar al expresado en la Licitación Pública si se presentan observaciones al informe de evaluación que motiven, justificadamente, una aclaración o rectificación de una propuesta, consideramos que la entidad debe requerir al proponente para que “subsane” en un plazo razonablemente anterior al previsto para la adjudicación del proceso. Esta la situación la debe revisar adecuadamente el auditor para verificar que tengan verdadero efecto las observaciones de los proponentes en el marco del traslado del informe de evaluación.

15. Acto de adjudicación

Vencido el término para la evaluación y cumplido el plazo de publicación del informe la entidad, dentro del plazo previsto en el cronograma adjudicará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones.

El acto de adjudicación se deberá publicar en el SECOP con el fin de enterar de su contenido a todos los oferentes que participaron en el proceso de selección. En nuestro criterio puede hacer parte de su contenido las respuestas que la entidad dé a las observaciones presentadas por los oferentes al informe de evaluación. El proceso auditor debe verificar que el acto de adjudicación cumplió con lo señalado con la ley y que, bajo cualquier criterio,

la entidad le dio respuesta a las observaciones presentadas al informe de evaluación.

16. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleve a escrito.

El cronograma del proceso, señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe señalar con precisión el plazo que tiene el proponente al que se le adjudicó el contrato para suscribir el mismo. Como se señaló anteriormente, la auditoría debe verificar que en la suscripción del contrato se haya realizado de acuerdo a lo establecido en el cronograma del proceso.

17. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así, como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Es importante tener en cuenta otros comentarios que, sobre los requisitos de ejecución del contrato, se hicieron en el capítulo de los criterios de auditoría a los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

CAPÍTULO CUARTO
AUDITORÍA A LA ETAPA PRECONTRACTUAL.
CONCURSO DE MÉRITOS

I. CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO

El concurso de méritos es una modalidad de selección establecida en la Ley 1150 de 2007. De acuerdo con el artículo 2.2.1.2.3.1 del Decreto 1082 de 2015, procede para la contratación de servicios de consultoría referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Además los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos y los proyectos de arquitectura²¹.

21 Es importante señalar que para la selección de consultores de diseño, planos, ante proyectos y proyectos arquitectónicos, se debe seguir el procedimiento establecido en el Decreto 1082 de 2015, que derogó el Decreto 2326 de 1995.

En la selección de consultores la entidad estatal podrá utilizar el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con precalificación.

A continuación se presenta el paso a paso por medio del cual se debe desarrollar el procedimiento de Concurso de Méritos – Abierto, indicando de manera práctica, algunos criterios que consideramos relevantes se deben tener en cuenta en el desarrollo de la auditoría.

A. Estudio previo

El auditor debe verificar, de acuerdo al artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto citado, que el estudio previo, además de los requisitos habilitantes, desarrolle la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

Otro elemento importante para tener en cuenta en el diseño del estudio previo, es lo que se refiere al valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Se debe verificar que la entidad no publicó las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato.

Debe tener presente el auditor que, de todos modos la estimación de los costos de los servicios se debe hacer de manera detallada, contando con variables adecuadas para calcular el presupuesto y el soporte del valor estimado del contrato. Otra cosa distinta es que dichas variables no se publiquen.

El estudio detallado del presupuesto será una herramienta fundamental para que la entidad pueda revisar con adecuadamente la oferta económica del primer elegible.

Es importante tener en cuenta, además de estos comentarios particulares, los que sobre la auditoría al estudio previo, se realizaron de manera general en el capítulo de procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

B. Certificado de disponibilidad presupuestal

Una vez establecido en el estudio previo, la justificación, la necesidad de lo que se requiere, las condiciones y características, los fundamentos de la modalidad para la selección del contratistas y las variables que soportan el valor, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal y hacer la reserva, es decir, la afectación preliminar mientras, se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el Artículo 19 del Decreto 568 de 1996, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento, afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades. El proceso auditor debe realizar la verificación de

la forma como se expidió el CDP, su contenido y quien lo suscribió, de acuerdo a lo señalado anteriormente.

C. Estructurar el proyecto de pliego de condiciones

Las entidades una vez definida la necesidad y las condiciones generales y la disponibilidad presupuestal para satisfacerla deben estructurar el proyecto de pliego de condiciones, es decir, las reglas que se van a seguir para la presentación de las propuestas, la selección del contratista y la suscripción del contrato.

El artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto 1082 señala que el pliego de condiciones para el concurso de méritos debe indicar la forma como calificará, entre otros, los siguientes criterios: la experiencia del interesado y del equipo de trabajo y la formación académica y las publicaciones técnicas y científicas del equipo de trabajo.

Es importante tener en cuenta, además de estos comentarios particulares, los criterios de auditoría que sobre la estructuración del proyecto de pliego, se realizaron de manera general en el capítulo de procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

D. Aviso de convocatoria

El artículo 2.2.1.1.2.1.2. del Decreto 1082 señala que en los procesos de Concurso de Méritos se hará convocatoria pública.

El aviso de convocatoria para la contratación se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) y contendrá, entre otra, la información

necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, señalará que se trata de un Concurso de Méritos - Abierto, el presupuesto oficial del contrato, así como el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos.

Para cumplir el propósito de publicidad, la convocatoria pública debe publicarse antes o de manera simultánea con la publicación del proyecto de pliego de condiciones.

Para complementar estos criterios de auditoria se sugiere revisar los que, sobre la convocatoria pública, se realizaron en el capítulo de procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

E. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

El artículo 2.2.1.1.2.1.4 del Decreto 1082 establece que los interesados en un proceso de concurso de méritos pueden hacer comentarios al proyecto de pliego a partir de la fecha de publicación de los mismos y durante un término de cinco (5) días hábiles. Por lo tanto el proyecto de pliego de condiciones debe publicarse como mínimo cinco (5) días hábiles, antes de la apertura del proceso y publicación de los pliegos de condiciones definitivos.

Se sugiere revisar los criterios de auditoria que se realizaron en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

F. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

De acuerdo a lo establecido en la norma citada en el punto anterior las observaciones al proyecto de pliego de condiciones deben ser presentadas dentro del término de publicación del proyecto de pliego de condiciones y el pliego definitivo, que para el caso de los concursos de méritos es durante un término de cinco (5) días hábiles.

Una vez recibidas las observaciones la entidad las evaluará y el tema que considere relevante lo incluirá en el pliego definitivo. En todo caso, la aceptación o rechazo de las observaciones recibidas se debe hacer de manera motivada. Se sugiere revisar los criterios de auditoría, frente a las observaciones, presentados en la parte general del presente texto.

G. Acto de apertura

El Decreto 1082²² señala que la entidad, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección.

El acto administrativo debe contener, entre otros: El objeto de la contratación a realizar, el señalamiento de que se trata de un proceso de concurso de méritos abierto, el cronograma del proceso, el lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, la convocatoria

22 Art. 2.2.1.1.2.1.5

para las veedurías ciudadanas y el certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes.

Se sugiere revisar otros criterios de auditoría que, sobre el acto de apertura, se hicieron en el capítulo de los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

H. Publicación del pliego definitivo

De manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura se debe publicar, en el mismo SECOP, el pliego definitivo del Concurso de Méritos. La auditoría debe verificar en el SECOP el cumplimiento de ello.

I. Cierre del proceso

En el cronograma del proceso y en el pliego se señala la fecha para la presentación de ofertas. El proceso auditor, debe verificar que las ofertas debieron presentarse en dos sobre separados. Un sobre, que contiene los requisitos habilitantes y la oferta técnica.

El otro sobre, que contiene la propuesta económica, se debe verificar que se guardó en un lugar seguro pues solo se abre, de acuerdo con la Ley, con el oferente calificado en el primer orden de elegibilidad.

J. Verificación de requisitos habilitantes y evaluación de propuestas técnicas

Como lo hemos señalado anteriormente la primera verificación de la auditoria debe ser la del comité evaluador. Posteriormente, debe verificar la forma como se evaluaron, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1082²³, los requisitos habilitantes y la propuesta técnica de los oferentes.

Se debe verificar que el proceso de subsanación haya cumplido con lo señalado en el artículo 5° de la Ley 1882 de 2018 y de acuerdo a los criterios de auditoria señalados en la parte de aspectos generales del presente texto.

El proceso auditor debe verificar que el informe de evaluación este de conformidad con lo establecido en el pliego y que contenga la calificación técnica y el orden de elegibilidad.

K. Traslado del informe de evaluación

El numeral 2 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto citado señala que la entidad publicará durante tres (3) días hábiles el informe evaluación. El informe se debe publicar en el SECOP. Durante ese periodo los proponentes puede hacer observaciones al informe evaluación. Como lo hemos venido señalando consideramos que si una observación le genera a la entidad una duda que la entidad considera

23 Art. 2.2.1.2.1.3.2

posible “subsana”, debe requerir al proponente para que “subsane” en el plazo que le señala que debe ser anterior a la revisión de la oferta económica del proponente calificado en el primer lugar de elegibilidad. La auditoría debe verificar que se cumplió con el plazo de publicación y traslado. Que se recibieron las observaciones al informe de evaluación y que la entidad, las respondió, atendió e hizo los ajustes correspondientes al informe final, cuando a ello hay lugar.

L. Respuesta a las observaciones al informe de evaluación

Consideramos conveniente que le entidad publique la respuesta a las observaciones al informe de evaluación antes de la revisión de la oferta económica del proponente calificado en el primer lugar de elegibilidad. Es lo conveniente y adecuado para garantizar el principio de transparencia y para hacer pública la nuevo orden de elegibilidad si el cambió como producto de las observaciones recibidas y respuestas efectuadas. Como lo hemos señalado reiteradamente la auditoría debe verificar que la entidad atendió adecuadamente las observaciones formuladas.

M. Revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad

El numeral 3 del artículo del Decreto 1082²⁴, que regula el procedimiento del concurso de méritos, señala que la

24 2.2.1.2.1.3.2

entidad debe revisar la oferta económica y verificar que está en el rango del valor estimado consignado en los documentos y estudios previos y del presupuesto asignado para el contrato. Por su parte el numeral 4 del mismo artículo señala que la entidad debe revisar con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad la coherencia y consistencia entre la necesidad identificada por la entidad y el alcance de la oferta, la consultoría ofrecida y el precio ofrecido y la disponibilidad presupuestal del respectivo proceso de contratación. Si la entidad y el oferente llegan a un acuerdo sobre el alcance y el valor del contrato, dejarán constancia del mismo y firmarán el contrato. El proceso auditor debe verificar que el acuerdo entre la entidad y el oferente fue adecuado. Que efectivamente el valor de la propuesta tuvo coherencia y consistencia con la oferta técnica.

De este procedimiento se desprenden varios interrogantes que se han evidenciado en la práctica y que debe tener en cuenta el auditor para la adecuada redacción del informe.

1. ¿Se revisan todas las ofertas económicas o sólo la del proponente ubicado en el primer lugar de elegibilidad?

El numeral 3 establece, en singular, que la entidad revisará la oferta económica. Y el 4 establece que lo hará con el oferente calificado en el primer lugar de elegibilidad.

2. ¿La revisión se hace en audiencia pública?

Consideramos que no. La revisión se hace en una reunión entre la entidad y el oferente. Las audiencias públicas están claramente señaladas y establecidas en las leyes y decretos reglamentarios. Y para este procedimiento no se señala y establece.

3. ¿Se pueden “subsanan” documentos durante la revisión?

En nuestro concepto sí. Siendo la oferta económica en el concurso de méritos un elemento que no otorga puntaje; y teniendo en cuenta lo señalado en la citada Sentencia del Consejo de Estado del 12 de noviembre de 2014, consideramos que si la entidad tiene dudas sobre algún documento de la oferta económica puede requerir al proponente durante la revisión para que enmiende, rectifique o “subsane”.

4. ¿La revisión la debe hacer el Comité evaluador?

Consideramos que el comité puede revisar la oferta y en consecuencia hacer su recomendación. Pero solamente el funcionario que tiene la facultad de contratación es quien puede llegar al acuerdo sobre el alcance y valor del contrato.

Por último, los numerales 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2 del Decreto citado señalan que si la entidad y el oferente calificado en el primer orden de elegibilidad no llegan a un acuerdo dejarán constancia de ello y al entidad re-

visará con el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad los aspectos mencionados y si llegan a un acuerdo procederán en consecuencia. Si no llegan a un acuerdo la entidad deberá declarar desierto el proceso de contratación.

N. Acto de adjudicación

Una vez efectuada la revisión de la oferta económica la entidad expedirá el acto de adjudicación que debe ser una resolución motivada.

Sugerimos revisar las consideraciones que, sobre los criterios de auditoría del acto de adjudicación, se señalaron en el capítulo sobre los criterios aplicables a todas las modalidades de selección.

Ñ. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleve a escrito.

El cronograma del proceso, señalado en el acto de apertura y en el pliego de condiciones, debe señalar con precisión el plazo que tiene el proponente al que se le adjudica el contrato para suscribir el mismo. Como lo hemos reiterado, el auditor debe verificar que el contrato se haya suscrito de conformidad con lo señalado en el cronograma del proceso.

O. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Sugerimos revisar los criterios de auditoría que, sobre los requisitos de ejecución del contrato, se mencionaron en el capítulo de criterios sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

II. CONCURSO DE MÉRITOS CON PRECALIFICACIÓN

El artículo 2.2.1.2.1.3.3 del Decreto 1082 de 2015 señala que en la etapa de planeación del concurso de méritos, la entidad puede hacer una precalificación de los oferentes cuando dada la complejidad de la consultoría lo considere pertinente.

A continuación se presenta el paso a paso por medio del cual se debe desarrollar el procedimiento de Concurso de Méritos – con precalificación, indicando los criterios que debe seguir el proceso auditor.

A. Estudio previo

El estudio previo, además de contener lo señalado en el concurso de méritos abierto debe justificar en la descripción técnica la complejidad de la consultoría y con ello el procedimiento de precalificación. El auditor debe verificar que la justificación sea adecuada y que el estudio previo desarrolle los motivos que sustentan la conveniencia de adelantar un proceso con precalificación.

Para complementar, se sugiere revisar los comentarios que, sobre el estudio previo, se realizaron en el capítulo sobre los criterios de auditoría los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

B. Aviso de convocatoria para la precalificación

El artículo 2.2.1.2.1.3.3 del Decreto 1082 señala que si la Entidad Estatal decide adelantar el concurso de méritos con precalificación debe convocar a los interesados por medio de un aviso publicado en el SECOP que debe tener la siguiente información, que el proceso auditor debe verificar:

La mención del Proceso de Contratación para el cual se adelanta la precalificación.

La forma en la cual los interesados deben presentar su manifestación de interés y acreditar los requisitos habilitantes de experiencia, formación, publicaciones y la capacidad de organización del interesado y su equipo de trabajo.

Consideramos frente a este punto, que el auditor debe verificar que se hayan solicitado los requisitos habilitantes en forma proporcional y adecuada al objeto, naturaleza y valor del proceso para el cual se adelanta la precalificación. De la misma manera debe revisar que se haya solicitado toda la información como se solicita en el pliego de condiciones. Es decir, verificar que se haya solicitado el RUP y la información que la entidad consideró pertinente que no se encuentra en el registro, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Los criterios que la Entidad Estatal tendrá en cuenta para conformar la lista de precalificados, incluyendo la mención de si hay un número máximo de precalificados.

En este punto es importante señalar que, en primer lugar se debe verificar que, en la convocatoria, se haya fijado un número máximo de precalificados. Ello garantiza la transparencia del proceso. Así mismo, debe verificar el auditor que se hayan establecido criterios objetivos para evaluar y conformar la lista de precalificados.

El tipo de sorteo que la Entidad Estatal debe adelantar para conformar la lista de precalificados, cuando el número de interesados que cumple con las condiciones de la precalificación es superior al número máximo establecido para conformar la lista.

El cronograma de la precalificación.

El proceso auditor debe verificar que se haya establecido en el cronograma el plazo de cada una de las etapas de la precalificación. Además, como lo hemos reiterado, debe verificar que se haya establecido un plazo para que la entidad reciba observaciones al aviso de convocatoria. Así como un plazo para darle respuesta y ajustar el aviso

en lo que se considere conveniente. Verificar también que se haya establecido el plazo de dos días hábiles para recibir comentarios al informe de precalificación, así como la fecha y hora en la que se llevaría a cabo la audiencia de precalificación. Estos, y el plazo de otras etapas del proceso, se deben contemplar en el cronograma del proceso.

C. Observaciones, respuestas y ajuste al aviso de convocatoria

Como lo señalamos anteriormente, la auditoría debe verificar, en cumplimiento del principio de transparencia, que se estableció un plazo para la recepción de observaciones y comentarios al aviso de convocatoria. Verificar que la entidad respondió las observaciones e hizo los ajustes que consideró conveniente en el aviso de convocatoria.

D. Recepción de manifestaciones de interés y documentos

En la fecha y hora establecida en el cronograma la entidad debe recibir las manifestaciones de interés y los documentos con los cuales los interesados acrediten experiencia, formación, publicaciones y la capacidad de organización. De este procedimiento de “cierre” se debe dejar un acta. El auditor debe verificar que la recepción de manifestación de interés y documentos se realizó de acuerdo a las condiciones establecidas en el aviso de convocatoria.

E. Subsanabilidad

Como lo hemos venido señalando en las diferentes modalidades de selección, si la entidad en el proceso de verificación de documentos de los interesados tiene dudas o necesita claridad sobre alguno de ellos, debe requerir al interesado para que en el plazo por ella determinado emiende, rectifique o subsane el documento. Para verificar este proceso de “subsanación” adecuadamente, se sugiere revisar los criterios de auditoría que al respecto se han expresado en el desarrollo del presente texto.

F. Publicación y traslado del informe de precalificación

Como lo señala el artículo 2.2.1.2.1.3.5 del Decreto 1082, la entidad debe elaborar un informe de precalificación y publicarlo en el SECOP por el término establecido en el aviso de convocatoria para la precalificación. Los interesados pueden hacer comentarios al informe de precalificación durante los dos (2) días hábiles siguientes a la publicación del mismo. La auditoría debe verificar que se hayan cumplido los requisitos de publicación del informe y se hayan otorgado los plazos establecidos para su traslado.

G. Audiencia de precalificación

En el artículo 2.2.1.2.1.3.6 del citado Decreto esta regulada la audiencia de precalificación. Señala la norma:

“La Entidad Estatal debe efectuar una audiencia pública en la cual conformará la lista de interesados precalificados para participar en el Proceso de Contratación respectivo. En la audiencia contestará las observaciones al informe de precalificación y notificará la lista de precalificación de acuerdo con lo establecido en la ley. Si la Entidad Estatal establece un número máximo de interesados para conformar la lista de precalificados y el número de interesados que cumple con las condiciones de precalificación es superior al máximo establecido, en la audiencia de precalificación la Entidad Estatal debe hacer el sorteo para conformar la lista, de acuerdo con lo que haya establecido en el aviso de convocatoria”.

El proceso de auditoria debe verificar que la entidad haya dado respuesta a las observaciones, que se haya realizado adecuadamente la notificación de la lista de precalificados y que hubo lugar a sorteo este se realizó con los debidos protocolos de transparencia. También debe verificar que la lista se haya publicado en el SECOP.

El auditor debe tener presente que si la Entidad Estatal no pudo conformar la lista de precalificados, pudo continuar con el Proceso de Contratación en la modalidad de concurso de méritos abierto o sin precalificación. Como también que la conformación de la lista de precalificados no obligaba a la entidad estatal a abrir el proceso de contratación.

Si el proceso con la lista de precalificados continúa, este sería el paso a paso que, consideramos, tendría que auditarse.

H. Ajuste el estudio previo

El estudio previo que soportó la convocatoria de la precalificación debe ser completo e integral pues es el estu-

dio que soporta todo el proceso hasta la adjudicación del contrato objeto del concurso. Sin embargo, pueden haber aspectos que se evidenciaron durante la precalificación y que ameritan un ajuste menor al estudio previo.

I. Certificado de disponibilidad presupuestal

Como lo hemos venido manifestando, de conformidad con las normas vigentes, la entidad debe expedir el certificado de disponibilidad presupuestal que ampara el valor estimado del contrato objeto del proceso.

J. Proyecto de pliego de condiciones

Se debe estructurar el proyecto de pliego de condiciones, ya no señalando requisitos habilitantes, pues ya fueron verificados para la conformación de la lista de precalificados, sino señalando los factores de puntuación aplicables al concurso de méritos.

K. Aviso de convocatoria

Aunque no se trate de una convocatoria abierta, pues solo pueden participar quienes están en la lista de precalificados, se debe realizar y publicar el aviso de convocatoria de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082.

L. Publicación del proyecto de pliego de condiciones

Se debe publicar como mínimo por cinco (5) días hábiles para recibir observaciones de los interesados.

M. Observaciones, respuestas y ajustes al proyecto de pliego de condiciones

Las observaciones de los interesados, es decir, de los que conforman la lista de precalificados, deben responderse justificadamente y se deben hacer los ajustes al pliego que se consideren pertinentes.

N. Acto de apertura

La entidad debe expedir el acto de apertura de conformidad con lo señalado en las normas y teniendo en cuenta los criterios expresados en las otras modalidades de selección y en particular para el concurso de méritos abierto. En el acto de apertura se debe señalar quienes con lo precalificados en el proceso que pueden participar en él.

Ñ. Publicación del pliego definitivo

De manera simultánea con la expedición y publicación en el SECOP del acto de apertura se debe publicar, el pliego definitivo del Concurso de Méritos.

O. Cierre del proceso-presentación de las ofertas

Para el procedimiento de cierre se sugiere revisar los criterios que sobre el mismo, se expresaron en el paso a paso del concurso de méritos abierto.

P. Evaluación de propuestas técnicas

El Comité debe evaluar las propuestas técnicas. Como lo señalamos anteriormente no hay lugar a la revisión de requisitos habilitantes pues todos los proponentes al haber sido precalificados, ya cumplen con ellos.

Q. Elaboración del informe de evaluación

El comité entregará a la entidad el informe de evaluación el cual contendrá el análisis efectuado, el puntaje final de las propuestas y el orden de elegibilidad. La mejor propuesta será la que obtenga el puntaje más alto.

R. Traslado del informe de evaluación

La publicación y el traslado del informe de evaluación se debe hacer teniendo en cuenta lo señalado en el concurso de méritos abierto.

S. Respuesta a las observaciones al informe de evaluación

Consideramos conveniente que le entidad publique la respuesta a las observaciones al informe de evaluación antes de la revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad. Es lo conveniente y adecuado, no solo para garantizar el principio de transparencia, sino para que la entidad, si considera fundada la observación, realice el ajuste correspondiente al informe y a la lista de elegibilidad.

T. Revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad

Para la revisión de la propuesta económica del primero en el orden de elegibilidad, se deben tener en cuenta los criterios expresados en este aspecto, para el concurso de méritos abierto.

U. Acto de adjudicación

Una vez efectuada la revisión de la oferta económica la entidad expedirá el acto de adjudicación que debe ser una resolución motivada.

Sugerimos revisar las consideraciones que, sobre el acto de adjudicación, se señalaron en el capítulo sobre los criterios de auditoría aplicables a todas las modalidades de selección.

V. Suscripción del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. El cronograma del proceso señalado en el acto de apertura, y en el pliego de condiciones, debe contener el plazo que tiene el proponente al que se le adjudicó el contrato para suscribir el mismo.

W. Verificación de los requisitos de ejecución del contrato

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Sugerimos revisar los criterios de auditoría que, sobre los requisitos de ejecución del contrato, se mencionaron en el capítulo de procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

CAPÍTULO QUINTO
CRITERIOS DE AUDITORÍA A LA ETAPA
PRECONTRACTUAL DE LA MODALIDAD DE
CONTRATACIÓN DIRECTA

De acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, la escogencia del contratista se efectuará excepcionalmente a través de Contratación Directa, siempre que corresponda a alguna de las causas.

Aunque la Contratación Directa como modalidad de selección no tiene establecida en la norma un procedimiento específico, a continuación se presenta una sugerencia del paso a paso que debería seguirse como procedimiento de la revisión de la auditoría a la etapa precontractual de esta modalidad de selección.

Nos parece acertado que la auditoría revise, conceptualmente, el paso a paso que estamos describiendo como mecanismo para determinar que esta modalidad de selección no es instrumento para evadir la selección objetiva de contratistas. Como lo señalo la jurisprudencia²⁵.

25 Ver Sentencia del 1 de marzo del 2018. Sección Tercera. Consejo de Estado. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

La contratación directa permite prescindir del procedimiento formal de la licitación pública, con todas las etapas y requisitos que ella exige, pero no exime a las entidades del deber de efectuar una selección objetiva del contratista y de respetar los principios que informan a la contratación estatal como son los de transparencia, economía y responsabilidad, al lado de los principios de planeación, libre concurrencia, buena fe, y en general aquellos que rigen el ejercicio de la función administrativa –art. 209, CP–, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En ese sentido los criterios de auditoria que expondremos van dirigidos a que el proceso verifique que, en la etapa precontractual de cualquier contrato celebrado a través de la contratación directa, se hayan cumplido los principios tanto de la contratación como de la función administrativa.

Posteriormente haremos un breve análisis de cada una de las causales, de contratación directa, señaladas en la Ley, señalando algunos criterios que debe tener en cuenta el proceso auditor.

I. ESTUDIO PREVIO

El estudio previo debe cumplir con lo señalado en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015. En ese sentido, en la elaboración del estudio previo hay que establecer los criterios para seleccionar la oferta más favorable. Algunas entidades omiten hacerlo creyendo que no hay selección por lo que se trata de contratación directa. Precisamente, en este capítulo del estudio previo, se de-

ben señalar los requisitos habilitantes y las condiciones mínimas de capacidad, experiencia e idoneidad que debe tener el contratista para satisfacer la necesidad que ha identificado la entidad. El auditor debe verificar que el estudio previo contenga las características y capacidad que debe tener el contratista para satisfacer la necesidad que requiere la entidad.

El auditor debe verificar que los estudios y documentos previos están publicados en el SECOP. Y debe tener presente que no son públicos cuando se trate de la contratación de empréstitos, los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, los contratos que celebre la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieran reserva y la contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.

Por último es importante tener en cuenta que la exigencia de garantías no es obligatoria y la justificación para exigir las o no, debe el auditor verificarla, en los estudios y documentos previos.

Sugerimos tener en cuenta otros criterios de auditoría expresados frente al estudio previo, que fueron expuestos en el capítulo sobre criterios generales aplicables a todas las modalidades de selección.

II. CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

Una vez establecido en el estudio previo la justificación de la necesidad, las condiciones y características de lo que

se requiere, los fundamentos de la modalidad de selección para la selección del contratista y las variables que soportan el valor, la entidad debe consultar la disponibilidad presupuestal, y hacer la afectación preliminar, mientras se realiza el contrato para satisfacer la necesidad.

De acuerdo con el artículo 19 del Decreto 568 de 1996, el certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades. El proceso auditor debe verificar que el CDP cumpla con los requisitos establecidos en las normas.

III. ACTO ADMINISTRATIVO DE JUSTIFICACIÓN

El artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 señala que cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá el señalamiento de la causal que se invoca, la determinación del objeto a contratar, el presupuesto para la contratación, y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista, y la indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de cuando se trate de la contratación de empréstitos, los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República, los contratos que celebre la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura que requieran reserva y la contratación de bienes y servicios en el sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia y la Unidad Nacional de Protección que necesiten reserva para su adquisición.

El artículo 2.2.1.2.1.4.2 del citado Decreto, señala que en el caso de la urgencia manifiesta, el acto administrativo que la declara hará las veces de acto de justificación, y que además no requerirá de estudios previos.

La auditoría frente al acto administrativo de justificación debe verificar y revisar, entre otros aspectos, los siguientes:

Que cuando aplica el acto administrativo de justificación, este debe tener el contenido señalado en el Decreto 1082.

En el caso de la contratación de urgencia manifiesta, se debe verificar que el acto que la declaró contiene lo que el Decreto 1082 exige para el acto de justificación.

Debe revisar también, que el acto de justificación o el acto que la declaró en el caso de la urgencia manifiesta, fueron expedidos con anterioridad a la fecha de suscripción del contrato.

IV. INVITACIÓN A PRESENTAR PROPUESTA

Las entidades una vez definida la necesidad y las condiciones generales, la disponibilidad presupuestal, y el acto administrativo de justificación, deberían, en nuestro criterio y como buena práctica administrativa eficiente y transparente, realizar una invitación al proponente que considere tiene la capacidad, idoneidad y experiencia para cumplir adecuadamente con el objeto del contrato.

La invitación, además de ser una buena práctica administrativa de la gestión contractual, es una manera de ordenar el proceso al interior de la administración pública. Es una manera de darle legitimidad a la propuesta que llega a consideración de la entidad.

¿Cómo se enteró el proponente de lo que la entidad requería?

La invitación es el mecanismo lógico, eficiente y transparente para que la entidad solicite al proponente que considera idóneo una oferta. La invitación debe indicar el lugar, la hora y fecha de entrega de la propuesta. Debe señalar el presupuesto oficial, las condiciones en las que se requiere el bien o servicio a contratar, los requisitos habilitantes, de idoneidad, capacidad y experiencia que debe acreditar el proponente para celebrar el contrato.

La invitación debe señalar también el plazo para la suscripción del contrato una vez sea aceptada la propuesta, como el plazo para cumplir con los requisitos de ejecución del contrato.

El proceso auditor debe verificar el mecanismo que utilizó la entidad para solicitar una propuesta. La invitación privada es un mecanismo que puede la auditoría recomendar en la sugerencia de un plan de mejoramiento.

V. CIERRE-ENTREGA DE PROPUESTA

La propuesta se debe entregar en el lugar, hora y fecha señalada en la invitación. De la recepción de la propuesta la entidad puede levantar un acta. Este procedimiento debe ser la consecuencia lógica de la invitación.

VI. EVALUACIÓN DE OFERTAS

El proceso auditor debe verificar que la propuesta cumple con lo establecido tanto el estudio previo como la invitación, si la hubo. Debe revisar el auditor la razón por cual si la propuesta no cumple con lo establecido en el estudio previo se celebró el contrato. Se debe verificar también la forma como la entidad le informó al proponente que su propuesta era satisfactoria y la forma como le informó el plazo que tenía para suscribir el contrato y cumplir con los requisitos de ejecución del mismo.

En la contratación directa, suelen presentarse dificultades con la fecha de suscripción de los contratos y la fecha para el cumplimiento de los requisitos de ejecución. La falta de acto de apertura que integra el cronograma y la ausencia de pliego de condiciones hacen necesario que tanto en la invitación como en la comunicación al proponente se establezca la fecha de suscripción del contrato como para el cumplimiento de los requisitos habilitantes.

VII. SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 41 de la Ley 80 establece que los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

VIII. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Se sugiere revisar los criterios de auditoria que, sobre los requisitos de ejecución del contrato, se realizaron en el capítulo de los criterios generales sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

IX. PUBLICACIÓN EN EL PORTAL DE CONTRATACIÓN

No se debe olvidar que la contratación directa no esta excluida de las obligaciones de publicidad de sus actos en el SECOP, a través de portal único de contratación. Se debe publicar el estudio previo, salvo las excepcio-

nes mencionadas, el acto administrativo de justificación cuando aplica, el contrato y sus adiciones, entre otros. Consideramos que también se debe publicar la oferta, la propuesta del contratista. Aunque el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 señala que se debe publicar la oferta del adjudicatario del proceso de contratación, y en la contratación directa no hay “proceso” como tal, debe hacerse esta publicación interpretando el artículo citado bajo el alcance de transparencia y buena practica administrativa.

El auditor debe verificar en el SECOP, que se haya cumplido con la publicación de los documentos pertinentes y en el plazo correcto.

X. CRITERIOS DE AUDITORIA A LAS CAUSALES DE CONTRATACIÓN DIRECTA

A. Convenios o contratos interadministrativos

El artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, modificó el inciso 1° del literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. En consecuencia la norma estableció que los contratos interadministrativos aplican, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de econo-

mía mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada.

La modificación consistió en extender la prohibición, ya establecida para las instituciones de educación superior públicas, para celebrar contratos interadministrativos a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas y las federaciones de entidades territoriales, cuando ellas sean las ejecutoras de contratos cuyo objeto sea de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública.

Esta norma en nuestro concepto, pueden tener origen en algunos contratos cuestionados que han celebrado algunas instituciones consideradas como entidades estatales.

Nos parece importante, de acuerdo a la nueva norma, que las entidades tengan claridad del alcance, tipología y obligaciones que diferencian el contrato de compraventa del contrato de suministro. Diferencias que se deben tener presente para aplicar adecuadamente lo establecido en la Ley.

Consideramos conveniente llamar la atención sobre la necesidad de que la entidad estatal ejecutora, además de contar con un objeto social que tenga relación directa

con las obligaciones derivadas del contrato, cuente con la debida capacidad para cumplir satisfactoriamente con la ejecución del contrato.

Mal haría la norma en habilitar a las entidades estatales para celebrar contratos interadministrativos simplemente acreditando la capacidad jurídica. También, se podría presentar el mecanismo para que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta ampliaran su objeto social para acceder a múltiples contratos interadministrativos, cuya razón final podría ser la de evadir el estatuto de contratación pública.

Cuando se realiza un contrato interadministrativo, sin que la entidad estatal contratista tenga la capacidad real y efectiva para cumplir con el objeto del contrato, se vulneraran los fines de la contratación estatal y los deberes de las entidades estatales consagrados en los artículos 3 y 4 de la Ley 80 de 1993.

En suma, el proceso auditor frente al contrato interadministrativo debe verificar, entre otros aspectos, los siguientes:

Que la contratación se hayan aplicado los principios de la contratación estatal y de la función administrativa. En otras palabras, que se haya realizado una selección objetiva, con debido sustento de las razones y la conveniencia de que el contrato lo ejecute una entidad de naturaleza pública.

Que la entidad estatal seleccionada para ejecutar el contrato, cuente con la capacidad, idoneidad y experiencia para hacerlo.

La Ley 1150 se refiere a contratos interadministrativos. El Decreto 1082 se refiere a convenios o contratos

interadministrativos. Nos parece que existen diferencias entre los convenios interadministrativos y los contratos interadministrativos. A continuación presentamos las diferencias que debe tenerlas presente el auditor en el momento de realizar el proceso de auditoria, bien sea al contrato o al convenio interadministrativo. Lo primero que debería hacer la auditoria es determinar si lo que va a auditar es un convenio o contrato. Por eso, este analisis conceptual de uno y de otro, es conveniente para determinar la naturaleza y alcance tanto del convenio como del contrato.

Se presentan con frecuencia dudas con respecto a la definición, y sobre todo al alcance, de los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos. Las diferencias para algunos podrían ser inexistentes y hasta estériles.

Sin embargo, consideramos que la “zona gris” en el manejo de estos conceptos ha permitido, como acertadamente lo afirma la Contraloría General de la República en concepto 80112 – EE40091 de Julio 17 de 2009, que se disfraza un contrato a través de la denominación de un convenio simplemente por el hecho de llamarlo así, con todo lo que ello puede implicar.

Consideramos que si existe diferencia entre el contrato y el convenio interadministrativo. Dichas diferencias, se hacen más evidentes, en nuestro concepto, con la expedición de la Ley 1150 de 2007.

No pretendemos abordar estos conceptos y estas diferencias haciendo un profundo estudio académico. No es el propósito de este trabajo. Simplemente explicaremos nuestros conceptos y los sustentaremos bajo la perspecti-

va de la aplicación práctica de los mismos, siguiendo los criterios que proponemos, inspirados en la transparencia y eficiencia.

En nuestro concepto la primera observación y si se quiere diferencia, radica en la fuente normativa que regula los contratos y los convenios.

Los contratos interadministrativos se encuentran regulados en la Ley 1150 de 2007 . El literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 señala como causal de contratación directa los contratos interadministrativos. Además establece que procede, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

En desarrollo de esta causal se hacen excepciones cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras así como también se exceptúa de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.

Por su parte encontramos que la norma que de manera expresa se refiere a los convenios interadministrativos es el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 que señala que las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Al analizar las normas que regulan los contratos interadministrativos y la norma que hace referencia a los convenios interadministrativos encontramos que la pri-

mera diferencia se encuentra en la finalidad de uno y de otro. Como lo señala el concepto citado del organismo de control, mientras que en el contrato no se persigue la consecución de un mismo fin sino de intereses opuestos, por ejemplo, cuando una entidad estatal acuerda con otra la prestación de un servicio, la construcción de una obra, la entrega de bienes, en similares condiciones a como podría un particular cumplir la prestación. Por el contrario, la finalidad del convenio es aunar esfuerzos, cooperar, asociarse para un mismo fin.

Esta primera diferencia conduce inevitablemente a otra. El Artículo 28 de la Ley 80 de 1993 establece que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Es decir, una de las características del contrato estatal es que es oneroso, se caracteriza por ser aleatorio y conmutativo.

El Código Civil, en el artículo 1498 señala que el contrato es conmutativo, cuando una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio. La diferencia esta en que mientras el contrato interadministrativo es conmutativo el convenio interadministrativo no lo es.

Cuando una Alcaldía celebra, cumpliendo los requisitos de la causal de contratación directa, un contrato interadministrativo con la Empresa de Acueducto Municipal para hacer una red de alcantarillado, se establecen obligaciones equivalentes. Una parte se obliga a pagar por una obra y la otra se obliga a entregar una obra en las condiciones pactadas.

En cambio cuando una Gobernación celebra un convenio interadministrativo con una Alcaldía para aunar esfuerzos en las ferias y fiestas del municipio y se obliga a transferir unos recursos para que la entidad municipal los ejecute en las celebraciones, no se establecen obligaciones equivalentes. Con este ejemplo de convenio interadministrativo podríamos señalar otra diferencia. Como el objetivo del convenio es aunar esfuerzos hacia un mismo fin, no es necesario que el objeto de una de las partes, la ejecutora, tenga relación directa con las obligaciones que se derivan.

Para el ejemplo propuesto de convenio es evidente que el objeto de una Alcaldía no es hacer ferias y fiestas. Jamás una Alcaldía podría ser entidad ejecutora de un contrato interadministrativo para hacer ferias y fiestas. No se cumplirían los requisitos de la ley y el decreto reglamentario pues, además de incumplir con el requisito del objeto, ninguna entidad territorial puede demostrar la idoneidad, capacidad y experiencia para realizar conciertos musicales, fiestas populares y montar corrida de toros.

Compartimos el concepto citado de la Contraloría General de la República que señala que mientras en el convenio las partes no buscan una remuneración ó pago,

pues las entidades que celebran el convenio interadministrativo no reciben un pago ó remuneración por ello sino que entregan unos recursos mutuamente ó solamente la una a la otra para su posterior ejecución. En el contrato interadministrativo hay interés lucrativo o remuneratorio pues las partes ó una de ellas persigue un interés económico.

Ello nos lleva a otra diferencia. El contrato interadministrativo debe someterse a lo establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que señala *que los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.*

Sería injusto que una entidad estatal contratara con otra la prestación de un servicio, la construcción de una obra o la entrega de un bien de manera indefinida y sin la limitación de la adición de contrato establecida en la Ley 80. Por el contrario esta limitación no puede darse en el marco de un convenio interinstitucional, cuando lo que se persigue es aunar esfuerzos por un fin común. Sería absurdo, por ejemplo, que el Gobierno Nacional no pueda adicionar en más de un 50% los convenios interinstitucionales celebrados con los municipios para el desarrollo de los planes de transporte masivo.

En conclusión: El contrato interadministrativo está consagrado en la Ley 1150 de 2007, el convenio interadministrativo en la Ley 498 de 1998. En el convenio hay intereses comunes, distribución de actividades entre entidades estatales buscando un objetivo común, en el contrato intereses contrapuestos. En el convenio hay aportes, transferencia de recursos, en el contrato hay pago por

bienes o servicios recibidos, incluso la posibilidad de pactar anticipos o pagos anticipados.

Existiendo tanta claridad conceptual entre una y otra figura no comprendemos la razón por cual el artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015 señala como causal de contratación directa los “convenios o contratos interadministrativos”. Es la primera vez que una norma reglamentaria de la Ley 1150 de 2007²⁶ equipara los convenios interadministrativos a los contratos interadministrativos, lo cual, en nuestro criterio, es equivocado.

B. Contratación reservada del sector defensa, dirección nacional de inteligencia y unidad nacional de protección

El artículo 2.2.1.2.1.4.6 del Decreto 1082 señala que los bienes y servicios que necesitan reserva para su adquisición y que conforman la causal de contratación directa.

En algunas entidades territoriales tienden a creer que la causal es aplicable cuando adquieren un bien o servicio de carácter reservado, que será entregado a algún organismo de seguridad que opera en la jurisdicción de la entidad territorial.

La auditoría tener presente que la causal no aplica pues ella solo es aplicable para la contratación reservada del sector defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia

26 Ver los artículos que en los decretos reglamentarios, hoy derogados, regulaban los contratos interadministrativos. Art. 77 Decreto 066 de 2008, Art. 78 Decreto 2474 de 2008 y Art. 3.4.2.1.1 Decreto 734 de 2012.

y Unidad Nacional de Protección y en consecuencia, no para aquellos bienes y servicios que van a hacer “entregados” a esos sectores.

C. Contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas

La contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas debe tener en cuenta la definición contenida en el Decreto-Ley 591 de 1991 y las demás normas que lo modifiquen, claren, adicionen o sustituyan²⁷.

Merece un comentario esta causal. Si bien el Decreto-Ley citado, hace referencia a la contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas, el estatuto de contratación y sus normas reglamentarias regulan la causal sin distinción alguna, con lo cual ella aplica para todas las entidades estatales señaladas en el artículo 2 de la Ley 80. Por otra parte la causal esta fundada y soportada en que su aplicación corresponda a contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas que se ajusten a la definición que de esas actividades establece el Decreto-Ley 591 de 1991.

Todo ello debe dejarse claramente señalado en el acto administrativo de justificación de la contratación.

El proceso auditor frente a esta causal debe verificar que el contrato celebrado bajo el amparo de esta causal,

27 Ver artículo 2.2.1.2.1.4.7 del Decreto 1082 de 2015.

contenga actividades establecidas en el Decreto-Ley 591 de 1991.

D. Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes

El artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 señala que se considera que no existe pluralidad de oferentes, cuando existe solamente una persona que puede proveer el bien o el servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor, o por ser proveedor exclusivo en el territorio nacional.

Estas circunstancias deberán constar en el estudio previo que soporta la contratación.

Lo más importante para tener en cuenta en el desarrollo de la auditoría, es que se verifique la adecuada justificación que hizo la entidad para soportar que, efectivamente, no existe pluralidad de oferentes. En ese sentido nos parece recomendable que además de señalar las circunstancias en el estudio previo, se verifique que estas, como el nombre del contratista y el soporte de no existir pluralidad de oferentes estén descritos en el acto administrativo de justificación de la contratación.

E. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales

El artículo 2.2.1.2.1.4.8 del Decreto 1082 establece que para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a

la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad o experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

Surge una pregunta. *¿Quién debe dejar la constancia escrita?* No encontramos otra respuesta distinta al jefe de la entidad. La razón es sencilla: en todas las entidades públicas solo hay un ordenador del gasto, que corresponde al jefe de la entidad.

El proceso auditor debe verificar que la persona con la que se celebró el contrato cuenta con la capacidad, idoneidad y experiencia para ejecutarlo. También verificar que el ordenador del gasto haya dejado la constancia escrita, tal como lo exige la ley.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión, corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

El auditor debe verificar en el objeto del contrato y en las actividades que se le exigen al contratista que, efectivamente, los servicios corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría. No son pocos los interrogantes ni las dudas que se les presentan a las entidades a la hora de distinguir y delimitar el alcance de una asesoría de prestación de servicios profesionales y la consultoría. Como lo comentamos anteriormente los contratos de consultoría están expresamente señalados en

el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80. En nuestro criterio, y así lo debe determinar la auditoría, solo son contratos de consultoría los que define la Ley, en la norma citada. En consecuencia la diferencia es clara. Si se trata de un servicio profesional cuyo alcance y objeto del contrato no esta en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80, es un contrato de prestación de servicios profesionales y no un contrato de consultoría. Debe también el auditor verificar, para que apliquen los otros contratos señalados en la causal, el alcance y las actividades para que efectivamente correspondan a actividades operativas, logísticas o asistenciales.

Por último, el artículo citado establece que la causal aplica para la contratación de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato.

Muchas entidades territoriales aplican esta causal para celebrar los contratos de los artistas musicales encargados de animar la celebración de las fiestas locales.

Se comete un grave error. La auditoría debe tener presente que la causal se aplica a los trabajos artísticos, no a las presentaciones artísticas. El trabajo artístico es una pintura o una escultura, por ejemplo. Quizás la razón de ser de esta causal es que el trabajo artístico, que solo pueda encomendarse a determinadas personas naturales, se incorpora al patrimonio de la entidad. Mientras que un concierto, así sea de un famoso artista, solamente anima las fiestas pero nada más.

La auditoría debe verificar que la justificación de que el trabajo artístico requerido solamente se le puede en-

comendar a una persona está plasmado en los estudios y documentos previos.

F. Adquisición de bienes inmuebles

El artículo 2.2.1.2.1.4.10 del Decreto 1082 señala que las entidades estatales pueden adquirir bienes inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas, cuyo cumplimiento se debe verificar en el desarrollo de la auditoría :

Avaluar con una institución especializada el bien o los bienes inmuebles identificados que satisfagan las necesidades que tiene la entidad.

Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de adquisición, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema compra y contratación pública.

La entidad puede hacer parte de un proyecto inmobiliario para adquirir el bien inmueble que satisfaga la necesidad que ha identificado, caso en el cual no requiere avalúo de que trata el numeral 1 anterior.

Con respecto al último punto el grupo auditor debe verificar que, efectivamente, se trate de un proyecto inmobiliario con todas las características propias de este tipo de proyectos. La causal de contratación es muy clara y las entidades no pueden disfrazar un contrato de obra u otro tipo de contrato con el “ropaje” de un supuesto proyecto inmobiliario.

G. Arrendamiento de bienes inmuebles

El artículo 2.2.1.2.1.4.11 del Decreto 1082 señala que las entidades pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual debe seguir las siguientes reglas, que el grupo auditor debe verificar:

Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la entidad requiere el inmueble.

Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfagan las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.

Se debe tener presente, en el desarrollo de la auditoría, que la causal de arrendamiento, frente a otros decretos reglamentarios, es clara y se aplica cuando la entidad es arrendadora no arrendataria. Cuando la entidad se propone arrendar un bien fiscal, por ejemplo, debe hacerlo de través de un procedimiento de selección abreviada o licitación pública de conformidad con el canon de arrendamiento anual que pretende cobrar, de acuerdo a las condiciones del mercado.

CAPÍTULO SEXTO
CRITERIOS DE AUDITORÍA A LA ETAPA
PRECONTRACTUAL DE LA MODALIDAD DE
CONTRATACIÓN DE MÍNIMA CUANTÍA

A la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, establecidas en la Ley 1150 de 2007, se suma la contratación de mínima cuantía consagrada en el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, como modalidad de selección.

Esta modalidad de selección procede cuando el valor de la contratación no excede el 10% de la menor cuantía de la entidad, independientemente de su objeto.

Ahora nos proponemos analizar los criterios de auditoría que se deben desarrollar frente al procedimiento que deben realizar las entidades cuando apliquen esta modalidad de selección. De acuerdo a lo señalado por el párrafo 2 del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, la contratación de mínima cuantía se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. Sin embargo, en el desarrollo del paso a paso expondremos algunos criterios para el proceso de auditor de algunos procedimientos, que si bien no están expresamente establecidos en las reglas que regulan la contratación de mínima cuantía, consideramos que se deben tener en cuenta

porque hacen parte de los principios generales que rigen la contratación pública. Si bien la norma señala la inaplicabilidad de reglas de otras modalidades de selección en la contratación de mínima cuantía, no es menos cierto que ello sea una razón para ignorar y desconocer la aplicación de los principios de la contratación pública.

Lo primero que debe analizar y tener muy claro el grupo auditor, es el valor de la menor cuantía que le corresponde, y para ello, debe tener en cuenta su presupuesto anual y lo establecido en el literal b) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

I. ESTUDIO PREVIO

De acuerdo al artículo 2.2.1.2.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, la entidad elaborará un estudio previo que debe contener lo siguiente y que la auditoría debe verificar:

La descripción sucinta de la necesidad que pretende satisfacer con la contratación.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que la necesidad este contemplada en el plan de acción publicado, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474, así como en el Plan de Adquisiciones, y cuente, si es del caso, con su respectiva inscripción en el Banco de programas y Proyectos. La descripción, por sucinta que sea, no debe vulnerar procedimientos y principios de planeación.

Por otra parte el estudio previo debe señalar la descripción del objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios. Las condiciones técnicas exigidas, es decir, las condiciones en las

que se requiere el bien o servicio. En otras palabras, el lugar de ejecución del contrato, la forma como se debe entregar el bien o se debe prestar el servicio, la forma prevista de pago, etc.

Es importante que el auditor tenga en cuenta, en los contratos de obra, lo señalado en el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. Pues de acuerdo a la norma, las entidades que antes de efectuar la invitación pública, deben contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

En el contenido del estudio previo se debe identificar el contrato a celebrar, se debe señalar el tipo de contrato, de aquellos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80, o cualquiera de los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

También debe contener el estudio previo el valor estimado del contrato y su justificación. Se debe señalar el análisis que hizo la entidad para determinar y soportar el valor estimado del contrato y las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo.

Debe verificar el proceso auditor que lo que está solicitando la norma no es la simple enunciación del valor estimado del contrato, sino la descripción del análisis y justificación que hizo la entidad para llegar a ese valor.

A diferencia de lo señalado por el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082, en el estudio previo de la contratación de mínima cuantía, si se exige en su contenido, el corres-

pondiente certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación, circunstancia que debe verificarse en la auditoría.

Por último recomendamos tener en cuenta las siguientes consideraciones en el desarrollo de la auditoría, con el fin de que se establezcan planes de mejoramiento cuando a ello hay lugar.

Recomendamos que en el estudio previo se sustente un esquema de asunción de riesgos, cuando la entidad considere que durante la ejecución del contrato pueden presentarse riesgos previsibles que afecten el equilibrio de la ecuación económica.

Así mismo recomendamos que en el estudio previo se realice el análisis que sustenta la exigencia de garantías, destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato, según el caso. El artículo 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 señala que entidad tiene la facultad de exigir o no garantías en el proceso de selección de mínima cuantía. La exigencia de garantías son facultativas, pero en el evento en el cual la entidad las estime necesarias, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así lo justificará en el estudio previo de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007. Nuevamente insistimos que lo importante no es enunciar las garantías sino el análisis que sustenta la exigencia de ellas.

Por último, el auditor debe verificar que el estudio previo se haya publicado en el SECOP.

II. INVITACIÓN PÚBLICA

De acuerdo a lo establecido en el citado Decreto²⁸, una vez realizado el estudio previo, la entidad formulará una invitación pública a participar a cualquier interesado, la cual se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011.

En el desarrollo del proceso auditor se debe verificar que la invitación estuvo publicada en el SECOP, por un término no inferior a un (1) día hábil, en la cual se señalaron el objeto a contratar identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, las condiciones técnicas exigidas y el valor estimado del contrato y su justificación. También se debió señalar en la invitación la forma como interesado debió acreditar su capacidad jurídica y la experiencia mínima, si se exige esta última, y el cumplimiento de las condiciones técnicas exigidas.

La entidad puede exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios. Lo importante es verificar que si se exigió capacidad financiera se debió indicar como se haría la verificación correspondiente, pues como lo señala la norma, en el procedimiento de mínima cuantía no se requerirá el RUP.

28 Art. 2.2.1.2.1.5.2

Frente al plazo mínimo de la invitación pública es importante tener que la auditoria tenga en cuenta lo establecido en el artículo 67 del Código Civil que señala que todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos, se entenderá que han de ser completos y correrán, además, hasta la media noche del último día de plazo.

Se debe verificar que la invitación, como cualquier pliego de condiciones se deben redactar con absoluta claridad las causales que generarían el rechazo de las ofertas y las causales para la declaratoria de desierto del proceso. La invitación debe contener el cronograma del proceso especificando la validez mínima de las ofertas, las diferentes etapas del proceso, incluyendo las reglas para expedir adendas a las invitaciones y para extender las etapas previstas.

Con respecto a las adendas es importante tener presente que sería inaplicable el artículo 30 de la Ley 80, cuando señala que ellas no pueden expedirse dentro de los tres días anteriores al cierre del proceso. Es evidente que se trata de una norma para la licitación pública que no es aplicable a la contratación de mínima cuantía. De todos modos, consideramos que por transparencia, se debe revisar en el desarrollo de la auditoria que la no se hayan expedido adendas, así sea para ampliar el plazo para la presentación de ofertas, el mismo día en que se tiene previsto el cierre el proceso. Esto puede vulnerar principios de la contratación estatal.

Se debe verificar también que en la invitación pública no solo se haya fijado con claridad el día, hora y lugar para la entrega de propuestas, sino también el procedi-

miento de cierre que se realizó. El acta de cierre se debe revisar y verificar que este claramente estipulado el orden de presentación de las ofertas, pues esta circunstancia, es el único factor de desempate que estipula la modalidad de selección. Y para garantizar, aún más, la transparencia y publicidad del proceso, la auditoría como plan de mejoramiento podría sugerir que la entidad publique en el SECOP, el acta de cierre del proceso.

III. OBSERVACIONES, RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES Y AJUSTE A LA INVITACIÓN PÚBLICA

La invitación se hará por un término no inferior a un (1) día hábil. Si los interesados formulan observaciones o comentarios a la invitación, estos serán contestados por la entidad antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

Consideramos además, que si la entidad considera que se debe ajustar o corregir la invitación, se debe expedir una adenda, haciendo el ajuste correspondiente y modificando el plazo de entrega de propuestas. Este proceso debe ser verificado por la auditoría siempre vigilando que se hayan establecido condiciones que permitan la presentación de observaciones y su adecuada respuesta.

IV. CIERRE-PRESENTACIÓN DE OFERTAS

Como lo señalamos anteriormente se debe fijar, en la invitación pública, con claridad tanto el día, hora y lugar para la recepción de ofertas, como señalar el procedimiento de cierre. Recordemos que el único factor de desempate en

el proceso de mínima cuantía es quien haya presentado la oferta primero en el tiempo. El acta de cierre se debe publicar en el SECOP para garantizar la transparencia del mecanismo de desempate. Todo ello debe verificarse por parte del auditor.

V. EVALUACIÓN

El proceso auditor debe verificar el cumplimiento del proceso de evaluación de las ofertas teniendo en cuenta el siguiente procedimiento normativo y los siguientes criterios. La verificación y evaluación de las ofertas será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural, como lo señala el artículo 2.2.1.1.2.2.3 del Decreto 1082.

La entidad lo primero que debe hacer es revisar las ofertas económicas. Una vez revisadas puede hacer una lista de elegibilidad de menor a mayor valor. Verifica que la de menor valor cumpla con las condiciones de la invitación. Ahora bien, si la entidad tiene una duda frente a algunos documentos del proponente que presentó la oferta de menor valor, debe, en nuestro concepto, requerirlo para que “subsane”, enmienda o corrija en el plazo que le fije antes de la celebración del contrato.

Si por el contrario la de menor valor no cumple con las condiciones de la invitación, la entidad debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente.

En caso de empate, la entidad aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.

Por último es importante tener en cuenta el contrato se puede adjudicar así solo se haya presentado una sola propuesta, siempre y cuando esta cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y que la oferta satisfaga los requerimientos contenidos en la invitación pública.

VI. PUBLICACIÓN DEL INFORME DE EVALUACIÓN

Se debe verificar en la auditoria que el informe de evaluación se haya publicado en el SECOP y que contenga, la verificación de los requisitos habilitantes, según el caso, y la evaluación del menor precio.

También verificar que se haya otorgado un plazo único de un día hábil para que los interesados pudieran formular observaciones a la evaluación. Verificar que en el SECOP se hubieran publicado las respuestas a las observaciones presentadas por todos los interesados.

VII. COMUNICACIÓN DE ACEPTACIÓN

El auditor debe verificar el siguiente procedimiento de comunicación de la aceptación de la oferta. Una vez publicado el informe de evaluación, recibidas las observaciones en el día hábil concedido, junto con las respectivas respuestas, la entidad expedirá la comunicación de aceptación de la oferta ubicada en el primer lugar de la evaluación.

En la comunicación de aceptación de la oferta se debe informar al contratista el nombre el supervisor del contrato.

VIII. SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

De acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. La auditoría debe tener presente la siguiente excepción para los contratos de mínima cuantía. El literal d, del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 establece una excepción para los contratos de mínima cuantía, en el entendido que la comunicación de aceptación junto con la oferta, constituyen para todo los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se hará el respectivo registro presupuestal.

La excepción para la mínima cuantía consiste en que el contrato para perfeccionarse, no debe elevarse por escrito y firmarse por las partes, pues el contrato se perfeccionará con dos documentos: la oferta y la comunicación de aceptación. Se debe entender que en estos dos documentos, por contener una inequívoca manifestación de las partes, se constituye un acuerdo entre el objeto y la contraprestación.

IX. VERIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 señala que para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía, cuando a ello haya lugar, y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica

del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Se sugiere revisar los comentarios que, sobre los criterios de auditoría para verificar la ejecución del contrato, se realizaron en el capítulo de los criterios generales sobre los procedimientos aplicables a todas las modalidades de selección.

X. ADQUISICIÓN EN GRANDES SUPERFICIES CUANDO SE TRATE DE MÍNIMA CUANTÍA

Consideramos que el proceso auditor para la auditoría de la adquisición en grandes superficies cuando se trate de mínima cuantía debe verificar el paso a paso que acabamos de exponer para la mínima cuantía en general. Sólo varían algunos elementos y criterios que a continuación exponemos.

A. Estudio previo

El estudio previo debe contener lo señalado en el capítulo anterior, contemplar lo señalado en el Decreto 1082 de 2015²⁹ y en nuestro criterio señalar el concepto de grandes superficies, la justificación de por qué celebrar el contrato con alguna de ellas y todas aquellas que se encuentran ubicadas el territorio de la entidad.

29 Art. 2.2.1.2.1.5.1

B. Invitación pública

La invitación debe estar dirigida a por lo menos dos (2) Grandes Superficies y debe contener: (a) la descripción técnica, detallada y completa del bien, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios; (b) la forma de pago; (c) el lugar de entrega; (d) el plazo para la entrega de la cotización que debe ser de un (1) día hábil; (e) la forma y el lugar de presentación de la cotización; y (f) la disponibilidad presupuestal.

C. Observaciones, respuestas a las observaciones y ajuste a la invitación pública

Las grandes superficies deben tener la oportunidad de hacer comentarios y observaciones a la invitación. La entidad debe responderlos y hacer los ajustes que considere pertinentes.

D. Cierre-Presentación de ofertas

Sugerimos tener en cuenta lo señalado en el capítulo correspondiente a la mínima cuantía general.

E. Evaluación

La Entidad Estatal debe evaluar las cotizaciones presentadas y seleccionar a quien, con las condiciones requeridas, ofrezca el menor precio del mercado y aceptar la mejor oferta. En caso de empate, la entidad aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.

F. Publicación del informe de evaluación

Se debe tener en cuenta lo señalado en el paso a paso de la mínima cuantía general.

G. Comunicación de aceptación

La entidad debe enviar a la grande superficie con la mejor oferta una comunicación de aceptación indicando el nombre del supervisor del contrato.

H. Suscripción del contrato

Como lo señalado en la mínima cuantía la oferta y su aceptación constituyen el contrato.

I. Verificación de requisitos de ejecución del contrato

Se deben verificar los requisitos de ejecución del contrato establecidos en la Ley, para proceder a recibir los bienes y servicios contratados.

J. Lista de chequeo para auditar la publicación de documentos en el SECOP por modalidad de selección

La auditoría para verificar la publicación de los documentos que, de acuerdo a la modalidad de selección, se deben publicar en el SECOP, debe tener en cuenta los siguientes criterios y lista de chequeo.

Señala el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015 lo siguiente:

“La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación ”.

A continuación nos proponemos presentar los documentos y actos administrativos que, por cada modalidad de selección, se debe verificar su publicación en el SECOP.

XI. LICITACIÓN PÚBLICA

Avisos³⁰

Aviso de Convocatoria

Estudios y Documentos Previos

Proyecto de Pliego de Condiciones

Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones

Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones

Acto de Apertura

Pliego de Condiciones Definitivo

Acta de la audiencia de riesgos y aclaración del pliego

Adendas (si aplica)

Acta de cierre del proceso

Informe de Evaluación

Observaciones al Informe de Evaluación

Respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación

Acta de la Audiencia de Adjudicación

Acto administrativo de adjudicación

Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica)

Propuesta del Adjudicatario

Contrato

30 Numeral 3, artículo 30, Ley 80 de 1993.

Adiciones al contrato (si aplica)
Acta de Liquidación

XII. SELECCIÓN ABREVIADA-SUBASTA INVERSA

Aviso de Convocatoria
Estudios y Documentos Previos
Proyecto de Pliego de Condiciones
Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones
Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones
Acto de Apertura
Pliego de Condiciones Definitivo
Adendas (si aplica)
Acta de cierre del proceso
Informe de habilitación de los oferentes
Observaciones al Informe de habilitación de los oferentes
Respuestas a las observaciones presentadas al informe de habilitación
Acto administrativo de adjudicación
Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica)
Propuesta del Adjudicatario
Contrato
Adiciones al contrato (si aplica)
Acta de Liquidación

XIII. SELECCIÓN ABREVIADA-MENOR CUANTÍA

Aviso de Convocatoria
Estudios y Documentos Previos
Proyecto de Pliego de Condiciones
Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones
Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones
Acto de Apertura
Pliego de Condiciones Definitivo

Acta y resultado del Sorteo (Si aplica)
Adendas (si aplica)
Acta de cierre del proceso
Informe de Evaluación
Observaciones al Informe de Evaluación
Respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación
Acto administrativo de adjudicación
Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica)
Propuesta del Adjudicatario
Contrato
Adiciones al contrato (si aplica)
Acta de Liquidación

XIV. CONCURSO DE MÉRITOS-ABIERTO

Aviso de Convocatoria
Estudios y Documentos Previos
Proyecto de Pliego de Condiciones
Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones
Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones
Acto de Apertura
Pliego de Condiciones Definitivo
Adendas (si aplica)
Acta de cierre del proceso
Informe de Evaluación (Calificación Técnica y orden de elegibilidad)
Observaciones al Informe de Evaluación
Respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación
Acto administrativo de adjudicación
Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica)
Propuesta del Adjudicatario
Contrato
Adiciones al contrato (si aplica)
Acta de Liquidación

XV. CONCURSO DE MÉRITOS-PRECALIFICACIÓN

Aviso de Convocatoria para la Precalificación
Estudios y Documentos Previos
Acta de cierre de la Precalificación
Informe de Precalificación
Observaciones presentadas al informe de Precalificación
Acta de audiencia de Precalificación
Aviso de Convocatoria
Proyecto de Pliego de Condiciones
Observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones
Respuesta a las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones
Acto de Apertura
Pliego de Condiciones Definitivo
Adendas (si aplica)
Acta de cierre del proceso
Informe de Evaluación (Calificación Técnica y orden de elegibilidad)
Observaciones al Informe de Evaluación
Respuestas a las observaciones presentadas al informe de evaluación
Acto administrativo de adjudicación
Acto administrativo de declaratoria de desierta (si aplica)
Propuesta del Adjudicatario
Contrato
Adiciones al contrato (si aplica)
Acta de Liquidación

XVI. CONTRATACIÓN DIRECTA

Estudios y Documentos Previos
Acto Administrativo de Justificación (Si aplica)
Propuesta Adjudicatario
Contrato
Adiciones al contrato (si aplica)
Acta de Liquidación

XVII. CONTRATACIÓN MÍNIMA CUANTÍA

- Invitación a Participar
- Estudios Previos
- Informe de Evaluación
- Observaciones al Informe de Evaluación
- Respuestas a las observaciones al Informe de Evaluación
- Propuesta Adjudicatario
- Aceptación de la Oferta Elegible
- Adiciones al contrato (si aplica)
- Acta de Liquidación

XVIII. CONTRATACIÓN MÍNIMA CUANTÍA-GRANDES SUPERFICIES

- Invitación a Participar
- Estudios Previos
- Informe de Evaluación
- Observaciones al Informe de Evaluación
- Respuestas a las observaciones al Informe de Evaluación
- Propuesta Adjudicatario
- Aceptación de la Oferta Elegible
- Adiciones al contrato (si aplica)
- Acta de Liquidación

Estos son los documentos y actos que, por modalidad de selección, se debe verificar su publicación en el SECOP. Ahora bien. Es importante tener en cuenta que hay documentos, sobre todo de los estudios previos, que por su tamaño y densidad son difíciles de publicar o de “bajar” del portal. Por ello es que el numeral 4, del artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015 señala que en el acto de apertura se debe señalar el

“lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos”.
(Itálica nuestra).

Consideramos que, para garantizar el principio de transparencia y que los interesados puedan acceder a la documentación del proceso en condiciones de igualdad, la auditoría debe verificar que desde que se inició el proceso con el aviso de convocatoria se indicó el lugar donde se podían consultar los documentos que no fueron publicados en el SECOP. Es importante que los interesados en la etapa de observaciones al proyecto de pliego puedan acceder a toda la documentación del proceso y para ello se les informe el lugar físico donde pueden consultarla en caso de que toda no se encuentre publicada en el SECOP.

EL AUTOR

JULIO CÉSAR CÁRDENAS URIBE. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Gestión de Entidades territoriales y Magíster en Gobierno Municipal de la misma casa de estudios. En la actualidad, estudiante regular de los cursos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con mención en derecho administrativo. Ha sido profesor en derecho administrativo general, contratación estatal, servicios públicos y control fiscal en las universidades Externado, Libre de Pereira, Nacional de Colombia y Santo Tomás.

Ha sido Vice Contralor General de la República (e); Contralor delegado para el sector de la Infraestructura Física y Comunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional; Gerente Nacional Administrativo y Financiero; Asesor de entidades públicas y privadas.

Es autor de los libros *Los contratos en las empresas de servicios públicos domiciliarios* (2003) y *Contratos en el sector de los servicios públicos domiciliarios* (2018); ha escrito los artículos “La responsabilidad disciplinaria en las empresas de servicios públicos domiciliarios”, en Segundas Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo 2002 y es coautor de Guías para la Contratación Pública Transparente y Eficiente (2015-2016), “El control fiscal a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991” (2018).



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en julio de 2018

Se compuso en caracteres Times New Roman de 12 y 10 ptos.

Bogotá, Colombia