

DOCUMENTO CONPES DNP-3249-PRAP-BIRF

(Bogotá, octubre 20 de 2003)

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA UN ESTADO GERENCIAL

Documento original: CONPES DNP-3249-PRAP-BIRF

Por medio del presente documento se somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES-, una propuesta para formular las bases de una política pública general para la contratación de las entidades del Estado, que, dentro del marco de los objetivos del Estado Comunitario, propenda por la eficiencia y la transparencia de la administración pública.

El presente documento reemplaza integralmente el Conpes 3186 de julio de 2002.

I. ANTECEDENTES

El programa de Gobierno de la actual Administración contempla entre sus prioridades proporcionar la mayor transparencia posible a las actuaciones del Estado en procura de alcanzar dos objetivos: pulcritud en la selección de los contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado. En desarrollo de este cometido durante el último año se han desarrollado las siguientes acciones:

Desde el punto de vista normativo:

- Expedición de la Directiva No. 10 del 20 de agosto de 2002 - Programa de Renovación de la Administración Pública: Hacia un Estado Comunitario -, que a partir de la definición de una nueva concepción del aparato estatal recalca la importancia de un manejo pulcro de los recursos haciendo énfasis en el deber de darle publicidad a los aspectos relacionados con la contratación, la capacitación de los funcionarios que intervienen en dichos procesos y la necesidad de fortalecer la planeación de los negocios contractuales del Estado.

- Expedición de la Directiva 12 de 2002 - Lucha contra la corrupción en la contratación estatal - que imparte instrucciones a las autoridades del orden nacional, dirigidas a garantizar transparencia en los procesos de selección de contratistas; generar instancias de participación de la comunidad a través de veedurías ciudadanas; señalar el alcance de los principios y deberes previstos en la Ley 80 de 1993, especialmente el de selección objetiva; y, en general, a promover el uso de tecnologías de la información para optimizar la gestión de estos procesos, reducir sus costos de transacción y eliminar la realización de prácticas corruptas.

- Expedición del Decreto 2170 de 2002 el Gobierno Nacional reglamentario de la Ley 80 de 1993, en el cual se materializan algunas de las propuestas contenidas en los cien puntos del programa de gobierno, que apuntan al fortalecimiento de los principios de transparencia y selección objetiva a través de la generalización de las audiencias públicas en los procesos de contratación, la masificación de la información, la obligación de garantizar la convocatoria pública en los procesos contratación directa, la depuración de los factores de selección, la adopción de una serie de parámetros dirigidos a neutralizar el direccionamiento de pliegos de condiciones y de términos de referencia y la introducción de lineamientos para la utilización de

herramientas de información y comunicación en la contratación pública.

- Impulso a la expedición de la ley 812 de 2003 “por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, Hacia un Estado Comunitario”, en la que se orienta a las entidades a divulgar en forma anticipada y mediante la utilización de herramientas tecnológicas los programas y presupuestos de contratación e inversión, así como las características de los proyectos que vayan a adelantar, con el objeto de fortalecer el control ciudadano por medio de veedurías que velen por la transparencia en la gestión estatal.

Para el desarrollo de estas acciones, el Gobierno ha contado con el apoyo y colaboración del Banco Mundial (BIRF) que en el mes de abril de 2000 realizó una visita, en la que con la ayuda de funcionarios públicos y contratistas del Estado, emprendió un análisis teórico y práctico de la regulación colombiana en materia de contratación, que concluyó con un informe denominado “Informe de Evaluación de Adquisiciones del País –CPAR” en el que se mostraron una serie de fallas asociadas con la contratación pública y su regulación, que se pueden sintetizar en la dispersión normativa que ha llevado a que la aplicación casi excepcional de la ley 80 de 1993; la concepción rígida de procesos de selección; la inexistencia de armonización de las normas presupuestales con las normas contractuales y la existencia de vacíos en la regulación que facilitan la ocurrencia de fenómenos de corrupción, entre otras.

Como parte de la estrategia para enfrentar los problemas identificados se creó dentro del Departamento Nacional de Planeación, con cargo al programa MAFP II, el Proyecto de Contratación Pública DNP-BIRF al que se le confió la tarea de abordar la problemática de la contratación pública, a efecto de estudiar a fondo los diversos elementos que confluyen en el tema y de plantear, entonces, una nueva visión para su manejo desde la óptica de la operación eficiente del aparato estatal.

Desde el punto de vista institucional:

- Implementación de una política de renovación de la administración pública, cuyo objetivo es el replanteamiento del aparato estatal dirigido a la materialización de una precisa concepción del Estado: el Estado Comunitario que se realiza a través de un Estado participativo (que estimule la participación y que tenga en cuenta las demandas ciudadanas), un Estado gerencial (que administre lo público con eficiencia, honestidad, austeridad y por resultados) y un Estado descentralizado (que tenga en cuenta las necesidades locales sin perjuicio del interés nacional y de la solidaridad regional).

- Entrada en operación del Portal Unico de Contratación desde marzo de 2003, iniciativa que inscrita en los propósitos de transparencia, eficiencia y promoción del desarrollo, tiene como objetivo que entidades, proponentes y ciudadanía en general puedan informarse respecto de los procesos contractuales del Estado. Actualmente el Portal ofrece el vínculo con las páginas web de 116 entidades públicas en las que pueden ser consultados sus procesos de contratación que en su conjunto suman cerca de \$ 4 billones.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el presente documento somete a consideración del CONPES una visión sobre cómo articular los diferentes elementos que confluyen en la formulación de una política pública para la contratación de las entidades buscando obtener dos objetivos primordiales: eficiencia en la utilización de los recursos públicos y transparencia para evitar la corrupción.

De ser acogidas las conclusiones que aquí se presentan, se llevará a cabo una ambiciosa agenda

de reformas: se impulsará la modificación puntual de la Ley 80 de 1993 en aquellos aspectos neurálgicos a nivel legal para el buen suceso de la estrategia; se asegurará la existencia del soporte institucional que garantice la existencia de responsables de la formulación, instrumentación y seguimiento de la política pública contractual; y se desarrollará el Sistema Integral de Contratación Electrónica –SICE-, como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra los sistemas de información actualmente existentes, facilitando información sobre la contratación pública y entregando a las entidades estatales herramientas para modernizar la gestión contractual a través de mecanismos electrónicos.

La política de contratación que se recomienda en este documento está contenida dentro del esfuerzo de renovación de la administración pública, que se inspira en el esfuerzo de guiar la administración de lo público por estrictos criterios de eficiencia y transparencia. En ese sentido, este documento se nutre del documento Conpes “Renovación de la Administración Pública: Hacia un Estado Comunitario”

II. DIAGNOSTICO

Este diagnóstico se divide en tres partes. La primera presenta, dentro de las limitaciones naturales de medición del tema, una apreciación del impacto que tiene la corrupción en términos de sobrecostos para el erario público, de disminución de la oferta a las entidades estatales y de costos de transacción. La segunda parte presenta el comportamiento de la contratación del sector público frente al tamaño de la economía para el periodo 2000-2001, con el fin de dimensionar el impacto fiscal que tiene la contratación pública y la necesidad de hacer más eficiente la utilización de sus recursos. Finalmente, en la tercera parte se presentan algunos de los problemas normativos existentes, que han conducido a la aplicación exceptiva de la ley y a la consecuente dispersión normativa, todo lo cual constituye el sustento de la tercera parte del documento que corresponde a las Bases de una Política Pública para la Contratación con Recursos Públicos.

A. CONTRATACIÓN Y CORRUPCIÓN

En Colombia el valor promedio del soborno en un contrato público es del 19% del valor del mismo, según una encuesta realizada por el Banco Mundial (BM)(1). Si a esto se suma que, según muestra una encuesta de percepción realizada por Confecámaras (Probidad)(2) en el primer trimestre del año 2002 el 70.3% de los empresarios encuestados tienen la percepción de que los niveles de corrupción se han incrementado a partir del año 2000 y el 41,60% afirma que en materia de corrupción administrativa se sabe con anterioridad con que modalidad y cuánto hay que pagar, tendremos que los sobre-costos en la contratación pública pueden ser aún mayores.(3)

Lo anterior resulta coincidente con la encuesta del BM que muestra que los funcionarios públicos entrevistados declararon que en el 49.7% de las licitaciones públicas en Colombia se realizan pagos adicionales para asegurar la adjudicación de contratos. La percepción de los funcionarios es corroborada por los empresarios que en un 62% coincidieron en que “siempre o casi siempre” las empresas recurren a pagos extraoficiales para ganar concursos o licitaciones públicas. En la encuesta de Probidad, el 46% de los empresarios encuestados ratificó lo anterior.

Las encuestas del BM y de Confecámaras muestran que en estas condiciones de contratación pueden gestarse procesos de “selección adversa” porque vastos sectores empresariales se han marginado de las oportunidades de trabajar con el Estado debido a la poca transparencia en los procesos licitatorios(4), con lo cual se ha restringido la competencia por los negocios estatales.

Al indagar sobre los criterios de rechazo básicos para su no participación, cerca de la mitad de los empresarios encuestados consideraron, en orden de importancia: i) la competencia injusta, ii) la complejidad en el proceso licitatorio y iii) tener contactos personales dentro de la entidad contratante, aspectos que ratifican la existencia de un creciente nivel de desconfianza respecto a la capacidad del Gobierno para establecer reglas claras de participación para las entidades y los oferentes, y corregir las deficiencias existentes en la mayoría de los procesos de contratación del Estado.

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

B. CONTRATACION, ECONOMIA Y EFICIENCIA

La participación promedio de la contratación del sector público en el PIB para el período 2000 – 2001 fue de 11,6%(5). Para el 2002 la proyección realizada estima que el gasto de contratación ascenderá al 11.13% del PIB. Esta participación resulta importante si se tiene en cuenta que sectores tan importantes en la economía como la Agricultura, la Ganadería, la Caza y la Silvicultura por una parte y por otra, la Industria Manufacturera, tuvieron una contribución en el PIB que solo supera ligeramente el registro porcentual que alcanza el gasto de contratación.

No obstante el tamaño e impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos, al examinar la gestión de las entidades se aprecia la ausencia de una estrategia a nivel general y particular para la optimización y el uso eficiente de los recursos públicos, orientada al fortalecimiento de los procesos de planeación de las necesidades contractuales para la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, el diseño de procesos adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales, la utilización de mecanismos de contratación que permitan el aprovechamiento de economías de escala y el establecimiento de indicadores para evaluar la utilización eficiente de los recursos (administrativos y presupuestales) involucrados en la ejecución contractual.

En cuanto la contratación es el principal medio con que cuenta la Administración Pública para cumplir con sus cometidos, resulta evidente la necesidad de diseñar una estrategia adecuada a las necesidades de los diferentes sectores y entidades que permita alcanzar la eficiencia en la gestión contractual.

C. CONTRATACIÓN Y REGULACIÓN

El origen de la expedición de la Ley 80 de 1993 es el desarrollo de los principios constitucionales señalados en el artículo 209 de la Constitución Política para la función administrativa. En ese sentido, su expedición buscaba la modernización de la contratación, que hasta entonces se caracterizaba por estar “sobre regulada” y por caer en el excesivo detalle, en el culto por la forma y por los controles.(6)

No obstante su carácter de estatuto de principios con vocación de aplicación universal a toda contratación en que participase una entidad estatal, es hoy una excepción más, circunstancia que puede explicarse por la escasa adaptabilidad de algunos de sus preceptos a las necesidades de contratación de las entidades y a las características de los diferentes sectores a los que va dirigida, de donde podría concluirse que en algunos casos la ley incurre en un excesivo

reglamentarismo que pasa por la definición de procedimientos e instancias sin tener en consideración las diferencias derivadas de la diversidad de objetos sobre los que puede recaer la contratación con recursos públicos.

Muestra de lo anterior es la proliferación de regímenes exceptivos a la aplicación de la ley, que en la mayoría de los casos no son otra cosa que la búsqueda de salidas para la aplicación de reglas más acordes a la complejidad del objeto contractual y a la realidad del mercado. (7)

Se hace necesario entonces que una nueva política regulatoria sobre la materia parta de un principio: debe existir “unidad de criterio” en el conjunto regulatorio, de forma que la normatividad contractual se produzca siguiendo parámetros uniformes y una estructura preestablecida, de tal suerte que se garantice una columna vertebral del sistema y que las excepciones que se contemplen tengan un fundamento claro que no desarticule el conjunto y que, por el contrario, sean manifestación de su coherencia y de su capacidad de adaptación a circunstancias diversas.

A lo anterior se suma la ausencia de una política pública en la materia, que permita la definición de lineamientos para su manejo, manteniendo la necesaria unidad con el contenido legal, todo lo cual ofrece como resultado, la deshilvanada expedición de estatutos especiales de contratación para sectores de la actividad estatal, la proliferación de decretos reglamentarios de la propia ley sin unidad de criterio y la expedición de normas sobre otros asuntos que terminan afectando el entorno de la contratación pública.

El resultado de esta situación es claro: la actividad del gerente público llamado a buscar la realización de los objetivos del Estado a través de la contratación, se enfrenta de una parte, a una normatividad compleja en donde, a falta de una concepción unívoca, prima el casuismo y la incoherencia y de otra, a la ausencia de lineamientos y parámetros de gerencia contractual que le orienten para manejar en forma adecuada las contingencias y conflictos derivados de la ejecución del contrato.

A lo anterior debe añadirse la falta de simetría entre las normas contractuales y presupuestales, que a pesar de tratarse de materias directamente relacionadas, se encuentran reguladas por leyes de diferente entidad, circunstancia que genera dificultades para establecer el alcance y prevalencia en su aplicación, que se manifiestan en tensiones a nivel práctico y normativo que dificultan la gestión de las entidades y conducen a procedimientos ineficientes que aumentan los costos de transacción, todo lo cual, justifica la necesidad de propender por la armonización entre uno y otro régimen.

III. BASES DE UNA POLÍTICA PÚBLICA PARA LA CONTRATACION CON RECURSOS PÚBLICOS

El propósito de este documento es señalar unas bases que, como líneas generales de acción, habiliten un escenario institucional adecuado para la adopción de las decisiones que consideramos deben ser características fundantes de toda política pública en materia contractual: eficiencia y transparencia.

La adopción de lo que aquí se propone, supone reformas en el entorno legal e institucional de la contratación pública, que serán acometidas como resultado del presente documento.

A. EXPEDICION DE UN NUEVO MARCO NORMATIVO

Con el fin de crear el entorno normativo que la formulación de una política pública integral en materia de contratación reclama dentro de un Estado Comunitario, el Gobierno Nacional impulsará en el Legislativo una reforma a las normas legales vigentes con el siguiente alcance:

1. Ley de aplicación general. Principios comunes a toda contratación con dineros públicos.

Con el objeto de que estatuto contractual recobre su vocación de generalidad, es decir, que sea aplicable a toda la Administración Pública, es indispensable que la regulación prevista en la ley se ocupe exclusivamente de señalar los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades, de forma que se deje al reglamento la definición de todos aquellos aspectos que por su carácter dinámico requieren de un manejo flexible y adecuado desde el punto de vista técnico y práctico a las necesidades de las entidades por razón del sector al que pertenecen y a la naturaleza del objeto contractual que requieran, preservando la coherencia con el contenido de la ley.

Para contar con una verdadera ley de aplicación general, en la reforma a la Ley 80 de 1993 se deberán vincular todas aquellas entidades que sin justificación técnica o por la especialidad de sus actividades hoy cuentan con regímenes exceptivos de la ley, tales como, las Universidades Públicas, la Comisión Nacional de Televisión y las Corporaciones Autónomas Regionales.

En consonancia con lo anterior y reconociendo que algunas entidades, por la naturaleza de sus actividades industriales, comerciales o financieras, deben manejar reglas que escapan de la órbita de lo público, la ley deberá ordenar la observancia en su actividad contractual, de los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política

(igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), así como del de selección objetiva, con el objeto de garantizar la transparencia e idoneidad en la escogencia de los contratistas.

2. Fortalecimiento de los escenarios de transparencia en la contratación pública

Desde la perspectiva del Estado comunitario y en relación con la concepción de Estado Gerencial, en el que se debe administrar lo público con eficiencia, honestidad y por resultados, adquiere gran relevancia dotar a la contratación de los mecanismos e instrumentos que le permitan alcanzar en condiciones de transparencia y eficiencia en el uso de los recursos, para la adquisición de los bienes, obras o servicios que mejor respondan a sus necesidades.

Para alcanzar los fines propuestos deben introducirse reformas en la Ley 80 de 1993, de manera que se eliminen todos aquellos mecanismos que conduzcan a la elusión de los procedimientos de selección, se generen espacios para la visibilidad de la gestión, se reconozcan los diferentes mecanismos para la divulgación de la información contractual y se fortalezcan y consoliden mecanismos de participación ciudadana.

En consecuencia, las modificaciones sugeridas a la ley son:

° Las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales, deberán sujetarse a las previsiones de la Ley 80 de 1993 y para contratar con otras entidades públicas deberán concursar en igualdad de condiciones que los particulares. En tal sentido deberán ser excluidas de la posibilidad de contratar directamente con otras entidades, usando el mecanismo de convenio interadministrativo.

° Se deberá eliminar la excepción de aplicación de la Ley 80 de 1993 por la sola circunstancia de la celebración de contratos con organismos de asistencia, ayuda o cooperación internacional, así como en aquellos casos en que este tipo de organizaciones sean contratadas por las entidades estatales, para la ejecución de recursos propios.

° Se deberá establecer la obligación en cabeza de las entidades, de publicar proyectos de pliegos de condiciones y términos de referencia, con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido.

° Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad de los procesos de selección serán señalados por el Gobierno Nacional, de forma tal que la información tenga una divulgación adecuada, en todos los niveles pero que además los medios que se deban utilizar guarden congruencia con el entorno en donde se produce la información.

3. Generación de mecanismos de eficiencia

Teniendo en cuenta el peso específico de la contratación pública dentro del PIB, así como el hecho de ser el principal instrumento de ejecución del gasto público y en consecuencia el principal medio para la satisfacción de los cometidos estatales, resulta evidente la necesidad de diseñar los instrumentos necesarios para hacer más eficientes los procedimientos contractuales de las entidades.

En ese sentido la reforma del Estatuto General de Contratación Pública debe contemplar las siguientes modificaciones:

i. Instrumentos para la eficiencia en la selección

° Redefinición del deber de selección objetiva, conforme al cual, la evaluación de las ofertas se concentrará en los aspectos técnicos y económicos, de forma que las condiciones del proponente (capacidad jurídica, administrativa, operacional, financiera, experiencia, etc.) no sean objeto de evaluación, sino de verificación de cumplimiento, es decir, se conviertan en requisitos de habilitación para participar en el proceso (pasa no pasa).

° Como parte del rediseño del deber de selección objetiva deberá consagrarse la posibilidad de que algunos procesos de adquisición de bienes o servicios específicos sean realizados teniendo en cuenta el precio como factor determinante de la escogencia del contratista.

° Redefinición del alcance del Registro Único de Proponentes, conforme a la cual éste se debe convertir en el garante de la verificación de las condiciones del proponente, para determinar su posibilidad de participación en el proceso.

° Flexibilización de los procedimientos de selección, con el objeto de que se adecuen a las características del objeto contractual. En consecuencia las modalidades de selección estarán divididas entre procesos de licitación pública y procesos de selección abreviada.

° Menor cuantía única para las entidades, de forma que la definición de acudir a un procedimiento de licitación o de selección abreviada no dependa del tamaño de la apropiación presupuestal de la entidad, sino que se dé en torno a una cuantía uniforme para toda la administración, existiendo en todo caso la posibilidad de establecer cuantías diferenciales en atención a los diversos niveles de las entidades públicas, así como atendiendo a la complejidad

de los diversos objetos contractuales.

° Adquisición de bienes muebles con características uniformes como nueva causal de selección abreviada que permitirá la construcción de catálogos de demanda cuyo criterio básico de selección será el precio.

° Definición por el Gobierno Nacional de pautas de administración y enajenación de los bienes del Estado, de forma que pueda percibir rentabilidad de los mismos.

° Posibilidad de realizar subastas y de hacer uso de mecanismos de conformación dinámica de la oferta en la contratación pública.

° La reforma deberá prever el desarrollo por parte del Gobierno Nacional, de instrumentos que permitan la agregación de demanda de las entidades estatales.

ii. Herramientas para la gerencia pública contractual

° Eliminación de la garantía de utilidad para los contratistas, a través de la redefinición del concepto del equilibrio económico de los contratos, conforme a la cual, las entidades estimarán los riesgos involucrados en el contrato, que, una vez revisados por los proponentes y ajustados dentro del proceso, permitirán la distribución del riesgo que constituirá el fundamento de la llamada “ecuación contractual”, de manera tal que los contratistas deban soportar los riesgos previsibles que su condición profesional les haga posible controlar.

° Ampliación de las modalidades de cobertura de los riesgos derivados de la contratación, para hacer uso de otros mecanismos de garantía previstos en la ley, cuando las circunstancias de la contratación así lo aconsejen.

° Fortalecimiento de los mecanismos de solución directa del conflicto.

° Eliminar los obstáculos legales para llevar a cabo todas las actuaciones contractuales a través de medios electrónicos.

° Como un elemento indispensable de una adecuada gestión contractual, dentro de la reforma a las normas orgánicas de presupuesto debe incluirse las disposiciones que armonicen los estatutos presupuestal y contractual estableciendo la simetría necesaria para una adecuada gestión contractual frente al proceso de programación presupuestal.

B. NUEVO MARCO INSTITUCIONAL PARA LA CONTRATACION PÚBLICA

Con el propósito de habilitar un escenario institucional adecuado para la adopción de decisiones de política pública en materia contractual, se propone el establecimiento de una institucionalidad rectora a cuyo cargo se encuentre la función de recomendar las decisiones y lineamientos que orienten la gestión contractual hacia la eficiencia y la transparencia.

Para garantizar la satisfacción de este propósito, el contenido de las decisiones de política que en materia contractual se produzcan, una vez recogidas a través de los instrumentos jurídicos pertinentes, será de obligatoria observancia y aplicación por parte de todas las entidades públicas que celebren contratos en los órdenes nacional y territorial y en los niveles central y descentralizado.

En consecuencia, una vez se produzcan las decisiones de política pública en materia de

contratación, corresponderá al Gobierno Nacional materializar su contenido, mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa, de su potestad reglamentaria, así como a través del señalamiento de directrices generales para el adecuado desarrollo actividad contractual de las entidades.

1. Organización

Para el desarrollo de la función de instancia rectora de la contratación pública, se propone la siguiente organización institucional:

- El Consejo de Política Económica y Social CONPES tendrá a su cargo la orientación general de la política de contratación del Estado.

- El Comité Nacional de Contratación – CNC – será la instancia encargada de proponerle al CONPES la consideración de aquellos asuntos que comprometan el diseño de la política pública contractual. En tal sentido tendrá a su cargo el estudio y aprobación previa de los documentos respectivos, así como la revisión y aprobación de los proyectos de actos administrativos y directrices que se requiera producir para la materialización de las decisiones de política pública ya adoptadas por el CONPES.

Corresponderá al CNC valorar y emitir concepto sobre los proyectos de ley, decretos reglamentarios y directrices en los que se traten aspectos relativos a la actividad contractual de las entidades, con el propósito de preservar la coherencia entre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las políticas públicas adoptadas por el CONPES y los reglamentos y directrices que en su desarrollo se produzcan.

- Secretaria técnica del CNC a cargo del Departamento Nacional de Planeación, quien será responsable de la preparación de los estudios y documentos que sirvan de base para el trabajo del CNC.

- Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones que tendrá a su cargo la implementación del Sistema Integral de Contratación Electrónica, en desarrollo de la política que para el efecto establezca el CONPES y de conformidad con las directrices específicas del CNC.

2. Reformas institucionales

i. Del Consejo de Política Económica y Social - CONPES.

Se adicionarán las funciones del CONPES para que tenga la competencia para adoptar las decisiones de política pública en materia de contratación,

ii. Del Comité Nacional de Contratación - CNC

Se creará este Comité como una instancia especializada y técnica de discusión, que tendrá como miembros permanentes al Subdirector General del DNP quien lo presidirá, un delegado del Vicepresidente de la República, el Viceministro de Hacienda y Crédito Público y el Viceministro de Comunicaciones. Será invitado permanente, el Director del Programa “Agenda de Conectividad” del Ministerio de Comunicaciones.

Adicionalmente, dependiendo de la naturaleza de los temas que se estudien, participarán con voz y voto los viceministros, subdirectores de departamento administrativo y directores de entidades de los sectores involucrados.

iii. De la Secretaria Técnica del CNC

El Departamento Nacional de Planeación contará con un equipo técnico que se encontrará permanentemente apoyado en el trabajo de consultores expertos para atender los requerimientos de su tarea de soporte y de coordinación. El jefe del respectivo equipo cumplirá adicionalmente la función de secretaría técnica del CNC.

iv. De la Agenda de Conectividad.

Para el cumplimiento adecuado de las funciones y actividades que le corresponden, la Agenda de Conectividad tendrá a su cargo la gerencia de la implementación del Sistema Integral de Contratación Electrónica – SICE, para lo cual, articulará, coordinará y controlará los equipos de trabajo requeridos, en desarrollo de la política que para el efecto establezca el CONPES y de conformidad con la directrices específicas del CNC.

C. DESARROLLO DEL SISTEMA INTEGRAL DE CONTRATACIÓN

ELECTRÓNICA-SICE

1. Descripción general

El Sistema debe ser un instrumento de gestión de la contratación que permita la interacción de las entidades contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control. Para ello dispondrá de herramientas para: facilitar la contratación en línea, garantizar la selección objetiva, divulgar los procesos contractuales y permitir un control posterior con transparencia y eficiencia, así como ofrecer al ciudadano la capacidad de opinar sobre la forma como se prioriza la ejecución de los recursos públicos.

Uno de los retos del Sistema será producir un cambio cultural a través del cual los proveedores puedan interactuar en los procesos de contratación y los ciudadanos puedan ejercer veeduría sobre la administración pública.

El suministro de información no deberá ser un requisito adicional en las tareas de las entidades, sino el resultado del uso de las herramientas tecnológicas de apoyo a su labor. Para ello, el Sistema deberá definir pautas y estándares que permitan la integración con otros sistemas de información existentes, con el objeto de lograr la participación eficiente de los actores involucrados en la contratación.

El Sistema Integral de Contratación Electrónica debe contemplar la utilización de Internet como uno de los mecanismos de difusión de una amplia información destinada a todos los ciudadanos, relativa tanto a los procesos de contratación como a la ejecución de los contratos que celebren las entidades públicas.

Como una de sus prioridades el sistema deberá integrar el Sistema de Vigilancia para la Contratación Estatal creado por la Ley 598 de 2002, sin perjuicio de la autonomía para ejercer el control por parte de la Contraloría General de la República, procurando aprovechar en donde sea posible los recursos que se encuentran disponibles, para lograr la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos.

Es importante aclarar que el Sistema debe respetar la reserva de la información que por su naturaleza y de acuerdo con la ley no pueda ser objeto de divulgación.

2. Objetivos

En la realización del Sistema Integral de Contratación Electrónica deben perseguirse los siguientes objetivos:

i. Información electrónica

La implantación del Sistema Integral de Contratación Electrónica tiene como premisa fundamental la integración automatizada de la información relativa a la actividad contractual de las entidades. En este sentido, la estrategia debe partir del trabajo que se viene realizando por cada entidad desde su propio sistema de información, en el marco de las políticas de la Agenda de Conectividad, teniendo como objetivo final que la información del Sistema sea la agregación de la gestión contractual realizada por medios electrónicos.

La información que debe manejar el Sistema Integral de Contratación Electrónica es de dos clases:

° Información sobre procesos en curso. Se refiere a los procedimientos que se encuentran en curso o a los contratos que aún se encuentran en la fase de ejecución o liquidación.

° Información histórica. Esta información se refiere a los contratos que fueron celebrados por las entidades y que ya se encuentran liquidados. Estos datos permitirán conocer hacia el pasado las necesidades de bienes y servicios que tenían las entidades así como la forma en que se ejecutaron los contratos.

La información histórica permitirá conocer la eficiencia de las entidades en la celebración de contratos, los mecanismos de selección que se utilizan, la identidad de los contratistas y la forma como se ejecuta el presupuesto de las entidades a través de la contratación, garantizando así la transparencia de los procesos de contratación pública.

ii. Gestión contractual electrónica

El Sistema Integral de Contratación Electrónica debe contemplar el diseño y puesta en funcionamiento de los mecanismos e indicadores necesarios para realizar la gestión gerencial de los procesos de contratación del Estado.

El Sistema debe promover un cambio cultural en la forma como se contrata y en la forma que se utiliza la tecnología, para que deje de ser considerada una herramienta más y sea considerado un medio eficiente (eficaz y efectivo) para realizar la gestión.

Por el papel cultural que debe jugar el Sistema, uno de sus elementos debe contemplar la capacitación de los funcionarios de manera permanente en aspectos relacionados con su funcionamiento y la contratación en general.

La implantación también debe modificar los procedimientos a través de los cuales la Administración Pública celebra sus contratos, en particular el uso de la documentación electrónica como soporte de las diversas actuaciones administrativas.

iii. Negocios en línea

El Sistema Integral de Contratación Electrónica debe ofrecer un entorno a través del cual las entidades públicas y los proponentes puedan interactuar en línea e incluso realizar transacciones

de comercio electrónico, entre las que se encuentran las subastas o las compras por catálogos. Dichos modelos, aplicados en la contratación pública, serán decisivos para lograr una mayor transparencia en las operaciones y reducciones en los precios ofrecidos por los proveedores.

iv. Administración contractual electrónica

El Sistema debe permitir al ciudadano y a los organismos de control observar y hacer seguimiento a todas las etapas inherentes al proceso de contratación, desde la fase de formación del contrato y selección del proponente hasta la ejecución total del mismo.

3. Componentes del Sistema

i. Portal Único de Contratación

El Portal Único de Contratación debe ser la puerta de entrada al Sistema, permitiendo no sólo acceder y mostrar la información que el mismo reúne, sino también proporcionar herramientas de gestión electrónica de contratación a las entidades que las requieran.

En el Portal se encontrará información sobre la contratación que adelantan las entidades estatales del país, mostrando datos sobre cada uno de los procesos de selección que se encuentren proyectados o en curso, así como sobre la ejecución de los contratos celebrados.

Debe ser un servicio esencial del Portal permitirle al usuario la consulta de información relevante, por cualquier criterio de búsqueda, relacionado con el objeto, el precio, la entidad, la fecha en que se realiza el proceso de selección, etc.

ii. Diseño del Sistema Integral de Contratación Electrónica - SICE

El diseño del Sistema Integral de Contratación Electrónica – SICE se debe enmarcar dentro la arquitectura que ha dispuesto la Agenda de Conectividad para todos los sistemas de la estrategia de Gobierno en Línea, en la forma como se muestran relacionados en la siguiente figura:

ANEXO

< ANEXO NO INCLUIDO. VER ORIGINAL EN PDF EN LA CARPETA “ANEXOS” >

4. Fases para el desarrollo del Sistema Integral de Contratación Electrónica –SICE

A pesar de los avances que hasta hoy se han consolidado en materia de conectividad y de utilización de las nuevas tecnologías de información, aún se presentan algunas limitaciones legales que impiden desarrollar en una sola fase el Sistema Integral de Contratación Electrónica. Por tal razón, el plan de acción que se seguirá tendrá en cuenta dichas limitaciones y establecerá las prioridades de desarrollo inmediato y las actividades que requerirán de una preparación legal previa para su realización en una fase posterior.

En ese sentido se ha diseñado una fase inicial que congrega aquellas actividades que se pueden adelantar inmediatamente, toda vez que no existen obstáculos o trabas de orden legal. Una segunda fase contemplará aquellos procesos y desarrollos que requieren, de reformas legales, entre las que se encuentran las relacionadas con la expedición de actos administrativos electrónicos y la aplicación obligatoria de procedimientos tradicionalmente acostumbrados dentro del trámite contractual que no tienen fórmulas concretas que permita su realización a través de medios electrónicos.

i. Fase inicial

Se desarrolla con fundamento en normas como la Ley 527 de 1999, el Decreto 2170 de 2002 y el Decreto 2150 de 1995 que regulan aspectos concernientes a la gestión electrónica y habilitan la realización de algunas actividades del trámite contractual a través de medios tecnológicos.

En esta fase se desarrollarán, con base en los lineamientos que para el efecto señale el Comité Nacional de Contrataciones –CNC- entre otros, los siguientes componentes:

° Publicación de Plan Anual de Contrataciones: Divulgación electrónica de la proyección que hace cada entidad de las licitaciones y procesos de selección en general que realizará dentro del año siguiente. Esta publicación no es vinculante para la entidad y tiene como propósito que los interesados estén al tanto de los contratos que proyecta realizar cada entidad.

° Publicación de Proyectos de Pliegos: En cumplimiento de las normas vigentes cada entidad pública debe divulgar, con anterioridad a la apertura del procedimiento de selección, los borradores de pliegos de condiciones o de términos de referencia.

° Publicación de Convocatorias: Consiste en divulgar en el Portal Único de Contratación un resumen de los elementos esenciales de la contratación que se proyecta realizar, como son el objeto, el plazo, el presupuesto oficial, el sitio de realización de las prestaciones y los criterios para seleccionar la mejor propuesta.

° Recepción de Ofertas y Propuestas: Mecanismo que permite a las entidades públicas recibir válidamente las ofertas transmitidas en línea, para lo cual el Sistema debe implementar una estricta política de seguridad que garantice la integridad, confidencialidad y autenticidad de la información que hace parte del contenido de los documentos.

° Publicación de Resultados: se informará sobre el contratista favorecido, el valor del contrato y el plazo. En el caso de licitaciones que no sean adjudicadas se debe informar sobre las razones de la declaratoria de desierta del proceso de selección.

° Acceso en línea a documentos de procesos de selección: incluye los prepliegos, pliegos, documentos, aclaraciones, preguntas y respuestas, así como información general sobre el estado de cada proceso.

° Utilización de herramientas para la gerencia integral de contratos en línea: La aplicación de estas herramientas permitirá proporcionar información sobre la totalidad de las etapas de ejecución del contrato y sobre los pagos efectuados a los contratistas así como el soporte de los mismos.

° Simplificación y estandarización de procedimientos: Con el objeto de que las entidades cuenten con herramientas para hacer más eficiente el desarrollo de sus procesos de selección.

° Formato Unificado de Información sobre contratación: Dada la imposibilidad durante la fase inicial para gestionar la contratación electrónicamente de manera integral, se hace necesario reducir a uno los instrumentos de captura de información sobre contratación con destino a diferentes entidades. Al momento presente se usan diversos formatos para enviar la información a los sistemas de información reseñados así como a las entidades de control.

° Homogenización del nivel de actualización de la información publicada en cada una de las entidades y en el Portal Único de Contratación: la Agenda de Conectividad pondrá en

funcionamiento un sistema que evite el doble esfuerzo de publicar información en el sitio Web de la entidad y en el Portal Único de Contratación.

Dentro de los 60 días siguientes a la aprobación de este Documento Conpes, se establecerá un cronograma detallado que defina los tiempos y los responsables de su ejecución. La Agenda de Conectividad será el encargado de proponer al Gobierno Nacional dicho cronograma que se hará obligatorio para el nivel central de la Administración Pública a través de Directiva Presidencial.

ii. Fase final de la implementación del Sistema Integral de Contratación

Electrónica

Se requiere como supuesto previo la realización de reformas legales que conecten aspectos específicos dentro del procedimiento administrativo contractual con los principios de los trámites electrónicos. Si bien parte del proceso de contratación puede realizarse por medios electrónicos, algunos aspectos no pueden tener ese desarrollo hoy, ya que las leyes de procedimiento y las que regulan las actuaciones de la administración pública imponen limitaciones al uso de la tecnología.

Las reformas que se deben implementar tienen que ver con la definición legal del acto administrativo expedido por medios electrónicos, de manera que las manifestaciones de voluntad de la administración a través de medios distintos de los tradicionales tengan plena validez jurídica y probatoria, derivada de su regulación expresa y no de la integración normativa con estatutos que regulan materias diversas.

Así mismo, los procedimientos contractuales se pueden nutrir de elementos que se han incorporado a la práctica del comercio electrónico gracias a los avances tecnológicos. En esta materia se debe tener en cuenta mecanismos de adquisición como las subastas y las compras a través de catálogos, cuya utilización no se puede dar integralmente dado que el marco legal actual no da cabida a mecanismos diferentes a los regulados expresamente en la Ley 80 de 1993.

En ese orden de ideas, se requiere una norma que integre sistemáticamente aspectos específicos de la administración pública, con las posibilidades que ofrecen las Tecnologías de Información y Comunicaciones para lograr una mayor seguridad jurídica en las actuaciones que se lleven a cabo, al mismo tiempo que se alcanzan importantes niveles de eficiencia y transparencia.

Implementados los cambios legales referidos, en esta fase se pueden desarrollar entre otras las siguientes actividades, de conformidad con lo que para el efecto establezca el CNC:

- ° Simplificación y estandarización de los documentos bases de las convocatorias. Los pliegos de condiciones y términos de referencia son simplificados en aplicación de la nueva legislación que permita su uso electrónico, de acuerdo con la metodología señalada por el Ente Rector.
- ° Simplificación de los requerimientos y formatos exigidos a los proponentes: Es paralela a la simplificación de los documentos de la licitación y se traduce en reducción de costos en la presentación de las propuestas, permitiendo que las mismas y sus anexos obedezcan a parámetros simples y totalmente electrónicos.
- ° Implantación de mecanismos electrónicos de evaluación, selección y adjudicación: definida legalmente la posibilidad de efectuar procesos de adjudicación electrónica mediante criterios uniformes de calificación, el Sistema apropiará soluciones de comercio electrónico a la

contratación pública, tales como la implantación de la contratación directa mediante el sistema de “catálogo” las “Bolsas Virtuales”, así como la posibilidad de hacer uso de sistemas de subasta para la adjudicación en procesos cuya naturaleza lo permita, y la conformación dinámica de las ofertas en procesos más complejos.

° Agregación de demanda: una vez reformulado el marco legal tanto de la contratación como del sistema presupuestal, en lo que corresponda, el Sistema debe permitir la agregación de demanda entre diversas entidades públicas, a efecto de generar economías de escala que beneficien la eficiencia en la capacidad de compra pública.

Como es obvio, este proceso deberá acompañarse de la adopción de los mecanismos y recursos tecnológicos adecuados que, de una parte permitan la realización de lo planeado, pero que de otro permitan la realización segura de las operaciones.

5. Organización institucional

i. Estructura Provisional

En la coyuntura actual, en donde es necesario adoptar decisiones estratégicas que permitan la integración de un sistema electrónica y la definición de las autoridades que en el futuro serán los responsables de su dirección y administración, se debe conformar un grupo que temporalmente tome las decisiones necesarias para la formación de dicho Sistema.

Este grupo de trabajo que se denominará Comité Estratégico de Contratación Pública Electrónica estará a cargo de esta tarea y se integrará con las autoridades de las diferentes agencias gubernamentales que tienen que ver el tema de la contratación pública electrónica y su papel principal consistiría en allanar los obstáculos que existen actualmente para la adopción de un modelo definitivo en esta materia que lleven al diseño y montaje del sistema.

El comité estará integrado por la Vicepresidencia de la República, el Ministerio de Comunicaciones, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y el Departamento Nacional de Estadísticas. La contraloría General de la República asistirá a este comité en forma permanente con carácter de invitada.

Durante esta etapa la ejecución de los aspectos técnicos será responsabilidad de la Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones que se encargará desde el punto de vista técnico del diseño y montaje del sistema, utilizando los recursos del Fondo de Comunicaciones provenientes de recursos propios y del crédito BID para la Reestructuración de la Administración Pública.

ii. Estructura definitiva

El funcionamiento y administración del Sistema de Contratación Integral Electrónica se organizará en torno a la política que recomiende el CNC en materia tecnológica y las pautas y criterios que se definan para el manejo de la información.

Un elemento importante de la operación del sistema es su sostenibilidad financiera a largo plazo, teniendo en cuenta que en la actualidad no es deseable establecer mayores erogaciones para las entidades públicas o mayores costos para los proponentes que participan en los procedimientos de selección. En esa medida, la reforma de la Ley 80 de 1993 que se propone en este documento, debe contemplar la posibilidad de que el funcionamiento permanente del Sistema se realice con

los dineros que para ello sean asignados en el Presupuesto General de la Nación de lo que se recauda por concepto de la publicación de los contratos prevista la Ley 190 de 1995.

Para la ejecución de directrices y políticas, el Sistema de Contratación Integral Electrónica debe contar con un responsable técnico de su operación que será el encargado de prestar el soporte tecnológico y definir en detalle, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el CONPES, los aspectos técnicos atinentes a la operación del Portal Único de Contratación, la integración de los sistemas de información, la definición del formato único de captura de información, la definición técnica de los sistemas de seguridad adecuados, así como el desarrollo de las herramientas técnicas transaccionales previstas. El responsable técnico también tendrá la importante responsabilidad de proveer la capacidad y la infraestructura para el funcionamiento del sistema, así como velar por su adecuado mantenimiento y actualización.

La entidad y organismo que cumplirá esta función será señalado oportunamente por el Gobierno Nacional.

D. CAPACITACIÓN

El esfuerzo en lo regulatorio, institucional y electrónico deberá acompañarse de la necesaria inversión en la formación del capital humano que, al interior de la administración pública colombiana, esté en capacidad de asimilar los cambios culturales y técnicos que la reforma aquí propuesta conlleva. Por ello, será responsabilidad primordial del CNC, asegurar la más amplia divulgación del marco legal de la contratación pública, así como entrenar a los funcionarios responsables de la gestión contractual en la apropiación y uso de las nuevas herramientas que en pro de la eficiencia y de la transparencia de diseñen.

IV. RECOMENDACIONES

Con el propósito de materializar los objetivos del Estado Gerencial, el Departamento Nacional de Planeación recomienda al Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES:

1. Que el Gobierno Nacional, apoye el trámite y aprobación del proyecto de ley presentado a consideración del Congreso de la República que modifica aspectos puntuales de la Ley 80 de 1993, en el propósito de generar espacios de transparencia en la ejecución de recursos públicos y proporcionar mecanismos que conduzcan a la eficiencia en la gestión contractual de las entidades, de conformidad con las directrices contenidas en el presente documento.

2. Incluir dentro del proyecto de reforma de la Ley 80 de 1993 que se presentó al Congreso de la República, la propuesta normativa para el desarrollo de una instancia rectora de la contratación pública, así:

- Adición a las funciones del Consejo de Política Económica y Social – CONPES, haciéndolo responsable de señalar la política de contratación de las entidades públicas.

- Creación del Comité Nacional de Contrataciones CNC como instancia encargada de proponer al CONPES el estudio de todos aquellos asuntos relativos al diseño de la política contractual y de preservar la coherencia de los proyectos de ley, decretos reglamentarios y directrices relativas a asuntos contractuales, conformado por el Subdirector del DNP quien lo presidirá, un delegado del Vicepresidente de la República y los Viceministros de Hacienda y Comunicaciones como miembros permanentes, así como por los Viceministros y Directores de Departamento Administrativo como miembros ocasionales en representación de los sectores afectados por los

proyectos de decisión que se consideren.

Para el ejercicio de las labores de secretaría técnica del CNC, el Departamento Nacional de Planeación deberá contar con un equipo técnico de apoyo permanente.

3. Que la Agenda de Conectividad del Ministerio de Comunicaciones desarrolle los lineamientos del CONPES que conduzcan a la creación del Sistema Integral de Contratación Electrónica –SICE-, como una herramienta tecnológica de apoyo a la contratación pública que integra los sistemas de información actualmente existentes, incluyendo el creado por la Ley 598 de 1999 en la Contraloría General de la República, proporcionando información sobre la contratación pública y entregando a las entidades estatales herramientas para modernizar la gestión contractual a través de mecanismos electrónicos.

4. Que una vez constituido, el Comité Nacional de Contratación – CNC – formule a la mayor brevedad una estrategia de capacitación que asegure el capital humano necesario para materializar los objetivos de eficiencia y transparencia que constituyen el propósito fundamental de la política pública que se pretende adoptar por este documento.

(1) Banco Mundial (2002) “Corrupción, Desempeño Institucional y Gobernabilidad: Desarrollando una Estrategia Anticorrupción para Colombia.” Es pertinente señalar que los resultados presentados están basados en encuestas de percepción, realizadas en: Bogotá, Medellín, Cali, Cúcuta, Ibagué, Cartagena y Yopal, para un total de 8.308 entrevistas, divididas así: 3.493 usuarios, seleccionados entre las personas que visitaban las entidades públicas en busca de un servicio, permiso o licencia, 3.472 funcionarios públicos de 166 entidades públicas del nivel nacional, departamental y municipal en sus diversos niveles jerárquicos y 1.343 empresarios seleccionados al azar con base en registros de empresas existentes. No se enfatizó que las empresas tuvieran vínculos directos con el Estado en materia de negocios.

(2) “Estudio Probidad II Informe Preliminar”. Confecámaras, Mayo 2002

(3) “Probidad” de CONFECAMARAS encontró que el valor del soborno era del 16,3% del valor del contrato

(4) En la encuesta del BM el 75% de los empresarios encuestados se abstuvo de participar en licitaciones o concursos públicos y en la encuesta de Probidad este porcentaje asciende al 67,9%.

(5) El cálculo de estas cifras se realizó conjuntamente con la Dirección de Estudios Económicos del DNP, con base en las cifras del sector público consolidado.

(6) DAVILA, Luis Guillermo (2001), “Régimen Jurídico de la contratación estatal – una aproximación crítica a la ley 80 de 1993, Págs. 4-26.

(7) En este punto vale la pena resaltar el hecho de que muchos de los regímenes exceptivos a la aplicación de la Ley 80 de 1993 encuentran su origen en la propia ley, que al establecer tratamientos diferenciales para ciertas entidades y sectores, abrió la posibilidad de que se diseñaran procedimientos que en algunos casos no consultan los principios orientadores de la contratación pública.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.
Última actualización: 16 de mayo de 2024

