

**CAPACITACIÓN:
NOCIONES BÁSICAS Y HERRAMIENTAS PARA LA
PARTICIPACIÓN EN PROCESOS DE SELECCIÓN DE
CONTRATISTAS ADELANTADOS POR ENTIDADES
PÚBLICAS**

Dirección Jurídica
Secretaría General
Universidad de los Andes

Regulación de la contratación estatal

- LEY 80 DE 1993
- Ley 1150 de 2007
- Ley 1474 de 2011
- Decreto 019 de 2012
- DUR 1082 de 2015
- Ley 1882 de 2018

***Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad

***En lo no previsto: derecho privado

Régimen contractual de las entidades estatales (Verificar el régimen de la entidad al momento de iniciar la negociación)

EGCP (Regla general)

Aplicación de ley 80 de 1993 y demás normas que conforman el EGCP.

Entidades del art. 2 de la ley 80 de 1993

- Entidades del orden nacional
- Entidades territoriales
- Organismos de control
- Otras entidades

Excepciones a la aplicación del EGCP

- Entidades financieras de carácter estatal.
- Concesión de servicios y de las actividades de telecomunicaciones.
- Empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) y Sociedades de economía mixta (SEM).
- Universidades estatales.
- Banco de la República.
- Empresas Sociales del Estado.
- Empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios

*Aplican principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (y los principios rectores de la contratación estatal) y régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

** Tip: Revisar Manual de contratación de la entidad

Principios de la contratación estatal

Economía

Responsabilidad

Planeación

Transparencia

(SECOP)

Selección objetiva

(Modalidades de selección)

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

Inhabilidades

Limitación para contratar con las entidades estatales y obedecen a la **falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto** que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades. Ej: no podría ser contratista del Estado una persona a quién se le haya declarado la caducidad de un contrato estatal.

Incompatibilidades

“Imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades o situaciones”. Tiene como fin **prevenir la posible configuración de un conflicto de interés**. Ej: Servidores públicos no pueden contratar con el Estado

Algunas inhabilidades e incompatibilidades

Inhabilidades

A quien se le haya declarado la caducidad de un contrato.

Quien haya sido sancionado disciplinariamente con destitución.

Quien haya sido condenado por los delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno.

Incompatibilidades

Exmiembros de juntas directivas de la entidad (1 año).

Parientes de miembros de juntas directivas o consejos directivos de la entidad contratante.

Parientes de personas que ejerzan control interno o fiscal de la entidad contratante.

Quien haya ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades de las cuales estos hagan parte durante los dos (2) años siguientes a la fecha de retiro del ejercicio del cargo público.

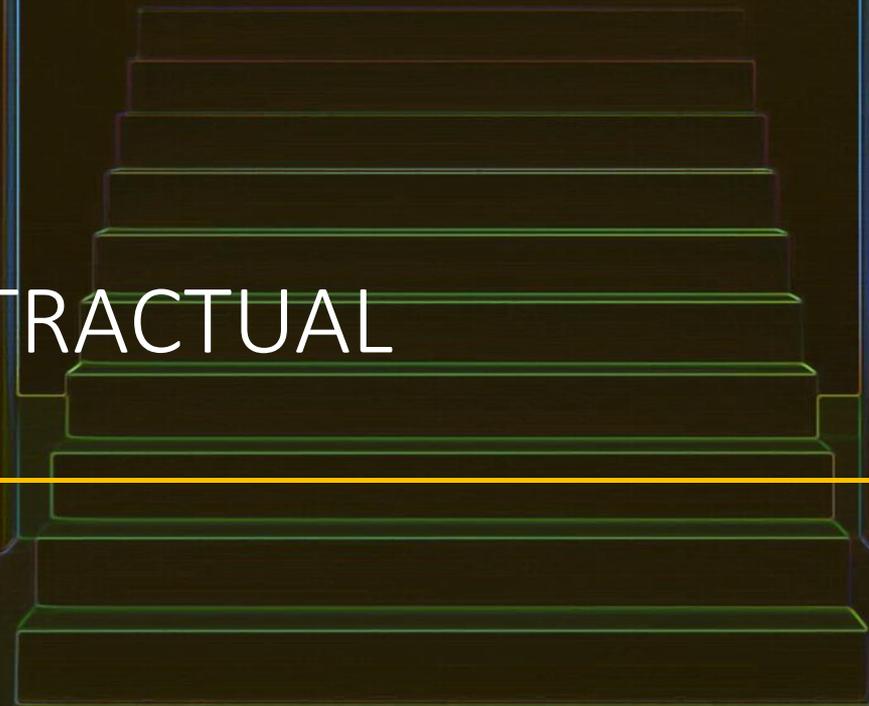
Etapas de la contratación estatal

Etapa
precontractual

Etapa
contractual

Etapa
poscontractual

ETAPA
PRECONTRACTUAL



Etapa precontractual

Fase de planeación

Fase de invitación a contratar

Fase de selección de contratista

Documentos precontractuales

Estudios previos

- De conformidad con lo establecido en el Artículo 2.2.1.1.2.1.1, del Decreto 1082 de 2015, los estudios y documentos previos son el soporte del proyecto de pliego, el pliego de condiciones y el contrato
- Deben incluir autorizaciones, aprobaciones, **estudio de mercado**, diseños, **análisis del sector**, matriz de riesgos y el CDP, que sirvan de soporte para la contratación

Proyecto de pliego de condiciones

- Artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, “con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento”
- **IMPORTANTE:** Presentar observaciones.

Pliego de condiciones

- Reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general,
- Acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico. Se convierten en cláusulas vinculantes del mismo.
- **IMPORTANTE:** Presentar observaciones

Cotización vs propuesta

Cotización

- Estudio de mercado
- No vinculante

Propuesta

- Producto de una invitación pública o privada
- Vinculante, incluso en cuanto al valor agregado que se haya ofrecido y que no haya sido exigido en la convocatoria.
- No puede incluir costos atribuibles al contratista (garantías – pólizas)

Modalidades de selección

Licitación pública

Concurso de méritos

Selección abreviada

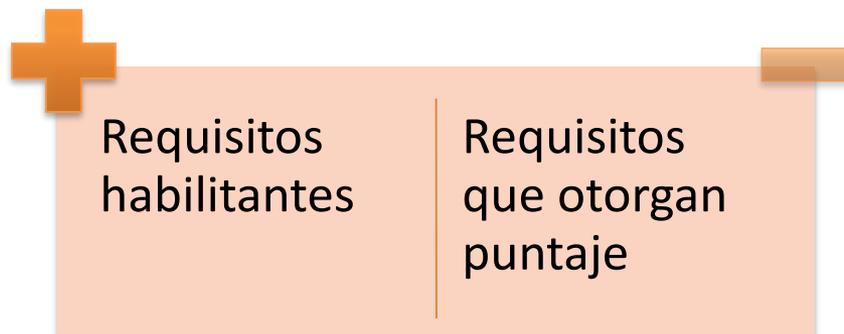
Mínima cuantía

Contratación directa

Ejemplo procedimiento – Licitación pública



Reglas de subsanabilidad generales



Importante: En ningún caso se podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso (vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas). Lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas.

Entonces:

Una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para efectos de saber si se pueden subsanar, la Administración se debe preguntar: **(i)** si lo que hace falta es un documento que afecte la asignación de puntaje o no y, **(ii)** si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso.

Reglas de subsanabilidad especiales

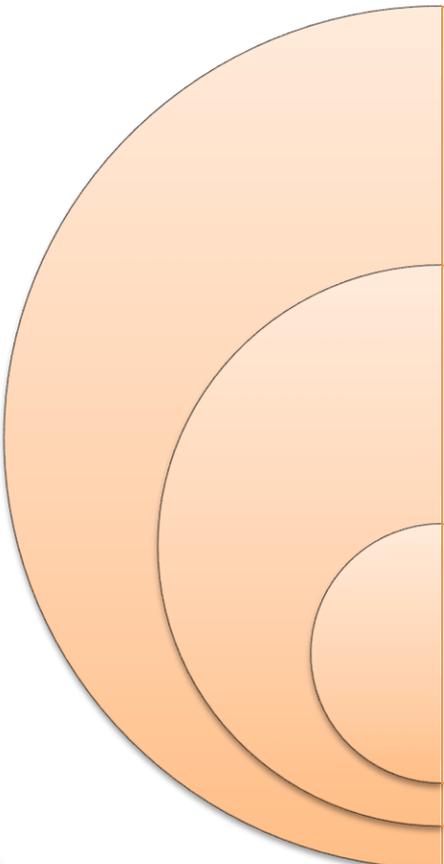
Garantía de seriedad de la oferta

El párrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, excluye expresamente la posibilidad de subsanar la falencia de no aportar la garantía de seriedad garantía de seriedad junto con la propuesta. El párrafo 3 de la norma mencionada establece: “La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma”.

Lo anterior teniendo en cuenta que si la garantía no se presenta de manera concomitante con la oferta, en el evento que el proponente retirara su propuesta, la entidad no puede reclamarle los perjuicios causados, pues no contaría con la garantía para hacerlo y, por lo tanto, se vería afectado el proceso de selección.

La regla contenida en el párrafo citado debe aplicarse cuando la garantía de seriedad no se entregó con la presentación de la oferta. Por ello, en principio, se podrían corregir los errores de la garantía, siempre y cuando estos se pretendan corregir, modificar o enmendar y no se enmarquen en el supuesto de no presentación de la garantía de seriedad junto con la oferta, por lo que es posible enmendar ciertas falencias

Presentación del RUP en los procesos



Mientras se completa el proceso de renovación y queda en firme el RUP, la Universidad podrá participar en procesos de selección con la información del RUP ANTERIOR, siempre que la renovación se haya presentado en cumplimiento de todos los requisitos legales (plazo).

Sin embargo, dependiendo de diferentes factores (p.e. régimen de contratación), la entidad que adelanta el proceso de selección podrá establecer una regla diferente en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, además, eventualmente la Universidad requiera acreditar experiencia específica a través de uno o varios contratos que no se encuentran incluidos en el RUP ANTERIOR y que hacen parte del proceso de renovación que se está surtiendo ante la Cámara de Comercio.

Tip: Verificar detalladamente los requisitos de cada proceso de selección respecto a la validez del RUP para la acreditación de experiencia y en caso de dudas consultar previamente con la Dirección Jurídica antes de dar inicio a la etapa de elaboración de las propuestas.

Acto administrativo de adjudicación

- El acto de adjudicación se asemeja a la aceptación de la oferta en los contratos de derecho privado, con la diferencia de que en estos, la aceptación oportuna perfecciona el respectivo contrato, como regla general, salvo en los denominados contratos solemnes y reales, y hace surgir los derechos y obligaciones pactados o derivados del mismo.
- Por su parte, en los contratos estatales, debido a su carácter solemne definido por la ley (artículo 41 de la Ley 80 de 1993), estos no se perfeccionan con la notificación del acto de adjudicación, sino con la suscripción, por las dos partes, del documento que contenga las respectivas cláusulas o estipulaciones, con algunas pocas excepciones

(Sentencia Consejo de Estado. Exp. 2346).

Decreto 092 de 2017 – Contratación directa de ESALes privadas

- Los convenios de asociación (art. 5) que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero* para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.
- Siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

ETAPA CONTRACTUAL

Signature

Date



Diferencia entre contratos y convenios

| Contratos | Convenios |
|-------------------------------------|---|
| Definición. Relación sinalagmática. | Definición. Aunar esfuerzos. Durante la ejecución: informes y soportes financieros Contrapartida Devolución de dineros no ejecutados |

Perfeccionamiento y legalización del contrato

El perfeccionamiento de un contrato estatal hace referencia al acuerdo de voluntades al que llegan las partes sobre el objeto y la contraprestación, el cual se eleva por escrito. Por su parte, la legalización del contrato es un término que no contempla la normativa del Sistema de Compra Pública y que en la práctica se utiliza para referirse a todos los requisitos que deben cumplir las partes del contrato antes de iniciar su ejecución.

Antes del inicio del contrato, deben cumplirse los siguientes requisitos de ejecución: (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.

*OJO: No se recompensan labores previas o preparatorias.

Cláusulas excepcionales

-  Son propias de la contratación estatal
-  Deben ser excepcionales.
-  No son de aplicación generalizada a todos los contratos que celebran las entidades públicas.
-  Son restrictivas y taxativas

Cláusulas excepcionales



Cláusulas excepcionales

¿Cuándo no se pactan?

En los siguientes contratos está expresamente prohibido pactar cláusulas excepcionales:

- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia.
- En las donaciones.
- En los contratos de empréstito, de arrendamiento, de seguro y los interadministrativos.
- En los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° del Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

Otras cláusulas no excepcionales

Multas

La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración (Concepto Sala de Consulta 2040, 2010).

Cláusula penal pecuniaria

La cláusula penal consiste al igual que en el derecho privado, en una estipulación en la que se fija anticipadamente el valor de la indemnización que cada parte puede reclamar por el incumplimiento de las obligaciones de la otra. (ESCOBAR GIL, Rodrigo. "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública". 1 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 1999. p. 388 y s.s.)

Otras cláusulas no excepcionales

| Multas | Cláusula penal pecuniaria |
|---|--|
| Diferencias | |
| Asegurar que la obligación sea cumplida a través de medidas de coacción. | Reparar el perjuicio causado por el incumplimiento de la obligación, |
| Medidas provisionales. | Medida coercitiva definitiva. |
| Apremiante. | Coercitiva y compensatoria. |
| No se impone al finalizar el contrato, si no durante la vigencia de su ejecución. | Se impone frente al incumplimiento definitivo de la obligación, se hace necesaria. |
| No tiene carácter indemnizatorio. | Presupone un cálculo anticipado y definitivo de perjuicios. |

Otras cláusulas no excepcionales

Multas

Cláusula penal pecuniaria

Semejanzas

Son accesorias depende de la existencia de un contrato.

Son condicionales, dependen del incumplimiento de una obligación.

Son exigibles en dinero y con la finalidad de ser garantía dentro del proceso.

Incumplimiento contractual

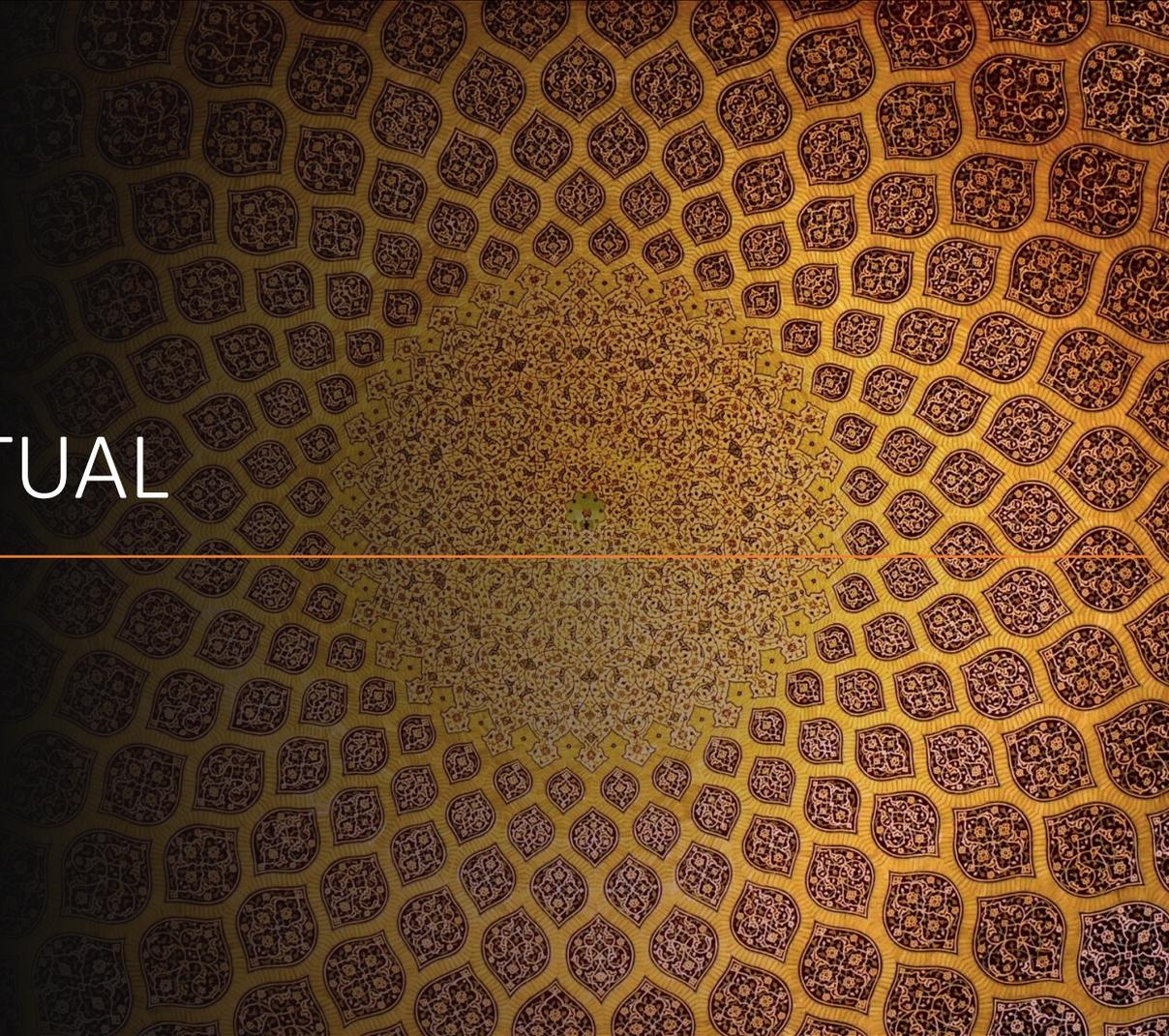
- Desde artículo 17 de la ley 1150, la facultad que tiene la administración pública para imponer multas contractuales y hacer efectivas las cláusulas penales en los contratos estatales, se compone de una facultad sancionatoria del estado en materia de contratos, así como el poder sancionatorio que le otorga la Ley 80 de 1993 en sus artículos 22, 31 y 51 a las entidades públicas que sometidas al estatuto general de contratación, para que impongan sanciones mediante actos administrativos con mérito ejecutivo ante un incumplimiento contractual, y sin necesidad de acudir al juez. Así mismo, la ley atribuye a las entidades públicas la potestad de establecer las cuantías para las multas y la cláusula penal pecuniaria aplicables a los contratos, en virtud de las faltas e incumplimientos del contratista.
- Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. (Art. 86. Ley 1474 de 2011).
- Se puede declarar, incluso después del vencimiento del plazo, siempre que su objetivo no sea la imposición de multas.

Aspectos a tener en cuenta durante la ejecución

Mantener vigentes pólizas (el Decreto 1082 señala que la garantía de cumplimiento debe estar vigente hasta el acta de liquidación). Las demás, deben tener la vigencia que estipule el contrato.

Informar oportunamente por escrito a la supervisión sobre cualquier obstáculo o dificultad que se presente durante el proceso.

ETAPA POSCONTRACTUAL



Acta de liquidación

La liquidación del contrato se puede entender como un corte de cuentas, en el que se hace un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado. Las partes contratantes establecen o definen el estado en que queda el contrato una vez ejecutado o terminado, es decir, determinan el estado en que están dispuestas a recibir y sumir el resultado de la ejecución (C.E., Sec. Tercera, Sent. 21483, jul.18/2012).

La liquidación bilateral se hará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o en el término convenido entre las partes. En caso que no se haya fijado el término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación (Ley 1150 de 2007, art. 11).

Importante realizar las salvedades u observaciones que sean relevantes para una futura reclamación, indicando claramente el motivo de disenso.