



FUERZA DE RESPUESTA SOCIAL ANTICORRUPCIÓN

Bogotá D.C. Julio 23 de 2020

Doctor

José Andrés O'Meara Riveira

Director Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente

Ref: Preocupaciones sobre la aplicación de pliegos tipo y su reglamentación por Colombia Compra Eficiente

Apreciado Director O'Meara:

La Fuerza de Respuesta Social Anticorrupción (FUERZA), una coalición de organizaciones de la sociedad civil comprometidas con la prevención y sanción de la corrupción, acorde con sus postulados y preocupada por la transparencia en la contratación estatal, considera su obligación poner a consideración de su despacho algunas reflexiones a propósito de la aprobación de la ley que ordena extender la utilización de *documentos tipo* a todos los sectores de la economía.

Para hacer el análisis, resulta imperativo revisar lo ocurrido con la utilización de documentos tipo en el sector transporte desde el 1 de abril de 2019 y el impacto que ha causado la utilización de la Versión 2 de Pliegos Tipo desde el 10 de marzo de 2020.

Sea lo primero manifestar nuestra total complacencia con la decisión de adoptar documentos tipo. La discrecionalidad de los ordenadores del gasto al establecer requisitos habilitantes y particulares - por no decir exóticas - formas de evaluación de las ofertas, facilitaban la corrupción a través de la confección de los conocidos "Pliegos Sastre", por estar hechos "a la medida" del oferente que se pretendía favorecer. Las cifras de número de participantes en las convocatorias públicas que mostraban los resultados de los estudios realizados por la Sociedad Colombiana de Ingenieros (SCI) desde 2013, y por la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI) en el mismo año, eran alarmantes. Según dichos estudios, en el 85% de los procesos de licitación analizados solamente se presentaba UN OFERENTE. Una de las hipótesis que explicarían esa situación es que otros oferentes potenciales no presentaban oferta porque sabían de antemano que el pliego estaba direccionado para favorecer a una empresa en particular. La adopción de los pliegos tipo (versión 1) permitió que en el 85% de las convocatorias que usaron los pliegos tipo el promedio de oferentes se multiplicara hasta por veinte en muchas entidades y territorios.

Sin perjuicio de lo anotado, y probado como está que los documentos tipo resultaron efectivos para promover la pluralidad, era deseable que, además, la novedosa herramienta fuera idónea para

garantizar la transparencia en la evaluación del criterio *precio* en los procesos de selección de constructores y, por ello, desde la publicación de los primeros borradores la SCI y la CCI insistieron en señalar que era fundamental que la fecha escogida para la TRM que definía la fórmula para otorgar puntaje al criterio *precio*, solo se conociera una vez estuvieran definidas las ofertas habilitadas (día de adjudicación). Lamentablemente la Versión 1 del Pliego Tipo no acogió la recomendación y durante casi un año las evaluaciones tuvieron ese reparo. Sin embargo, la meta de elevar el número de participantes se logró con la estandarización de los requisitos habilitantes en materia de experiencia e indicadores financieros.

Los pliegos tipo erradicaron de los pliegos de condiciones del sector transporte absurdas exigencias de experiencia en cantidades de obra y de ítems que muchas veces eran irrelevantes para el proyecto pero que se convertían en el “factor diferenciador” que, anticipadamente, señalaba el ganador de la licitación. Lo propio ocurría con los indicadores financieros, que al ser distantes de la realidad del sector impedían la participación de oferentes idóneos, pues no cumplían las exigencias exóticas que obedecían al capricho del ordenador del gasto o del confeccionador del pliego. Hoy, que tenemos procesos de selección del sector transporte con pliego tipo, y de otros sectores, también de la construcción, como edificaciones, por ejemplo, que no los tienen, las enormes diferencias, en cuanto hace a requisitos habilitantes, pueden generar graves daños sobre la aspiración de alcanzar la pluralidad de oferentes.

El 10 de marzo de 2020 entró en vigencia la Versión 2 de Pliegos Tipo que, si bien corrige la fecha de la TRM, atendiendo los reclamos del sector constructor, introdujo tres elementos nuevos y “revivió” un protocolo que había desaparecido, por prestarse para manipulaciones por parte del contratante. Por considerarlo fundamental en la elaboración de los documentos tipo para los otros sectores como lo ordenó la ley, consideramos pertinente analizar los nuevos elementos y el protocolo que trajo la Versión 2, que consideramos – en sintonía con los gremios usuarios de la norma – inconvenientes para la actividad precontractual, que obviamente repercute en el posterior desarrollo del contrato. Veamos:

1. La visita de obra

La *visita de obra* ya existió como figura y la ley la suprimió por dos cosas: i) por inútil y ii) por promotora de trampas que permitían limitar la libre concurrencia.

Hoy se pretende hacer incurrir en gastos inútiles a los potenciales oferentes, que solo podrá recuperar, eventualmente, el ganador. Para evitar las trampas que impedían la libre concurrencia (cambio de sitio u hora, calidades y documentos para quien realiza la visita), se establecieron reglas de juego pero no se garantiza que la visita sea útil, pues si la atienden funcionarios que no conocen el proyecto, ¿qué dudas resuelve quien hace la visita?

¿Si la visita es fundamental en el desarrollo de la obra, los proyectos adelantados durante el confinamiento y en vigencia de la Resolución 080 de 2020 expedida por Colombia Compra Eficiente (CCE) fracasarán? Definitivamente NO.

En lugar de poner a la gente a viajar, ¿no resulta más práctico, económico y ecológico programar una reunión virtual, con participación de contratante, diseñadores y potenciales oferentes donde se presente el proyecto y se resuelvan las dudas con quienes tienen el detalle del proyecto porque lo concibieron, estudiaron, diseñaron, presupuestaron y programaron? Definitivamente SI.

Pero además, si quiere impedirse la colusión es mucho más fácil hacerlo cuando hay factor sorpresa en el número de oferentes que cuando, desde el principio, se sabe quiénes son los únicos que podrán presentar oferta, no por ser los mejores, sino por haber asistido a una visita inútil y costosa.

Obviamente a quienes más golpea la visita es a los más pequeños, que tendrán que escoger a cuál visita asistir pues no pueden sufragar los gastos para cumplir el requisito en todas.

En síntesis, el “añadido” que hizo la versión 2 de pliegos tipo de revivir la visita de obra, no le hace bien al propósito de los documentos de promover la pluralidad y preservar la transparencia.

Sobre la visita de obra no se pronunció la Resolución 116 del 21 de julio de 2020

2. Nuevos factores para evaluar calidad

La versión 2 de Pliegos Tipo establece tres nuevos criterios para calificar la calidad en los procesos de selección: i) extensión de garantía de estabilidad, ii) cuadrillas adicionales sin costo para la entidad, y iii) mantenimiento rutinario sin costo para la entidad.

2.1. Extensión de la garantía de estabilidad

La asignación de puntos en la calificación de las propuestas de los proponentes interesados que se desprenden de la extensión de la garantía de estabilidad es un error.

Si el gobierno como comprador considera que la estabilidad debe ser superior a cinco años (el periodo estipulado en las normas hasta este año), debería establecerlo así, de forma tal que todos los proponentes pudiesen ofrecer igual garantía. Así, las obras se encarecerían en función de la nueva duración de la extensión de la garantía que la administración decida exigir; y se beneficiarían las compañías de seguros si no hubiese siniestros, o las entidades, si los hubiere. Pero cuando la extensión de la garantía otorga puntos, de tal manera que quien más garantía da más puntos obtiene, se despoja de la competencia para adjudicar los contratos al ordenador del gasto y se confía esa delicada e indelegable función en las compañías de seguros y en los bancos, que otorgarán o no las garantías extendidas con criterios, exclusivamente, comerciales.

Obviamente, esta decisión apunta a favorecer no solo a los proveedores del producto, garantía extendida, sino a quienes mayor capacidad económica tengan para comprar mayor cobertura. Esto quiere decir que primará el tener, sobre el hacer y el saber, situación que en la ingeniería es inaceptable.

La decisión tomada a través de la Resolución 116 en el sentido de que el ofrecimiento adicional se limite al 50% de la garantía inicialmente ofrecida no desvirtúa el argumento planteado pues sigue siendo subrogada en un tercero la adjudicación del puntaje por garantía extendida.

2.2. Cuadrillas adicionales

La otra novedad que trae la Versión 2 del pliego tipo fue entregar puntaje por ofrecer “cuadrillas de trabajo adicional a costo y riesgo del contratista”.

La primera pregunta que surge cuando se lee tan peculiar requerimiento para obtener puntaje, el cual se otorga en forma lineal, de tal manera que quien más regale más puntos obtiene, es la siguiente: ¿Acaso en la planeación del proyecto no se establecieron las cuadrillas necesarias para entregar el proyecto en el plazo previsto?

Una segunda pregunta sería: ¿Cuál es la razón para tener más cuadrillas? Y alguien podría responder: “para terminar más rápido”. Y allí encontramos que se estaría calificando el menor plazo de ejecución, pero esa circunstancia está prohibida expresamente por la ley.

Veamos el artículo 88 de la ley 1474 de 2011, que modificó el artículo 5 de la ley 1150 de 2007. Dice la norma:

“La oferta más favorable será aquella que teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. EN LOS CONTRATOS DE OBRA, EL MENOR PLAZO OFRECIDO NO SERÁ OBJETO DE EVALUACIÓN”. (mayúsculas y subraya fuera de texto)

Pero el problema no se limita a que la nueva regla sea contraria a la ley. Tener cuadrillas ociosas no tiene ningún efecto positivo para la obra y mucho menos resultados económicos favorables para el contratista. Ver el asunto con números facilita el ejercicio. Para ello acudimos a los mismos ejemplos utilizados por la expresidenta de la SCI, ing. Diana Espinosa Bula, en un conversatorio promovido por el Colegio de Abogados Administrativistas:

Una cuadrilla de cinco ayudantes, con todas las prestaciones de ley y los protocolos de bioseguridad, hoy vale \$8.000.000, en un proceso de selección en el municipio de Alvarado, Tolima, con un presupuesto oficial de \$789 millones de pesos. Un oferente ofreció, para ganar los puntos, 10 cuadrillas. Si el contrato tiene una duración de tres meses, el “regalo” equivale al 30% del Presupuesto Oficial.

El ejemplo sugiere estas preguntas:

- ¿Resulta lógico el ofrecimiento?
- ¿Es el mejor contratista este irresponsable?

- ¿Qué motivó al oferente a hacer un ofrecimiento tan absurdo?
- ¿Un contratista responsable se prestará a competir en juego con esas reglas?
- ¿Puede resultar una buena práctica llevar a los oferentes a hacer este tipo de propuestas?
- ¿Podrá cumplir ese ofrecimiento?
- ¿Caben las 10 cuadrillas en el proyecto?

Ahora bien, si no estuviera prohibido calificar el menor plazo y por tanto fuese viable el ofrecimiento de cuadrillas gratis, ¿quiénes lo podrían hacer? Simple: Los que tengan capacidad económica, es decir, ponemos en primer lugar el *tener* sobre el *hacer* y el *saber*.

Es relevante anotar que la publicación de la Resolución 116 prácticamente coincidió con el cierre de un proceso en la Gobernación del Valle, en el cual un oferente, por ganar el puntaje, hizo un ofrecimiento, incumplible, de 150 cuadrillas. Pretendiendo evitar que esta circunstancia se repita, propone el acto administrativo poner límite al ofrecimiento de cuadrillas, lo cual no resuelve el problema de fondo y es que, en últimas, se está evaluando el plazo de ejecución que, como se afirmó en párrafos precedentes, está prohibido.

2.3. Mantenimiento adicional

La tercera "innovación" que trajo la Versión 2 del pliego tipo es otorgar puntaje por hacer mantenimiento rutinario, sin costo alguno para la entidad. ¿Podría considerarse esto como un enriquecimiento sin causa a favor del estado? ¿Es eso lícito?

Pero superados favorablemente esos escollos: ¿De dónde saldría la plata para ese mantenimiento? ¿El contrato sigue en ejecución hasta que culmine el mantenimiento ofrecido?

Para ver las consecuencias de esta iniciativa compartimos otro ejemplo de la ingeniera Espinosa, en el mismo evento:

Se trata de un proceso para la construcción de una vía en El Dorado Meta, cuyo presupuesto oficial era \$2.520 millones. Como según el pliego tipo obtiene el mayor puntaje quien más ofrezca mantenimiento, y la distribución se hace mediante regla de tres simple, en el proceso que nos ocupa se presentaron 36 oferentes y hubo ofrecimientos de: 370 meses, 300, 288, 240, y quien menos ofreció 3 meses.

El ejemplo también sugiere preguntas:

- ¿Resultan comparables ofertas tan disímiles?

Estos ofrecimientos debieron impulsar el establecimiento del límite del mantenimiento a 7.5 años (30 meses), que sin estar presupuestados pretendería el contratante recibir a cambio de unos puntos, con las consecuencias ya anotadas. No se trata, entonces, de establecer unos límites para evitar ofrecimientos desbordados. Es menester que lo que se paga corresponda a lo que se hace, a lo que se proyectó y a lo que se presupuestó.



FUERZA DE RESPUESTA SOCIAL ANTICORRUPCIÓN

Para concluir, podemos decir:

La respuesta al anterior cuestionario nos lleva a sugerir desestimar la visita y los ofrecimientos a título gratuito que se han propuesto para calificar la calidad, por cuanto pueden tener un efecto contrario al que tuvo en cuenta CCE cuando los diseñó. Mantener estos elementos nuevos podría tener como consecuencia la disminución de oferentes no solo en *cantidad*, sino, y es lo más grave, en *calidad*, pues las empresas serias no están dispuestas a cambiar cuadrillas o mantenimiento gratis por puntos.

Hay otros asuntos que resulta importante revisar antes de ampliar los documentos tipo a otros sectores. A título de ejemplo, podríamos mencionar la opción que deja el pliego tipo de no otorgar anticipo, situación que, además de encarecer la obra, puede convertirse en talanquera para participar a aquellos que no cuenten con posibilidad de crédito para financiar una obra que tiene garantizados los recursos y que, seguramente, en el presupuesto no tuvo en cuenta los costos de financiación en que, innecesariamente, hace incurrir al contratista.

Esperamos que esas reflexiones y recomendaciones sean recibidas con el mismo ánimo que las escribimos y que buscan que Colombia pueda contar con instrumentos idóneos para garantizar una contratación pública decente y libre de corrupción.

Recibiremos comunicaciones relacionadas con este documento en el correo electrónico: estudiosanticorruption@gmail.com

Cordialmente,

Iván Velásquez Gómez – Corporación Justicia y Democracia

Jesús Rodrigo Fernández – Experto en Contratación Estatal

Camilo A. Enciso Vanegas – Instituto Anticorrupción

Margie Mojica – Instituto Anticorrupción

Catherine Juvinao – Trabajen Vagos

León Valencia – Paz y Reconciliación

Daniela Sánchez – Paz y Reconciliación

Ariel Ávila – Paz y Reconciliación