



Entidad originadora:	<i>Departamento Nacional de Planeación y Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–</i>
Fecha (dd/mm/aa):	<i>26/11/2020</i>
Proyecto de Decreto/Resolución:	<i>“Por el cual se modifican los artículos 2.2.1.1.2.1.1., 2.2.1.2.1.3.2., 2.2.1.2.3.1.14., se adiciona un párrafo transitorio al 2.2.1.1.1.5.2. y se adicionan dos párrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”</i>

1. ANTECEDENTES Y RAZONES DE OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA QUE JUSTIFICAN SU EXPEDICIÓN

El artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. En desarrollo de la atribución anterior, se expidió el Decreto 1082 de 2015 con el objetivo de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen en el sector administrativo de planeación nacional, donde se incluyen las disposiciones relacionadas con la contratación estatal.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante el Decreto se pretenden modificar 5 artículos del Decreto 1082 de 2015, con los siguientes objetivos: i) el artículo 2.2.1.1.2.1.1, con la finalidad de permitir que se publiquen las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea un concurso de méritos, lo que actualmente prohíbe la norma citada. ii) El artículo 2.2.1.2.1.3.2. con la finalidad de modificar las reglas aplicables a los concursos de méritos. iii) El artículo 2.2.1.2.3.1.14. relacionado con la suficiencia de la garantía de estabilidad y calidad de la obra, para establecer vigencias especiales, atendiendo a la complejidad de las obras a ejecutar. iv) Transitoriamente los artículos 2.2.1.1.1.5.2. y 2.2.1.1.1.5.6., para que el Registro Único de Proponentes contenga información financiera de los oferentes en relación con los últimos 3 años, no solo del último año como sucede actualmente, lo que solo aplicaría para las inscripciones y renovaciones que se realicen en el 2021. A continuación se desarrollará el análisis pertinente frente a cada una de las modificaciones:

i) El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 1, Sección 2, Subsección 1 del Decreto 1082 de 2015 establece los contenidos generales de los Estudios y Documentos previos que soportan los procesos de contratación. En particular, el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1. exige que en los estudios previos se incluya el valor estimado del contrato y la «justificación del mismo». Además, que cuando el valor se establezca en precios unitarios, la entidad debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en ellos. Finalmente, dicha disposición, siendo lo más relevante para estos efectos, prescribe que «*la Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos*» y que si el contrato es de concesión, la entidad estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.

En relación con lo anterior, si bien el legislador, en la Ley 1508 de 2012, en el artículo 11, estableció la reserva legal del modelo financiero en los proyectos de asociación público privada (APP) de iniciativa pública, no hizo algo similar en relación con las variables utilizadas para calcular el valor del contrato en



los concursos de méritos. En tal sentido, no existe una reserva de orden legal que fundamente la prohibición de publicar dichas variables.

Además de que se carece del fundamento indicado, en consideración a la importancia de conocer los valores y criterios utilizados por las entidades estatales, que le sirvieron de soporte para definir el valor estimado del contrato en la modalidad de selección de concurso de méritos, es necesario establecer el deber de publicación de dichos análisis.

En efecto, se considera conveniente dar publicidad a la forma como se calcula el valor del contrato en los concursos de méritos, con la finalidad de garantizar al máximo los principios de publicidad y transparencia. Además, para que los interesados, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, puedan realizar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, que debe incluir el valor estimado del contrato.

ii) Con respecto al segundo aspecto, relacionado con las reglas de los concursos de méritos, el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que en los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto, pudiendo utilizarse criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En tal sentido, la nueva regulación mantiene el deber de evaluar con puntos en los concursos de méritos: a) la experiencia del interesado y del equipo de trabajo, y b) la formación académica del equipo de trabajo. Sin embargo, se elimina la referencia a las publicaciones técnicas y científicas, sin perjuicio de que las entidades, cuando lo consideren relevante, incluyan factores de evaluación dirigidos a ponderar dichas publicaciones. Incluso, sin perjuicio de que incluyan criterios de evaluación adicionales.

De otro lado, resulta procedente modificar las reglas de los concursos de méritos, teniendo en cuenta que mediante 2 autos del Consejo de Estado se suspendieron provisionalmente 4 numerales de los 6 establecidos en el artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 –que se pretende modificar–. En este sentido, se justifica expedir una norma que establezca de forma clara las reglas aplicables a los concursos de méritos, toda vez que con los autos de suspensión provisional la regulación quedó desestructurada, propiciando inseguridad jurídica respecto a las reglas aplicables a esta modalidad de selección¹.

iii) El artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 faculta al Gobierno Nacional para señalar las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales. Además, establece que el Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que, por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

¹ En efecto, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 se suspendió provisionalmente mediante la siguiente providencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Exp. 56.165. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

De otro lado, los numerales 3, 4 y 5 fueron suspendidos provisionalmente en la siguiente providencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Exp. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



Con fundamento en la facultad otorgada por la Ley 1150 de 2007, el Presidente de la República, mediante el Decreto 1082 de 2015, reglamentó el régimen de garantías. En este Decreto se establecen las condiciones generales para su otorgamiento en los contratos celebrados con las entidades estatales, indicando el tipo de garantías que los oferentes o contratistas pueden presentar para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, su cobertura y suficiencia.

En particular, el artículo 2.2.1.2.3.1.7 prevé que la garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir, entre otros, el amparo de estabilidad y calidad de la obra que ampara los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

Además, el artículo 2.2.1.2.3.1.14 –que se pretende modificar–, establece que la garantía de estabilidad y calidad de la obra debe estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la entidad recibe a satisfacción la obra. Dicho artículo además establece que la entidad debe determinar el valor de esta garantía en los pliegos de condiciones, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato. Finalmente, la disposición prescribe que se puede aceptar que esta garantía tenga una vigencia inferior a cinco (5) años previa justificación técnica de un experto en la materia objeto del contrato.

La regulación contenida en la norma citada ha dado lugar a que las entidades estatales exijan una garantía de 5 años para cualquier tipo de obra, sin distinción alguna. Debido a ello, es importante definir el término de su vigencia atendiendo a la complejidad técnica y riesgos asociados a cada contrato, de manera que se establezcan términos diferenciados, toda vez que en la práctica siempre se solicita el de 5 años, que puede ser un término excesivo para ciertos contratos de menor complejidad técnica. En este sentido, con la nueva regulación se establece la posibilidad de exigir garantías con una vigencia inferior, particularmente, en los contratos de menor complejidad técnica, en los que, en todo caso, se debe exigir una garantía de estabilidad y calidad de las obras que no sea inferior a un año, pudiendo exigirse, claro está, un término mayor.

iv) La Subsección 5, Sección 1, del Capítulo 1, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 desarrolla el Registro Único de Proponentes –RUP–. De acuerdo con la regulación actual en el RUP solamente se certifica la capacidad financiera de los proponentes, de acuerdo con los indicadores financieros del último año al momento de la inscripción o renovación del Registro.

Debido al impacto negativo en la economía del país, generado por la pandemia del COVID - 19, reconociendo la realidad financiera de muchas de las personas naturales y jurídicas que fueron afectadas por ella, y con la finalidad de permitir la reactivación económica, es conveniente modificar transitoriamente algunos artículos de la Subsección 5, Sección 1, del Capítulo 1, del Título 1, de la Parte 2, del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, para que el Registro Único de Proponentes contenga información financiera de los oferentes en relación con los últimos 3 años, lo que solo aplicaría para las inscripciones y renovaciones que se realicen en el 2021.

Lo anterior se fundamenta en las afectaciones generadas a los indicadores financieros con corte a 2020, toda vez que, debido a la pandemia del Coronavirus COVID – 19, dichos indicadores para muchos posibles proponentes se vieron fuertemente afectados, particularmente los de las Mipymes. Por esta razón, en aras de la reactivación económica se considera conveniente que el RUP refleje la información financiera de los últimos 3 años.



Las modificaciones anteriores brindarán herramientas adicionales a las entidades estatales para que, en su deber de planeación y de análisis del sector, determinen los requisitos habilitantes exigibles en sus procedimientos de selección, particularmente, en relación con la capacidad financiera de los proponentes, teniendo en cuenta la situación actual originada en la pandemia. Lo anterior, toda vez que si bien hay sectores de la economía que no fueron afectados significativamente por ella, la mayoría de ellos sí han sufrido estos efectos negativos. En tal sentido, deben adicionarse parágrafos transitorios a los artículos 2.2.1.1.1.5.2. y 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, que se aplicarán a las inscripciones y renovaciones del RUP que se realicen en el 2021.

Mediante la inclusión en el RUP de la información financiera de los últimos 3 años se permitirá que las entidades estatales en sus procedimientos de selección y en desarrollo de su deber de planeación, puedan tener en cuenta indicadores financieros de estas vigencias anteriores, para medir la capacidad financiera y organizacional de los proponentes. Esto permitirá que los interesados en celebrar contratos con el Estado que vieron afectados estos indicadores debido a la pandemia y las restricciones al desarrollo de las actividades económicas, dirigidas a evitar la propagación del virus, puedan seguir participando en estos procedimientos de selección, fomentando la pluralidad de oferentes y sirviendo como impulso para la reactivación económica, al protegerse especialmente a las Mipymes, empresas para las cuales es más difícil normalizar su actividad económica.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETOS A QUIENES VA DIRIGIDO

Teniendo en cuenta que se pretende modificar el Decreto 1082 de 2015, el proyecto de Decreto está dirigido a todas las entidades estatales del país, cuya actividad contractual se rija por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

3. VIABILIDAD JURÍDICA

3.1 Análisis de las normas que otorgan la competencia para la expedición del proyecto normativo.

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Además del fundamento general anterior, que ampara la regulación propuesta en el proyecto de Decreto, también debe tenerse en cuenta que la Ley 1150 de 2007, artículo 5, numeral 4, establece en relación con los criterios de asignación de puntaje en los concursos de méritos, que: “4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. *De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate*” (Cursiva fuera del original).

De otro lado, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, en relación con las garantías en los contratos estatales establece en el inciso segundo que: “[...] El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales”. Además, en el inciso tercero prescribe: “El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía



pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato”.

Las normas anteriores sirven de fundamento para la modificación propuesta del Decreto 1082 de 2015.

3.2 Vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada

El artículo 189, numeral 11; y los artículos 5, numeral 4, y 7 de la Ley 1150 de 2007 se encuentran vigentes.

3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas

Mediante la expedición del presente proyecto de Decreto se modifican los artículos 2.2.1.1.2.1.1., 2.2.1.2.1.3.2. y 2.2.1.2.3.1.14.; se adiciona un párrafo transitorio al 2.2.1.1.1.5.2.; y se adicionan dos párrafos transitorios al artículo 2.2.1.1.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional.

3.4 Revisión y análisis de la jurisprudencia que tenga impacto o sea relevante para la expedición del proyecto normativo (órganos de cierre de cada jurisdicción)

Como se indicó en el numeral 1 de esta memoria justificativa, las modificaciones propuestas a las reglas de los concursos de méritos también se sustentan en 2 autos del Consejo de Estado, que suspendieron provisionalmente 4 numerales de los 6 establecidos en el artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 –uno de los artículos que se pretende modificar–, lo que también justifica expedir una norma que establezca de forma clara las reglas aplicables a los concursos de méritos, toda vez que con los autos de suspensión provisional la regulación quedó desestructurada, propiciando inseguridad jurídica respecto a las reglas aplicables a esta modalidad de selección.

En desarrollo de lo anterior, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015 se suspendió provisionalmente mediante la siguiente providencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 25 de julio de 2018. Exp. 56.165. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Dicho numeral establecía que: “Si la Entidad Estatal y el oferente calificado en el segundo lugar de elegibilidad no llegan a un acuerdo, la Entidad Estatal debe declarar desierto el Proceso de Contratación”. El fundamento para la suspensión provisional consistió en la oposición del numeral citado con los artículos 25 numeral 18 de la Ley 80 de 1993 y el 5 de la Ley 1150 de 2007, puesto que el legislador prescribió los supuestos en que procedía la declaratoria de desierto de los procedimientos de selección “cuando se presentaran motivos que impidieran la selección objetiva, sin restringirlos” (cita de la providencia).

De otro lado, los numerales 3, 4 y 5 fueron suspendidos provisionalmente en la siguiente providencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 20 de febrero de 2019. Exp. 61.463. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Allí se expresó como fundamento para la suspensión provisional, que: “Bajo este escenario, los numerales 3, 4 y 5 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del decreto acusado resultan violatorios del citado artículo 5, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, pues, en efecto, revisar la coherencia del ‘...precio ofrecido ...’ con la disponibilidad presupuestal (núm. 4., art. 2.2.1.2.1.3.2), así como disponer que se debe llegar a un ‘acuerdo’ sobre el mismo (numerales 4 y 5, art. 2.2.1.2.1.3.2), como lo hace el decreto acusado, desconoce el principio de selección objetiva, en la medida en que incluir factores económicos en los concursos de méritos implica, necesariamente, que el precio se torne



determinante para la escogencia de los contratistas, circunstancia que, como se ve, viola la citada norma, pues en ningún caso el precio puede ser factor de escogencia bajo la modalidad del concurso de méritos”.

Teniendo en cuenta la desestructuración del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015, debido a los anteriores autos de suspensión provisional, se hace necesario modificar dicho artículo, con la finalidad de establecer una nueva regulación completa y organizada respecto al procedimiento aplicable a la modalidad de concurso de méritos. En lo demás, el proyecto de regulación también guarda armonía con los pronunciamientos jurisprudenciales citados, de manera que se mantiene la armonía con el proyecto de regulación.

3.5 Circunstancias jurídicas adicionales

Ninguna adicional a las señaladas en los contenidos anteriores.

4. IMPACTO ECONÓMICO (Si se requiere)

La expedición del presente Proyecto de Decreto no tiene impacto económico. No genera gasto ni erogación alguna con cargo al Presupuesto General de la Nación, ni constituye una carga económica adicional para los actores del sistema de compra pública.

5. VIABILIDAD O DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (Si se requiere)

El presente Proyecto de Decreto no tiene impacto presupuestal.

6. IMPACTO MEDIOAMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN (Si se requiere)

Para el presente Proyecto de Decreto no se genera impacto medioambiental ni sobre el patrimonio cultural de la Nación.

7. ESTUDIOS TÉCNICOS QUE SUSTENTEN EL PROYECTO NORMATIVO (Si cuenta con ellos)

ANEXOS:

Certificación de cumplimiento de requisitos de consulta, publicidad y de incorporación en la agenda regulatoria <i>(Firmada por el servidor público competente –entidad originadora)</i>	X
Concepto(s) de Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	N/A



<i>(Cuando se trate de un proyecto de reglamento técnico o de procedimientos de evaluación de conformidad)</i>	
Informe de observaciones y respuestas <i>(Análisis del informe con la evaluación de las observaciones de los ciudadanos y grupos de interés sobre el proyecto normativo)</i>	X
Concepto de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio <i>(Cuando los proyectos normativos tengan incidencia en la libre competencia de los mercados)</i>	N/A
Concepto de aprobación nuevos trámites del Departamento Administrativo de la Función Pública <i>(Cuando el proyecto normativo adopte o modifique un trámite)</i>	N/A
Otro	

Aprobó:

JULIÁN AGUILAR ARIZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Departamento Nacional de Planeación

JOSÉ ANDRÉS O'MEARA RIVEIRA
Director General
Colombia Compra Eficiente