

CONTRATACION ESTATAL Y VEEDURIA CIUDADANA *

FELIX JAIMES LASPRILLA

Director Oficina Desarrollo Regional de
la Cámara de Comercio de Bucaramanga

Introducción

El propósito de esta conferencia es contarles algunas partes claves de la contratación pública y obviamente ir relacionando la función de las veedurías ciudadanas con este proceso.

Normalmente se escucha decir que se perdió una plata o que se firmó un contrato que nos hace mucho daño, pero nadie sabe exactamente dónde está el problema, dónde está exactamente el lío, y por eso se especula mucho; porque no se tiene el cuidado de estudiar, leer o prepararse para saber identificar y ubicar el problema.

Como analogía podemos decir que con la contratación ocurre lo mismo que con el momento de la concepción. Cuando ocurre la concepción el hombre pone 23 cromosomas y la mujer otros 23, y esos cromosomas tienen que cazar perfectamente dentro de un anillo y en ese instante, como iluminación divina, comienza la vida de una persona. Este proceso tiene que ser perfecto, si se llega a descuadrar un solo cromosoma, cambia el cuerpo, ocurren fenómenos como el nacimiento de un niño con Síndrome de Down; así, también, en el proceso de contratación hay momentos claves en donde todo lo que pase allí afecta la totalidad del proceso.

Veamos cuales son esos momentos claves y que pasa si, esto que es clave, falla. Infortunadamente en la contratación nos damos cuenta de las fallas cuando ya no hay nada que hacer. Veamos, por ejemplo, el caso de los cepos (del municipio de Bucaramanga), nosotros sentimos la crueldad de ellos cuando empezamos a vivirlos, pero el contrato ya está firmado y cualquier decisión que se tome, es una solución muy difícil, similar a cualquier solución que se haga con un niño Down o con un niño con problema de nacimiento, es muy costosa y muy difícil; que se muera es, obviamente, durísimo; que viva también, porque de todas maneras se vive una angustia. Entonces para poder identificar los momentos claves en la contratación y detectar a tiempo los problemas es indispensable conocer todo el proceso.

* Conferencia para líderes comunitarios que participan en el proceso de capacitación del Proyecto “El Control Social para la Defensa de lo Público. Bucaramanga, 2006.

1. Antecedentes de la Contratación en Colombia.

Hoy tenemos unas condiciones socioeconómicas que quienes quieren vigilar, hacer veeduría, tienen que saber. Hoy no se busca trabajo, como se hacía hace 30 años; en esa época la aspiración de un ingeniero, por ejemplo, era trabajar como empleado en el Ministerio o en la secretaría de obras públicas de algún municipio. Hoy ya no es así, pues estas secretarías están completamente desmanteladas, no tienen ingenieros, lo que tienen es gente para contratar y la aspiración de la gente es salir a contratar, porque el mercado es de contratación, hoy ya no hay nada por administración directa todo es por contrato.

Entre 1886, cuando se da la reforma constitucional de Núñez hasta 1936 se dio lo que económicamente se llamó el liberalismo manchesteriano, fundado en el principio liberal de **“Dejar hacer, Dejar pasar”**-. Bajo esta concepción, el papel del Estado era básicamente la de mantener el orden público, defender la propiedad y aplicar justicia; El tamaño del Estado debía ser pequeño y con pocas funciones; no existía la contratación Estatal como tal, (en el volumen que hay hoy) no había derecho administrativo y el sector privado era muy fuerte. En ese período los problemas sociales, las tensiones sociales y los conflictos en la comunidad eran muy grandes, lo que produjo grandes transformaciones que posibilitaron el surgimiento de otro modelo de Estado: Entre 1937 y 1968 empieza a nacer un Estado controlador que además de sus funciones tradicionales entra a regular la actividad económica del sector privado. La característica fundamental es que el Estado sigue siendo muy pequeño, la contratación Estatal todavía es inexistente y empieza a nacer el derecho administrativo.

Terminando la época del liberalismo manchesteriano y empezando esta época, el sector privado hace obras que hoy tenemos como monumentales, por ejemplo la plaza de mercado de Sangil, con una arquitectura muy bonita, fue hecha por el sector privado y aún es privada; la compañía de acueducto de Bucaramanga era privada, La cascada de Sangil, la compañía de teléfonos, entre otras; todo esto fue un factor generador de conflictos que condujo a pensar en otro esquema que es el del Estado proteccionista que va desde 1969 a 1991. El Estado proteccionista en Colombia nace con la reforma constitucional de 1968 con una orientación de ejecutor, es decir un Estado que se involucraba en todas las actividades de la vida nacional: correo, hoteles, escuelas, hospitales, bancos, etc., Un Estado que, se creía, era capaz de administrar absolutamente todo concentrando todo su poder en lo que hacía.

Cuando el Estado se dedica a comprar empresas privadas de servicios públicos para que fueran públicas como, por ejemplo, la compañía de acueducto de Bucaramanga o la compañía de teléfonos de sangil, empieza a crecer y monopolizar todas las funciones. La contratación del Estado se volvió indispensable pero para hacer él por administración directa todo, se pensaba en ese momento que para hacer aseo de una universidad o un ente estatal, tocaba

contratar 20 aseadores, se pensaba que para mantener una carretera era necesario contratar obreros y tenerlos directamente contratados y contratar maquinaria y tener la maquinaria funcionando por cuenta del Estado. Entonces vivimos esa época en que la secretaría de obras públicas tenía 500 trabajadores, 80 ingenieros, 50 inspectores, 100 buldózeres, 100 volquetas, todo eso lo vivimos y surgió un sindicalismo muy fuerte donde líderes como José Raquel Mercado y Tulio Cuevas, paraban al país.

Con un Estado que monopoliza todo el sector privado se debilita y el Estado se vuelve el principal contratante, generando unos nuevos fenómenos como el de los “políticos empresarios”, aumentando la corrupción y problemas como el de las pensiones, entonces se dice que ese Estado desborda su tamaño, al monopolizar todas las funciones nace todo tipo de empresas públicas, mixtas, industriales, comerciales; el monopolio elimina la competencia, Sin embargo nacen otro tipo de empresas que prestan servicios públicos legítimos y son más competentes que el Estado (ej. servientrega). El Estado crece tanto que se quiebra el proteccionismo, generando otra clase de fusiones sociales y aumentando la corrupción.

Por otro lado en esa época también se cometieron grandes errores que hoy se están pagando. Por ejemplo se cometieron exageradas decisiones en todo lo que tenía que ver con las jubilaciones; no se hacían aportes a pensiones y empezó a jubilarse mucha gente, fomentando la crisis social, económica y política, lo que indujo hacia la concepción de un nuevo modelo de Estado. Ese nuevo modelo de Estado se da en 1991 con el desmonte del Estado proteccionista y los primeros pasos que se dan hacia un Estado neoliberal.

Llegamos a un Estado nuevo que es el Estado que cambia con la reforma constitucional de 1991; vuelve el Estado a tener una orientación de controlador para hacer lo indispensable; va a ser un Estado competente, es decir si el Estado lo hace, que lo haga igual o mejor que los particulares, el orden público se mantiene, pero se acaba el monopolio de los servicios públicos y de los subsidios.

Es en este momento en que nace La ley 80, la contratación estatal se vuelve indispensable porque como el Estado no hace nada por administración, todo lo hace por contrato, se desarrolla el derecho administrativo del sector privado que fortalece y el Estado ya no es el principal contratante por administración, sino es contratante por licitación o por contrato, es decir no contrata personal, contrata cosas.

Esta evolución de modelo de Estado nos muestra la importancia que tiene hoy saber de contratación, ya que hoy todo gira alrededor de ella; hace 20 años todo giraba alrededor de la clientela que empleaban los políticos.

Concientes de que la clave es saber de contratación vamos a ver la licitación pública y el proceso de contratación, que el proceso de contratación es el cuento de los cromosomas que les comentaba.

2. Licitación Pública

Una licitación pública es un procedimiento mediante el cual el Estado o entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que en igualdad de oportunidades, los que se interesen presente ofertas y se seleccione a la más favorable. Su procedimiento tiene Trece pasos:

Una de las ventajas que tiene la contratación es que todo es documental; es decir quedan las huellas, los pasos por donde se va andando; y una de las funciones de la veeduría es advertir que se va a cometer un error y demostrar todo documentalmente.

1. Todo el proceso arranca con la Resolución de apertura, que es un documento muy sencillo.

2. A continuación viene la publicación del aviso de prensa. Una vez cumplido los requisitos previos a la publicación, que son los estudios, los diseños, los planos, la autorización para contratar, la disponibilidad presupuestal y los pliegos de condiciones, la entidad toma la decisión de iniciar un procedimiento de selección de un contratista y por eso ordena la apertura de la licitación y la publicación en prensa de la invitación.

Entre los 10 y 20 días anteriores a la apertura de la licitación, tiene que salir un aviso en la prensa y además tiene que informar con un mes de anticipación a la cámara de comercio que va a sacar la licitación y adicionalmente, (el decreto 2170 del 2002 ordena que se publiquen los pre-pliegos de condiciones en la página web de la entidad), en el aviso de prensa se dice en que página web está. Entre este aviso de prensa y la apertura de la licitación es que los veedores deben empezar a ver cuales son las condiciones de esa licitación.

En el prepliego se encuentra el objeto, el alcance de la licitación, la localización, las características de quien contrata, se encuentra el cronograma, el plazo de ejecución y absolutamente el borrador de los pliegos definitivos. En ese momento debe intervenir la veeduría, es el primer paso serio, a nivel de pre pliegos. Es en este nivel que se puede identificar la licitación está sesgada.

3. A los diez días de hace la **apertura de la licitación** que es la fecha en la cual se inicia el plazo de la licitación; en ese momento se colocan los pliegos definitivos a la venta de los interesados y obviamente la apertura a veces se formaliza mediante una resolución, a veces no y ya deben coincidir en esos pliegos las fechas que deben ser iguales al aviso de prensa.

4. Tres días después de la apertura de la licitación, viene la **audiencia de aclaración de pliegos**. Si sospecha algo que se ha visto en los pre pliegos y lo confirma en los pliegos, el momento de reclamar es en la audiencia y si de verdad se quiere sanear el proceso después de la audiencia sacan un adendo.

Un adendo es un documento que se le manda a todos los interesados que han comprado pliegos, diciéndoles que las condiciones cambiaron, y al momento de cambiar es posible que otros puedan comprar pliegos. La ventaja de la veeduría es que ella obra independientemente, ella no va a participar en la licitación. Al no participar en la licitación ella racionalmente puede examinar cuales son los criterios de participación de clasificación o de calificación que hay en los pliegos.

Si en esa audiencia de aclaración de pliegos hay observaciones y no se atienden, se deja constancia en el acta. La veeduría hace observaciones independientes porque cuando hacen observaciones de los proponentes la defensa de la entidad es claro, ya que el proponente habla acorde a sus condiciones para participar. La veeduría es mucho más objetiva en las exigencias que va a poner en la audiencia.

5. Luego viene la **expedición de adendos** si la administración acata esas observaciones.

6. Cierre de licitación y apertura de propuestas

Todas las licitaciones donde solo se un proponente es porque no había sino una posibilidad. Ejemplos, los cepos en Bucaramanga, la licorera, el chance, la dotación de zapatos y ropa de labor a los maestros, la interventoría de la mesa de los santos y la concesión de la mesa de los santos.

Si la veeduría ha hecho observaciones a nivel de pre pliegos y en pliegos, y no se han atendido, y además hay proponentes llamando la atención sobre determinadas cosas, en el cierre la veeduría puede pedir que le dejen firmar los folios de la propuesta. En el cierre es clave intervenir y después del cierre de la licitación que es cuando se entregan las propuestas.

En Colombia el cierre de licitación y apertura de propuestas es súper estricto. Si el pliego de condiciones dice que es el día lunes 1 a las 4 de la tarde, es a las 4 no a las 4 y dos minutos. Debe incluso decirse en los pliegos que a las 4 de la tarde con un reloj que estará ubicado en X parte.

7. Después del cierre viene la **evaluación de las propuestas** y estas evaluaciones las realiza un equipo interdisciplinario, que normalmente son abogados, financieros y profesionales técnicos especialistas, que pueden ser ingenieros, nutricionistas, médicos, o de otras profesiones de acuerdo con las características de la licitación. Después de evaluar, entregan un informe llamado

evaluación de las propuestas y ese informe -a veces lo presentan independientes, a veces juntos- se entrega a la secretaría general y hay un momento que se llama la publicación del informe de evaluación.

8. Esa **publicación del informe de evaluación** queda en la secretaría general disponible por cinco días, con todas las propuestas y el informe, para que los proponentes los miren como calificaron según la clasificación. En esos Cinco días de revisión de las propuestas, los proponentes pueden hacer observaciones.

9. Después se presenta el **cierre de traslado secretarial**. Pasado este plazo, no puede hacerse más observaciones. Los que hicieron ese informe, recogen ese mismo informe y las observaciones que hayan llegado de los proponentes.

10. Luego se vuelven a reunir de manera interna en algo que llaman la **junta de recomendaciones** a revisar todo el proceso y también los informes de la veeduría.

11. Después de esa junta de recomendación puede cambiar el orden que había aparecido inicialmente en el informe y en la audiencia pública de adjudicación, presentan nuevamente las respuestas a las observaciones que hayan hecho.

12. Si dentro de la audiencia, a pesar de que ya esta recalificado el informe, se identifican con mayor claridad algunos problemas, el director puede suspender la audiencia y revisar nuevamente toda la documentación y luego continúa con la audiencia, aceptando las observaciones que ha hecho para luego si expedir la **resolución de adjudicación**.

Las veedurías pueden resolver muchos problemas, durante todo este proceso, hasta antes de firmar el contrato. Después de firmado el contrato es muy difícil intervenir a solucionar problemas.

Hacer veeduría sin conocer los temas es caer en la corresponsabilidad de algunas irregularidades que se cometen. Por ejemplo si nos llaman a hacer veeduría de una cirugía de corazón, nosotros vemos a esos cirujanos mover todos sus instrumentos, sudar, todo el esfuerzo que hacen y todo lo demás, y luego nos llaman y nos dicen como vieron esa cirugía, pues contestamos la vimos bien y es posible que estemos asistiendo a un asesinato, porque nosotros no sabemos nada de esto; por lo tanto es necesario estudiar. Ahora una cosa es hacer veeduría a una cirugía de corazón y otra cosa es hacer veeduría a una licitación, donde se tiene la oportunidad de consultar muchas fuentes y donde ya de entrada hay indicios de que la cosa esta bien o esta regular o mal.

P. A pesar de todos los correctivos que se hicieron y siempre se aprueba, no hay forma de revocar más adelante?

Si se puede revocar, si puede morir, no es que no se pueda arreglar, lo que pasa es que el arreglo vale mucho o cualquier arreglo es malo. Ya que el contratista va a pedir un valor muy exagerado y además la justicia nuestra es lenta, es coja, es una justicia con ignorancia, y a veces irresponsable,

P. Porque viéndose las fallas de una licitación, de todas maneras se contrata

Porque hay muchas cosas así que se toman contra la lógica, es irresponsable.

P. Podría decirse que se violó el debido proceso

No, el debido proceso se respetó, se violó la ley.

P. En los criterios de participación, ya hay clasificación de proponentes

Cuando un proponente va a participar, para participar en una licitación, tiene que estar inscrito en el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio, y en ese registro de proponentes (RUP) se clasifica: como constructor (01), consultor (02) o proveedor (03). Si una licitación sale para construcción, lo primero que le exigen es que usted esté inscrito en el RUP y además debe tener determinada capacidad y en ese formulario o inscripción de acuerdo con sus estados financieros, de acuerdo con las dimensiones de su empresa Ud. se clasifica con determinada capacidad.

P. Puede estar inscrito en los tres módulos

Claro que sí. Ya que puede ser constructor, consultor y proveedor.

P. Cuando se hace la clasificación, es posible que se califique no cuantitativamente sino cualitativamente

Dentro de estos criterios de adjudicación y participación y calificación no puede haber nada subjetivo, todo tiene que ser objetivo, así lo dice la ley.

Se puede hacer veeduría de algo sin ser especialista en eso. Es posible que en un momento dado necesite acudir al especialista, pero puedo hacer veeduría.

3. PLIEGOS DE CONDICIONES

El pliego de condiciones es el documento que en la etapa precontractual, es decir antes de nacer el contrato, y atendiendo el principio de la transparencia, elabora la entidad pública con las condiciones del contrato.

Estos pliegos contienen lo que se va a hacer y las condiciones para la adjudicación del contrato.

Los pliegos de condiciones contiene unos elementos jurídicos + elementos técnicos que se juntan: por ejemplo los elementos jurídicos de estos pliegos tienen: el régimen jurídico, la minuta del contrato, la vigencia de la licitación, los requisitos y las controversias y además tiene las cantidades de obra, las especificaciones técnicas, la forma de pago, los planos y estas dos cosas se tienen que juntar para producir un documento. Hay unas constantes técnicas siempre que son los formularios de cantidades y precios.

3.1 ¿Cuáles son las características generales del pliego?

Los pliegos de condiciones son elaborados unilateralmente por la administración, pero esto no significa que haya en cierta forma una participación de los posibles proponentes y de la veeduría que intervienen a nivel de terceros o a nivel de audiencia pública de revisión de pliegos.

Los pliegos son una convocatoria para que presenten propuestas. Una vez inicia un proceso licitatorio no se puede parar, para pararlo debe tener argumentos y salvo excepciones legales.

Los pliegos a nivel genérico definen, establecen y relacionan las condiciones a las cuales se deben someter todas las ofertas y posteriormente el contenido del contrato que forma parte de los pliegos, es decir todas las ofertas tienen que cumplir con el mismo documento.

El pliego es la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes que intervienen, al cual hay que acudir en primer término para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato, es decir tiene un impacto: antes, durante y después.

El campo de aplicación de los pliegos de condiciones, se extiende a todas las etapas del proceso, es decir precontractual, contractual y liquidación.

3.2 Que dice la Ley, que es un pliego, es decir la ley 80

El numeral 5º. del artículo 24 de la ley 80, dice: en los pliegos de condiciones o términos de referencia , a) se indicaran los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, b) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria del cierre, c) se definirá con precisión las condiciones de costos y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, d)

no se exigirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de responsabilidad de ayudada de los datos, informes y documentos que se suministren, e) se definirán reglas a todos los proponentes y contratista y que impidan la formulación de ofrecimientos, extensiones limitadas o que dependan de exclusiva voluntad de la entidad. e) se fijará plazo para la liquidación del contrato cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía, será... en pleno derecho las certificaciones de los pliegos, los términos de la referencia y los contratos que contradigan este numeral.

Etapas precontractual: En la etapa precontractual, es decir antes de hacer el contrato, en los pliegos se establecen los requisitos para participar. Y estos requisitos significan la delimitación de los proponentes, es decir que calidades se exigen a los interesados en participar en una licitación.

Fijar calidades para licitar que no obedezcan a un fundamento serio y razonable constituye un desvío de poder y un desconocimiento de principios de la libertad de concurrencia. Es decir que fijan condiciones que impiden que cualquier persona con esa capacidad de hacer esa obra, pueda participar.

Presentación de propuestas: Solo se pueden solicitar documentos que sean necesarios para la comparación objetiva de las propuestas, no se pueden pedir documentos ajenos al objeto del contrato, por ejemplo un partida de bautizo, o algo así.

Criterios de clasificación: Son criterios que tienen que ver con el conjunto de aspectos de las propuestas que tienen, como: precio, plazo, calidad, experiencia, cumplimiento, organización, equipos, que son los criterios que normalmente se manipulan para cerrar la licitación.

3.3 En resumen cuáles son los elementos indispensables de un pliego

- El objeto del contrato
- La financiación- de donde va a salir la plata
- El presupuesto oficial, en cumplimiento del decreto 287 del 96, este presupuesto oficial no es un número, es un formulario de cantidades aproximadas y precios con los ítems y cada uno con sus precios unitarios.
- Plazo de ejecución
- Cronograma de la licitación: son 20 o 30 actividades, donde el cronograma va ordenando cada una de las cosas y diciendo fechas y lugar. Normalmente debe figurar como mínimo la fecha de la apertura de la licitación, de cierre, de consulta, de audiencia, la publicación del informe de evaluación, la fecha límite de observaciones, el estudio de observaciones, la audiencia de adjudicación, las visitas al sitio, los adendos.

Es muy importante que como veedores se fijen en los adendas, que plazos dan para sacar adendos, porque esa es la jugada más dolorosa que hacen. Por ejemplo: el día anterior al cierre de la licitación sacan un adendo diciendo que cambian la fecha de visita al sitio, que exigen un nuevo documento, etc.

- Criterios de Clasificación y adjudicación. Normalmente es donde la veeduría necesita trabajar con mucha velocidad, porque aquí es donde se presenta la mayoría de los problemas. En los criterios de participación, normalmente se deja que la gente participe, pero en los criterios de clasificación, es decir los criterios que van a decir si la propuesta es hábil o no, juegan aspectos técnicos y aspectos financieros. Porque también se puede manejar a nivel de liquidez, a nivel de endeudamiento.
- Precio – Valor de los trabajos

4. Las Propuestas.

La propuesta normal es un libro con una cantidad de documentos y ese libro lo primero que lleva es una carta remisoria, una carta modelo. Esa carta modelo de presentación de la propuesta, también forma parte de los pliegos, se llena y solo puede presentar la propuesta con esa carta, no se puede cambiar porque en la carta cuando se hacen pliegos la carta modelo es una carta redactada bajo el criterio de la administración, si la llega a cambiar eso anula la propuesta.

Todas las propuestas deben tener una garantía de seriedad de la propuesta, esa garantía que es una póliza, si no se presenta anula la propuesta, si se presenta mal es subsanable, es decir se puede modificar.

Tiene que tener autorización del representante legal para presentar la propuesta y firmar.

Certificado de constitución y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio.

Si se presenta en consorcio o unión temporal, también viene en los términos una carta modelo, que es inmodificable, ese modelo de carta tiene que ser utilizado.

Certificado de registro que es el registro único de proponentes, documento subsanado (es decir que se puede traer posteriormente), pero que tiene que estar vigente.

Para medir la experiencia tiene que ver con la información de contratos vigentes o contratos adjudicados y la información de experiencia general del proponente para medir la experiencia que normalmente clasifica.

La experiencia específica, documento clave personal profesional, documentos financieros y contables para poder medir con base en estos documentos los índices.

A veces se pide la declaración de renta, formulario de cantidades aproximadas de obras y precios, el análisis de la administración, imprevisto y utilidades, en algunas oportunidades análisis de precios unitarios. Se puede utilizar análisis de precios unitarios para cualquier contrato de proveeduría.