



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
MOVILIDAD
Metro de Bogotá S.A.

MEMORANDO

Versión 02

Fecha	11 de septiembre de 2018	Consecutivo	GGE-OAJ-ME-2018-0133
De	LUISA FERNANDA MORA MORA Jefe Oficina Asesora Jurídica		
Para	SANDRA MARÍA SAAVEDRA MOGOLLÓN Gerente de Contratación		
Asunto	Modificación de la Resolución No. 002 del 15 de enero de 2018		

Apreciada Sandra,

De conformidad con la solicitud realizada por correo electrónico el pasado 10 de septiembre de 2018, para la revisión de la modificación de la resolución que crea el Comité de Contratación de la EMB, de manera atenta remito mis consideraciones y análisis para la misma, basadas las disposiciones legales vigentes, buscando preservar el principio de legalidad en las actuaciones de la administración y retomando las sugerencias efectuadas a través del memorando GGE-OAJ-ME-2018-0064 de mayo de 2018.

1. Frente al artículo 1 referido a la modificación de las funciones, es preciso diferenciar las competencias del Comité de Contratación y el Comité Evaluador; por tal razón, analizaremos cada una de las funciones del Comité de Contratación, incluyendo la recomendación de la OAJ y su fundamento jurídico.

MODIFICACIÓN PROPUESTA.	RECOMENDACIÓN DE LA OFICINA JURÍDICA	FUNDAMENTO JURÍDICO
a. Emitir recomendación al Gerente General para la aprobación del Plan Anual de Adquisiciones y sus modificaciones. Se entenderá como relevantes para el Comité de Contratación las modificaciones al Plan Anual de Adquisiciones que se refieran a los elementos estructurales del mismo en los términos que se definan en el documento "Política de Gestión del Plan Anual de Adquisiciones".	Es importante precisar que el Plan Anual de Adquisiciones en adelante PAA, no es un documento que se apruebe , ya que el mismo no es vinculante ni genera la obligación de adquirir aquello que se encuentra en este. De ahí, que se le da la naturaleza de estimativo y que es elaborado por cada área de la entidad en la cual se definen las necesidades de éstas. Si se revisa la Guía de Colombia Compra Eficiente el PAA no tiene firma de ningún funcionario que lo apruebe, lo que se hace es consolidarlo por el área encargada de los contratos. Ahora bien, si lo que se pretende establecer un control a las áreas, éste debe presupuestal y puede realizarse en el Comité de Gerencia y con el acompañamiento de la Oficina de Control Interno en materia de austeridad del gasto.	Artículos 2.2.1.1.1.4.1. al 2.2.1.1.1.4.4. del Decreto 1082 del 2015.

71 SEP 2018



	<p>Igualmente considera la OAJ que aprobar el PAA puede generar interpretaciones de obligatoriedad en la adquisición de esos bienes y servicios, desnaturalizando este acto administrativo de planeación.</p> <p>En consecuencia, se recomienda suprimir esta función.</p>	
<p><i>"b. Emitir su recomendación en relación con la procedencia o no de la apertura, la adjudicación, declaratoria de desierto y la celebración de los contratos de los procesos de selección de la mayor cuantía vigente para la empresa."</i></p>	<p>Existe una confusión entre las funciones del Comité Evaluador con el Comité de Contratación. Quien puede recomendar la adjudicación o la declaratoria de desierto el proceso de selección es el Comité Evaluador, y no el Comité de Contratación. Idéntica situación sucede con la recomendación de adjudicación.</p> <p>Debe recordarse que el principio de Economía consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dispone en su numeral 18 que: <i>"La declaratoria de desierto de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión"</i>.</p> <p>Frente al acto de apertura, es un acto de trámite que solo indica que el proceso debe continuar, en los términos definidos por el Consejo de Estado. Salvo que el mismo contenga decisiones sobre el fondo del asunto o que pueden afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal verbi gracia cuando fijó límites a la participación de oferentes¹.</p> <p>Este acto debe estar en cabeza exclusiva de quien adelanta el proceso, pues es quien conoce las observaciones al proyecto de pliego de condiciones y puede determinar si es viable o no continuar con el mismo.</p>	<p>Artículo 25 de la Ley 80 de 1993.</p> <p>Artículo 2.2.1.1.2.2.3, del Decreto 1082 del 2015, define el Comité evaluador, así: La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la Entidad Estatal no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, debe justificar su decisión.</p> <p><i>Los miembros del comité evaluador están sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de interés previstos en la Constitución y la ley.</i></p> <p><i>La verificación y la evaluación de las ofertas para la mínima cuantía será adelantada por quien sea designado por el ordenador del gasto sin que se requiera un comité plural.</i></p>

¹ Sentencia del 26 de abril del 2006, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez, proceso con radicación No. 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188), Actor: Sociedad Tolimense de Ingenieros. Demandado: Departamento del Tolima Referencia: ACCION DE SIMPLE NULIDAD.



	<p>Ahora bien, la celebración del contrato es un imperativo cuando se adjudica, pues incluso se vulneraría el principio de economía ya que los términos y etapas de los procesos de selección son perentorios y preclusivos y en ningún aparte la ley permite o establece que un Comité deba dar una recomendación o no para celebrar un contrato.</p> <p>Si el responsable de la adjudicación tiene dudas de la evaluación puede pedir una segunda evaluación o apartarse de la decisión de forma motivada y adjudicar, realizando las aclaraciones pertinentes.</p> <p>Es posible que en el Comité de Contratación se estudien las observaciones relacionadas con los criterios habilitantes y los criterios de ponderación.</p> <p>En consecuencia, se recomienda suprimir esta función y crear una nueva en la que se establezca claramente que el Comité de Contratación solo analizarán las observaciones relacionadas con los criterios habilitantes y los criterios de ponderación.</p>	
<p><i>c. Emitir su recomendación en relación con la procedencia o no de la realización de las adendas que modifiquen requisitos habilitantes o de puntaje en los procesos de selección; así como de las prórrogas, las adiciones y las modificaciones a los contratos, cuando el valor del proceso de selección o el contrato se encuentre dentro de la mayor cuantía vigente para la empresa.</i></p>	<p>Se recomienda adicionar lo siguiente en el respectivo literal y adicionar una función:</p> <p><i>c. Emitir su recomendación en relación con la procedencia o no de la realización de las adendas que modifiquen requisitos habilitantes o de puntaje en los procesos de selección, <u>previo concepto del área que haya estructurado los requisitos habilitantes o los criterios de ponderación.</u></i></p> <p><i>Nueva función: Emitir su recomendación en relación con la procedencia o no de las prórrogas, las adiciones y las modificaciones a los contratos, cuando el valor del proceso de selección o el contrato se encuentre dentro de la mayor cuantía vigente para la empresa, <u>previo análisis del área técnica del contrato y de la recomendación favorable del supervisor o interventor.</u></i></p>	<p>Se justifican estos conceptos previos para fortalecer el principio de planeación en los términos del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.</p>



<p>d. Emitir su recomendación respecto del ejercicio de las facultades excepcionales de caducidad y terminación, interpretación y modificación unilaterales, imposición de multas y declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, cuando el valor del contrato se encuentre dentro de la mayor cuantía vigente para la empresa, de conformidad con las normas vigentes que regulan la materia, previa presentación de la ponencia y recomendación de la Gerencia de Contratación.</p>	<p>El Comité no puede ejercer la vigilancia y control del contrato, por cuanto la Ley es clara en determinar el procedimiento y los supuestos que se deban aplicar en caso de cláusulas exorbitantes o bien las cláusulas de apremio o la cláusula penal.</p> <p>De hecho, esta deliberación puede generar dilaciones en la toma de decisiones que pueden ser perjudiciales para la entidad.</p> <p>Reitero que la decisión de ejercer las facultades excepcionales no puede quedar supeditada la recomendación del Comité de Contratación, que no conoce la ejecución del contrato y los informes de supervisión o interventoría.</p> <p>Para eso la Ley determina los responsables y las instancias pertinentes.</p> <p>En consecuencia, se recomienda suprimir esta función.</p>	<p>Artículo 86 Ley 1474 de 2011</p> <p>En la exposición de motivos del artículo 86 de la Ley 1474 del 2011, se dispuso: <i>"... No existe en la actualidad un procedimiento expedito para premiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para premiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento"</i>.</p>
<p>e. Recomendar al (los) ordenador (es) de gasto en la definición de políticas, buenas prácticas o lineamientos que deban implementarse en los procedimientos del proceso de Gestión Contractual y la celebración de los diferentes actos jurídicos, para el cumplimiento de los fines de la empresa y de las normas que rigen la contratación estatal.</p>	<p>No se propone ningún cambio.</p>	

- El artículo 2º señala que el Comité de Contratación pasa a tener ocho (8) integrantes, número par, lo cual significa que para la toma de decisiones puede presentarse empate. Por ello, los Comités deben ser impares y deben definir quórums deliberatorio y decisorio, así como las fórmulas para proceder en caso de empate.
- El artículo 3º dispone el funcionamiento del Comité, respecto del cual realizamos las siguientes recomendaciones:

RESOLUCIÓN REMITIDA	RECOMENDACIÓN
<p>ARTÍCULO CUARTO. Funcionamiento: El Comité se reunirá en sesión ordinaria el primer viernes de cada mes, a las 8:30 de la mañana, siempre y cuando existan temas objeto de análisis y deliberación. En todo caso, el Comité de Contratación sesionará previa citación del Secretario Técnico del mismo. EA</p>	<p>Se recomienda incluir "viernes hábil"</p>



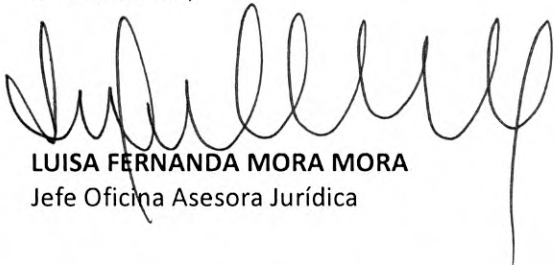
<i>caso contrario, el Secretario Técnico del Comité cancelará la sesión y comunicará tal circunstancia a los demás miembros.</i>	
<p>El Comité de Contratación podrá sesionar de manera presencial y/o virtual y deliberará y decidirá con la totalidad de los servidores públicos que lo conforman.</p> <p>Así mismo, el Comité de Contratación podrá reunirse en sesiones extraordinarias cuando las necesidades del servicio así lo requieran.</p> <p>Para todas y cada una de las sesiones se deberá tener una agenda u orden del día, que será conformada con los asuntos que deba revisar y aprobar el Comité y aquellos que hayan sido puestos a su consideración.</p>	Se exige un quorum total para las deliberaciones y las decisiones, lo cual en la práctica es muy difícil por los diferentes compromisos de las áreas. Normalmente se hace quorum con la mayoría de los miembros y las decisiones por mayoría de los presentes. Se reitera que debe definirse un quorum deliberatorio y decisorio, y que las citaciones a sesiones extraordinarias se realicen con la suficiente anticipación para evitar la no concurrencia de sus miembros.
Las decisiones del Comité serán adoptadas por mayoría de los miembros asistentes y de ellas se dejará constancia por escrito en un acta que deberá contener la información pertinente de cada tema discutido con la conclusión del estudio realizado y la recomendación del Comité.	Hay contradicción entre lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 3, pues en su inicio señala que el comité "decidirá con la totalidad de los servidores públicos que lo conforman" y en este apartado indica que la decisión será adoptada por la mayoría de los miembros asistentes. Reiteramos que se defina el quorum deliberatorio y decisorio.
El (la) Gerente o Jefe del área de origen de la(s) contratación(es) objeto de estudio participará, respecto de dicho(s) proceso(s), con voz pero sin voto, en la adopción de la(s) recomendación(es) que el Comité emita para el (los) proceso(s) que aquel gestione.	Creo que en el acto están todos los gerentes dejaría los jefes o trabajadores oficiales que sean citados.
PARÁGRAFO PRIMERO: Para adelantar las sesiones virtuales del Comité de Contratación de manera válida, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:	No hay observación.
a) Estas sesiones se utilizarán para el caso de reuniones no presenciales que permitan a los miembros del Comité de Contratación decidir sin necesidad de estar físicamente en el lugar de la reunión.	
b) Estas sesiones se realizarán haciendo uso del correo electrónico institucional.	
c) Para sesionar a los miembros del Comité se les convocará con un mensaje de correo que indicará que la sesión a la cual son citados será virtual, la agenda u orden del día, los plazos para su participación y se adjuntará la información tanto del área encargada del tema que se somete a consideración del Comité, como de la Gerencia de Contratación.	Se recomienda definir el plazo: no menor a 6 horas, ni mayor a 24 horas.
d) En el plazo fijado para su pronunciamiento, los miembros del Comité de Contratación deberán enviar sus comentarios y votación respectiva con copia a los demás miembros e invitados a la sesión. En caso de contar con solicitudes o dudas sobre el tema objeto de discusión, que imposibiliten la emisión de su voto, el respectivo miembro del Comité deberá indicarlo y solicitar sus aclaraciones al área correspondiente, quien deberá pronunciarse dentro del plazo que se defina en la citación de la sesión virtual.	<p>Recomiendo que el voto y recomendaciones solo se remita al Secretario Técnico del Comité, para temas de control.</p> <p>Ahora bien, en caso de dudas si es importante que las mismas se remitan al área, pero con copia a los demás miembros para claridad. La respuesta se debe remitir a todos los miembros.</p>
e) Una vez agotado el plazo estipulado para llevar a cabo la sesión, se culminará la sesión y el Secretario Técnico verificará	Se recomienda ajustar por "plazo previsto"



<i>el resultado de la votación, informando por correo electrónico la decisión respectiva.</i>	
<i>f) Se citará a sesión presencial, en caso de que, dentro del plazo establecido en la citación, no haya sido posible tomar la decisión”.</i>	Se recomienda eliminar. Las decisiones de la sesión presencial valen. ¿Cuáles serían las razones por las cuáles no se tomaría la decisión? El quorum deliberatorio en este caso si debe ser de la totalidad de los miembros, el decisorio puede ser diferente. Si fracasa por cualquier razón, deberá convocarse a una nueva sesión, ordinaria o virtual.

Espero que las recomendaciones sean de utilidad para la adopción de las decisiones pertinentes.

Cordialmente,



LUISA FERNANDA MORA MORA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Juan Pablo Restrepo C. – Abogado Oficina Asesora Jurídica *J.P.R.*