

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Concepto 573011

(Bogotá D.C., martes, 11 de octubre de 2011)

Asunto: Respuesta a su consulta 20116400291522

Señora

Rosa María Del Pilar Toloza González

romadelpi@hotmail.com

Cúcuta — Norte de Santander

Apreciada Señora Toloza:

Por medio del presente oficio se da respuesta a la consulta número 20116400291522, la cual fue presentada por usted en el aplicativo dispuesto para tal efecto en el link "quejas, reclamos, sugerencias, preguntas y comentarios" de nuestro portal de Internet.

En ella, propone algunas sugerencias a tener en cuenta en la "elaboración del Estatuto de Contratación"

Teniendo en cuenta lo anterior, la respuesta a dicha consulta será tramitada por esta dependencia en los siguientes términos:

Como punto inicial, cabe aclarar que el Departamento Nacional de Planeación tiene limitada su competencia en materia de Contratación Pública a la orientación y el seguimiento del proceso de implementación de la estrategia transversal de reforma a la contratación pública; la cual tiene como eje la formulación de una Política Pública en la materia, que se base en la lucha contra la corrupción y en la búsqueda de la eficiencia en la ejecución de los recursos públicos.

No obstante lo anterior, se hará una breve exposición del entendimiento que esta entidad ha dado a la Cláusula de AIU, y, a la posibilidad de las entidades de determinar criterios objetivos para seleccionar la oferta más favorable a la entidad, desde una perspectiva en abstracto, sin perjuicio de la recepción de sus sugerencias, las cuales en caso de considerarse necesario, serán atendidas de cara a la agenda reglamentaria prevista.

A. Introducción

1. Estudios previos y lineamientos para el cumplimiento de las finalidades de la contratación

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece como finalidades de la contratación:

"el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines"

"[Asimismo, frente a los particulares, establece que] tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

En este sentido, y en atención al cumplimiento de los fines del Estado y las finalidades de la contratación, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los estudios previos a que se refiere el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008 deberán establecer entre otros: la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación; la descripción del objeto a contratar; los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección; y, la justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable.

Por su parte, respecto del contenido mínimo del pliego de condiciones, el artículo 6 del Decreto 2474 de 2008 establece que deberá contener, entre otros: "los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato".

Así, en los casos en que una entidad sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública requiera celebrar un contrato para cumplir con las funciones a su cargo, podrá establecer objetivamente criterios para la presentación y aceptación de ofertas, así como los factores de selección en razón a las características y naturaleza del bien o servicio a contratar.

2. Contenido de los Contratos Estatales

De forma general, el contenido de los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra reglamentado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que:

"Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

"Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración". (Negritas fuera de texto)

En este sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y el principio de la buena fe contractual, es posible la inclusión de cláusulas adicionales en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —previa determinación por parte de la entidad en los estudios previos del respectivo proceso contractual— en atención a la complejidad del objeto contractual y al efectivo cumplimiento de los fines del Estado que se hagan necesarias para garantizar la eficiente, continua y permanente prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no contraríen la Constitución, las leyes, las disposiciones reglamentarias, así como los principios y finalidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a los de la Buena Administración, según lo dispuesto en el artículo 40 Ley 80 de 1993.

De esta forma, y de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes inmersas en una relación contractual a que se refiere el artículo 1602 del Código Civil¹, pueden determinar el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus actos jurídicos, siendo de obligatorio cumplimiento las estipulaciones contractuales acordadas.

B. Cláusula AIU

1. A.I.U. en la Contratación Pública

Dicho lo anterior, es clara la posibilidad que tienen las entidades sometidas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para solicitar en las propuestas o incluir en los contratos el "AIU". Sobre el particular, el concepto OJ.EE32493-04 de la Contraloría General de la República señala que:

"El A.I.U, es una estipulación que puede pactarse en los contratos en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es de aclarar que no conocemos ordenamiento legal que lo regule.

"Tiene su fundamento en la naturaleza de las obligaciones que se derivan de la celebración y ejecución de los contratos, en razón a los elementos con los cuales deben contar los contratistas para efectos del cumplimiento del objeto contractual.

"El A.I.U. se refiere a los costos de administración requeridos para la ejecución del contrato, en donde A, significa administración, I, imprevistos y U, utilidad. Los imprevistos dependen de la naturaleza de cada contrato y constituyen el alea del negocio, es decir los riesgos normales en que incurre el contratista. La utilidad es la ganancia que el contratista espera recibir por la realización del contrato, la cual debe ser garantizada por las entidades.

"Cada contrato comporta un negocio jurídico en particular, por ende connota unas características especiales, en tal virtud la administración de acuerdo a las condiciones de cada contrato y a la conveniencia para las partes, puede determinar la viabilidad para pactar esta figura, sin que ello se torne ilegal. En este orden, la procedencia del mismo depende de la complejidad del negocio y de las

obligaciones que se deriven del contrato mismo y no de otros factores". (Negritas fuera de texto)

¹ Código Civil. Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Una vez incluido el AIU, respecto de su naturaleza, debe tenerse en cuenta, según lo previsto en el Concepto 017713 del 6 de julio de 2010 de la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que:

"la inclusión del AIU en los procesos de contratación no obedece al cumplimiento de una disposición legal, corresponde más bien a la necesidad de discriminar en el total del costo de la obra, el de los costos directos e indirectos, principalmente con fines de evaluación de las propuestas, verificación de su ejecución y resolver posibles discusiones que surjan en torno, por ejemplo, del equilibrio contractual y las indemnizaciones. El AIU forma parte de los llamados costos indirectos del contrato y no incluye los Costos Directos, esto es, aquellos que tienen relación directa con la ejecución del objeto del contrato.

"En la doctrina se ha entendido que el concepto del AIU corresponde al componente del valor del contrato, referido a gastos de Administración (A), Imprevistos (I) y Utilidades (U), donde: Administración: comprende los gastos para la operación del contrato, tales como los de disponibilidad de la organización del contratista, servicio de mensajería, secretaría, etc.; Imprevistos: El valor destinado a cubrir los gastos que se presenten durante la ejecución del contrato por los riesgos en que se incurre por el contratista y Utilidad: la ganancia que espera recibir el contratista. (Negritas fuera de texto)

Siendo así, es claro que el AIU, hace parte de la estructura de costos del respectivo contrato y como tal, salvo disposición contractual en contrario, existe "una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida"².

En este sentido, lo ha interpretado la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 29 de mayo de 2003 con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque bajo el radicado 14.577, al establecer que:

"Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato. Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina, buscando aclarar su sentido, destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera 'como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura', para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios³.

‘El porcentaje de imprevistos significa, pues en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan, (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contrata. Cubre así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que podíamos llamar ordinarios... El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa,

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicado 14.577

³ "Sin entrar directamente a formar el precio de cada unidad de obra, contribuyen conocidamente a acrecer el costo total...los gastos de imprevistos, los de dirección y administración ...y la cantidad que debe constituir el justo beneficio de los afanes del contratista". GASPAR ARIÑO ORTIZ. Ob. Cit. P. 167.

con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra. Como tal, unas veces cubrirá más y otras menos de los riesgos reales (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el áleas del contrato'⁴.

"En nuestro régimen de contratación estatal, nada se tiene previsto sobre la partida para gastos imprevistos y la jurisprudencia se ha limitado a reconocer el porcentaje que se conoce como A.I.U. -administración, imprevistos y utilidades- como factor en el que se incluye ese valor, sobre todo, cuando el juez del contrato debe calcular la utilidad del contratista, a efecto de indemnizar los perjuicios reclamados por éste. Existe sí una relativa libertad del contratista en la destinación o inversión de esa partida, ya que, usualmente, no hace parte del régimen de sus obligaciones contractuales rendir cuentas sobre ella". (Negritas fuera de texto)

Así, es posible concluir que los dineros recibidos por el contratista a título de pago del precio del contrato respectivo —como ocurre por ejemplo con el pago de un "precio anticipado"—, estos, pertenecen al contratista, quien en atención a los atributos de la propiedad previstos en la legislación civil, tiene plena disposición de los mismos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el AIU puede ser pactado en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, siempre que conforme a cada contrato sea procedente su inclusión acorde a las características de cada objeto contractual y su inclusión no contraría los principios y postulados de la Contratación con recursos Públicos, los de la buena administración, función administrativa y gestión fiscal.

C. Requisitos adicionales en los Pliegos de Condiciones

1. Exigibilidad de requisitos adicionales por parte de las Entidades Públicas

El literal (a) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece, entre otros, que en virtud del principio de transparencia en los pliegos de condiciones:

"a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección".

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que:

"en el proceso de selección de contratistas es necesario distinguir dos aspectos principales, a saber: a) la evaluación del proponente (condiciones personales); y b) la evaluación de la propuesta (condiciones objetivas). Cada aspecto tiene sentido, criterios y finalidades distintas y resulta inconveniente la adopción de sistemas evaluativos que interrelacionen o incorporen ambos aspectos dentro de un mismo resultado final. (..Así,) la evaluación del proponente tiende a establecer la existencia de condiciones personales que permitan confiar razonablemente en su capacidad de cumplir con el futuro contrato. Se trata de concluir si el proponente alcanza un mínimo de

⁴Ibidem, P. 168

condiciones, a partir de las cuales pueda entenderse que está en condiciones de cumplir el contrato en igual forma como lo podría cumplir otro proponente de mejores condiciones". ⁵

De esta forma, y en atención a los fines del Estado y las finalidades propias de la Contratación, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán establecer en los pliegos de condiciones, reglas objetivas y proporcionales al objeto contractual para la presentación de las ofertas.

En este sentido, pueden incluirse índices financieros diferenciales para cada contrato, así como otras condiciones que garanticen la selección de la oferta "más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva" tal y como lo establece el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Verificación que serán verificados por la entidad, por medio del Registro Único de Proponentes, o, directamente en atención a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece que:

"sólo en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el registro, la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa"

De igual forma, pueden establecer en los pliegos de condiciones reglas objetivas y proporcionales al objeto contractual para la evaluación de las ofertas, con el fin de determinar, según los criterios de selección objetiva el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Pues, debe tenerse en cuenta que el pliego de condiciones es el:

"documento que viene a ser la hoja de ruta que regirá el proceso de selección, estableciendo las diferentes etapas que lo conforman y la forma de tramitarlas y agotarlas; y constituye, así mismo, ese pliego, la ley del contrato al que la licitación o concurso dará lugar, por cuanto las estipulaciones del negocio jurídico que se celebre, deben coincidir con los términos anunciados previamente en el documento rector del proceso de selección del contratista".⁶

En desarrollo de lo anterior, las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, podrán establecer objetivamente criterios para la presentación y aceptación de ofertas, así como los factores de selección en razón a las características y naturaleza del bien o servicio a contratar.

Finalmente, agradecemos sus sugerencias las cuales serán tenidas en cuenta en desarrollo de la actividad reglamentaria que adelanta este Departamento.

⁵ Fonseca Prada, Eduardo. "El registro de proponentes, su importancia, su utilidad, su justificación y sus alcances. La existencia de registros especiales. La unificación de los registros públicos". En Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2002. 281 — 308.

⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Expediente 16.209. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra

Conforme a lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas dadas por esta entidad a las consultas que se elevan, no comprometen su responsabilidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución; por lo tanto, es deber del interesado evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos, sopesarlas a la luz de la normatividad y jurisprudencia, aplicables en la materia, y asumir su propia posición, conforme al grado de análisis y convencimiento adquirido.

Cualquier aclaración con gusto la atenderemos.

Atentamente,

Proyecto de Contratación Pública

Programa de Renovación de la Administración Pública
Departamento Nacional de Planeación