

Bogotá, D.C:

Doctor
MAURICIO CÁRDENAS SANTAMARIA
Ministro de Minas y Energía
Ministerio de Minas y Energía
Calle 43 No 57-31 CAN
Ciudad

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 02-08-2012 07:29
Al Contestar Cite Este No.:2012EE51545 O 1 Fol:9 Anex:0
ORIGEN: 1520 - DESPACHO DEL CONTRALOR/MORELLI RICO SANDRA
DESTINO: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA/DR. MAURICIO CARDENAS
ASUNTO: FUNCIÓN DE ADVERTENCIA REGIMEN DE CONTRATACIÓN L
OBS: 80110 - 266 PROYECTO DRA.ANAMARIA SILVA BERMUDEZ.

Asunto: Función de advertencia régimen de contratación UPME

Respetado doctor Cárdenas,

La Ley 42 del 26 enero 1993 dispone en su Artículo 8º.- *“La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas”*

En desarrollo de la facultad prevista en el Artículo 5, Numeral 7 del Decreto – Ley 267 de 2000 y en el artículo 267 de la Constitución Nacional, advierto a su Despacho sobre los riesgos que a nivel fiscal y económico se pueden presentar, en los siguientes casos, evidenciados en la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME, tal como se indica a continuación:

1. Expedición Reglamento del Comité Directivo de la UPME.

La Ley 1362 de 2009 en su Artículo Primero creo dentro de la estructura orgánica de la UPME, un consejo directivo conformado por: a) el Ministro de Minas y Energía o el Viceministro, quien lo preside; b) el Director de la Entidad encargada del Despacho de Energía; c) El director de la Agencia Nacional de hidrocarburos-ANH; d) 2 personas de reconocida idoneidad conocedores del sector hidrocarburos o con amplios conocimientos financieros, nombrado por el Ministro de Minas y energía, por periodo



de 2 años, reelegibles por una sola vez por el mismo periodo de acuerdo al buen desempeño de sus labores, de terna presentada por tres (3) gremios del sector minero energético.

Así mismo, en su artículo segundo encargó al Gobierno Nacional la obligación de reglamentar dentro de los 6 meses siguientes a la promulgación de la ley, el funcionamiento y alcance de las funciones de dicho órgano de dirección, situación que a la fecha no ha sido adelantada no obstante haber transcurrido más de 2 años de la entrada en vigencia de la mencionada norma.

El hecho de no haberse expedido a la fecha, la reglamentación correspondiente a las funciones y alcance del Consejo Directivo de la UPME:

- a) Pone en peligro y riesgo la presentación, análisis, priorización y aprobación de proyectos de los sectores minero y energético a cargo de la UPME.
- b) Afecta de manera directa la articulación y coordinación de las políticas y directrices tanto del Ministerio de Minas y Energía como de las demás entidades públicas que integran el sector hidrocarburos.
- c) Incide directamente en la gestión contractual de la UPME, atendiendo que a la luz de lo normado en la Ley 489 de 1998 en sus artículos 76 Literal b y 82 es competencia de los consejos directivos de las Unidades Administrativas Especiales, la adopción de los reglamentos internos de éstas, incluyendo aquí la norma interna de contratación a la luz del régimen especial que a dicha Entidad le asiste.

Lo anterior, aclarando que durante los últimos 15 meses se ha podido evidenciar que la UPME ha expedido 2 reglamentos de contratación (Resoluciones 0198 de 2011 y 0319 de 2012 emanados del Director General) sin que estos hubieren sido objeto de discusión, análisis, verificación y aprobación del comité directivo de la Entidad, exponiéndola a la toma de decisiones y el desarrollo de procesos de contratación con alto riesgo de afectación tanto de los principios de la función pública como del control fiscal.

2. Manual de Contratación de la UPME.

Tal y como se señaló anteriormente, la Contraloría General de la República ha podido establecer que en la Unidad Administrativa Especial-UPME, durante los últimos 15

meses, se han expedido 2 reglamentos de contratación (Resoluciones 0198 de 2011 y 0319 de 2012 emanados del Director General) cuya finalidad esencial ha sido el aumento injustificado de las cuantías establecidas para el trámite y adelantamiento en las etapas precontractual, contractual y postcontractual de las distintas modalidades de selección establecidas por dicha Unidad, tal y como a continuación se relacionan, aumento que ha estado acompañado de la correspondiente supresión de controles de revisión, seguimiento y análisis a la contratación:

Resolución 0415 de 2007 (Primer Manual de Contratación)	Resolución 0198 de 2011 (Segundo Manual de Contratación)	Resolución No 319 de 2012 (Tercer Manual de Contratación)
<p>Contratación Mínima Cuantía de 0 y hasta 5 SMLMV.</p> <p>NO REQUIERE COMITÉ DE CONTRATACION.</p>	<p>Contratación Mínima Cuantía de 0 a 25 SMLMV.</p> <p>-Delegada en la Secretaria General. -No requiere Pluralidad de Ofertas (única oferta o cotización que se solicita directamente a proveedor), ni publicación de invitación en la Web</p> <p>NO REQUIERE COMITÉ DE CONTRATACION.</p>	<p>Contratación Simple (antes de Mínima cuantía) de 0 a 65 SMLMV.</p> <p>-Delegada en la Secretaria General. -No requiere Pluralidad de Ofertas (única oferta o cotización) ni publicación de invitación en la Web</p> <p>NO REQUIERE COMITÉ DE CONTRATACION.</p>
<p>Contratación de Menor Cuantía, superior a 5 SMLMV y hasta a 50 SMLMV</p> <p>-COMITÉ DE CONTRATACION ANALIZABA Y APROBABA TODA CONTRATACION DE MENOR CUANTIA QUE SUPERARA LOS 25 SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES (50% DE LA MENOR CUANTIA)</p>	<p>Contratación de Menor Cuantía, superior a 25 SMLMV y hasta a 100 SMLMV.</p> <p>-Delegada en la Secretaria General. -Requiere como mínimo 3 cotizaciones (a proveedores escogidos por el Ordenador del Gasto) -Se estableció directorio de Proveedores pero la Entidad no lo implemento.</p> <p>-COMITÉ DE CONTRATACION YA NO INTERVNIENE EN EL ANALISIS Y APROBACION DE PROYECTOS DE CONTRATACION DE MENOR</p>	<p>Solicitud de Pluralidad de Ofertas (antes contratación de Menor Cuantía), superior a 65 SMLMV e inferior a 650 SMLMV.</p> <p>-Delegada en la Secretaria General. -Requiere como mínimo 3 cotizaciones Se estableció directorio de Proveedores con connotación potestativa, lo que afecta de manera directa la garantía de libre concurrencia y libre competencia.</p> <p>-COMITÉ DE CONTRATACION YA NO INTERVNIENE EN EL ANALISIS Y APROBACION DE PROYECTOS DE CONTRATACION DE MENOR CUANTIA.</p>

NA



	CUANTIA.	
<p>Contratación de Mayor Cuantía con Invitación Pública, superior a 50 SMLMV</p> <p>Acto de adjudicación a cargo del Director General y firma del contrato por parte de fiduciaria. -Requiere invitación pública por Web de la Entidad. -Proyectos de Contratación requieren análisis y aprobación del Comité de Contratación de la Entidad. -Comité de contratación adicionalmente analizaba y aprobaba eventos de contratación directa (contratación de mayor cuantía de única oferta). -El proceso de contratación se adelanta a través de publicación en la Web a quien le interese participar del mismo.</p> <p>APRUEBA EL COMITÉ DE CONTRATACION</p>	<p>Contratación de Mayor Cuantía con Invitación Pública, superior a 100 SMLMV.</p> <p>-Acto de adjudicación a cargo del Director General y firma del contrato por parte de fiduciaria. -Requiere invitación publica por Web de la Entidad. -Proyectos de Contratación requieren análisis y aprobación del Comité de Contratación de la Entidad. -Comité de contratación adicionalmente analizaba y aprobaba eventos de contratación directa (contratación de mayor cuantía de única oferta) -El proceso de contratación se adelanta a través de publicación en la Web a quien le interese participar del mismo.</p> <p>APRUEBA EL COMITÉ DE CONTRATACION</p>	<p>Solicitud Pública de Ofertas (antes Contratación de Mayor Cuantía con Invitación Pública), superior a 650 SMLMV</p> <p>- Suscribe contrato Director General cuando su cuantía sea superior a 650 SMLMV e inferior a 1300 SMLMV. -Suscribe Representante Fiduciaria cuando su cuantía sea superior a 1300 SMLMV. -Requiere invitación pública por Web de la Entidad. -Proyectos de Contratación requieren análisis y aprobación del Comité de Contratación de la Entidad. -Comité de contratación ya no analiza, ni aprueba eventos de contratación directa (Solicitud de Única Oferta) -El proceso de contratación se adelanta a través de publicación en la Web a quien le interese participar del mismo.</p> <p>APRUEBA EL COMITÉ DE CONTRATACION</p>

Es necesario precisar que el análisis conjunto de las normas de contratación señaladas a permitido establecer que la intervención del Comité de Contratación como órgano de análisis y evaluación de proyectos de contratación ha sido gradualmente limitada de una intervención para proyectos de menor a únicamente proyectos de mayor cuantía, esto acompañado del aumento paulatino de las cuantías de contratación para cada modalidad, y la ausencia de un seguimiento real por parte de dicho comité sobre la contratación en ejecución (hecho evidenciado para la vigencia 2011 – Actas del Comité) estos eventos se materializan en el riesgo de deficiencias en la etapa de planeación, la ausencia de suficientes soportes técnicos y de necesidad, e incluso la falta de verdaderos sondeos de mercado, y por supuesto controles de revisión de los documentos precontractuales.

Ahora bien, las modificaciones señaladas, permiten el tratamiento de proyectos contractuales que en otrora fueron de mayor cuantía como proyectos de menor y mínima cuantía respectivamente, esto comprometiéndolo los principios de libre concurrencia y competencia, selección objetiva, transparencia, economía, responsabilidad y publicidad, y por ende generando el riesgo de vulneración de los principios fiscales de eficiencia, economía, eficacia, y equidad al impedirse que la entidad pueda al asignar sus recursos obtener la maximización de los resultados, y que en igualdad de condiciones de calidad pueda obtener que los bienes y servicios a contratar se obtengan al menor costo que el mercado pueda proporcionar como resultado de las garantías de transparencia que proporciona la aplicación y materialización de los principios de publicidad, libre competencia y libre concurrencia de oferentes en los distintos procesos de contratación que adelanta la Unidad.

Lo anterior en concordancia con lo señalado en Providencia del 10 de marzo de 2005 emanada del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.. Radicación: 25000-23-26-000-2003-01195-01(AP), Consejero Ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA:

“(…)

A pesar de que se trata de entidades que dada su naturaleza de empresas industriales y comerciales en algunos aspectos funcionan como particulares, con mayor independencia frente al aparato estatal que otras entidades, en realidad “no son particulares”, y conservan, como toda empresa de su misma naturaleza, unos objetivos y finalidades que difieren del simple ánimo de lucro que inspira a aquellos; por esta razón, también están obligadas a administrar sus recursos de manera eficiente y transparente, y en materia de contratación, no se hallan exentas del deber de cumplir con el principio de la selección objetiva, eligiendo como sus contratistas a quienes presenten las ofertas más favorables, incluyendo en la valoración de tal favorabilidad el precio de las mismas; por ello, en la medida en que vulneren tales principios en forma grave, estarán así mismo incurriendo en una violación a los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público.”



3. Contrato de Consultoría No 19547-009-2012.

Mediante Contrato de Consultoría No 19547-009-2012 del 23 de julio de 2012 la UPME contrato con la empresa GRUPO SINERGIA COLOMBIA S.A.S. identificada con NIT 900.332.880-4; por el termino de 6 meses (o hasta el 31 de diciembre de 2012) y por un valor de \$495.000.000 “(...) *la prestación de los servicios profesionales de apoyo para la revisión y recomendaciones de ajustes al manual de contratación y proyección del manual de gestión contractual, así como la estructuración de los procesos contractuales de la Entidad y la asistencia en cada una de las etapas que los componen, de conformidad con los requerimientos misionales comprendidos dentro del Plan de Inversión 2012 (...)*”. Examinado el contenido obligacional establecido en el mencionado acuerdo de voluntades se evidencia en su clausula Segunda, lo siguiente:

“(...)

2.1.2.4 *Actividades en los procesos de contratación.*

2.1.2.4.1 *Prestará el apoyo y asesoría a la Entidad durante todo el proceso precontractual y al de contratación desde la etapa de planeación de la contratación y, hasta la firmeza del acto de adjudicación o de declaratoria de desierta.*

2.1.2.4.2 *Realizará la proyección de las condiciones de contratación (términos de referencia) necesarios para contratar, estableciendo las modalidades de selección en cada caso, la tipología del contrato a celebrar, teniendo en cuenta consideraciones de objeto, cuantía y aquellas expresamente consagradas en el manual de contratación de la Entidad.*

2.1.2.4.3 *Tramitará las observaciones de los posibles oferentes, las veedurías ciudadanas y entidades de control respecto de las instancias que se surtan en los procesos de contratación hasta la recomendación de adjudicación.*



2.1.2.4.4 Acompañará y realizará los ajustes y procederá a proyectar las condiciones de contratación, atendiendo sobre los mismos las respuestas necesarias a las observaciones de los distintos actores. En virtud de lo anterior, emitirá con el mismo los anexos y formatos necesarios para la correcta presentación de las propuestas de los posibles oferentes. Así mismo, proyectará tanto el acto administrativo, como la minuta del contrato para quienes resulten adjudicatarios.

2.1.2.4.5 Proyectará cronograma de los procesos a su cargo, concertados con la Entidad los tiempos de los mismos acorde al tipo de contratación y considerando las condiciones objetivas de tiempo de elaboración de las propuestas por parte de los posibles oferentes.

2.1.2.4.6 Realizará la evaluación y calificación de las propuestas que se presenten en los procesos de contratación, incluyendo la matriz de calificación diligenciada y sustentada, diferenciando los factores ponderables y los habilitantes. En el marco de este numeral, solicitará las aclaraciones y/o subsanaciones respectivas para validar o descartar (rechazar) las ofertas presentadas, según lo estipulado en los términos de referencia.

2.1.2.4.7 Verificará, de ser necesario, la información suministrada por los oferentes en su oferta. Dicha verificación podrá ser presencial o documental según lo requerido en el mismo.

2.1.2.4.8 Apoyará a la entidad en la respuesta a las entidades de control, veedurías ciudadanas y otros actores, sobre las fases del proceso y las actuaciones que dieron origen a la contratación o declaratoria de desierto en cada uno de los procesos asesorados.

(...)

2.1.2.4.10 Acompañará la entidad en las audiencias públicas que se adelanten en el proceso de selección y la asesorará en los temas que en ellas se susciten, dando respuesta allí mismo o con posterioridad a la misma y de manera escrita, a las observaciones que se reciban.

2.1.2.4.11 *Coordinará de manera conjunta con el equipo (Comité de Contratación) de la UPME las reuniones con el fin de presentar oportunamente los documentos a publicarse dentro de los procesos de selección.*

2.1.2.4.12 *Apoyará a la UPME hasta la suscripción del contrato y la legalización del mismo.*

2.1.2.4.13 *Asistirá a la UPME en las reclamaciones o solicitudes de revocatoria del acto de adjudicación que se llegaren a presentar, o en los recursos de reposición de la declaratoria de desierta, según corresponda.*

2.1.4.1 (...) *prestará sus servicios bajo autonomía administrativa, para el buen desarrollo del contrato.*

2.2.5.3 *El cronograma que contenga los tiempos en los cuales el CONTRATANTE podrá a disposición del CONTRATISTA los estudios previos (o la definición técnica de la necesidad) de cada uno de los proyectos, consultorías y demás asuntos que, conforme al Plan de Inversión 2012, deben contratarse durante la vigencia fiscal 2012 y que le son asignados al CONTRATISTA.*

SEXTA – AUTONOMIA TECNICA Y ADMINISTRATIVA:

6.1 *El CONTRATISTA será el responsable de la dirección técnica y administrativa de los servicios objeto del Contrato, los cuales se realizarán en su propio nombre, con plena autonomía directiva, técnica y administrativa, utilizando sus propios medios y por su cuenta y riesgo.*
(Subrayado por fuera del texto)

De las anteriores obligaciones, es posible evidenciar por parte de la Contraloría General de la República que tras el contrato de consultoría celebrado cuyo objeto principal es la asesoría y proyección de un Manual de Gestión Contractual y la presentación de recomendaciones y ajustes sobre el Manual de Contratación Vigente (Resolución 0319 del 5 de julio de 2012), en la realidad se está pactando la tercerización al contratista de la etapa precontractual (incluyendo la fase de planeación) de los diferentes proyectos de contratación que se adelantarían en la

UPME con ocasión del Plan de Contratación vigente para el año 2012, con autonomía plena del mismo, incluyendo dentro de estas actividades como la proyección de los términos de referencia, la resolución de las observaciones presentadas a los mismos, la evaluación de las propuestas, la intervención durante la fase de adjudicación e incluso el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

La CGR advierte que a través de este contrato podría ponerse en riesgo los recursos de la Entidad, en la medida en la que se comprometen los principios de legalidad, transparencia, imparcialidad, libre concurrencia y competencia, selección objetiva y responsabilidad al entregarse a un particular el trámite precontractual de los diferentes proyectos de contratación de la UPME.

ADVERTENCIA

Esta función de advertencia se limita a señalar o poner de presente a la Administración, los posibles riesgos que generarían los hechos descritos, siendo discrecional por parte de su Despacho, acoger o no, las observaciones efectuadas por la Contraloría General de la República.

Esta advertencia se realiza sin perjuicio del control posterior a las acciones correctivas que se espera que se adelanten, para la debida gestión y protección de los recursos de interés del Estado, y la correspondiente remisión de la misma a la Procuraduría General de la Nación para lo correspondiente.

Cordial saludo,



SANDRA MORELLI RICO

Contralora

Copia: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado- Procurador General de la Nación

Proyecto: Miller E. Martínez Casas-Profesional Universitario G-01
Revisó y aprobó: Ana María Silva Bermúdez – Contralora Delegada Sector Minas y Energía



