PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

D I R E C T I V A N°. 16

DE: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

PARA: REPRESENTANTES LEGALES Y ORDENADORES DEL GASTO DE LAS ENTIDADES DE LOS SECTORES CENTRAL Y DESCENTRALIZADO DE LA RAMA EJECUTIVA NACIONAL Y TERRITORIAL, RAMA JUDICIAL, RAMA LEGISLATIVA, ORGANISMOS AUTÓNOMOS, ORGANISMOS DE CONTROL, DE ORGANIZACIÓN ELECTORAL Y COMISIONES REGIONALES DE MORALIZACIÓN.

ASUNTO: PREVENCIÓN DE RIESGOS QUE PUEDEN PRESENTARSE EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR CAUSA DE LA PANDEMIA COVID-19 Y MEDIDAS DE CONTROL

FECHA: 22 DE ABRIL DE 2020

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las establecidas en el numeral 1 del artículo 277 de la Constitución Política y en los numerales 7 y 36 del artículo 7 del Decreto Ley 262 de 2000, expide la presente Directiva con el fin de proteger el ordenamiento jurídico, el interés general, el patrimonio público y evitar la ocurrencia de situaciones que afecten los derechos de las personas, por hechos de corrupción o de mala gestión que puedan presentarse en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social por causa del coronavirus COVID-19, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud – OMS declaró que el brote de COVID-19 es una pandemia por la velocidad de su propagación, y recomendó a los países tomar medidas para enfrentar la situación.

De conformidad con lo anterior, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional por causa del COVID-19 hasta el 30 de mayo de 2020, plazo que podrá ser prorrogado si las causas que le dieron origen persisten o se incrementan.

De acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política, cuando sobrevengan hechos que perturben en forma grave o inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, puede el Presidente de la República con la firma de todos sus ministros, declarar el Estado de Emergencia por periodos hasta de treinta días, que sumados no pueden exceder de noventa días en el año calendario.

Con fundamento en el mencionado artículo 215 de la Constitución Política y la Ley 137 de 1994, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 417 de 2020, por medio del cual declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por un término de treinta (30) días calendario, contados a partir del 17 de marzo de 2020 término que expiró el pasado 15 de abril.

En desarrollo de dicho Decreto, el Gobierno Nacional adoptó medidas de urgencia en materia de contratación estatal, por el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la pandemia COVID-19 con la expedición de los Decretos

Legislativos 440 y 499 de 2020 y, mediante los Decretos Legislativos 537 y 544 de 2020 adoptó estas disposiciones durante el término de la emergencia sanitaria.

Las medidas adoptadas

Los citados Decretos Legislativos aplicables en materia de contratación estatal establecen las siguientes medidas:

a) El uso de los medios electrónicos para las audiencias públicas que deban adelantarse en los procedimientos de selección y en los procedimientos sancionatorios en curso.
b) La suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y la revocatoria de los actos de apertura.
c) La preferencia por las entidades territoriales del uso de Instrumentos de Agregación de Demanda para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes.
d) La facultad de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- de diseñar y organizar acuerdos marco de precios por contratación directa, con el fin de facilitar la disponibilidad de bienes y servicios relacionados con la emergencia.
e) La adquisición en grandes superficies hasta por el monto máximo de la menor cuantía de las entidades estatales.
f) La contratación mediante la causal de urgencia manifiesta con ocasión de la declaratoria del estado de emergencia sanitaria, a través de la contratación directa del suministro de bienes, la prestación del servicio o la ejecución de obras en el inmediato futuro, con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la Pandemia COVID-19.
g) La adición y modificación de contratos estatales sin límite de valor, siempre que se relacionen con bienes, obras o servicios que permitan una mejor gestión y mitigación de la situación de emergencia con ocasión del COVID-19.
h) El uso de los mecanismos electrónicos para la recepción, el trámite y el pago de facturas y cuentas de cobro de los contratistas.
i) La autorización al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, para celebrar convenios interadministrativos internos y contratos que tengan como propósito adquirir de las entidades públicas extranjeras, empresas privadas extranjeras o de otras organizaciones o personas extranjeras, bienes y servicios necesarios para mitigar la pandemia y sus efectos, sin aplicar la ley 80 de 1993.
j) La aplicación de las normas del derecho privado para la adquisición en el mercado internacional de dispositivos médicos y elementos de protección personal, atendiendo el criterio de inmediatez como consecuencia de las turbulencias del mercado global de bienes para mitigar la pandemia. Permitir que las Entidades Estatales contraten directamente con personas extranjeras, naturales o jurídicas, que provean estos bienes y servicios.

Cumplimiento de principios y régimen de control

La Constitución Política establece en su artículo 209 que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad e imparcialidad, entre otros, desarrollados por la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De igual forma, la Constitución Política establece en su artículo 267 que los gestores fiscales, es decir, los intervinientes en la actividad contractual, deben observar los principios de economía y efectividad, entre otros. Tales principios los desarrolla el artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020.

La Ley 80 de 1993 define la urgencia manifiesta y el control de los actos que la declaran y de los respectivos contratos suscritos en desarrollo de ésta. Primero, por parte de los órganos de control fiscal, en especial, la respectiva Contraloría competente y segundo, en caso de evidenciarse el uso indebido de la contratación de urgencia manifiesta, será causal de mala conducta o falta gravísima sancionable disciplinariamente por la Procuraduría.

A su vez, la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 136 y 185 tiene previsto el control inmediato de legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de los estados de excepción. Por lo tanto, todos los actos administrativos de declaratoria de urgencia manifiesta deberán remitirse a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el procedimiento de control está previsto que la Procuraduría General de la Nación, como agente del Ministerio Público, emita concepto sobre la legalidad o ilegalidad de actos como los descritos.

El Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, establece entre otras faltas gravísimas alusivas a la contratación, en los numerales 31 y 33 del artículo 48, el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal contemplados en la Constitución y en la ley; y aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de contratos sin existir las causales previstas en la ley.

La Ley 1150 de 2007 en el literal a) del numeral 4 del artículo 2 señala la urgencia manifiesta como una causal de contratación directa que debe justificarse de manera previa de acuerdo con las reglas contempladas en el reglamento.

De igual manera, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.1.4.2., establece que el acto administrativo que declare la urgencia manifiesta hace las veces de acto administrativo de justificación, y en este caso, la entidad estatal no está obligada a elaborar estudios y documentos previos.

La anterior previsión normativa no exime a los gestores de la actividad contractual de contratar en condiciones de economía, efectividad, moralidad e imparcialidad, entre otros principios.

La Procuraduría General de la Nación en el marco del Estado social de derecho y por mandato constitucional, de conformidad con el artículo 277 de la Constitución Política, es el órgano de control que tiene, entre otras funciones, proteger y promocionar los derechos humanos, propender por la vigencia de un orden social justo, proteger el interés público y vigilar la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

El Ministerio Público construye convivencia, salvaguarda el ordenamiento jurídico, representa a la sociedad y vigila la garantía de los derechos, el cumplimiento de los deberes y el desempeño íntegro de quienes ejercen funciones públicas, preservando el proyecto común expresado en la Constitución Política, para producir resultados de valor social en su acción preventiva, ejerciendo una actuación disciplinaria justa y oportuna, y una intervención judicial relevante y eficiente, orientadas a profundizar la democracia y lograr inclusión social, con enfoque territorial y diferencial.

Así las cosas, la Procuraduría General de la Nación, reconoce la contratación estatal como una de las herramientas para la garantía de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades de la población y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

En virtud de lo anterior, el Procurador General de la Nación:

DISPONE:

Exhortar a los Representantes Legales y Ordenadores del Gasto de las entidades de los sectores central y descentralizado de la rama ejecutiva en el orden nacional y territorial, rama judicial, rama legislativa, organismos autónomos, organismos de control y organización electoral que contratan con cargo a recursos públicos, sin que sea relevante su naturaleza o su régimen jurídico, a:

1. Cumplir con la normativa contractual expedida en virtud del estado de emergencia sanitaria y los principios de la contratación estatal, entre otros los que han sido enunciados en esta Directiva, en todos los procesos y en la actividad contractual para las adquisiciones de bienes, obras y servicios requeridos para contener la expansión de la pandemia y mitigar los efectos del COVID-19.

2. Garantizar el uso adecuado y prioritario de los recursos públicos disponibles para mitigar, contener y remediar los efectos negativos de la pandemia.

3. Garantizar la transparencia, la eficiencia, la moralidad, la economía, y en general, la integridad en la contratación estatal durante la emergencia sanitaria, a través de las siguientes acciones:

3.1. Permitir el libre acceso de los entes de control a los planes de acción para conjurar la emergencia y a los contratos para su ejecución.

3.2. Publicar en su página web y en el SECOP en tiempo real la información sobre el acto que declara la urgencia manifiesta y las contrataciones con ocasión de la emergencia, independientemente del régimen o modalidad utilizada, para garantizar la apertura de esta información en datos abiertos.

3.3 Identificar claramente la necesidad de la contratación derivada de la emergencia e incluir en sus documentos, como mínimo: i) las razones por las que el contrato permite afrontar la emergencia sanitaria, ii) la focalización de la población beneficiaria, iii) la justificación técnica y económica de la contratación, iv) las condiciones de entrega de los bienes o la prestación del servicio y, v) la información sobre la persona natural o jurídica con la que se celebró el contrato.

3.4. Caracterizar en los contratos los bienes, obras y servicios, las especificaciones técnicas del bien, la cantidad y la calidad requerida con ocasión de la pandemia.

3.5. Elaborar estudios de mercado o como mínimo análisis de mercado y de costos con el fin de optimizar recursos, revisando contratos similares, precios del mercado y establecer precios máximos a bienes o servicios necesarios para atender la pandemia. Así mismo, revisar las fuentes oficiales o sistemas de información de precios como el SIPSA del DANE y, la regulación de precios de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, entre otros.

3.6. Evitar el pago de bienes y servicios con sobreprecios e informar a la Superintendencia de Industria y Comercio, el alza de precios injustificada, las ventas atadas, el acaparamiento y la especulación.

3.7 Garantizar la libre concurrencia para evitar el acaparamiento por determinados proveedores o contratistas en la adquisición de bienes de consumo de primera necesidad.

3.8. Justificar la idoneidad y experiencia de los contratistas o proveedores, para garantizar la eficiente y correcta ejecución de los contratos y la satisfacción de la necesidad de la población beneficiaria de la contratación de los bienes y servicios, o la ejecución de una obra.

3.9 Llevar a cabo una adecuada supervisión de los contratos.

3.10 Verificar, documentar y justificar la conveniencia y oportunidad de modificar y adicionar contratos derivados de la emergencia sanitaria.

3.11 Adelantar compras centralizadas o agrupar necesidades comunes con otras Entidades para comprar conjuntamente bienes y servicios requeridos para atender la pandemia.

3.12 Usar los mecanismos de agregación de demanda disponibles en virtud de la emergencia sanitaria que ponga a disposición Colombia Compra Eficiente.

3.13 Remitir el acto de declaratoria de la urgencia manifiesta al día siguiente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo o al Consejo de Estado según las reglas del CPACA. Así mismo, hacer lo propio con este acto de declaratoria y sus contratos a la Contraloría competente para el ejercicio del control fiscal.

4. Como resultado preliminar de la actuación preventiva adelantada por la Procuraduría General de la Nación en todo el país, y con el propósito de advertir hechos que atenten contra las medidas especiales que se han tomado para facilitar la contratación de bienes, obras y servicios requeridos para contener y mitigar los efectos del COVID-19, se informa a continuación los riesgos identificados para que, de ser el caso, se adopten las medidas correctivas necesarias, evitando así incurrir en posibles faltas disciplinarias, de responsabilidad fiscal o la comisión de un delito.

4.1. Contratación relacionada con la emergencia que no resulte necesaria, tales como, material publicitario impreso, radial, fotográfico o virtual sobre prevención del COVID-19 dirigido a población con acceso a televisión e internet y que cuentan con información suficiente; o contratos de publicidad para resaltar la imagen del alcalde, gobernador o partido político.

4.2. Falta de justificación previa de la necesidad: contratos sin ningún tipo de justificación y por tanto, no es claro si los mismos están destinados a contener la emergencia o hacen parte del giro ordinario de las funciones de la entidad, por ejemplo, adquisición de ayudas humanitarias sin identificar la población vulnerable con base en la cual se determina el número de mercados y compra de bienes sin cotizaciones o fuentes de información sobre precios.

4.3. Entrega de bienes y servicios adquiridos en virtud de la emergencia sanitaria para otros fines, por ejemplo, entrega de mercados a población no vulnerable o no necesitada y entrega de mercados con fines políticos,

desatendiendo la satisfacción de las necesidades de hogares pobres o vulnerables que no están cubiertos en programas como Familias en Acción, Colombia Mayor e Ingreso Solidario.

4.4. Contratación por urgencia manifiesta no vinculada con la emergencia: contratos que no están relacionados con acciones necesarias que permitan prevenir el contagio de virus o mitigar los efectos de la pandemia, por ejemplo, contratación de personal administrativo y mantenimiento de parques.

4.5 Falta de idoneidad del contratista por no tener la capacidad financiera o experiencia para ejecutar en forma eficiente y adecuada el contrato: dentro del objeto social del contratista no están relacionadas las actividades necesarias para ejecutar el contrato, por ejemplo, un contrato para el suministro de ayudas humanitarias celebrado con una persona jurídica dedicada a organización de festejos.

4.6. Contratos para la compra de bienes o servicios con sobreprecios, independientemente de las posibles distorsiones del mercado.

4.7. Los jefes de entidad que omitan la remisión de los actos y contratos que suscriban o celebren en desarrollo de la causal de urgencia manifiesta, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y/o a la respectiva la Contraloría, serán sujetos de investigación inmediata y destinatarios de la sanción que corresponda en cada caso.

El Ministerio Público reitera su compromiso con la prevención de la corrupción, el uso eficiente de los recursos públicos y la garantía de los derechos de la población, y advierte que estará vigilante al cumplimiento estricto de la normativa en materia de contratación, de manera que los recursos que se comprometan, se orienten a atender las necesidades expuestas con ocasión de la emergencia sanitaria.

Finalmente, el Ministerio Público insta a las Comisiones Regionales de Moralización a que garanticen, coordinen y promuevan en su respectivo territorio, las acciones de prevención de riesgos de corrupción en la ejecución de los recursos públicos.

La presente Directiva, expedida con ocasión de la función preventiva ejercida por la Procuraduría General de la Nación, deberá ser publicada en las páginas web e intranet institucionales, en garantía de los principios de publicidad y transparencia y, el derecho al acceso de la información pública.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

Elaboró: María Paula Álvarez Botiva y Marcela Riascos Eraso
Revisó: Marcela Riascos Eraso, Juan Carlos Argüello e Iván Darío Gómez Lee -Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa.
Aprobó: Liliana Caballero Durán – Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.
Edna Julieta Riveros González – Jefe de la Oficina Jurídica