

Circular Número 010

PARA: SECRETARIOS DE DESPACHO, DIRECTORES DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, GERENTES Y DIRECTORES DE UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS DEL NIVEL DISTRITAL Y ALCALDES LOCALES.

DE: VEEDOR DISTRITAL

ASUNTO: ASPECTOS RELEVANTES DE LA GUÍA PARA LA CONTRATACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO Y DE RECONOCIDA IDONEIDAD EMITIDA POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

FECHA: Bogotá D.C., 2 de Junio de 2017

La Veeduría Distrital en desarrollo de la labor preventiva que contribuye al mejoramiento continuo de la gestión pública de las entidades distritales, en el marco de la contratación, considera oportuno dar a conocer algunos de los aspectos más relevantes contenidos en la *“Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad”* emitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, el 24 de abril de 2017, con ocasión de la expedición del Decreto 092 de 2017.

En primer lugar, es necesario recordar que la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el artículo 355 de la Constitución Política reglamentada por el Decreto 092 de 2017 es una contratación **especial** que procede exclusivamente en los casos previstos en la norma, motivo por el cual se hace precisión respecto de su alcance, aplicación y características.

1. **Ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017.**

De conformidad con la autorización contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, esta contratación es aplicable a los contratos entre Entidades Estatales y Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro de Reconocida Idoneidad, y está **restringida** a:

- La contratación con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo.
- La contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como es el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

2. **Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.**

Este tipo de contratación es excepcional y solamente procede cuando el Proceso de Contratación cumple con las condiciones señaladas en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 así:

- Correspondencia directa con programas y actividades de interés público previstos en el Plan Distrital de Desarrollo relacionados con la promoción de derechos de los menos favorecidos; es decir, que el objeto debe tener una conexión expresa y clara con el programa previsto en el plan de desarrollo. Si esta condición no se cumple el Proceso de Contratación no debe adelantarse en el marco del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017, aunado a que la actividad debe buscar exclusivamente la promoción de los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana.
- No hay una relación conmutativa entre las partes, ni instrucciones precisas que indican la forma como el contratista debe cumplir con el objeto del contrato; esto quiere decir que la contratación no genera cargas equivalentes o recíprocas y por tanto la Entidad Estatal contratante no instruye a la entidad privada sin ánimo de lucro para desarrollar los programas o actividades previstas. Se precisa que la contratación que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política no está encaminada a la adquisición de bienes y servicios y a la ejecución de obras, y en consecuencia no puede ser utilizada con ese propósito, pues la misma está enfocada a la colaboración entre el Estado y las Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro de Reconocida Idoneidad.
- No hay oferta en el mercado distinta a la de las entidades privadas sin ánimo de lucro o hay oferta, pero genera mayor valor contratar con la entidad sin ánimo de lucro. Una condición para contratar en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, es que no exista oferta económica del sector privado con ánimo de utilidad, y si existe,

las actividades realizadas por las entidades sin ánimo de lucro deben representar un mayor valor por dinero, lo que implica incrementar la eficacia y efectividad del Estado en satisfacer las necesidades de la población, para obtener los resultados esperados por el respectivo plan de desarrollo.

En este sentido, es importante tener en cuenta que se debe elaborar un estudio del sector en el que se deje constancia que la única oferta para desarrollar el plan o actividad prevista en el plan de desarrollo es la de entidades privadas sin ánimo de lucro. Si el estudio de mercado muestra que hay más ofertas en el mercado adicional a la de entidades privadas sin ánimo de lucro, la Entidad Estatal debe mostrar que la oferta de las entidades privadas sin ánimo de lucro representa una optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo.

3. Determinación de la reconocida idoneidad de la entidad privada sin ánimo de lucro. Al respecto debe indicarse que la idoneidad consiste en la cualidad de ser adecuado o apropiado para cumplir un fin y esta tiene que ser reconocida; es decir, que la Constitución Política sólo autoriza a celebrar este tipo de contratos con entidades que cuenten con un reconocimiento público manifiesto. Por lo anterior, se enuncian los aspectos que se deben tener en cuenta para hacer la valoración de los atributos y reconocida idoneidad de la entidad:

3.1. Correspondencia del objeto de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo:

El objeto estatutario de la entidad privada sin ánimo de lucro debe incluir el objeto del Proceso de Contratación y por tanto el programa o actividad establecida en el plan de desarrollo, lo cual constituye un elemento esencial para este tipo de contratación.

3.2. Capacidad del personal de la entidad privada sin ánimo de lucro:

Se podrá verificar que la entidad sin ánimo de lucro cuente con el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el programa o actividad del plan de desarrollo.

3.3. Experiencia:

a. La experiencia requerida debe estar asociada con el éxito en programas desarrollados

por la entidad privada sin ánimo de lucro, similares o afines al programa o actividad prevista en el plan de desarrollo, y debe ser proporcional al alcance, el valor y la complejidad del proyecto.

b. La Entidad Estatal no debe exigir contratos con un tipo determinado de institución sino la ejecución de los programas o actividades propiamente dichos.

c. Las Entidades Estatales deben documentar y evaluar las actividades y los resultados obtenidos por las entidades sin ánimo de lucro en la ejecución de los proyectos financiados con recursos estatales; esa evaluación es un documento que puede ser utilizado para acreditar la experiencia en el desarrollo de ese tipo de programas por parte de otras Entidades Estatales.

d. Las entidades sin ánimo de lucro deben documentar su experiencia y desempeño con donantes o en desarrollo de proyectos apoyados por empresas privadas para demostrar su idoneidad comprobada en la realización de las actividades que pretende financiar la Entidad Estatal.

e. Las Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro de Reconocida Idoneidad de reciente creación pueden aportar la experiencia de sus fundadores.

f. Las entidades sin ánimo de lucro que cuentan con una forma de organización subordinada de una matriz internacional o grupo vinculado de entidades sin ánimo de lucro, con subordinación funcional, pueden aportar la documentación relacionada con la experiencia de esa matriz.

3.4. Estructura Organizacional:

La Entidad Estatal debe establecer requerimientos que acrediten la estructura organizacional de la entidad privada sin ánimo de lucro en aspectos tales como (Contar con órganos de administración activos, Estados financieros, Política documentada de conflictos de interés, Política de manejo de riesgos operativos y archivo de documentos, Política documentada de compensación de administradores y miembros de junta).

3.5. Indicadores de Eficiencia de la Organización:

Son los indicadores financieros asociados a la eficiencia de la entidad sin ánimo de lucro que muestran su grado de madurez y dedicación a proyectos misionales.

3.6. Reputación:

Para que la entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad, debe tener una buena reputación en el Sistema de Compra Pública y en sus grupos de interés, para lo cual la Entidad Estatal, debe revisar los antecedentes fiscales, disciplinarios y penales de los administradores de la entidad sin ánimo de lucro.

4. Etapas del proceso de contratación

Es importante resaltar que para la celebración de contratos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, se requiere:

- Que el representante legal de la Entidad Estatal autorice la celebración de cada contrato que la Entidad Estatal pretende suscribir, función que no puede delegar.
 - Los documentos del proceso deben estar oportunamente a disposición del público en general en el SECOP; para el efecto, las entidades estatales deben adelantar el Proceso de Contratación en la versión 2 del SECOP que es la plataforma transaccional del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, lo que implica que las entidades sin ánimo de lucro estén registradas en el SECOP II.
 - Esta contratación resulta aplicable con cargo a recursos del Sistema General de Participaciones, del Sistema General de Regalías, de recursos propios de la Entidad Estatal, y con cargo a recursos provenientes de otra Entidad Estatal transferidos en virtud de un convenio interadministrativo.
 - Para las entidades privadas sin ánimo de lucro que participen en Procesos de Contratación derivados del artículo 355 de la Constitución Política, no se contempla la obligatoriedad de inscripción en el RUP.
- ### 4.1. Etapa de planeación:
- En esta etapa se debe elaborar el análisis del sector económico¹ relativo al programa o actividad prevista en el Plan de Desarrollo.
- En esta etapa se debe incluir la sustentación de las razones por las que la entidad utiliza el mecanismo especial previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017, la cual debe documentar la complejidad del problema social, la cantidad y fuente de los recursos que la Entidad Estatal va a emplear en apoyar a la entidad sin ánimo de lucro, las metas del proyecto, los mecanismos de seguimiento que va a utilizar la Entidad Estatal, y los criterios de evaluación final.
 - Los mecanismos de mitigación de los riesgos encontrados y la herramienta de mitigación, puede incluir las garantías de cumplimiento consagradas en el ordenamiento jurídico, el pacto de cláusulas de renegociación de los términos del negocio jurídico o de terminación anticipada, entre otros.
 - En esta etapa se debe incluir la estructura general del proceso de contratación y su cronograma, este último, incluyendo tiempos suficientes para recibir comentarios y solicitudes de información adicionales a los documentos del proceso.
- ### 4.2. Etapa de selección:
- Se debe revisar la reputación personal de los administradores y miembros de junta u órgano colegiado, corroborando que no están inhabilitados para contratar con el Estado, así como considerar el concepto de personas políticamente expuestas².
- ### 4.3. Etapa de ejecución y liquidación:
- El diseño del contrato debe permitir evaluar durante la ejecución, que la entidad privada sin ánimo de lucro continúa siendo idónea para desarrollar programas y actividades previstas en el Plan de Desarrollo.
 - Se debe hacer un seguimiento pormenorizado de la ejecución del programa o actividad prevista en el plan de desarrollo y objeto del contrato.
 - Al finalizar el contrato se debe evaluar la efectividad de la entidad privada sin ánimo de lucro en la ejecución, evaluación que

¹ El cual hace parte de los Documentos del Proceso de la etapa de planeación de acuerdo con la guía.

² Decreto 1674 de 2016. Página 19 "Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad".

debe estimar los resultados de la intervención y las dificultades encontradas en el desarrollo del contrato, así como el desempeño de los mecanismos de verificación empleados por la Entidad Estatal.

- La evaluación debe contener un elemento participativo de la comunidad, por lo cual se debe aplicar en la comunidad beneficiaria la encuesta sugerida para identificar la reputación de la entidad sin ánimo de lucro.
- La evaluación es un documento del proceso, debe ser publicada y debe ser considerada por las demás Entidades Estatales cuando contraten entidades sin ánimo de lucro.
- Es necesario hacer un balance final de la ejecución del contrato.

4. Consideraciones del artículo 5º del Decreto 092 de 2017, que desarrolla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

- Se establece la obligación para cada cabeza de sector administrativo de determinar de forma general, mediante acto administrativo motivado³, la proporción de los aportes correspondientes a la entidad privada sin ánimo de lucro y a las Entidades Estatales para que cada una de ellas realice el convenio de asociación sin convocatoria pública.
- Para la celebración de convenios de asociación entre entidades estatales y entidades privadas sin ánimo de lucro, para cumplir sus funciones o para la ejecución de actividades conjuntas, no será necesario adelantar un proceso competitivo cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero en una proporción no inferior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio. Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero en las condiciones antes señaladas, la entidad deberá seleccionarla en forma objetiva y justificar los criterios para la selección.
- Cuando la entidad sin ánimo de lucro aporte recursos en especie, la Entidad Estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

Aunado a lo anterior, es necesario que cada entidad realice la revisión y aplicación del Decreto 092 de 2017 y de la *“Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad”* expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, en aras de suscribir los contratos y/o convenios de asociación en comento, bajo los lineamientos impartidos en estas disposiciones.

Cordial saludo,

JAIME TORRES MELO
Veedor Distrital

³ Se establece en el capítulo VI de la *“Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad”*