

**IMPLEMENTACIÓN DE LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES EN EL
RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA**

LAURA ANDREA MEJÍA BAUTISTA

Artículo presentado como requisito de grado para optar título de Abogada

Asesora:

CATALINA JARAMILLO URIBE

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2018**

IMPLEMENTACIÓN DE LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES EN EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

Laura Andrea Mejía Bautista¹

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad abordar la implementación de las compras públicas sostenibles (CPS) en el régimen de contratación estatal en Colombia. Para ello se inicia con el concepto de desarrollo sostenible, en busca de determinar el origen de las compras sostenibles, seguidamente se desarrolla el tema desde el ámbito internacional y su acogida a nivel nacional, estableciendo su concepto, su normativa y desarrollo político, para posteriormente entrelazarlo con el régimen actual de la contratación pública.

Uno de los aspectos de especial relevancia en la temática propuesta es la inexistencia de disposiciones normativas que den fuerza coercitiva a la implementación de un sistema de compras públicas sostenibles a nivel nacional, municipal y departamental; lo que a su vez origina que ésta no se lleve de manera uniforme, y que, consecuentemente, algunas disposiciones normativas de la contratación pública se vean vulneradas ocasionando inseguridad jurídica para los contratistas al momento de presentar su oferta y al momento de su evaluación.

Lo anterior motivó el análisis de la inclusión de criterios de sostenibilidad en documentos tales como: estudios previos, pliego de condiciones e invitaciones, así como en la evaluación de las ofertas en torno al cumplimiento de criterios de sostenibilidad, bajo el régimen actual de contratación estatal, a partir de lo

¹ Estudiante del pregrado de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. El presente artículo se realiza a partir de los lineamientos aprendidos en la práctica jurídica realizada en la Alcaldía de Medellín, Secretaría de Suministros y Servicios, Subsecretaría de Selección y Gestión de Proveedores, en virtud del programa practicantes de excelencia del Municipio de Medellín. lauramejiab.17@gmail.com, Con la asesoría de la Doctora Catalina Jaramillo Uribe, abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, especialista en derecho administrativo y candidata a maestría de la misma universidad. cjaramillo@vjabg.com.co

estipulado en los instrumentos creados por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Concluyendo que no existe un desarrollo normativo claro, que permita la incorporación de criterios de sostenibilidad en el régimen de contratación estatal, generando riesgos al llevar a cabo su implementación; como lo son la falta de uniformidad, la inseguridad jurídica para las entidades públicas y los proponentes en la etapa de evaluación, sumado a ello la alta probabilidad de que las entidades vulneren el régimen de contratación, al establecer factores de sostenibilidad de manera discrecional o direccionada o incorporar criterios de sostenibilidad como requisitos habilitantes y a su vez la imposibilidad de ejercer un control legal en la práctica de las compras sostenibles.

Palabras clave: compras públicas sostenibles, sostenibilidad, contratación estatal, normatividad compras sostenibles, implementación compras públicas sostenibles, criterios de sostenibilidad.

Abstract:

The purpose of this paper is to address the implementation of Sustainable Public Procurement (SPP) in the state procurement system in Colombia. To do so, it begins with the concept of sustainable development, in search of determining the origin of sustainable purchases. Therefore, the subject is developed from an international level and its acceptance in Colombia; establishing its concept, regulations and political development, for later interlink it with the current regime of public procurement.

One of the main aspects in terms of relevance is the lack of regulatory provisions that give rise in a coercive manner to the implementation of a system for sustainable public purchases at a national, municipal and departmental level. At the same time, this aim to not be carried out uniformly, and consequently, some

regulatory provisions of public procurement are violated causing legal uncertainty for contractors at the time of submitting their offer and later evaluation.

The foregoing motivated to analyze the inclusion of sustainability criteria in documents such as previous studies, specifications, and invitations, as well as in the evaluation of offers regarding compliance with sustainability criteria, under the current state contracting regime. Based on the provisions of the instruments created by the Ministry of Environment and Sustainable Development.

To conclude, there is no clear regulatory development, which allows the incorporation of sustainability criteria in the state contracting regime and generating risks when carrying out its implementation. These risks include lack of uniformity, legal uncertainty for public entities and proponents in the evaluation stage. Added to this, the high probability that entities violate the hiring regime, by establishing sustainability factors in a discretionary, targeted or incorporating sustainability criteria as enabling requirements and in turn the impossibility of exercising legal control in the practice of sustainable purchases.

Keywords: sustainable public purchases, sustainability, state contracting, regulations public sustainable purchases, implementation of sustainable public purchases.

INTRODUCCIÓN:

En la actualidad cada día el desarrollo sostenible se ha tornado de la mayor importancia en las políticas públicas de los Estados, en virtud de la crisis que ha representado en el mundo las problemáticas a nivel ambiental, social y económico derivadas de un desarrollo industrial desmedido y no planificado, pese a que ha sido un concepto desarrollado desde hace más de 25 años por la Organización de las Naciones Unidas, y que aún no logra obtener los resultados esperados.

Entre las estrategias para conseguir un desarrollo sostenible, se encuentra la implementación de la producción y consumo sostenible. Esta estrategia ha tenido desarrollo internacional y nacional, originando que en materia de contratación pública también surja una iniciativa para adoptar un sistema de compras públicas sostenibles, en la cual el Estado, como principal actor de consumo, es el primer llamado a implementarlas.

Las compras públicas sostenibles han sido definidas como aquel proceso mediante el cual las organizaciones públicas satisfacen sus necesidades de bienes y servicios, de forma que alcancen un alto rendimiento basado en un análisis de todo el ciclo de vida, dando lugar a beneficios no sólo para la organización, sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que reduce al mínimo los daños al medio ambiente. *Procuring the Future* (citada en Centro Nacional de Producción Más Limpia, 2013)

Colombia no ha sido ajena a esta iniciativa. El país, de manera voluntaria se acogió, sin mediar normatividad alguna, a los compromisos adquiridos internacionalmente frente al desarrollo sostenible, estableciendo marcos de acción, guías, políticas nacionales, entre otros instrumentos de carácter no legal, que permitiese la implementación de buenas prácticas de consumo y desarrollo sostenible. Es así como, mediante el trabajo liderado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible se busca generar conciencia en la sociedad civil y en el sector privado a partir de la implementación de las compras sostenibles tanto a nivel

central como en el descentralizado, a través de la contratación estatal como herramienta para hacerlo efectivo.

El presente trabajo tiene por objetivo abordar el tema de las compras públicas sostenibles, desde su conceptualización, en primer lugar, para posteriormente, como segunda parte, realizar un análisis de su implementación bajo el régimen de contratación estatal de Colombia, determinando los retos que se pueden presentar en su aplicación bajo la actual normatividad.

1. COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES

1.1 Desarrollo sostenible: Origen y concepto

Hoy en día el concepto de sostenibilidad es de tal importancia que ha pasado a ser una expresión de uso común, en tanto vemos como es utilizada constantemente en los medios publicitarios, en las campañas de mercadeo, en medios de comunicación, en políticas privadas y políticas públicas, y hasta en el diario vivir de las personas. No obstante, aún existe desconocimiento sobre su concepto.

La sociedad suele pensar que el concepto de sostenibilidad solo hace relación a aspectos medioambientales, en el sentido de que sólo se pretende un desarrollo de la especie humana, sin comprometer los recursos naturales. Tal connotación puede derivar del origen de este concepto, dado que el desarrollo sostenible es una respuesta a la crisis medio ambiental del planeta tierra como desenlace de la conducta humana en su proceso y desarrollo industrial, así como la globalización misma.

En el origen del concepto de sostenibilidad había dos cosas: la percepción de la gravedad de los desequilibrios medioambientales, observados en diferentes lugares del mundo, y la conciencia de la posibilidad de una crisis ecológica global con consecuencias imprevisibles (pero previsiblemente catastróficas) para el futuro de nuestro planeta y de la mayoría de las especies que habitan en él. La idea de sostenibilidad empezó siendo, pues, una respuesta preventiva ante la perspectiva de colapso global o parcial del modelo de civilización dominante. (Buey, 2004, págs. 1,2)

No obstante, a pesar de que el origen de la sostenibilidad haya tenido surgimiento en un ámbito ambiental, no es preciso vincularlo solo a la noción ambiental, como notablemente lo han tratado de ceñir en la actualidad.

Esta noción de sostenibilidad implica una reinserción de los sistemas humanos dentro de los sistemas naturales, pero también una ampliación de la noción de bienestar que incluya indicadores socio-culturales como los ingresos medios de la población, la redistribución de la riqueza, el valor del trabajo doméstico, la adecuación de las tecnologías empleadas, la atención a la biodiversidad y el respeto de los ecosistemas en que se insertan las sociedades humanas. (Buey, 2004, pág. 4)

El origen del concepto de desarrollo sostenible se remonta a 1983, cuando la Organización de las Naciones Unidas, como consecuencia de la problemática ambiental y económica por la cual estaba atravesando el mundo, decidió constituir una comisión especial con el objetivo de informar sobre el medio ambiente y la problemática mundial, mediante la Resolución 38/161 de 19 de diciembre del mismo año, la cual más adelante se denominaría Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. Es a partir de allí que se empiezan a entablar los conceptos de sostenibilidad y desarrollo sostenible.

Posteriormente, en el año 1987, cuando se presenta el Informe de Brundtland o denominado también “nuestro futuro común” ante la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, se comenzaron a examinar las dificultades que estaba atravesando la sociedad global, la cual estaba destruyendo el medio ambiente y dejando cada vez más gente en la pobreza y vulnerabilidad. Como consecuencia de ello, se empezó a hablar del concepto de desarrollo y sostenibilidad; conceptos que para muchas personas eran asuntos totalmente independientes.

Cuando en 1982 se debatieron originalmente las atribuciones que tendría la comisión, hubo algunas personas que quisieron que los trabajos se limitaran solamente a “cuestiones medioambientales”. Esto hubiera sido un grave error. El medio ambiente no existe como esfera separada de las acciones

humanas, las ambiciones y demás necesidades (...) (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1987, pág. 12)

Uno de los objetivos de la Comisión Especial, fue buscar un crecimiento económico que, a la vez de ser poderoso, fuera sostenible social y medioambiental, por lo cual, a partir del informe de Brundtland realizado para la ONU por una comisión especial encabezada por la doctora Gro Harlem Brundtland, se contrasta el desarrollo económico con la sustentabilidad ambiental, y a partir de allí, se origina el concepto de desarrollo sostenible, denominado en un primer momento como desarrollo duradero, el cual ha incorporado la Organización de las Naciones Unidas en sus diferentes programas.

El desarrollo duradero es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales:

El concepto de “necesidades”, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad preponderante;

La idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1987, pág. 59)

Dentro de las iniciativas impulsadas por la Organización de las Naciones Unidas, en pro del desarrollo sostenible se encuentra entre otros: la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible Johannesburgo (2002), Proceso de Marrakech (2003), Rio+20 (2012), dando lugar a lo que hoy se conoce como el Marco Decenal de Programas sobre Consumo y Producción sostenible (10YFP, por sus siglas en inglés), los cuales han dado lugar a las compras públicas sostenibles.

Por lo anterior, es que actualmente el concepto de desarrollo sostenible, se ha definido como aquel que logra satisfacer las necesidades la generación presente

sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

1.2 ¿Qué son las compras públicas sostenibles?

Las compras públicas sostenibles han sido definidas como aquel proceso mediante el cual las organizaciones públicas satisfacen sus necesidades de bienes y servicios, de tal forma que alcancen un alto rendimiento basado en un análisis de todo el ciclo de vida, dando lugar a beneficios, no sólo para la organización, sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que reduce al mínimo los daños al medio ambiente. *Procuring the Future* (citada en Centro Nacional de Producción Más Limpia, 2013)

En ese sentido, una compra realizada por una entidad pública es sostenible si alcanza unos estándares de sostenibilidad definidos previamente, que logren determinar que la adquisición de cierto bien o servicio necesario para la entidad haya generado un menor costo, entendido éste no desde la visión económica, es decir un menor valor de adquisición, sino por el contrario, un menor costo en impacto ambiental y social, que permita tanto a la sociedad del presente como la del futuro, obtener mayores beneficios en dichos términos. No se quiere decir con ello, que las compras sostenibles, sólo están ligadas a la actividad contractual pública, por el contrario, hoy por hoy, existe un sin número de empresas en el ámbito privado que han adoptado dentro de sus políticas las compras sostenibles, logrando hasta el momento un mayor desarrollo en el tema.

Para comprender el anterior concepto de compra pública sostenible, es importante precisar ¿qué es un bien o servicio sostenible?

Para el Programa de Transformación Productiva Sectores de clase mundial (citada en Centro Nacional de Producción Más Limpia, 2013), un bien o servicio sostenible es aquel que utiliza de manera racional y eficiente los recursos naturales, humanos, económicos a lo largo de su ciclo de vida, generando así beneficios para

el medio ambiente, la sociedad y la economía. Éstos, por su naturaleza, presentación, costo e impacto ambiental generan beneficios para la sociedad, la economía y el entorno, mientras responden a las necesidades del usuario, quien obtiene el máximo provecho de éste, lo cual es consecuente con patrones de producción comprendidos con la disponibilidad de recursos para las generaciones futuras.

Ahora bien, es necesario advertir que las compras públicas sostenibles tan solo son uno de los instrumentos que contribuyen al desarrollo sostenible de un país, toda vez que existen diversas políticas públicas que aportan igualmente a la implementación de éste.

Sin embargo, la implementación de las compras sostenibles en la contratación pública resulta de gran relevancia, en la medida que tiene ciertas particularidades y restricciones a nivel normativo, lo que no se da de manera estricta para el sector privado, siendo ello, precisamente, la temática que se aborda en el presente trabajo.

1.3 Contexto internacional de las compras públicas sostenibles

La Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, organizada por la ONU, tuvo como principal tarea reafirmar el *programa de acción para lograr el desarrollo sostenible*, creado en la conferencia celebrada en Rio de Janeiro en 1992 por el mismo organismo internacional y, buscó la participación de jefes de estado² y de diversos sectores de la sociedad, con el propósito de conseguir una cooperación internacional que contribuyeran a un desarrollo sostenible a nivel mundial. En efecto, una de las marcadas diferencias referidas en el informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo fue la participación activa

² Colombia fue uno de los Estados participantes de la Cumbre Mundial en Johannesburgo.

del sector empresarial. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2002, pág. 119)

Los principales temas tratados en la Cumbre Mundial de Johannesburgo fue la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo, siendo ello los primeros cimientos de lo que hoy nos permitiría hablar de compras sostenibles, toda vez que fue a partir de ese momento, donde se indicó a los gobiernos, organizaciones internacionales, el sector privado y todos los grupos principales, la tarea de desempeñar un papel activo con miras a modificar dichas pautas.

Entre las medidas orientadas a modificar las modalidades insostenibles de consumo y producción, se destacan:

15. Alentar y promover la elaboración de un conjunto de programas de 10 años de duración en apoyo de las iniciativas nacionales y regionales para acelerar el cambio hacia modalidades de consumo y la producción sostenibles con objeto de promover el desarrollo económico y social dentro de los límites de la capacidad de sustentación de los ecosistemas.

(...)

19. Alentar a las autoridades competentes de todos los niveles a que tengan en cuenta consideraciones relacionadas con el desarrollo sostenible al tomar decisiones, incluso sobre la planificación del desarrollo nacional y local, las inversiones en infraestructura, el desarrollo empresarial y la contratación pública. Ello entrañaría la adopción, en todos los planos, de medidas encaminadas a:

(...)

C) Promover políticas de contratación pública que propicien la creación y difusión de bienes y servicios que no causen daño al medio ambiente. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2002, pág. 22)

Posteriormente, en el año 2003 se llevó a cabo el proceso de Marrakech³ sobre consumo y producción sostenible como respuesta al llamado del Plan de Implementación de Johannesburgo, de la Cumbre Mundial de Desarrollo sustentable, en el cual se solicitó a los gobiernos promover la elaboración de un marco de programas a 10 años (por sus siglas en inglés 10YFP) para apoyar y fortalecer las iniciativas regionales y nacionales, y acelerar el cambio hacia patrones de producción y consumo más sustentable.

Fue así como el 10YFP fue aprobado en el 2012, en la Cumbre de la Tierra (Rio + 20), la cual se llevó a cabo 20 años después de la Cumbre para la Tierra (Rio de Janeiro, 1992).

En relación con el consumo y producción sostenible, en Río + 20 se recordó los compromisos adquiridos en la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el programa 21 y el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo relativo a la producción y consumo sostenible consistente en adelantar y promover la elaboración de un marco decenal de programas. Por tal motivo, procedieron con la adopción del marco decenal de programas sobre modalidades de consumo y producción sostenible que figura en el documento A/CONF.216.5. (Naciones Unidas, 2012). A partir de este momento se presentó la iniciativa del programa de las Compras Públicas Sostenibles perteneciente al marco decenal de programas sobre el consumo y producción sostenible (10YFP por sus siglas en inglés), como uno de los programas más importantes para alcanzar las metas propuestas.

¿Qué es el programa de Compras Pública Sostenibles del Marco Decenal de Programas sobre el Consumo y Producción Sostenible? Es una Plataforma global que apoya la implementación de las compras públicas sostenibles en todo el mundo. Congrega a muy diversos actores, generando así sinergias y un mejor

³ Recibe el nombre de proceso Marrakech, en tanto la primera reunión internacional dedicada al desarrollo del 10YFP, se realizó en Marrakech Marruecos, en junio de 2003.

aprovechamiento de los recursos para lograr objetivos mutuos. (United Nations Environment Programme [UNEP], 2015, pág. 1)

La iniciativa de promover las compras públicas sostenibles también fue estipulada en los Objetivos de Desarrollo Sostenible acordados por los líderes mundiales en septiembre de 2015. Dichos objetivos tienen como finalidades erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos. Dentro de estos objetivos se encuentra el dirigido al consumo y producción sostenible, teniendo dentro de sus metas “promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], s.f.).

1.4 Contexto nacional de las compras públicas sostenibles

En Colombia en el año 2010 se desarrolló la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible – Hacia una cultura de consumo sostenible y transformación productiva, como consecuencia de los compromisos adquiridos por Colombia de manera voluntaria en el marco del proceso de Marrakech. La Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible, se dirige a los diferentes actores, tanto del sector público como privado, en busca de orientarlos, al cambio de los patrones insostenibles de producción y consumo, con la finalidad de contribuir a la reducción de la contaminación, la conservación de los recursos, favorecer la integridad ambiental de los bienes y servicios y estimular el uso sostenible de la biodiversidad, como fuentes de la competitividad empresarial y de la calidad de vida. (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010)

La Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible establece como objetivos específicos:

1. Generar una masa crítica de empresas que posicionen las buenas prácticas, así como los bienes y servicios sostenibles, en el mercado nacional e internacional.

2. Crear una cultura de producción y consumo sostenible entre instituciones públicas, empresas y consumidores.

3. Fortalecer el marco institucional que impulsa la producción y el consumo sostenible dentro del territorio nacional.

Así mismo, la Política estableció metas generales para el año 2014 al 2019, en busca de lograr visualizar una implementación de patrones de producción y consumo en la sociedad Colombiana.

Indicador	Meta 2014	Meta 2019
Intensidad energética (Consumo nacional de energía total / PIB)	Reducción 3%	Reducción 10%
Consumo de agua total / PIB	Reducción 3%	Reducción 10%
Valor de bienes y servicios ambientales que cuenten con certificaciones de buen manejo ambiental/ PIB total	Aumento 10%	Aumento 30%
Empresas certificadas con ISO 14001 u otro sistema internacionalmente aceptado de desempeño ambiental	Aumento 20%	Aumento 40%
Número de empresas con indicadores sociales y ambientales reportados en sistemas e índices verificables y reconocidos internacionalmente	Aumento 10%	Aumento 40%
Porcentaje de la inversión realizada en compras sostenibles de bienes y servicios priorizados en las entidades estatales.	10%	30%
Número de normas expedidas para gestión post-consumo de residuos prioritarios o de consumo masivo	10	20
Instituciones Educativas con programas de capacitación permanentes en producción y consumo sostenible.	20%	40%

Fuente: (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 37)

Entre las estrategias de esta Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible se encuentran las Compras Sostenibles de Bienes y Servicios, la cual tiene por objetivo “repercutir en las decisiones de compra de productores y consumidores de bienes y servicios sostenibles”. (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 39) De esta forma, sí se logra repercutir en la decisión de compra de los consumidores finales, logrando que estos demanden bienes y servicios con índices de sostenibilidad, se dará lugar a que los productores deban ofertar bienes y servicios con dichas características y, en consecuencia, conllevaría a promover un consumo sostenible.

Así mismo, (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 40) definió las acciones instrumentales con las cuales los actores encargados de impulsar esta estrategia, puedan desarrollar el modelo de implementación de las compras sostenibles.

(i) Fortalecer los instrumentos económicos existentes y desarrollar nuevos que promuevan la producción y el consumo sostenible.

(ii) Promover entre proveedores y consumidores de bienes y servicios sostenibles, el uso de auto-declaraciones y/o certificaciones ambientales como el Sello Ambiental Colombiano, entre otras.

(iii) Preparar y adoptar guías de especificaciones técnicas de las características de los bienes, servicios y negocios sostenibles.

(iv) Articular el Programa Nacional de Educación Ambiental interinstitucional e intersectorial para la producción y consumo sostenible.

(v) Definir, reglamentar e implementar un plan de contratación pública sostenible con base en un sistema de información verificable, precisa y no engañosa de la calidad ambiental de los bienes y servicios sostenibles.

(vi) Promover espacios comerciales a nivel regional, nacional e internacional, así como adoptar Bioexpo Colombia como un espacio de promoción de negocios sostenibles.

(vii) Desarrollar una plataforma de divulgación pública de información sobre productos, servicios y proveedores sostenibles.

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible con la finalidad de generar consciencia, coerción y voluntad en el Estado y en el sector

privado y dar cumplimiento a los objetivos del desarrollo sostenible, se vio en la necesidad de plasmar los compromisos adquiridos voluntariamente respecto a las compras públicas sostenibles (PAN), creando el Plan de Acción Nacional de las Compras Públicas Sostenibles 2016-2020. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017)

Del PAN, se destaca con mayor relevancia las estrategias definidas para llevar a cabo la implementación de las compras públicas sostenibles, ya que establece de manera concreta las acciones, los responsables e indicadores que permitirán llevar una línea clara y coherente entre las instituciones públicas y la sociedad civil, concretándose este trabajo en un cronograma general, un sistema de seguimiento y evaluación, que permitirán trazar las metas y objetivos claros y evidenciar el cumplimiento de las mismas, teniendo presente las metas trazadas para el año 2019 en la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible

EL Plan de Acción Nacional estableció cuatro objetivos que deben ser cumplidos en su totalidad para el año 2020:

1. Incentivar el uso de las CPS en todas las entidades públicas.
2. Desarrollar herramientas que permitan aumentar el uso de las CPS.
3. Afianzar y asegurar el rol de avanzada de Colombia en compras públicas sostenibles en el escenario internacional y en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
4. Aumentar incentivos, eliminar/reducir barreras y generar alianzas – sinergias con sectores e instrumentos (ecoinnovación, economía verde, etc.) para la implementación de las CPS. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017, pág. 14)

Para llevar a cabo los objetivos propuestos, el PAN ha establecido 7 líneas estratégicas, plasmadas de la siguiente manera:



Fuente: (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017, pág. 18)

Cada una de las líneas estratégicas que contribuirán a implementar las Compras Públicas Sostenibles en Colombia, serán desarrolladas a través de diferentes acciones previamente establecidas, las cuales contienen diversas actividades a desarrollar, determinando una entidad responsable y otras colaborativas, dado que esto permite un mayor control y seguimiento y, así mismo, en busca de generar un ejercicio eficiente, se establecen indicadores con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las metas propuestas. Esta estrategia genera una mayor materialización de los objetivos propuestos, y evita que solo se queden en una iniciativa, en la medida que podemos evidenciar como Colombia ha trabajado en el desarrollo de políticas sobre compras públicas sostenibles desde hace más de 10 años. Sin embargo, la materialización de esta estrategia no se ha visto de manera uniforme y constante, en tanto sólo se establecían objetivos sin la existencia de instrumentos que permitiesen su cumplimiento, todo ello por falta de planeación.

Por el contrario, hoy con el Plan Nacional de Acción, vemos como se encuentran distribuidas las tareas dirigidas al cumplimiento de cada una de las

acciones, estrategias y objetivos, así como la definición de entes responsables en el cumplimiento de cada una de las actividades, un cronograma, seguimiento y evaluación, lo que llevará a que se logre implementar en un mayor nivel las Compras Sostenibles en la Administración Pública.

Además del Plan Nacional de Acción, Colombia cuenta con una guía conceptual y metodológica desarrollada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en convenio con el Centro Nacional de Producción Más Limpia. El primer modelo de esta guía se desarrolló en el año 2013, la cual tuvo como finalidad promover, tanto en el sector público como privado, la adquisición de bienes y servicios sostenibles. Así mismo, buscó orientar a las entidades nacionales en la correcta implementación de las Compras Públicas Sostenibles conforme a los lineamientos internacionales y nacionales, estableciendo cuatro etapas para llevar a cabo la implementación de las compras sostenibles.

Como primera etapa está la planeación, en la cual se encuentra la selección del equipo de trabajo, el establecimiento de políticas dirigidas a las compras públicas sostenibles, la priorización de bienes y servicios y el establecimiento de criterios de sostenibilidad; la segunda etapa, consistente en el hacer, donde se desarrolla el estudio de la incorporación de los criterios de sostenibilidad, en documentos tales como estudios previos, pliegos de condiciones e invitaciones y la selección del contratista; como tercera etapa, está la verificación, la cual debe hacer parte de la ejecución del contrato estatal, donde se destaca el papel de la interventoría y la supervisión y, por último, la cuarta etapa se centra en el actuar, donde se realiza una revisión y mejora continua del proceso de compra, en busca de obtener mayores bienes y servicios que se adquieran con características de sostenibilidad.

En el año 2017, la Guía Conceptual y Metodológica de Compras Públicas Sostenibles, fue actualizada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo en convenio con el Centro de Producción Más Limpia, la cual tiene entre sus objetivos servir

como lineamiento para la implementación de la Compras Públicas Sostenibles en las entidades públicas (nacionales, departamentales y municipales); ayudar a expertos y profesionales de las compras públicas a comprender la relevancia de la sostenibilidad como criterio de adquisición; ofrecer orientación y herramientas a las personas responsables de las compras públicas para facilitar su implementación, y apoyar a las personas y organizaciones involucradas a la hora de monitorear e informar logros e impactos. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017)

La actual Guía Conceptual y Metodológica presenta los antecedentes internacionales y nacionales de las compras públicas sostenibles y su contexto legal y conceptual, al igual que lo desarrollaba la Guía del año 2013, no obstante, la diferencia entre estos dos modelos, radica en la metodología utilizada para llevar a cabo su implementación, puesto que esta guía tiene un enfoque más práctico que la anterior, en la medida que establece paso a paso las etapas para lograr de manera satisfactoria la adopción de las compras sostenibles en el régimen de contratación de las entidades públicas a nivel nacional, regional y municipal, de manera que cada entidad pública o cada institución pueda identificar el estado inicial en la que se encuentra, realizar su diagnóstico y, por consiguiente, emprender las acciones necesarias para cumplir con la etapa indicada.

El proceso de implementación, de acuerdo a la Guía actual, está conformada por las siguientes etapas: (i) La voluntad política, en la cual se identifica el apoyo y voluntad de implementar las Compras Públicas Sostenibles; (ii) Capacitación y sensibilización, capacitación a los autores responsables del proceso de compra; (iii) Conformación del grupo de trabajo, el cual sería el director y responsable del cumplimiento de las políticas de compras sostenibles; (iv) Gobernanza, en la cual se da la incorporación del concepto de compras sostenibles en la planeación estratégica, políticas, manuales, reglamentos y demás documentos; (v) Verificación de la existencia de fichas técnicas con criterios de sostenibilidad; (vi) Inclusión de los criterios en los pasos de contratación; y (vii) Evaluación de las propuestas de los

oferentes y medición y seguimiento. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017)

2. IMPLEMENTACIÓN DE LAS COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES EN COLOMBIA

2.1 Normatividad Nacional

Para este punto, es preciso indicar que actualmente Colombia no cuenta en el ordenamiento jurídico con una disposición normativa a nivel de ley o reglamentaria que incorpore los lineamientos de las compras públicas sostenibles, en tanto todo su desarrollo se ha dado a partir de los compromisos internacionales adquiridos voluntariamente y, en consecuencia, su adopción se ha dado a partir de políticas, tales como la Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible y el Plan de Acción Nacional de las Compras Públicas Sostenibles, siendo a partir de ello que se han creado diversos instrumentos que buscan la implementación de las mismas por parte de las entidades públicas a nivel nacional, departamental y municipal.

Ahora bien, la Constitución Política si permite su desarrollo. El artículo 226 de la Constitución establece lo siguiente: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.” (Asamblea Nacional Constituyente , 1991)

Igualmente, los artículos 79, 80 y 267 ibídem, permiten el direccionamiento del Estado a la inclusión de criterios de sostenibilidad en la adquisición de bienes y servicios, así:

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar

la educación para el logro de estos fines. (Asamblea Nacional Constituyente , 1991)

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. (Asamblea Nacional Constituyente , 1991)

Artículo 267.

(...) La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. (Asamblea Nacional Constituyente , 1991)

De otra parte, la ley 99 de 1993, la cual establece la política ambiental colombiana, destaca dentro de sus principios generales el desarrollo sostenible, estableciendo en su artículo primero:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

(...)

7. El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la prevención, corrección y restauración

del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales renovables. (Congreso de la República, 1993)

Sin embargo, aunque existan las anteriores disposiciones que avizoran un compromiso con el desarrollo sostenible del país y que vislumbran la posibilidad de implementar la adquisición de bienes y servicios que cumplan estándares de sostenibilidad, no existe un desarrollo legal que permita, dado el actual régimen de contratación estatal, implementar las compras sostenibles, lo que conlleva a que esta materia no se lleve de manera uniforme por las entidades públicas, generando inseguridad jurídica para el contratista al momento de presentar su oferta, y para la entidad al momento de evaluarla.

Aunque existan instrumentos como la Guía conceptual y Metodológica que permite un direccionamiento en la implementación de las Compras Sostenibles a las entidades del Estado, ésta permite la discrecionalidad de cada una de ellas al momento de incorporar los criterios de sostenibilidad de bienes y servicios, y al momento de ser evaluados. Por ejemplo, puede llegar el caso de que una entidad pública establezca criterios de sostenibilidad caprichosos que solo puedan ser cumplidos por uno de los oferentes, buscando direccionar un proceso contractual; o por ejemplo puede suceder que un requisito sostenibilidad se convierta en un requisito habilitante, lo que legalmente no está contemplado al tenor del artículo 5 de la Ley 1150 de 2017.

ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. (Congreso de la República, 2007)

(...)

Es por esta razón, que de las siete estrategias definidas por el Plan de Acción Nacional de Compras Públicas Sostenibles antes expuestas, se considera que se debe atender de manera prioritaria la acción número tres de la estrategia uno “desarrollo de aspectos normativos”, la cual tiene por finalidad la actualización del marco jurídico colombiano en torno a las compras públicas sostenibles. Por ende, si se cumple con lo establecido en esta acción es posible dotar de fuerza vinculante a esta estrategia, y permitir con mayor facilidad la implementación de las compras sostenibles en el régimen de contratación pública de manera unificada, generando seguridad jurídica y a su vez garantizando que el régimen de contratación no sea vulnerado.

Por ejemplo, la ley 1882 de 2018, busca la preponderancia del principio de selección objetiva, introduciendo la regulación de pliegos tipo, con la finalidad que el Gobierno previamente defina condiciones habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia, según la modalidad de selección, los cuales deben ser utilizados por todas las entidades públicas en sus procesos de selección para obras públicas, interventorías de obras, interventoría para consultoría de estudios y diseños de obras públicas y consultoría en ingeniería para obras, con la finalidad de eliminar el direccionamiento de procesos de selección. Facultando de igual manera, cuando se considere necesario la incorporaciones de estos pliegos en otros tipos de contrato. (Congreso de la República, 2018)

Este tipo de desarrollos normativos, podría permitir una incorporación de las compras públicas sostenibles, toda vez que busca incorporar criterios de calificación o especificaciones técnicas de manera unificada dependiendo las características específicas del objeto contractual, en busca de evitar direccionamiento de procesos de selección por parte de las entidades públicas. Por tal motivo, podría incorporarse en los pliegos tipo, criterios con índices de sostenibilidad, sin embargo esto no ha sido definido por el Gobierno Nacional.

La referida acción tiene como entidad responsable al Ministerio de Ambiente - Comité Coordinador Nacional, y como entidad involucrada al Congreso de la República. Dentro de sus actividades esta verificar la pertinencia e incorporación de aspectos de CPS en el sistema normativo nacional; diseñar propuesta de adecuación o mejora a instrumentos jurídicos vinculados a CPS a nivel Nacional, Departamental o Institucional e incorporar procedimientos e instrumentos vinculantes para la realización de CPS en las entidades públicas. Así, para el año 2018, deberá existir al menos un instrumento jurídico vinculante para la implementación de CPS por parte de entidades públicas del orden nacional y para el año 2020 para el orden regional y municipal. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017, pág. 20).

2.2. Criterios de sostenibilidad

2.2.1 Definición.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible ha definido el criterio de sostenibilidad como “la variable o requisito asociado a un aspecto ambiental, social o económico en el ciclo de vida, por medio del cual se desea lograr la desaparición, minimización o control de los efectos adversos en el medio ambiente y la sociedad.” (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017, pág. 44)

Para entender con mayor claridad los criterios de sostenibilidad, es necesario analizar los principios y valores de las compras públicas sostenibles definidos en la Guía Conceptual y Metodológica 2017, en especial, los relacionados con la adquisición de bienes y servicios amigables con el medio ambiente, adquisición de bienes, servicios con estándares sociales y, adquisición de bienes y servicios con criterios de economía y conveniencia, teniendo en cuenta que, a partir de estos estándares, se determinará las características necesarias para cumplir con índices de sostenibilidad.

El (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017) proponen los siguientes principios y valores:

En relación con la adquisición de bienes y servicios amigables con el medio ambiente:

- Adquirir bienes y servicios que consideren el menor impacto ambiental posible a lo largo de todo su ciclo de vida.
- Adquirir bienes y servicios que consideren la mínima utilización de recursos no renovables y/o bajos en emisiones que minimicen los efectos del cambio climático.
- Adquirir bienes y servicios ecológicamente optimizados.
- Promover aquellos bienes y servicios que han optado por cumplir criterios de sostenibilidad, vinculando preferentemente el programa del sello ambiental colombiano u otros sellos públicos.
- Promover la reducción del impacto ambiental en el funcionamiento de las empresas (principalmente PYMES) mediante la implementación de sistemas de gestión ambiental o certificaciones (voluntarias o no).
- Animar a los proveedores a reducir el impacto ambiental de sus ofertas a través de mejoras y/o innovaciones continuas.

En relación con la adquisición de bienes y servicios con estándares sociales:

- Que consideren un trabajo justo y decente. Involucrando personas en zonas posconflicto.
- Que contribuyan a la paz e inclusión social.
- Que apoye a las pequeñas y medianas empresas.
- Que contribuya a la generación de empleo (especialmente de jóvenes, mujeres cabeza de hogar, población del posconflicto, personas en condición de discapacidad)
- Que estén aptos para personas con capacidad reducida.

- Que apoye el comercio justo o ético.
- Que apoye a empresas a poner en práctica aspectos de responsabilidad social empresarial.

En relación con la adquisición de bienes y servicios con criterios de economía y conveniencia:

- Que las compras públicas sostenibles se basan en precepto de economía, eficiencia y conveniencia para la nación.
- Que las compras públicas están sujetas a la disposición de los respectivos fondos presupuestales del gobierno nacional y sus respectivas entidades.
- Que para aquellos bienes y servicios que durante su fase de uso y/o disposición final representen costos importantes para la administración pública, la oferta más económica sólo se puede determinar cuándo se consideran todos los costos asociados (precio, los costos de adquisición, costos para el uso, mantenimiento y disposición final)
- Que desde el punto de vista de la sostenibilidad (específicamente económico) los costos extras de adquisición de bienes y servicios sostenibles se justifican amplia y especialmente cuando existen mayores costos que afectan la macroeconomía, la salud de los ciudadanos y los efectos ambientales, que no serían alcanzables con un menor uso o relativamente menor costo de los recursos involucrados.

Lo anterior nos rectifica la visión acertada de la Organización de las Naciones Unidas en torno al concepto de desarrollo sostenible, el cual no solo se enfoca en un estándar ambiental, sino que también se relaciona con un criterio social y económico. Sin embargo, el Plan de Acción Nacional de las Compras Públicas Sostenibles, ha considerado darle mayor preponderancia a la aplicación de criterios y estándares ambientales, debido a la presión y la responsabilidad que tiene Colombia de actuar frente a la defensa de sus recursos naturales y los efectos del cambio climático en el país, por tal motivo, ha considerado que las dimensiones

sociales y económicas se desarrollaran de manera participativa y gradual de acuerdo a las prioridades y voluntades específicas de los sectores involucrados. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2017, pág. 17)

Por tanto, al realizar el análisis de la inclusión de criterios de sostenibilidad y la evaluación de los mismos, se hará con un enfoque mayor a la dimensión ambiental.

2.2.2 Creación de criterios o factores de sostenibilidad

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para llevar a cabo la creación de criterios de sostenibilidad, en un primer lugar, tuvo que realizar la selección y priorización de bienes y/o servicios, para determinar cuáles serían los que mayoritariamente son objeto de adquisición por parte del Estado y, cuales requirieren cumplir mayores índices de sostenibilidad.

La Guía Conceptual y Metodológica establece como criterios de priorización: (i) El volumen de compra, donde se determina si el bien o servicio se compra en un volumen bajo, medio o alto en valores absolutos; (ii) Urgencia de la contratación, es decir, si la necesidad se requiere a corto, mediano o largo plazo; (iii) Capacidad de respuesta del mercado, que se refiere a la capacidad que actualmente tiene el mercado para cumplir con criterios de sostenibilidad; (iv) Impacto de sostenibilidad, consistente en relación directa del uso del bien y/o servicio con la generación de impactos ambientales, sociales y económicos y, por último, (v) La relación de gasto, en el cual se mira la relación entre el gasto anual de un determinado bien y/o servicio frente al presupuesto total de la entidad. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017, pág. 41)

Como resultado de la priorización llevada a cabo por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se establecieron seis categorías de bienes y servicios, determinados de la siguiente manera:



Fuente: (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017, pág. 42)

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo, en convenio con el Centro de Producción Más Limpia, frente a los bienes y servicios priorizados, determinó los requisitos de sostenibilidad con relación a la dimensión ambiental, a partir del análisis ciclo de vida del producto o servicio. Posteriormente, realizó 28 fichas técnicas que permiten al usuario conocer los criterios de sostenibilidad requeridos para determinado bien o servicio, y a su vez, permite conocer el índice total de sostenibilidad del bien o producto a adquirir de acuerdo a los requisitos exigidos, ya que las fichas permiten cuantificar el porcentaje de sostenibilidad del producto o servicio, de acuerdo a indicadores como agua, energía, biodiversidad, cambio climático, residuos sólidos, calidad atmosférica, salud humana (respiratoria), generación de empleo y costo total propiedad.

2.2.3 Incorporación y evaluación de los criterios de sostenibilidad

Uno de los principales retos que tienen las entidades del Estado a la hora de implementar las compras públicas sostenibles, es la incorporación de las especificaciones o criterios de sostenibilidad en los estudios previos y pliegos de condiciones, toda vez que debe tener presente que la incorporación de estos, no debe dar lugar a la violación del régimen contractual del Estado, el cual esta

principalmente regulado por la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 1882 de 2018 y decreto 1082 de 2015.

En el régimen de contratación estatal, el principio de selección objetiva, busca la escogencia al ofrecimiento 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. (Congreso de la República, 2007) En virtud de este principio, existen dos tipos de criterios, los habilitantes y los calificantes, los cuales deben ser analizados al momento de realizar los estudios previos y pliegos de condiciones, y al momento de evaluar la oferta, de acuerdo con el objeto contractual y la modalidad de selección.

Los requisitos habilitantes, de acuerdo al numeral 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, son la capacidad jurídica, la experiencia, la capacidad financiera y la organización del proponente. Estos miden la aptitud del proponente para participar en un proceso de contratación, y su finalidad es establecer condiciones mínimas para los proponentes, de tal manera que la entidad estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación, por tal motivo los requisitos habilitantes siempre se referirán a las condiciones del oferente y nunca de la oferta. (Colombia Compra Eficente)

Es por lo anterior, que un criterio de sostenibilidad nunca podrá ser considerado requisito habilitante, en primer lugar, porque estos están establecidos de manera taxativa por la ley, y en segundo lugar, porque estos siempre van dirigidos a determinar condiciones del oferente. En relación con esto, la Guía Conceptual y Metodológica de las compras públicas sostenibles ha establecido:

Los requisitos habilitantes recaen esencialmente sobre los proponentes y se consagran en el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del Decreto Único Reglamentario (D.U.R) 1082 de 2015. A través de ellos de ninguna forma se pueden fijar criterios de sostenibilidad pues se desnaturalizaría el modelo de compras

públicas sostenibles el cual enfoca sus requisitos en la calificación técnica de la oferta, que es el fin asignado a tales factores, y no en el proponente.

Con la inclusión de criterios de sostenibilidad como factores habilitantes se vulnerarían principios de la contratación pública, tales como la selección objetiva, la libre concurrencia y la pluralidad de oferentes, ya que se podría estar direccionando la contratación hacia proponentes que satisfagan tales requisitos en perjuicio de los que no dejando de lado lo realmente esencial que es la “cualificación de la oferta”. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017, pág. 51)

Sin embargo, ante la ausencia de una disposición normativa que permita determinar a las entidades públicas cómo incorporar las especificaciones o criterios de sostenibilidad, éstas pueden verse sumergidas en posibles riesgos al momento de incorporar los mismos. Por ejemplo, la Guía Conceptual y Metodológica es precisa al indicar que no es posible determinar como requisito habilitante un criterio de sostenibilidad, no obstante, las fichas técnicas de las herramientas ACB- creadas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en consonancia con la Guía Conceptual, permiten al usuario clasificar el criterio de sostenibilidad, estableciendo dentro de sus opciones requisito habilitante, requisito calificante y requisito a supervisar. Así las cosas, al permitir al servidor público clasificar como criterio habilitante asuntos relacionados con la sostenibilidad, está generando un riesgo para la entidad, quien al considerar que es posible ser determinado como tal, incurriría en una violación directa al régimen de contratación estatal, en los principios antes señalados.

Las entidades estatales deben igualmente ceñirse a lo estipulado en el párrafo 2, del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual establece lo siguiente: “las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, no

podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos” (Congreso de la República, 2007)

Al respecto, la Guía Conceptual y Metodología ha establecido:

Cuando el parágrafo 2 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 habla de la prohibición de calificar las certificaciones del sistema de gestión de calidad o establecerlas como Factor Habilitante, se refiere a normas tales como la ISO 9001, ISO 18001, ISO 14001, entre otras, y de ningún modo a sellos de calidad o certificados de producto que se otorgan sobre el bien o servicios más no sobre el proponente. Estos últimos no solo son permitidos, sino deseables y útiles para facilitar la verificación de la inclusión de los criterios de sostenibilidad. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017)

Para determinar la incorporación de los criterios de sostenibilidad y la evaluación de éstos, es necesario determinar la modalidad de selección y el objeto a contratar por parte de la entidad.

En la modalidad de licitación pública y selección abreviada por el procedimiento de menor cuantía, para la selección del oferente se miraran aspectos técnicos y económicos.

2. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. (...) (Congreso de la República, 2007)

En el mismo sentido, el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del decreto 1082 de 2015, manifiesta, los criterios por los cuales se determina la ponderación de factores técnicos y económicos.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.
3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.
4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido. (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2015)

Conforme a lo anterior, podríamos indicar que es posible pensar en el sustento jurídico que permite incorporar criterios de sostenibilidad como criterio de evaluación en las modalidades de licitación pública y selección abreviada de menor cuantía, en tanto para determinar la oferta más favorable para la entidad, se podría tener en cuenta, como una de las formas de ponderación de los aspectos técnicos y económicos, la mejor relación costo- beneficio, y en este sentido es posible evaluar aspectos ambientales y sociales, más aún cuando la reducción en términos ambientales se traduce en un valor económico a largo plazo.

La relación costo/beneficio se verifica con el rendimiento y eficacia de la solución sostenible, tanto en términos económicos como en el consumo de recursos, así como impactos positivos (o la prevención de impactos negativos) para identificar posibles desviaciones y aplicar, si se requiere, las sanciones previstas en el contrato. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017, pág. 24)

Aunque en la incorporación de criterios sostenibles en estas modalidades (licitación pública y selección abreviada de menor cuantía) no se genera dificultad cuando se utilice el sistema de ponderación antes indicado (mejor relación costo-beneficio), la misma si se podría presentar al momento de evaluar las propuestas. Por ejemplo, en un proceso donde el objeto a contratar sea una obra civil, la entidad contrata toda la obra civil, y será el contratista quien deberá contratar, como

comúnmente sucede, los bienes necesarios para llevar a cabo la obra, como lo son el cemento, baldosas, ladrillos, luminarias entre otros. Siendo así, la entidad pública para lograr determinar cuál es la oferta más favorable en términos de sostenibilidad, deberá requerir al oferente, que aunque todavía no sea adjudicatario, para que suministre la información de sus proveedores de aquellos bienes, con miras a determinar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad por parte de éstos. Esto conllevaría un trabajo engorroso para la entidad y para el oferente, lo que podría ser superado con compromisos firmados por los proponentes, que solo podrán ser verificados al momento de ser adjudicatarios, y al momento de la ejecución del contrato, por lo que aunque estén estipulados como criterios que determinan puntaje, no va generar ninguna incidencia en la evaluación de propuestas

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 5 de la ley 1150 de 2017, cuando se esté bajo la modalidad de selección abreviada, en virtud de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido, lo que igualmente acontece en la contratación de mínima cuantía. Es para estas modalidades que se genera el mayor interrogante ¿cómo incorporar criterios de sostenibilidad si solo se exige como único factor determinante para la evaluación el menor precio ofrecido? Esta problemática sería pues uno de los principales retos a los cuales se verán expuestos las entidades públicas, en la medida que los principales bienes priorizados, como el papel, el mobiliario de oficina, los lapiceros, el café, el control de plagas, los detergentes, los computadores, las impresoras, las tarjetas plásticas, entre otros, son contratados bajo la modalidad de selección abreviada por el procedimiento de subasta inversa (donde solo se tiene en cuenta el menor valor ofrecido), al ser bienes de características técnicas y uniformes. E igualmente, se utilizará la modalidad de mínima cuantía, cuando para la adquisición de tales bienes o servicios, su presupuesto sea igual o inferior al 10% de la menor cuantía de la entidad correspondiente.

Es claro que no es posible incorporar los criterios de sostenibilidad como factores habilitantes en este escenario, en tanto se estaría vulnerando el régimen de contratación estatal, como ya se indicó anteriormente, pero tampoco es posible incorporarlos mediante factores de evaluación, porque solo debe tenerse en cuenta el menor precio ofrecido. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo, y el Centro de Producción más Limpia determinaron una forma de incorporación de los criterios de sostenibilidad en los casos de bienes y servicios de características técnicas y uniformes en la Guía Conceptual y Metodológica del año 2013 indicando:

A manera de ejemplo, podemos observar que en procesos para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización se hará uso de la modalidad de contratación de subasta inversa la cual se caracteriza por ser una puja dinámica, mediante la reducción sucesiva de los precios durante un tiempo determinado, y de la cual se tendrá como único criterio de evaluación el precio. En este caso independientemente del criterio de evaluación, se hace necesario que la Entidad Pública incorpore criterios de sostenibilidad atendiendo las características de los ítems, los cuales deben contar con criterios que aporten al mejoramiento continuo institucional, de la sociedad y el medio ambiente.

En este caso, se debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 3.2.1.1.3 del Decreto 734 de 2012⁴, en el sentido que como parte integral de los estudios y documentos previos, cada bien y/o servicios de estas características debe tener una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones en términos de desempeño y calidad. (Centro Nacional de Producción Más Limpia, 2013, pág. 85)

⁴ Decreto derogado., Por tal motivo, es necesario un estudio actualizado por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en relación con la incorporación de criterios de sostenibilidad para la adquisición de bienes y servicios con características técnicas y uniformes.

De lo anterior es preciso aclarar, que la subasta inversa no constituye una modalidad de selección, ya que esta es un procedimiento determinado para ciertos bienes y servicios dentro de la modalidad de selección abreviada, donde solo se tiene en cuenta el menor precio ofrecido.

Ahora bien, respecto a la incorporación de factores de sostenibilidad en los casos de bienes y/o servicios con características técnicas, se llega a la conclusión por parte del Ministerio, en la Guía del año 2013, que la manera de incorporar los mismos es estableciéndolos en las especificaciones técnicas del producto a adquirir, de tal manera que al momento de que el oferente realice su oferta, la misma sea encaminada a cumplir estos requisitos, por lo cual, quien no cumpla con el bien y/o servicio demandado por la entidad, no puede ser partícipe del proceso de selección.

Aunque es viable jurídicamente incorporar factores sostenibles en las fichas técnicas del producto y/o servicio, se considera que aún debe desarrollarse con mayor profundidad este tema, toda vez que es viable determinar factores ambientales en las especificaciones técnicas, ¿pero qué ocurre con los aspectos sociales, deben ser estos sólo tenidos en cuenta en caso de un empate entre los oferentes?, o ¿Qué ocurre cuando por medio de las especificaciones técnicas indirectamente la entidad crea criterios habilitantes o direcciona los procesos de selección?. Sin embargo, la Guía Conceptual y Metodológica del año 2017, no establece la forma de incorporar los factores de sostenibilidad cuando se está en presencia de este escenario, asunto que es de suma importancia, para evitar riesgos de contrariar el ordenamiento jurídico al momento de implementar las compras sostenibles.

En la modalidad de concurso de méritos, de acuerdo al numeral 4 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, se tendrá en cuenta para efectos de evaluar la oferta, factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o

proyecto, por lo que nunca se tendrá como factor de escogencia el factor económico. (Congreso de la República, 2007)

En este caso, el Ministerio ha determinado en la Guía del año 2017, que al versar esta modalidad sobre un servicio, no es necesario determinar la incorporación de criterios ambientales, por cuanto los criterios a solicitar en este tipo de modalidad, deben ser de naturaleza social. (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia, 2017, pág. 45) No obstante, el Ministerio, no define la manera de llevar a cabo la inclusión de este tipo de criterios sociales, dando lugar a que se considere que la única forma de llevar a cabo su incorporación es a través de la definición de estos, como criterios de desempate.

En la modalidad de contratación directa, la incorporación de los factores de sostenibilidad, sería más flexible, en la medida que el Estado puede dar lugar a contratar directamente por intermedio de una invitación, como si se tratará de un “régimen privado” toda vez que el Estado es quien determina con quien contratar en virtud de unas causales específicas, caracterizándose de igual manera por la objetividad, sin embargo no es necesario adelantar un proceso de selección previo con pluralidad de oferentes y, por ende, no se presenta un escenario de evaluación de criterios técnicos y económicos, aún que sí se debe cumplir con requisitos de idoneidad por parte del futuro contratista.

Otro riesgo al momento de implementar las compras sostenibles en el régimen de contratación estatal, es la efectividad de su implementación, toda vez que no sería fructífero trazar lineamientos de sostenibilidad en el proceso de compra, cuando no se establece de forma previa y concreta la forma de verificar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad por parte del oferente futuro contratista, por lo que sería necesario una normatividad estricta frente a la interventoría y supervisión del contrato, más aun cuando se trata de objetos

contractuales como lo es la obra civil, donde es necesario la verificación del cumplimiento de los criterios de sostenibilidad frente a los subcontratistas.

3. CONCLUSIONES

Las compras públicas sostenibles han tenido un largo proceso de desarrollo en el ámbito internacional, liderado por la Organización de las Naciones Unidas. Colombia ha venido trabajando fuertemente en su implementación a través de la incorporación de los lineamientos internacionales en políticas públicas, concretadas en instrumentos y planes de acción, sin embargo, se considera que aún falta el pilar fundamental para llevar a cabo su práctica.

Una de las acciones determinadas en el Plan de Acción Nacional de Compras Públicas Sostenibles, es la creación de una normatividad jurídica que permita llevar a cabo la implementación de las compras públicas sostenibles. Y aunque sea uno de los propósitos establecidos, se considera que ésta debió ser una de las principales acciones lideradas por el Estado, para dar lugar a incursionar en el proceso de compra, factores de sostenibilidad.

Al no tener una normatividad clara al respecto, se puede dar lugar a que se comenten errores por parte de entidades públicas, como lo es establecer factores de sostenibilidad de manera discrecional o direccionada, derivada de la inexistencia de la normatividad necesaria, lo que a su turno provoca que no haya forma de ejercer un control legal en busca de generar una adecuada implementación de las compras sostenibles.

El principal riesgo que puede generar la incorporación de criterios de sostenibilidad, sin la existencia de una disposición normativa, es el direccionamiento de procesos contractuales, más aun cuando el cumplimiento de éstos se ve concentrado en pocas empresas, que en eventuales casos podría ser solo una. Es por lo anterior que, adicionalmente, debería existir un medio por el cual se determine la graduación en la implementación de factores de sostenibilidad en los procesos contractuales.

Se encuentra que la última reforma del régimen de contratación estatal introducida por la ley 1882 de 2018, busca evitar el direccionamiento de procesos de selección, creando pliegos tipos donde se determine condiciones habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia, en ciertos contratos, sin embargo, la misma no estableció la incorporación de criterios de sostenibilidad, pese a que el tema de compras públicas sostenibles, se ha desarrollado previamente a la expedición de la ley 1882 de 2018, y hubiese sido una oportunidad para introducir su práctica. No obstante, la mencionada ley no ha sido reglamentada por el Gobierno Nacional, y puede suceder que por este medio se regule la incorporación de criterios de sostenibilidad en ciertos contratos estatales.

Así mismo, hay que tener en cuenta que una indebida implementación de las compras públicas sostenibles, puede dar lugar a una práctica ineficaz de este sistema, constituyéndose la incorporación de criterios sostenibles, en compromisos de los oferentes, sin ningún tipo de verificación en la etapa de selección del contratista y en la etapa de ejecución del contrato, tal y como ocurre con el compromiso anticorrupción.

Referencia Bibliográfica

- Asamblea Nacional Constituyente . (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá.
- Buey, F. F. (Septiembre de 2004). *Filosofía de la sostenibilidad*. Recuperado el 20 de febrero de 2018, de UNIVERSITAT POMPEU FABRA:
<https://www.upf.edu/materials/polietica/materials/eco/>
- Centro Nacional de Producción Más Limpia. (2013). *Guía conceptual y metodología de compras públicas sostenibles*. Obtenido de Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible :
http://www.minambiente.gov.co/images/AsuntosambientalesySectorialyUrbana/pdf/compras_p%C3%BAblicas/guia_compras_publicas_sostenibles.pdf
- Colombia Compra Eficente. (s.f.). Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación. Bogotá .
- Congreso de la República. (22 de diciembre de 1993). Ley 99 de 1993. *Diario Oficial N° 41.146*.
- Congreso de la República. (2007). Ley 1150 de 2007. Bogotá.
- Congreso de la República. (2018). *Ley 1882 de 2018*. Bogotá.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2017). Plan de Acción Nacional de COMPRAS PÚBLICAS SOSTENIBLES 2016-2020. Colombia.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Centro Nacional de Producción más Limpia. (2017). *Guía conceptual y metodológica Compras Públicas Sostenibles*. Bogotá.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2010). *Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible*. Bogotá D.C, Colombia.
- Naciones Unidas. (2012). *Documento final de la conferencia "el futuro que queremos"*. Río de Janeiro.
- NACIONES UNIDAS. (2012). *Documento final de la conferencia "el futuro que queremos"*. Río de Janeiro.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (4 de agosto de 1987). *Informe de la Comisión Mundial Medio Ambiente y Desarrollo*. Recuperado el 24 de febrero de 2018, de <https://es.scribd.com>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2002). *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannerburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002*. Nueva York.

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (s.f.). *Objetivos de desarrollo sostenible*. Obtenido de <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2015). Decreto 1082 de 2015. Bogotá.

UNEP DTIE y UN DESA. (s.f.). *Proceso de Marrakech sobre Consumo y Producción Sustentable - Resumen de proyecto*. Obtenido de https://esa.un.org/marrakechprocess/pdf/10yfp_project_brief_SPANISH.pdf

United Nations Environment Programme [UNEP]. (junio de 2015). *Programa de compras públicas sostenibles*. Obtenido de <http://www.scpclearinghouse.org/sites/default/files/10yfp-spp-brochure-es.pdf>