

RESPUESTA OBSERVACIONES AL INFORME DEFINITIVO DE VERIFICACION DE REQUISITOS HABILITANTES

**PATRIMONIO AUTÓNOMO PA FINDETER (PAF)
FIDUPREVISORA S.A.**

CONVOCATORIA No. PAF-ADR-C-005-2020

OBJETO: CONTRATAR “LA REVISIÓN, ACTUALIZACIÓN Y/O COMPLEMENTACIÓN DEL ESTUDIO DE IDENTIFICACION Y ELABORACION DEL ESTUDIO DE FACTIBILIDAD Y DE LOS DISEÑOS DETALLADOS DE PROYECTOS DE ADECUACIÓN DE TIERRAS DE PEQUEÑA ESCALA – GRUPO 2 EN LOS DEPARTAMENTOS DE BOYACA Y CUNDINAMARCA”

De conformidad con lo establecido en el numeral 1.29 “**RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES Y SOLICITUD DE SUBSANACIONES Y PUBLICACIÓN DEL INFORME DEFINITIVO DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTE**”, del Subcapítulo I GENERALIDADES, del Capítulo II DISPOSICIONES GENERALES de los Términos de Referencia, y en el cronograma de la convocatoria. En consecuencia con el día Nueve (09) de julio de dos mil veinte (2020), se recibió la siguiente observación, a la cual se procede a dar respuesta a través del presente documento, así

PROPONENTES:

De: PROINDESCO .LTDA proindesco@gmail.com

Enviado: jueves, 9 de julio de 2020 8:56 p. m.

Para: ADRFINDETER <ADRFINDETER@findeter.gov.co>; licpafindeter@fiduprevisora.com.co
<licpafindeter@fiduprevisora.com.co>

Asunto: PAF-ADR-C-005-2020 - SOLICITUD DE HABILITACIÓN DE OFERTA - CONSORCIO CONSULTORIAS DISRIEGO GRUPO 2

OBSERVACION TECNICA No. 1

Respetados señores:

No entendemos por qué entrar en discusión sobre la experiencia profesional que una persona aporta a una empresa como socio y único accionista, cuando la reglamentación nacional es clara y contundente, sin diferenciar si el régimen de contratación de las entidades sea público o privado, máxime cuando, de acuerdo con el concepto No. 56 de la DIRECCION JURIDICA de FINDETER de fecha 7 de septiembre de 2018, ya la entidad ha emitido un concepto previo sobre la experiencia de las personas naturales que se han convertido a jurídicas que participan en los procesos de contratación en la entidad.

Las consideraciones jurídicas al respecto que tuvo la entidad en este concepto se basan en los tratamientos legales y jurisprudenciales de la ley 222 de 1995 en el título VIII, artículos 71-80 y los conceptos emitidos por la superintendencia de sociedades – comunicado 220-008457 del 22 de febrero de 2006, adicionalmente en el concepto de la dirección jurídica de FINDETER menciona la sentencia No.25000232600020060173601 (38573) de junio 24 de 2015, C.P:HERNAN ANDRADE, proferida por el concejo de estado, sección tercera, que dicta: “el consejo de estado, preciso que las empresas unipersonales que se presenten a concurso en licitaciones públicas solo podrán acreditar como tiempo de experiencia profesional de sus integrantes, aquel que hayan acumulado con posterioridad a la obtención del registro mercantil de la firma oferente, (tiempo mínimo de 3 años).

Con base en lo anterior, la dirección jurídica de FINDETER conceptuó textualmente lo siguiente:

“De la transcripción jurisprudencial que antecede, se predica entonces que la experiencia derivada de anteriores contrataciones como empresa unipersonal puede servir de experiencia en futuras contrataciones, siempre y cuando se cumpla el requisito de estar inscrito en el registro mercantil en el tiempo determinado por el consejo de estado. En el caso en estudio, puede concluirse que la experiencia acreditada por el integrante del consorcio, adquirida a través de su empresa unipersonal puede ser tenida en cuenta para efecto de la presente convocatoria”. (Sic).

Y concluye la entidad textualmente al final del documento que: “De acuerdo a la doctrina expuesta por la superintendencia de sociedades, coincidente con lo jurisprudencialmente sostenido por el consejo de estado, se puede reafirmar entonces que la experiencia adquirida por una persona natural, a través de su empresa unipersonal puede ser tenida en cuenta en cualquier proceso contractual, siempre que la experiencia reúna los requisitos exigidos por los convocantes”. (sic) (Subrayado y negrilla nuestro).

Teniendo como premisa que, La experiencia no se agota con el paso del tiempo y por el contrario los proponentes adquieren mayor experiencia con el paso del tiempo en la medida en que continúen con sus actividades. No entendemos el por qué, si para el estado colombiano la experiencia obtenida por una persona natural que realiza conversión a sociedad, la experiencia de los socios o accionistas es completamente válida y se encuentra amparada en las leyes que rigen la contratación dentro del estado colombiano, esta no sea válida para una entidad de economía mixta de régimen “privado” que maneja recursos públicos en sus procesos de contratación. Es decir que, ¿la experiencia de una persona que lleva toda su trayectoria profesional contratando en Colombia es válida solo si aplica a entidades del estado y no es válida si quiere aplicar a un proceso de contratación de régimen privado?,

Ahora bien, la experiencia la ganan las personas naturales y el sentido de realizar la conversión de sociedad fue la de formalizar y limitar la responsabilidad del empresario mas no la de excluir e ignorar la experiencia por él adquirida en desarrollo de su actividad profesional especializada, para el caso que nos ocupa, adquirida por él mismo sea como persona natural o como empresa constituida únicamente por él mismo, lo así interpretado será contrario al buen desarrollo de la actividad y a lo que es una experiencia profesional.

Para garantizar condiciones de competencia abierta, equitativa y transparente en los mercados de contratación pública, La Ley Modelo sobre la Contratación Pública contiene procedimientos y principios cuya finalidad es lograr el uso óptimo de los recursos y evitar los abusos en el proceso de adjudicación. El texto promueve la objetividad, la equidad y la participación, así como la competencia y la integridad, para cumplir esos objetivos. La transparencia es también un principio clave, pues permite confirmar el cumplimiento efectivo de los procedimientos y principios.

Ley Modelo permite al Estado promulgante promover sus objetivos de política interna, como el fomento del desarrollo económico mediante el apoyo a las PYME, en la medida en que lo permitan los compromisos internacionales del gobierno respectivo, por tanto, la experiencia de una persona natural que la ley le permite convertirse en una PYME, ahora para el mismo estado ¿no le vale dicha experiencia? Cuando se transforma y quiere darle impulso a estas PYME, ¿en qué parte del decreto habla que, la experiencia de la persona natural transformada en S.A.S PYME, dicha experiencia no es válida? ¿Quiere decir, según la afirmación del comité evaluador que una persona natural con experiencia de más de 25 años, al transformarse en PYME, pierde toda su experiencia y le toca iniciar de nuevo sin experiencia? ¿En qué parte de la ley o de los pliegos como causales de rechazo lo dice?, recuerdo a ustedes que los pliegos son ley para las partes y el numeral 2.1.1.14 de los mismos, exige el Registro Único de Proponentes – RUP como herramienta para verificar el cumplimiento de contratos anteriores. No entendemos por qué la entidad quiere desconocer lo consagrado en los pliegos de condiciones y en la reglamentación nacional al respecto de la experiencia de socios y accionistas de empresas.

NO CONTEMPLA EL PLIEGO DE CONDICIONES LA MANERA DE ACTUAR FRENTE A ESTE VICIO, y el comité evaluador pretende ignorar la reglamentación nacional al respecto, desconociendo aun, los mismos pronunciamientos de la dirección jurídica de FINDETER, y NO ES JUSTO POR PARTE DEL COMITÉ EVALUADOR, realizar una interpretación que lesiona los intereses del proponente por mi representado.

promoción de la competencia es uno de los objetivos del sistema de compras y contratación pública, por lo cual es muy importante tener en cuenta que los requisitos habilitantes no son, ni pueden ser una forma de restringir la participación en los Procesos de Contratación. El sistema de compras y contratación pública debe promover la participación de más proponentes y el crecimiento de la industria nacional de bienes y servicios y por eso los requisitos habilitantes deben ser adecuados y proporcionales.

Acorde con lo anterior Es claro que la cámara de comercio no registrara contratos de la persona natural integrante de la empresa o MYPIME SAS, que haya sido obtenida después de los 3 años de constituida la empresa, como lo puede constatar la cámara de comercio de Bogotá; cosa distinta es que la empresa CONSULTORIA CAR Y CIA SAS si tenga registrada dicha experiencia, certificada y expedida por la cámara de comercio.

El comité evaluador en su informe de evaluación está introduciendo factores subjetivos y personales no en derecho que atentan contra el principio de selección objetiva y de transparencia que preside el procedimiento o escogencia objetiva del contratista, postulado legislado en el artículo 24 de la ley de contratación e instituido para garantizar el pleno derecho de los principios, entre otros de imparcialidad, contradicción, publicidad y moralidad. En ese sentido, los artículos 24 y 29 de la ley 80 de 1993 consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público

Por lo tanto la actividad contractual debe desarrollarse de manera imparcial y publica que lleven a la escogencia objetiva del contratista, en igualdad de oportunidades y condiciones, en vigencia del principio de moralidad pública como pautas irremplazables, para el logro de una contratación pública impoluta en la escogencia del contratista, a través del procedimiento reglado en los artículos 24 y 30 de la ley 80 de 1993, es, por antonomasia, el principio que tiende a convertir la práctica de la actividad contractual en un proceso inobjetable, que no permite omisiones de las formas prescritas. Por ello, no podrá eludirse el procedimiento ni los requisitos preestablecidos, pues su inobservancia, vicia de nulidad absoluta el contrato.

El artículo 29 de la Ley 80 de 1993, consagra que es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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. Siguiendo los lineamientos del principio de transparencia, el actuar administrativo de la entidad durante el proceso de contratación debe ser impoluto, por consiguiente, en procura de garantizar la selección objetiva del contratista, respetando los principios de libre concurrencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y moralidad, está supeditado a la observancia de los establecidos procedimientos reglados que rigen esa actividad y, que abarcan los pliegos de condiciones o términos de referencia, en caso de licitación

Por estas razones jurídicamente soportadas y amparados en las leyes colombianas que rigen la contratación dentro del estado colombiano, solicitamos muy respetuosamente y comedidamente al comité evaluador del PATRIMONIO AUTÓNOMO DERIVADO – PA FINDETER (PAF) FIDUPREVISORA S.A. PROGRAMA: AGENCIA DE DESARROLLO RURAL LA HABILITACIÓN DE LA PROPUESTA PRESENTADA POR EL CONSORCIO CONSULTORIAS DISRIEGO GRUPO 3, la cual cumplió con los requerimientos de experiencia general y experiencia específica de acuerdo a los pliegos de condiciones del proceso y las leyes que lo rigen y se asigne la calificación y puntuación de la misma de acuerdo a los pliegos de condiciones.

ALCANCE

Respetados señores:

Dando alcance al documento anterior enviado por correo electrónico el día de ayer 09 de julio de 2020 complementamos nuestro documento en la siguiente forma:

Argumenta FINDETER en el informe de evaluación que, la entidad es sujeto de derecho privado por lo cual, no avalan la experiencia profesional de una persona así las leyes colombianas si lo hagan, entonces, FINDETER por ser privado no lo reconoce y no lo valida. Esa afirmación es tan grave como decir que, si el profesional se graduó de una universidad pública, su título profesional no es válido y tiene que haberse graduado de una universidad privada para que sea válida ante FINDETER.

Recuerdo a ustedes que, las leyes colombianas aplican en todo el territorio nacional sean entidades públicas o privadas, en especial los principios de la administración pública, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia y de la Gestión Fiscal.

A pesar de que FINDETER lo menciona en su informe de evaluación, Desconoce la entidad erradamente que, en los términos de referencia el numeral 2.1.1.14 CERTIFICADO DEL REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES DEL REGISTRO ÚNICO EMPRESARIAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO (EN CASO DE ESTAR INSCRITO), "se señala que únicamente para efectos de la verificación y evaluación del factor cumplimiento contratos anteriores las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio, deberán aportar el certificado del registro del proponente singular y el de cada uno de los miembros del consorcio o unión temporal tratándose de proponente plural". (Subrayado y negrilla nuestro).

Si no es de OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO ese numeral de los términos de referencia y esa verificación de cumplimiento de contratos anteriores no se refiere a verificar la experiencia del proponente en el RUP, entonces los pliegos de condiciones no fueron lo suficientemente claros o la entidad le da otra interpretación de la que no se dieron a entender.

Erradamente el comité evaluador desconoce que, en un proceso similar el día 7 de septiembre de 2018, FINDETER emitió el concepto No. 56 a través de la DIRECCION JURIDICA de FINDETER, documento firmado por la doctora MONICA DEL CARMEN ROJAS BARGUIL como Directora jurídica.

Solicito, se tengan en cuenta Las consideraciones jurídicas al respecto que tuvo FINDETER en el concepto No. 56 de fecha mencionada y HABILITE LA PROPUESTA PRESENTADA POR EL CONSORCIO CONSULTORIAS DISRIEGO GRUPO 3, la cual cumplió con los requerimientos de experiencia general y experiencia específica de acuerdo a los pliegos de condiciones del proceso y las leyes que lo rigen y se asigne la calificación y puntuación de la misma de acuerdo a los pliegos de condiciones.

RESPUESTA:

En atención a la solicitud de habilitación de la oferta presentada por el CONSORCIO CONSULTORIAS DISRIEGO GRUPO 3, en las PAF-ADR-C-005-2020 y CONVOCATORIA No. PAF-ADR-C008-2020, remitidas el 10 de julio de 2020, la entidad informa que realizó la revisión del concepto al que hace referencia en su observación y los demás argumentos esbozados y que como consecuencia de ello concluye lo siguiente:

• **CONCEPTO No. 56 Y CASO CONCRETO QUE DIO ORIGEN AL MISMO.**

Teniendo en cuenta que en la observación presentada el oferente hace referencia al concepto No. 56 emitido el 7 de septiembre de 2018 por FINDETER en el marco del proceso de selección PAF-ADR-I-050-2018, es necesario aclarar que dicha situación no puede ser aplicable al caso que nos ocupa en atención a que los supuestos facticos difieren.

En dicha convocatoria, el oferente era una persona natural que pretendía hacer valer como experiencia un contrato ejecutado bajo la modalidad de Empresa Unipersonal, en este evento, el oferente es la persona jurídica que pretende hacer valer la experiencia del accionista mayoritario, como lo determina el Decreto 1082 de 2015. Esto evidencia que el primer caso, no se encuadra dentro del supuesto de la norma aludida, por lo tanto, no es asimilable ni aplicable.

• **RESPUESTA Y CONCLUSIÓN PARA CONVOCATORIAS ADR 2020.**

Como se indicó en la respuesta anterior, FINDETER reitera que el proceso de selección no está sujeto al régimen de contratación pública, por lo tanto, no le son aplicables la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015 que define la regla sobre acreditación de experiencia por parte de los socios, accionistas o constituyentes a las empresas, como se indica a continuación:

“Artículo 2.2.1.1.1.5.2, subnumeral 2.5: “Si la constitución del interesado es menor a tres (3) años, puede acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes”, el cual no es aplicable al régimen jurídico anotado.

Si bien el régimen de contratación que rige los procesos de selección adelantados es el de derecho privado y se rige por las normas del Código Civil y el Código De Comercio Colombianos, la Entidad aplica en sus procedimientos el artículo 209 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”. Razón por la cual sus actuaciones se llevan a cabo garantizando la protección de los principios y derechos constitucionales que le asisten a quienes intervienen en sus procedimientos.

Para el caso que nos ocupa, de forma adicional a los argumentos planteados en el documento publicado el 9 de julio de 2020, la Entidad considera importante adicionar lo siguiente:

Aun cuando el supuesto planteado por el proponente en su observación, el cual justifica en el subnumeral 2.5 del Artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, no es aplicable a la presente convocatoria, la experiencia que pretende hacer valer no puede ser tomada en cuenta en atención a que la constitución de la empresa CONSULTORIA CAR Y CIA SAS fue realizada el 14 de enero de 2013 e inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio en el año 2013 según consta en el certificado de existencia y representación legal allegado con la oferta del CONSORCIO CONSULTORIAS DISRIEGO GRUPO 3, por lo tanto ya se superaron los tres años que indica la norma para que se permita tener en cuenta como experiencia.

Así lo señala la Agencia Colombia Compra Eficiente en el concepto1 emitido en el año 2018:

“(…)

▪ **PROBLEMA PLANTEADO**

¿La experiencia de los socios acreditada por una sociedad cuya constitución es menor a

tres (3) años para la inscripción en el RUP, sigue siendo válida después de superados los 3 años desde su constitución? Y “¿Deben las cámaras de comercio eliminar la experiencia del RUP de las empresas que acreditaron la experiencia de sus socios una vez éstos cumplan los tres (3) años de constituida?”

▪ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

No, después de cumplidos los 3 años desde la constitución de una sociedad nueva, las Entidades Estatales no deberán tener como válida la experiencia acreditada por los socios en el RUP durante los primeros tres años de constitución de la sociedad.

Actualmente las Cámaras de Comercio sólo pueden eliminar experiencia registrada en el RUP a solicitud del mismo proponente. Corresponde a las personas jurídicas mantener su RUP actualizado y a las Entidades Estatales verificar, para efectos de tener en cuenta la experiencia, el cumplimiento de la condición establecida en el Decreto 1082 de 2015 para poder acreditar la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes, esta es, que la constitución del interesado es menor a 3 años, teniendo presente para ello la fecha de constitución de la persona jurídica. (...)

En la misma línea del referido concepto, se tiene que la finalidad de la norma es permitir que las sociedades que no cuentan con la experiencia suficiente para contratar con el Estado puedan apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal, por tal razón, si la persona jurídica cuya constitución es menor a tres (3) años puede registrar la experiencia de sus socios en el RUP, pero esta no podrá ser tenida en cuenta por la Entidad Estatal como experiencia de la sociedad una vez cumplidos los tres (3) años de constituida la persona jurídica, pues no se cumple con el presupuesto factico - normativo para acceder al beneficio que contempla el Decreto 1082.

Respecto al documento de alcance a su observación en el que indica que los términos de referencia no fueron claros con el requerimiento establecido en el numeral 2.1.1.14 en el que se solicita el RUP, es necesario aclarar que el aporte del mismo es facultativo en el sentido de que la información requerida y que verifica la entidad en dicho documento es la referente a las sanciones, multas o declaratorias de incumplimiento que hayan sido impuestas a los oferentes dentro de los lapsos indicados en los términos de referencia, para efectos de que en la evaluación económica se realice el descuento de los puntos correspondientes como consecuencia de dichas declaratorias.

Dicha regla está contemplada en el numeral 9. De los términos de referencia así:

“(…)

9. EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES. *Una vez realizada la ponderación económica de las propuestas habilitadas con el método que correspondió asignándoles puntajes, se procederá a realizar la evaluación de este criterio, así: La entidad tendrá en cuenta las cláusulas penales de apremio, multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento, terminación unilateral o caducidad, impuestas o declaradas en los contratos en los cuales el proponente haya ostentado la calidad de contratista. La entidad descontará DIEZ (10) puntos al proponente por la aplicación de CADA cláusula penal de apremio, multa, o sanción, impuesta dentro de los TRES (3) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales éste haya ostentado la calidad de contratista. La entidad descontará VEINTE (20) puntos al proponente por CADA declaratorias de incumplimiento, terminación*

{fiduprevisora)

unilateral o caducidad, declarada dentro de los CINCO (5) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales el proponente haya ostentado la calidad de contratista. (...)

Para constancia, se expide a los Diez (10) días del mes de julio de dos mil veinte (2020).

**PATRIMONIO AUTÓNOMO PA FINDETER (PAF)
FIDUPREVISORA S.A.**