

INFORME DE RESPUESTAS A OBSERVACIONES EXTEMPORÁNEAS A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

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

PROGRAMA: AGENCIA DE DESARROLLO RURAL - ADR

CONVOCATORIA No. PAF-ADR-I-106-2022

OBJETO: CONTRATAR LA “INTERVENTORÍA INTEGRAL, TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO DENOMINADO: “TERMINACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE SOLUCIONES DE SANEAMIENTO BÁSICO RURAL PARA HUILA Y TOLIMA”.

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Numeral 1.10. Subcapítulo I “Generalidades”, del Capítulo II “Disposiciones Generales” y en el cronograma de la convocatoria, los interesados podían presentar observaciones a los Términos de Referencia, a los estudios del proyecto, a la matriz de riesgos, a los anexos técnicos y a cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, entre los días veintiuno (21) de abril de 2022 al veinticinco (25) de abril de 2022, cumplido este plazo, se presentaron EXTEMPORÁNEAMENTE las siguientes observaciones por parte de los interesados, a las cuales se procederá a dar respuesta a través del presente documento, en los siguientes términos:

1. De: Sara Taborda Morales <staborda@mab.com.co>

Enviado: miércoles, 27 de abril de 2022 2:50 p. m.

Para: ADRFINDETER <ADRFINDETER@findeter.gov.co>

Asunto: CONVOCATORIA No. PAF-ADR-I-106-2022

Observación 1

Cordial saludo,

Como posibles proponentes y en concordancia con la ley 2195 de 2022, la cual rige desde enero del presente año, agradecemos a la entidad por favor dar claridad con respecto a los siguientes puntos:

La aplicabilidad del cambio relacionado con la reducción de puntaje en los procesos de contratación por multas y sanciones (artículo 58 de la ley citada) y la transición a pliegos tipo para entidades de régimen especial (artículo 56 de la ley citada)?

Link: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202195%20DEL%2018%20DE%20ENERO%20DE%202022.pdf>

Agradecemos la atención prestada.

Cordialmente,





Respuesta 1:

En atención a la observación presentada, se aclara que el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 58. REDUCCIÓN DE PUNTAJE POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS. Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten cualquier Proceso de Contratación, exceptuando los supuestos establecidos en el literal a) del numeral 2 del artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, en los de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, deberán reducir durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento.

Esta reducción también afecta a los consorcios y uniones temporales si alguno de sus integrantes se encuentra en la situación anterior.

(...)" (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Tal como se observa, dicha normativa está dirigida a las **entidades sometidas al Estatuto General de Contratación** de la Administración Pública que adelanten cualquier Proceso de Contratación y, por expresa disposición del artículo 6 del Decreto 4167 de 2011 (Por el cual se cambia la naturaleza jurídica de la Financiera de Desarrollo Territorial S. A. (Findeter) y se dictan otras disposiciones), así como también del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, **el régimen de contratación de FINDETER es el derecho privado**, salvo en lo que se refiere al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal y los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

Por lo anterior y de conformidad con el artículo 13 y artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, la convocatoria se encuentra dentro del régimen contractual excepcional, consagrándose en los Términos de Referencia lo siguiente:

"1.3. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La presente convocatoria está sometida a la legislación y jurisdicción colombiana y se rige por las normas de derecho privado contenidas en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia. Por tanto, los términos de referencia y en general los documentos que se profieran en el proceso, se sujetarán a las precitadas normas.

Así mismo el procedimiento de selección se adelantará conforme con lo establecido en el Manual Operativo y la Política de Contratación de Servicios para Terceros de Findeter CON-DA-002-V1".

Por lo expuesto, no hay lugar a la aplicación del artículo 58 de la citada Ley en los procesos de contratación adelantados por Findeter.

Observación 2

(...) y la transición a pliegos tipo para entidades de régimen especial (artículo 56 de la ley citada)?

Link: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202195%20DEL%2018%20DE%20ENERO%20DE%202022.pdf>

Agradecemos la atención prestada.
Cordialmente,



Respuesta 2

Respecto a la aplicación de documentos tipo a entidades de régimen especial, el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, en su tenor literal señala:

“ARTÍCULO 56. APLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS TIPO A ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL. Para la adquisición de bienes, obras o servicios, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que celebren contratos o convenios interadministrativos o de cualquier otra índole, con otra entidad estatal o con patrimonios autónomos o con personas naturales o jurídicas de derecho privado, cuyo régimen de contratación sea especial o de derecho privado, deberán aplicar los documentos tipo adoptados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, conforme al parágrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o las normas que lo modifiquen o sustituyan.

Los procedimientos de selección y los contratos que realicen en desarrollo de los anteriores negocios jurídicos, donde apliquen los documentos tipo se regirán por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

***Parágrafo.* Se exceptúan del presente artículo las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.”**

Si bien el artículo citado dispone que los documentos tipo aplicarán para la adquisición de bienes, obras y servicios cuando éstos se contraten en desarrollo de contratos o convenios interadministrativos celebrados entre entidades sometidas al EGCP y entidades estatales o patrimonios con régimen de contratación especial o de derecho privado, añadiendo además que en esos casos los procesos de selección que se adelanten y los contratos resultantes se regirán por el EGCP, ello deberá leerse de la mano del parágrafo del mismo artículo, en el cual claramente se exceptúa de la aplicación del artículo a entidades de diversa naturaleza, dentro de las que se encuentran las **sociedades de economía mixta**, únicamente en cuanto a la contratación de su **giro ordinario**, caso en el cual la obligación contemplada en el artículo 56 se erige como una recomendación que podrá o no ser adoptada en los manuales de contratación de dichas entidades y sólo como una buena práctica.

En tal sentido, y refiriéndonos específicamente a la aplicación del artículo 56 a los procesos de contratación adelantados por Findeter, resulta necesario precisar la naturaleza jurídica de esta entidad. Así, encontramos que la creación de la Financiera del Desarrollo Territorial S.A., Findeter, fue autorizada por la



Ley 57 de 1989, modificada por el Decreto 4167 de 2011, estableciendo que la misma es una sociedad de economía mixta del orden nacional, del tipo anónimas, organizada como un establecimiento de crédito, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida a vigilancia por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Visto lo anterior se puede concluir que el primer requisito (criterio orgánico) para que la contratación de Findeter se encuentre excluida de la aplicación de la regla del artículo 56 se cumple, pues nos hallamos ante una sociedad de economía mixta.

Ahora bien, en cuanto a la contratación de su giro ordinario¹ (segundo requisito), resulta indispensable revisar el objeto de la entidad, lo cual brindará claridad frente a qué actividades se encuentran exceptuadas de la aplicación de la regla del artículo 56. Así, encontramos que el numeral 2 del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone lo siguiente con relación al objeto social de la entidad:

*“2. **Objeto.** El objeto social de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, consiste en la promoción del desarrollo regional y urbano, mediante la financiación y la asesoría en lo referente a diseño, ejecución y administración de proyectos o programas de inversión relacionados con las siguientes actividades:*

a. Construcción, ampliación y reposición de infraestructura correspondiente al sector de agua potable y saneamiento básico;

b. Construcción, pavimentación y remodelación de vías urbanas y rurales;

c. Construcción, pavimentación y conservación de carreteras departamentales, veredales, caminos vecinales, puentes y puertos fluviales;

d. Construcción, dotación y mantenimiento de la planta física de los planteles educativos oficiales de primaria y secundaria;

e. Construcción y conservación de centrales de transporte;

f. Construcción, remodelación y dotación de la planta física de puestos de salud y ancianatos;

g. Construcción, remodelación y dotación de centros de acopio, plazas de mercado y plazas de ferias;

h. Recolección, tratamiento y disposición final de basuras;

i. Construcción y remodelación de campos e instalaciones deportivas y parques;

j. Construcción, remodelación y dotación de mataderos;

k. Ampliación de redes de telefonía urbana y rural;

¹ “...hace relación tanto a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, expresamente definidas por la ley, como también a todo aquello que es conexo con ellas y que se realiza para desarrollar la función principal, estableciéndose entre estos dos una relación de medio a fin, estrecha y complementaria.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ. Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil cinco (2005). Radicación número: 11001-03-26-000-1995-01575-01(11575)DM



l. Otros rubros que sean calificados por la junta directiva de la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, como parte o complemento de las actividades señaladas en el presente numeral;

m. Asistencia técnica a las entidades beneficiarias de financiación, requerida para adelantar adecuadamente las actividades enumeradas;

n. Financiación de contrapartidas para programas y proyectos relativos a las actividades de que tratan las letras numerales precedentes que hayan sido financiados conjuntamente por otras entidades públicas o privadas, u

o. Adquisición de equipos y realización de operaciones de mantenimiento, relacionadas con las actividades enumeradas en este numeral.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

El anterior listado evidencia que a los procedimientos de selección que se adelanten para la contratación de estas actividades NO les será aplicable la regla del artículo 56, pues se trata de contrataciones del giro ordinario a través de las cuales se da cumplimiento a su objeto social de la entidad. Por tanto, procesos para la contratación de actividades como la construcción, ampliación y reposición de infraestructura correspondiente al sector de agua potable y saneamiento básico, NO tendrán que aplicar los documentos tipo, y mucho menos, los procedimientos de selección que se adelanten a través de las fiduciarias con quienes se celebre un contrato de fiducia mercantil tendrán que regirse por el EGCP.

Ahora, en lo que tiene que ver con el servicio prestado por Findeter a otras entidades y la forma de materializarlo a través de los contratos de fiducia mercantil, es importante recordar lo indicado en los literales f y h del numeral 1 del artículo 270 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en donde se señala lo siguiente:

“ARTICULO 270. OPERACIONES.

1. Operaciones Autorizadas. La Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, es una entidad financiera de descuento, que en desarrollo de su objeto social podrá realizar las siguientes actividades:

(...)

f. Celebrar contratos de fiducia para administrar los recursos que le transfieran otras entidades públicas para financiar la ejecución de programas especiales relacionados con las actividades de que trata el numeral 2. del artículo 268 del presente estatuto.

(...)

***h) Prestar el servicio de asistencia técnica, estructuración de proyectos, consultoría técnica y financiera.”** (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

En tal sentido, actividades u operaciones como la prestación del servicio de asistencia técnica para la estructuración de proyectos, y la celebración de contratos de fiducia para administrar recursos transferidos por otras entidades públicas para la financiación de los programas relacionados con las actividades del numeral 2 del artículo 268 antes citado, se realizan en cumplimiento del objeto social definido en la ley, y, por consiguiente, son actividades del giro ordinario de Findeter.



Adicionalmente, aclaramos que la celebración de contratos de fiducia no desnaturaliza o modifica el régimen de la contratación derivada realizada a través de la fiduciaria contratada para el efecto, pues es éste el mecanismo por excelencia definido por el legislador para desarrollar la función principal de Findeter. Por tanto, concluir que le resulta aplicable el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022 a la contratación que realice la Fiduciaria, desconocería el objeto de Findeter y su régimen jurídico, así como la excepción expresa del párrafo del mismo artículo, y podría interpretarse como una forma de quitarle facultades a la entidad y restarle la eficiencia operativa otorgada por la ley.

Por lo anterior, sobre el papel de las fiduciarias, el negocio fiduciario, y sobre lo que pueden o no hacer, es importante recordar el artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010²:

“ARTÍCULO 2.5.2.1.1 Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

PARÁGRAFO. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.”

(Subrayas y negrillas fuera del texto)

Lo anterior evidencia que el negocio fiduciario no puede utilizarse como mecanismo para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente (Findeter), lo que también significa que la fiduciaria deberá regirse por el régimen y las normas que le resultan aplicables a la entidad, así como por las excepciones que le apliquen según lo señalado en la ley. Por tanto, no resultaría razonable interpretar que Findeter, estando exceptuado de la aplicación del EGCP, realice un contrato de fiducia mercantil con una fiduciaria para que ésta a su vez realice la contratación derivada aplicando el EGCP, lo cual contrariaría el objeto y la finalidad para la cual fue creada Findeter.

Finalmente, se aclara que las actividades y contratos que realice Findeter en el marco de su giro ordinario, en este caso, ya sea directamente o a través de los contratos realizados por las fiduciarias que contrate para el efecto, se encuentran dentro del supuesto del párrafo del artículo 56, y por lo tanto exceptuados de la aplicación de la regla de dicho artículo. No obstante lo anterior, en los Términos de Referencia que rigen la convocatoria objeto de su observación, se establecen las reglas y lineamientos aplicables a todos los proponentes en condiciones de igualdad, estipulando criterios de habilitación jurídica, técnica y financiera

² Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.



adecuados y proporcionales a los que se les da la debida publicidad y permiten seleccionar un contratista con las condiciones idóneas exigidas por la entidad, la cual bajo su régimen contractual, cuenta con la potestad de determinar las condiciones óptimas para la consecución de los objetivos propuestos, garantizando de esta manera el principio de transparencia y selección objetiva, entre otros.

2. De: Santiago Rubiano Salazar <santiago.rubiano@uhy-co.com>

Enviado: miércoles, 27 de abril de 2022 11:46 a. m.

Para: ADRFINDETER <ADRFINDER@findeter.gov.co>

Cc: Olga Patricia Lopez Virguez <patricia.lopez@uhy-co.com>

Asunto: OBSERVACIÓN A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA DE LA CONVOCATORIA No. PAF-ADR-I-106-2022

Observación 1

Apreciado señores.

Por medio de la presente solicitamos aclaración sobre los porcentajes mínimos que se establecen en los términos de referencia para la convocatoria No. PAF-ADR-I-106-2022 con el objeto: CONTRATAR LA "INTERVENTORÍA INTEGRAL, TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO DENOMINADO: "TERMINACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE SOLUCIONES DE SANEAMIENTO BÁSICO RURAL PARA HUILA Y TOLIMA". para la participación de los miembros de un proponente plural que desee ofertar.

En el caso hipotético: A, B y C conforman un proponente plural para presentar oferta a esta convocatoria. Si (i) A aporta toda la experiencia necesaria, en cuyo caso no puede tener un porcentaje de participación menor al 50% dentro de la estructura plural de acuerdo a los términos de referencia; (ii) B aporta el 64% del monto exigido para la carta cupo de crédito, en cuyo caso y según los términos del proceso no podría tener una participación menor al 30%; y por último (iii) C aporta el 36% restante de la suma exigida por la carta cupo de crédito, para lo cual tampoco podría tener menos del 30% de la participación. Si sumamos todos los porcentajes de acuerdo con lo expresado por los términos, obtendremos la suma de 110% que sobrepasa el máximo exigido para los proponente plurales.

En dicho caso:

¿Es posible que de acuerdo con el porcentaje aportado de la carta cupo de crédito, así mismo se establezcan los porcentajes de participación de la estructura plural?

¿Es posible que, considerando que B y C aportan cartas cupo de crédito, estos puedan tener el mismo porcentaje de participación del 25%, o en su defecto si B aporta un mayor valor en la carta cupo crédito que C, puede B tener el 30% de la participación y C el 20%, para no sobrepasar el límite permitido?

De igual manera, agradecemos nos aclaren ¿cómo se debe distribuir la participación de los miembros de un proponente plural si son dos los miembros que aportan las cartas cupo de crédito para habilitar al consorcio en el ámbito financiero y ninguno de estos miembros es quien aporta la experiencia?

Respuesta 1:



Teniendo en cuenta la observación del interesado, de manera atenta se informa que tal como lo señalan los términos de referencia en su numeral 2.1.2 REQUISITOS HABILITANTES DE ORDEN FINANCIERO: ***“Ninguno de los integrantes(s) que aporte la carta cupo de crédito podrán tener un porcentaje de participación en el consorcio o unión temporal menor al treinta por ciento (30%)”***, lo que significa que el Cupo de Crédito debe ser aportado por la persona natural o jurídica que participa en la convocatoria, según las reglas establecidas y cumpliendo con el porcentaje de participación mínimo exigido, el cual es verificado en el documento de conformación de la figura asociativa y frente al cual los integrantes tienen autonomía para establecer dichos porcentajes de participación.

Adicionalmente, se aclara que el numeral 2.1.1.3. CONSTITUCIÓN DEL PROPONENTE PLURAL (SI APLICA) señala que: ***“8. Ninguno de los integrante(s) que aporte la carta cupo de crédito podrán tener un porcentaje de participación en el consorcio o unión temporal menor al treinta por ciento (30%)”*** y que de no cumplir con dicho requerimiento, se encontraría incurso en la causal de rechazo 1.37.16 ***“Cuando no se cumplan las condiciones establecidas en los numerales 7 y 8 del requisito habilitante del numeral 2.1.1.3 CONSTITUCIÓN DEL PROPONENTE PLURAL”***; lo que significa que los cupos de crédito pueden ser presentados por los integrantes de la estructura plural que cumplan con la condición de tener una participación mínima del 30% dentro de la estructura plural.

Por lo anterior, el proponente plural que se encuentre interesado en participar en la presente convocatoria, deberá dar aplicación estricta a lo señalado en el numeral 2.1.1.3. CONSTITUCIÓN DEL PROPONENTE PLURAL de los términos de referencia, en especial a los subnumerales 7, 8 y 9 que establecen las reglas correspondientes a los porcentajes de participación de los integrantes.

3. De: Santiago Rubiano Salazar <santiago.rubiano@uhy-co.com>

Enviado: jueves, 28 de abril de 2022 2:59 p. m.

Para: ADRFINDETER <ADRFINDER@findeter.gov.co>

Cc: Olga Patricia Lopez Virguez <patricia.lopez@uhy-co.com>

Asunto: RV: OBSERVACIÓN A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA DE LA CONVOCATORIA No. PAF-ADR-I-106-2022

Observación 1

Cordial saludo.

Por medio de la presente solicitamos amable y comedidamente nos puedan responder la observación que se expresa en el oficio adjunto, la cual fue enviada el día de ayer. Es cierto que el plazo indicado en los términos de referencia para tal fin ya caducó, pero de igual forma para garantizar la participación de todos los oferentes y para que no se presenten complicaciones en la interpretación de los términos de condiciones es que solicitamos que, así sea de manera extemporánea, respondan dicha observación.

De igual manera, solicitamos muy urgentemente se contemple o considere la posibilidad de ampliar el plazo de presentación de ofertas más allá del día 02 de mayo del presente año. Lo anterior con la intención de posibilitar a más oferentes que están realizando la compilación de la documentación y la obtención de las garantías y requisitos necesarios para la presentación.

Agradecemos sobremanera la atención, gestión y comprensión prestadas(sic).

Respuesta 1:

Con relación a lo solicitud de ampliar el plazo de presentación de ofertas, se informa al interesado que se acoge la observación, en consecuencia, la entidad procederá a expedir la correspondiente adenda.

Para constancia, se expide a los veintinueve (29) días del mes de abril de 2022.

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