

INFORME DE RESPUESTA A OBSERVACIÓN PRESENTADA A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER
FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

PROGRAMA AGUA PARA LA PROSPERIDAD

CONVOCATORIA No. PAF-ATF-C-008-2018

OBJETO: CONTRATAR LA “CONSULTORIA DE DISEÑOS DE LOS PUNTOS CRITICOS DE INESTABILIDAD GEOLÓGICA EN LA VIA YOPAL EL MORRO ENTRE EL PUENTE LA CABUYA Y LA PLANTA DE TRATAMIENTO PARA LA INSTALACIÓN DE LA LINEA DE CONDUCCION DEL PROYECTO “CONSTRUCCIÓN SISTEMA DE ABASTECIMIENTO Y TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE PARA EL CASCO URBANO DE YOPAL- CASANARE (CONSTRUCCION DE LA CAPTACION, ADUCCION, PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE Y LA CONDUCCION HASTA LAS REDES DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE YOPAL, DEPARTAMENTO DE CASANARE)”.

De conformidad con lo establecido en el Subcapítulo I “Generalidades” Capítulo II “Disposiciones Generales” No. 1.10 “Observaciones a los Términos de Referencia y los Documentos y Estudios del Proyecto” de los Términos de Referencia y en el cronograma de la Convocatoria consagrado en el Subcapítulo III Capítulo I “Disposiciones Específicas” los interesados podían presentar observaciones respecto al contenido de los Términos de Referencia, de los Estudios del Proyecto, de los Anexos Técnicos y de cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, de manera escrita, hasta el día treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Durante este periodo se presentaron observaciones por parte de los interesados, a las cuales se procederá a dar respuesta por medio del presente documento:

- 1. INTERESADO: CESAR AUGUSTO SEGURA SEGURA**, comunicado enviado por correo electrónico, el día martes, 30 de octubre de 2018 11:56 a. m.

OBSERVACIÓN
<p>Cordial saludo,</p> <p>Por medio de la presente, estando dentro del término establecido por la Entidad, nos permitimos presentar observación a los términos de referencia que regirán el presente proceso de selección de conformidad con los argumentos expuestos a continuación:</p> <p>La observación se encuentra puntualmente dirigida a la causal de conflicto de interés dispuesta en el numeral 1.23.3., de los términos de referencia que establece:</p> <p><i>“Haya suscrito contrato de Interventoría con Findeter o con la Contratante, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Este conflicto lo será también respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas.”</i></p> <p>En referencia al apartado citado, encontramos totalmente desproporcionado establecer una causal de conflicto de interés en dicho sentido. Lo anterior, toda vez que se está restringiendo a personas naturales y jurídicas que en nada han intervenido respecto al proceso de selección que se pretende adjudicar a participar en el mismo, por lo que estaría negando la posibilidad a todos los contratistas que tengan suscrito un contrato de interventoría a presentar propuesta dentro del proceso de selección a sabiendas que los contratos de interventoría que están ejecutando en nada tienen relación con el proceso de selección que nos ocupa.</p> <p>Por lo tanto, si los contratos de interventoría que se encuentran ejecutando los contratistas en nada tienen relación con el proyecto a realizar en el presente proceso, de ninguna forma se estaría configurando algún tipo de conflicto de interés.</p>

En ese sentido, se estaría privando de forma injustificada a personas naturales y jurídicas de poder participar en el proceso de selección, lo cual viola y desconoce la aplicación del principio de libre concurrencia, respecto a lo cual se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C- 713-09 en los siguientes términos:

"(...)se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato."

En ese sentido, es claro que las limitaciones que pueden ser impuestas por Findeter en el presente proceso de selección deben circunscribirse dentro del marco de la constitución y la ley, por lo que, si bien la actividad contractual de Findeter se rige por disposiciones legales y reglamentarias conforme al derecho privado, lo cierto es que en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades le es aplicable lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 80 de 1993 y 18 de la ley 1150 de 2007 y una vez verificadas aquellas disposiciones, en ninguna se encuentra la causal de conflicto de interés impuesta por Findeter en los términos de referencia.

Por lo anterior, toda vez que no se configura como causal de conflicto de interés el hecho de tener en ejecución contratos de interventoría que NO tienen ningún tipo de relación con el presente proceso de selección, con el acostumbrado respeto solicitamos que el numeral 1.23.3 de los términos de referencia sea modificado o en su defecto sea eliminado de los términos de referencia y en ese sentido se garantice la libre concurrencia de los posibles oferentes y a su vez se garantice el principio de selección objetiva que debe regir esta clase de procesos.

RESPUESTA

En atención a la observación, la entidad informa lo siguiente.

En primer lugar es preciso señalar, que el procedimiento de contratación que aplica la contratante, la cual es el *FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA – FINDETER (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A)*, es sujeto de derecho privado, en ese orden de ideas, bajo el régimen jurídico que rige el presente proceso de selección, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.3 del Subcapítulo I del Capítulo II de los Términos de Referencia "REGIMEN JURIDICO APLICABLE" el presente proceso se rige por el régimen de la contratación privada contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia.

En consecuencia, la contratación de que trata el presente proceso no se somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007), ni sus Decretos Reglamentarios.

Así las cosas, en los Términos de Referencia que rigen la presente convocatoria se establecen las reglas, pautas y lineamientos tendientes a obtener los servicios que se pretenden contratar, y que satisfagan de manera adecuada la necesidad que con el presente proceso se pretende satisfacer, estableciendo los criterios de habilitación jurídica, técnica y financiera adecuados y proporcionales que garanticen la selección del oferente que cuente con la experticia necesaria para la cabal y correcta ejecución del proyecto, y se satisfaga el fin general perseguido con esta contratación.

Ahora bien, el requisito determinado en el formato No 7. "FORMATO DE DECLARACION JURAMENTADA INEXISTENCIA CONFLICTO DE INTERÉS", por la Contratante.

"(...)

1.23. CONFLICTO DE INTERÉS

Para los precisos efectos de estos Términos de Referencia, se considerará que, bien sea de manera individual o como integrante de un consorcio o unión temporal, un proponente no podrá presentar propuesta ni suscribir contrato, por encontrarse incurso en conflicto de interés, cuando:

1.23.1 Se incurra en las causales previstas en la Ley 734 de 2002, artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.

1.23.2 Hayan participado en la estructuración, evaluación, aprobación, viabilización, financiación del proyecto objeto de la presente convocatoria, así como en la estructuración de los Términos de Referencia y en la evaluación y selección del proceso de contratación. El conflicto de interés se predicará igualmente, respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas.

1.23.3 Haya suscrito contrato de Interventoría con Findeter o con la Contratante, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Este conflicto lo será también respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas.

1.23.4 Hayan participado o estén vinculados como operadores del servicio en el Municipio donde se ejecutará la labor de consultoría de que trata la presente convocatoria. Esta prohibición también rige para los beneficiarios reales de las mismas personas.

1.23.5 No podrán presentar propuesta de manera simultánea en la presente convocatoria y a la convocatoria que se adelanta para contratar la interventoría de este proyecto

(...)"

Es de entender que las eventualidades de conflicto de interés fueron determinadas por la entidad dentro de los términos de referencia de la convocatoria, estipulándolas en el formato No. 7, denominado "FORMATO DE DECLARACION JURAMENTADA INEXISTENCIA CONFLICTO DE INTERÉS", circunstancias de conflicto de interés a las cuales los oferentes no deben estar inmersos para que lograr participar en los procesos contractuales que se adelantan en la entidad.

Es importante informar, que a pesar que la contratante no tiene aplicabilidad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se puede mencionar que respecto de la regulación de conflicto de intereses en los términos de referencia, la Sala de Consulta del Consejo de Estado en concepto Radicado N° 2.045 del 23 de marzo de 2011 Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, concluyó que es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones; dijo en el concepto:

"(...)

La Sala, en el concepto del 10 de agosto del 2006, ya citado, concluyó que en los contratos estatales es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones; dijo en el concepto:

La Sala destaca que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al Consultor comporta una evaluación estrictamente objetiva...

El postulado ético insito en las cláusulas sobre conflictos lleva a significar que el propósito de las partes contratantes es el de amparar en grado extremo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, prohibiendo determinadas conductas, sin consideración de los resultados dañinos o inocuos de las mismas en relación con el proceso de licitación

(...)"

De modo que, precisamente para amparar los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Carta Política, entre otros, transparencia, igualdad y moralidad administrativas, es perfectamente viable que la entidad, previa identificación de las actividades incompatibles determine e incorpore en los términos de referencia de las convocatorias las causales para regular los conflictos de interés cuando se identifiquen actividades que puedan llegar a ser incompatibles.

En este sentido, es procedente establecer una causal que limite la participación de contratistas de interventoría en convocatorias de obra, consultoría y viceversa, dado que se puede identificar que las actividades propias de una firma que se dedique a la interventoría podrían ser incompatible cuando la misma firma sea la que ejecute una obra o consultoría con la misma entidad.

En ese orden de ideas, dada la posibilidad que una firma en determinado momento ejerza ante la misma entidad el rol de interventor o también el de ejecutor de obra o consultoría (viceversa) simultáneamente en un contrato, o sea contratista de una obra o consultoría cuya interventoría la ejerza el contratista al que este le realiza la consultoría o interventoría en otro contrato, se establece como conflicto de interés que las firmas que contraten obra o consultoría, no sean contratistas de interventoría con la misma entidad.

En consecuencia, en las convocatorias de Consultoría que adelanta la entidad, se estimó como conflicto de interés, entre otras causales, que un proponente que *haya suscrito contrato de Interventoría con Findeter o con la Contratante, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Este conflicto lo será también respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas*

Estos conflictos como se señaló se reflejan en la inconveniencia que resulta del ejercicio de manera simultánea de actividades de interventoría y ejecución de obras o consultorías por parte de una misma persona natural o jurídica, ya sea que participe de manera individual o conformando estructuras plurales, y con ello se pretende la salvaguarda de los principios de la función administrativa de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, toda vez que el ejercicio de interventoría requiere probidad, transparencia, imparcialidad, protección de la moralidad administrativa y éstas pueden resultar afectas por el ejercicio simultaneo dentro de una misma entidad de actividades de interventoría y obra o consultoría, pues resulta claro y evidente el riesgo que de vigilar la buena inversión del recurso público se pase a ser vigilado por parte de la misma persona a quien se vigila.

Así mismo, los conflictos de interés señalados encuentran también justificación en la naturaleza de los contratos de interventoría, toda vez que estos se suscriben por parte de las entidades que administran recursos públicos con el fin de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado y así proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual.

Aunado lo anterior, se encuentra razonable que se incorporen y mantengan en los términos de referencia las causales para regular estos posibles conflictos de interés y así propender por garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades de los contratistas. Por lo tanto, no se acepta su solicitud de habilitar su oferta, por evidenciarse que se encuentra inmerso en las causales de conflictos de interés establecidos en los términos de referencia de la presente convocatoria.

El presente Informe se expide el día primero (01) del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.).