

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

PROGRAMA: AGUA PARA LA PROSPERIDAD

CONVOCATORIA No PAF-ATF-CV-001-2020

OBJETO: CONTRATAR “LA ADQUISICIÓN DE LA MAQUINARIA Y VEHÍCULOS DESTINADOS PARA EL PROYECTO “OPTIMIZACIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASEO EN EL PERÍMETRO URBANO DE LA CIUDAD DE QUIBDÓ”.

INFORME DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES EXTEMPORANEAS A LOS TERMINOS DE REFERENCIA

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Numeral 1.10. del Subcapítulo I “Generalidades” del Capítulo II “Disposiciones Generales” y en el cronograma de la convocatoria, los interesados podían presentar observaciones respecto al contenido de los Términos de Referencia, a los estudios del proyecto, a los anexos técnicos y cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, desde el ocho (8) de septiembre de 2020 hasta al once (11) de septiembre de 2020.

A pesar de la previsión anterior, al correo electrónico dispuesto para la convocatoria se presentó observación extemporánea por parte de cuatro interesados en la convocatoria, frente a las cuales se procederá a dar respuesta en los siguientes términos:

1. **Javier Estupiñan <asesorvw13@promotores.com.co>** Observación enviada mediante correo electrónico el día jueves 1 de octubre de 2020 a las 12:18 p.m.

Observación 1
<p>“</p> <p>OBSERVACION: Dentro del Proceso de la Referencia establece:</p> <p>EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL TERMINO DE CONSTITUCION Que la persona jurídica se encuentre inscrita en la Cámara de Comercio con cinco (5) años de anterioridad a la fecha del cierre de la presente convocatoria.</p> <p>“En el caso de consorcios o uniones temporales, cada uno de sus integrantes debe cumplir individualmente con estos requerimientos.”</p> <p>SOLICITUD: Establecer: En el caso de consorcios o uniones temporales, al menos uno de sus integrantes debe cumplir con este requerimiento.</p>



SUSTENTO

El Decreto 1082 de 2015 permite que las sociedades, cuya constitución sea menor a tres (3) años, acrediten la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes en el Registro Único de Proponentes. No existe ninguna disposición en el Sistema de Compra Pública que limite el número de sociedades en las que una persona puede aportar su experiencia si tienen menos de tres (3) años o el número de sociedades que una persona puede constituir.

La conformación de proponentes plurales tiene por objeto que aquellos proponentes que individualmente no podrían participar en un Proceso de Contratación por no cumplir con todos los requisitos puedan hacerlo, uniéndose con otros proponentes que sí los tengan. La Entidad Estatal debe cerciorarse de que su constitución no implique el desarrollo de una práctica restrictiva de la competencia.

Respuesta:

En consideración a la observación presentada, sea lo primero indicar, que conforme lo dispuesto en el numeral 1.3. "RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE" del Subcapítulo I "GENERALIDADES" del Capítulo II "DISPOSICIONES GENERALES" de los Terminos de Referencia, 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, siendo claro que los terminos que rigen la presente convocatoria no se encuentran sometidos a lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, se debe señalar que los requisitos exigidos a los proponentes en los términos de referencia se establecen teniendo en cuenta diferentes aspectos tales como, los riesgos del proceso de contratación, el valor del contrato, objeto de la convocatoria, el análisis del sector económico respectivo, el estudio de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial y las necesidades que pretende satisfacer la entidad, entre otros; de esa manera la entidad establece requisitos acordes con la naturaleza del objeto y las especificaciones técnicas del mismo, que le permitirán escoger la oferta que resulte ser la más beneficiosa en ejercicio del principio de selección objetiva para el cumplimiento del cometido de la entidad. Por ello, se encuentra pertinente requerir que la persona jurídica esté inscrita en la Cámara de Comercio con 5 años de anterioridad a la fecha del cierre de la convocatoria, atendiendo la especificidad del presente proceso.

Por lo anterior y teniéndose en cuenta que existe una gran cantidad de oferentes en el mercado, que cumplen con los requerimientos establecidos por la entidad, se garantiza la pluralidad de oferentes.

En consideración a lo anterior y respecto a los consorcios o uniones temporales "*resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que **no configuran una persona jurídica nueva e independiente** respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus*





miembros individualmente considerados” (Subrayas y negrilla fuera de texto), por lo anterior y en el entendido que los consorcios y uniones temporales no conforman una persona jurídica nueva e independiente, es necesario para la entidad verificar que se encuentra compuesta por personas naturales o jurídicas que cumplen con los requisitos establecidos en los términos de referencia y cuenten con la idoneidad requerida para el cumplimiento del futuro contrato.

De acuerdo con los argumentos anteriormente señalados, su solicitud no es aceptada por la entidad.

- 2. Octavio Carrizales <proyectosjaccor2017@gmail.com> Observación enviada mediante correo electrónico el jueves 1 de octubre de 2020 a las 12:24 p.m.

Observación 2

Cordial saludo

Con la presente me permito poner en su conocimiento las siguientes observaciones, al documento de Términos de Referencia correspondientes a la convocatoria, en los siguientes términos:

OBSERVACION N° 1

EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL:

TÉRMINO DE CONSTITUCIÓN EXIGIDO: Que la persona jurídica se encuentre inscrita en la Cámara de Comercio con cinco (5) años de anterioridad a la fecha del cierre de la presente convocatoria.

“En el caso de consorcios o uniones temporales, cada uno de sus integrantes debe cumplir individualmente con estos requerimientos.”

SOLICITUD: Permitir que si existe una propuesta presentada de manera conjunta al menos uno de sus integrantes se encuentre inscrita con cinco (5) años de anterioridad.

JUSTIFICACION: Teniendo en cuenta las directrices documentadas de acuerdo a la competencia legal otorgada a COLOMBIA COMPRA EFICIENTE MEN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

- <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/19554>

El Decreto 1082 de 2015 permite que las sociedades, cuya constitución sea menor a tres (3) años, acrediten la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes en el Registro Único de Proponentes. No existe ninguna disposición en el Sistema de Compra Pública que limite el número de sociedades en las que una persona puede aportar su experiencia si tienen menos de tres (3) años o el número de sociedades que una persona puede constituir.

La conformación de proponentes plurales tiene por objeto que aquellos proponentes que individualmente no podrían participar en un Procesos de Contratación por no cumplir con todos los requisitos puedan hacerlo, uniéndose con otros proponentes que sí los tengan. La Entidad Estatal debe cerciorarse de que su constitución no implique el desarrollo de una práctica restrictiva de la competencia.

El literal e) del numeral 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, establece que para efectos del registro de la experiencia de sociedades de menos de tres (3) años en el RUP, estas sociedades pueden inscribir como propia la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes.

1 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C P Mauricio Fajardo Gómez. Septiembre veinticinco (25) de dos mil trece (2013). Exp. 20.529.





No existe ninguna disposición en el Sistema de Compra Pública que limite el número de sociedades en las que una persona puede aportar su experiencia si las mismas tienen menos de tres (3) años o el número de sociedades que una persona puede constituir.

La Ley 80 de 1993 permite la presentación de propuestas por parte de consorcios y uniones temporales con el fin de aunar esfuerzos para presentar conjuntamente una misma propuesta.

La Entidad Estatal al momento de establecer la forma de evaluación de los proponentes plurales, así como las condiciones para su participación en los Procesos de Contratación, debe procurar que esta figura sea un instrumento para fortalecer a aquellos proponentes que individualmente no alcanzan a cumplir con los requerimientos de la oferta y no para hacer fraude a la ley o desarrollar prácticas restrictivas de la competencia.

Fundamento Legal:

La Ley 80 de 1993 establece:

Artículo 25º.- *Del Principio de Economía. En virtud de este principio:*

7o. *La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.*

Artículo 26º.- *Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio:*

1º *Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.*

2º *Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.*

3º *Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.*

Por su parte el decreto 1082 de 2015 establece:

Artículo 2.2.1.1.2.1.1. *Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:*

Por su parte la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) señala:

Artículo 48. *Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

31. *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.*

Sobre la importancia y contenido de los estudios previos enseña la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, Proceso SP6809-2016, Radicado 40605, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciséis (2016):





En consecuencia, el concepto de estudio previo o estudio técnico debe interpretarse de manera integral frente a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y a los principios constitucionales que rigen la función pública, por lo cual debe entenderse como estudios previos aquellos análisis técnicos o tecnológicos, documentos y trámites que deben adelantarse a las entidades públicas antes de contratar, sin importar el régimen legal que las cobije, en cualquiera de las modalidades que señale la ley o el manual interno de contratación que se aplique.

Además, los estudios previos, los estudios técnicos y diseños, entre otros, deben constar por escrito y en documentos que estén al alcance, en primer lugar, de los interesados en contratar...

A su vez la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2146-2016, Radicado N° 40627, veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016), señala sobre la responsabilidad por ausencia de estudios previos:

Cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público (en este caso el Gobernador) y no ha sido expresamente delegada en otro, sino que, como en este caso, solo ha delegado en funcionario de menor rango (la junta de licitaciones) el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante asume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación y la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y de la justicia. (CJS AP, 28 Ag. 2002)

Respuesta:

En consideración a la observación presentada, sea lo primero indicar, que conforme lo dispuesto en el numeral 1.3. "RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE" del Subcapítulo I "GENERALIDADES" del Capítulo II "DISPOSICIONES GENERALES" de los Terminos de Referencia, 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, siendo claro que los terminos que rigen la presente convocatoria no se encuentran sometidos a lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, se debe señalar que los requisitos exigidos a los proponentes en los términos de referencia se establecen teniendo en cuenta diferentes aspectos tales como, los riesgos del proceso de contratación, el valor del contrato, objeto de la convocatoria, el análisis del sector económico respectivo, el estudio de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial y las necesidades que pretende satisfacer la entidad, entre otros; de esa manera la entidad establece requisitos acordes con la naturaleza del objeto y las especificaciones técnicas del mismo, que le permitirán escoger la oferta que resulte ser la más beneficiosa en ejercicio del principio de selección objetiva para el cumplimiento del cometido de la entidad. Por ello, se encuentra pertinente requerir que la persona jurídica esté inscrita en la Cámara de Comercio con 5 años de anterioridad a la fecha del cierre de la convocatoria, atendiendo la especificidad del presente proceso.

Por lo anterior y teniéndose en cuenta que existe una gran cantidad de oferentes en el mercado, que cumplen con los requerimientos establecidos por la entidad, se garantiza la pluralidad de oferentes.

En consideración a lo anterior y respecto a los consorcios o uniones temporales "resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que **no configuran una persona jurídica nueva e independiente** respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus





miembros individualmente considerados” (Subrayas y negrilla fuera de texto), por lo anterior y en el entendido que los consorcios y uniones temporales no conforman una persona jurídica nueva e independiente, es necesario para la entidad verificar que se encuentra compuesta por personas naturales o jurídicas que cumplen con los requisitos establecidos en los términos de referencia y cuenten con la idoneidad requerida para el cumplimiento del futuro contrato.

De acuerdo con los argumentos anteriormente señalados, su solicitud no es aceptada por la entidad.

- 3. Rutt Mireya Colmenares Prada <rcolmenares@motoreste.co> Observación enviada mediante correo electrónico el jueves 1 de octubre de 2020 a las 1:12 p.m.

Observación 3

Por medio de la presente me permito presentar la siguiente observación:

En el Documento de Términos de la Referencia Numeral 2.1.1.2 EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL – ítem 7 TERMINO DE CONSTITUCION: Que la persona jurídica se encuentre inscrita en la Cámara de Comercio con cinco (5) años de anterioridad a la fecha del cierre de la presente convocatoria.

Las sucursales deberán acreditar que se encuentra(n) inscrita(s) en Colombia con cinco (5) años de anterioridad a la fecha de cierre de la presente convocatoria.

“En el caso de consorcios o uniones temporales, cada uno de sus integrantes debe cumplir individualmente con estos requerimientos.”

SOLICITUD: Permitir que si existe una propuesta presentada por una sociedad futura (Consortio – U.T - Etc.) cualquiera de sus integrantes se encuentre inscrita con cinco (5) años de anterioridad.

Fundamentos de Derecho:

- Decreto 1082 de 2015, literal e) del numeral 2 del artículo 2.2.1.1.1.5.2.
- Ley 80 de 1993, artículos 6 y 7.
- Ley 1150 de 2007 parágrafo 1 artículo 5

Respuesta:

En consideración a la observación presentada, sea lo primero indicar, que conforme lo dispuesto en el numeral 1.3. “RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE” del Subcapítulo I “GENERALIDADES” del Capítulo II “DISPOSICIONES GENERALES” de los Terminos de Referencia, 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, siendo claro que los terminos que rigen la presente convocatoria no se encuentran sometidos a lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

2 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C P Mauricio Fajardo Gómez. Septiembre veinticinco (25) de dos mil trece (2013). Exp. 20.529.





Ahora bien, se debe señalar que los requisitos exigidos a los proponentes en los términos de referencia se establecen teniendo en cuenta diferentes aspectos tales como, los riesgos del proceso de contratación, el valor del contrato, objeto de la convocatoria, el análisis del sector económico respectivo, el estudio de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial y las necesidades que pretende satisfacer la entidad, entre otros; de esa manera la entidad establece requisitos acordes con la naturaleza del objeto y las especificaciones técnicas del mismo, que le permitirán escoger la oferta que resulte ser la más beneficiosa en ejercicio del principio de selección objetiva para el cumplimiento del cometido de la entidad. Por ello, se encuentra pertinente requerir que la persona jurídica esté inscrita en la Cámara de Comercio con 5 años de anterioridad a la fecha del cierre de la convocatoria, atendiendo la especificidad del presente proceso.

Por lo anterior y teniéndose en cuenta que existe una gran cantidad de oferentes en el mercado, que cumplen con los requerimientos establecidos por la entidad, se garantiza la pluralidad de oferentes.

En consideración a lo anterior y respecto a los consorcios o uniones temporales *“resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que **no configuran una persona jurídica nueva e independiente** respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados³”* (Subrayas y negrilla fuera de texto), por lo anterior y en el entendido que los consorcios y uniones temporales no conforman una persona jurídica nueva e independiente, es necesario para la entidad verificar que se encuentra compuesta por personas naturales o jurídicas que cumplen con los requisitos establecidos en los términos de referencia y cuenten con la idoneidad requerida para el cumplimiento del futuro contrato.

De acuerdo con los argumentos anteriormente señalados, su solicitud no es aceptada por la entidad.

Para todos los efectos, se expide la presente a los dos (2) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020).

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

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. C P Mauricio Fajardo Gómez. Septiembre veinticinco (25) de dos mil trece (2013). Exp. 20.529.

