

RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES EXTEMPORÁNEAS A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

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

CONVOCATORIA No. PAF-ATF-I-009-2020

OBJETO: CONTRATAR “LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO DENOMINADO “CONSTRUCCIÓN INTERCEPTORES Y OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO COMBINADO DEL MUNICIPIO DE MIRAFLORES”, BOYACÁ.

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Capítulo I Subcapítulo II Numeral 1.10. 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, en consecuencia, con posterioridad al día **trece (13) de febrero de dos mil veinte 2020** se recibió la siguiente observación, a la cual se procederá a dar respuesta a través del presente documento, así:

INTERESADOS:

De: Cristian rueda [mailto:crueda@hipsittec.com]

Enviado el: lunes, 17 de febrero de 2020 2:45 p. m.

Para: GRUPO DE INFRAESTRUCTURA PARA LA CONTRATACION DE ASISTENCIA TECNICA <GRUPO-ICAT@findeter.gov.co>

Asunto: OBSERVACIONES A LOS TDR CONVOCATORIA N° PAF-ATF-I-009-2020 RV: Acuerdos en procesos de contratación

Observación 1

CONSULTA

La consultante, sucursal en Colombia de HIPSITEC Empresa consultora de ingeniería civil y urbanismo (Sociedad Española), consulta sobre la exigencia a proponentes extranjeros de experiencia habilitante en servicios prestados u obras ejecutadas solamente en el territorio Nacional?, esto en vigencia del acuerdo comercial con UE? y, como se recomienda proceder?

RESPUESTA

Sea lo primero indicar que este Despacho tiene competencia para la interpretación de los tratados relacionados con el comercio internacional como el Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, en adelante el Acuerdo Comercial. No tiene competencia para pronunciarse sobre situaciones particulares y concretas. Por tanto, el alcance de esta opinión solamente se refiere a la interpretación del referido acuerdo, y no puede tenerse como la solución del caso concreto expuesto por la consultante.

Dicho lo anterior, debe indicarse que los acuerdos comerciales internacionales son instrumentos que, en general, contienen una serie de disciplinas acordadas por las Partes de conformidad con el ámbito que se fije para cada disciplina. En casos como el de la contratación pública el ámbito está integrado por las disposiciones del Capítulo en concordancia con el Anexo respectivo que contiene la lista de entidades contratantes cubiertas por el acuerdo, los umbrales previstos para cada categoría de entidad cubierta y para la adquisición de unos bienes o servicios según lo que señale el acuerdo, entre otras secciones del Anexo.

De conformidad con la solicitud, debemos referirnos al Título VI del Acuerdo Comercial, dentro del cual se consagró la disciplina de la Contratación Pública, en armonía con lo previsto en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto 1082 de 2015 especialmente, y revisar la forma como las entidades estatales deben seleccionar la oferta más favorable para sus intereses, las exigencias legales en cuanto a las condiciones de participación.

En este contexto, las entidades estatales están sujetas al principio fundamental de legalidad en sus actuaciones, ello conlleva el cumplimiento de los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, lo que significa que la preparación, selección, adjudicación y perfeccionamiento de un contrato estatal es una actividad eminentemente reglada. En este punto nos referiremos a las etapas de preparación de los pliegos y la selección de los oferentes, etapas en las que necesariamente deben observarse los principios que garantizan el derecho a la igualdad y libre concurrencia de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la contratación.

Efectivamente, bajo el principio de Selección Objetiva, desarrollado por la Ley 1150 de 2007, la escogencia del contratista se hará con el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración razones de índole individual, afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, sobre la verificación de las condiciones y criterios establecidos en el Pliego de Condiciones, que viene a constituirse en el reglamento del procedimiento de selección del contratista.

En este sentido, independientemente de algunas particularidades de ciertos procedimientos de contratación como el de selección de consultores, en donde se puede hacer uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta, por regla general las condiciones de participación se establecerán como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, por lo tanto deben ser establecidos de tal forma que posibilite la mayor participación posible de oferentes, y tener como propósito básico que la entidad contratante determine si los oferentes reúnen la experiencia, las capacidades jurídica, financiera y organizacional. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor.

De acuerdo con lo anterior, podemos mencionar que la comprobación de la experiencia, por regla general bajo el Acuerdo Comercial es ajena al hecho de que el oferente sea nacional o extranjero y por lo mismo, que se haya adquirido en el territorio de cualquiera de las Partes, como se ilustra a continuación:

Según lo previsto en el artículo 175 del Título VI, dentro de los principios generales, el Principio Internacional del Trato Nacional, establece:

"2. Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta, una Parte incluidas sus entidades contratantes, no deberá:

- (a) Dar a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido en dicho territorio, en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera;*
- (b) Discriminar a un proveedor establecido en su territorio en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública, sean mercancías o servicios de Otra Parte".*

Por su parte, en armonía con la disposición transcrita, en el mismo Título VI del Acuerdo Comercial, en el artículo 178 se establecen como principios generales:

"2. Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta, una Parte incluidas sus entidades contratantes, no deberá:

- (a) Dar a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido en dicho territorio, en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera;*
- (b) Discriminar a un proveedor establecido en su territorio en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública, sean mercancías o servicios de Otra Parte".*

Por su parte, en armonía con la disposición transcrita, en el mismo Título VI del Acuerdo Comercial, en el artículo 178 se establecen como principios generales:

- 2. Para determinar si un proveedor reúne las condiciones de participación, la entidad contratante verificará la capacidad financiera, comercial y técnica del proveedor sobre la base de sus actividades comerciales, tanto dentro como fuera del territorio de la Parte de la entidad contratante, y no impondrá la condición de que, para que un proveedor pueda participar en una contratación pública, una entidad contratante de una Parte le haya adjudicado uno o varios contratos, o que el proveedor tenga experiencia previa en el territorio de una Parte.(subrayado propio)*

Esta disposición del Acuerdo Comercial, establece claramente que para determinar si un proveedor reúne las condiciones de participación, no se le puede exigir experiencia previa en el territorio colombiano.

De acuerdo con las disposiciones anteriores y en el mismo sentido, el Decreto Único 1082 de 2015, en el Artículo 2.2.1.2.4.1.3., sobre la existencia de trato nacional, dispone que las entidades estatales deben conceder el beneficio del Trato Nacional a los oferentes en los siguientes casos:

"(a) los oferentes de bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales."

Corresponde las entidades estatales al momento de efectuar la planeación de su contratación pública, determinar si las contrataciones que va a adelantar están cubiertas por los acuerdos comerciales e informarlo a los interesados a través de los distintos mecanismos de divulgación, previo análisis de los objetos, los umbrales y las excepciones previstas en cada Acuerdo Comercial.

En este mismo sentido, las actuaciones que se cumplan dentro de un procedimiento de compras por parte de cualquier entidad estatal, se rigen por las disposiciones contenidas en el Pliego de Condiciones que se haya determinado para tal procedimiento, en él las condiciones de participación deben ser las estrictamente indispensables para realizar una escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades (artículo 23 Ley 80 de 1993), para los oferentes en condiciones de cumplir con el objeto de la contratación.

En este orden de ideas, se estima contrario al interés público de la administración limitar, de un lado las posibilidades que tienen los distintos oferentes que han adquirido experiencia en el territorio de su país o en el de otros países donde hayan prestado sus servicios, y de otro, el número de oferentes en posibilidad de ejecutar el contrato, con lo cual se puede incurrir en condiciones que se convierten en obstáculos que imposibilitan garantizar las condiciones de igualdad para todos los interesados.

De acuerdo con lo anterior y bajo las obligaciones transcritas del Acuerdo Comercial, corresponde a las entidades estatales promover y garantizar la efectividad de las disposiciones citadas y aplicarlas de manera objetiva en la planificación, selección, adjudicación y perfeccionamiento del contrato.

Sobre la segunda inquietud de la consultante, tal como mencionamos inicialmente, reiteramos que este Despacho no tiene competencia para pronunciarse sobre situaciones particulares y concretas de los procedimientos de contratación pública culminados o en trámite.

Finalmente, en caso de requerir mayor información sobre el tema consultado, mediante el Decreto 4170 de noviembre 3 de 2011, se creó la Agencia Colombia Compra Eficiente, como entidad rectora en materia de compras públicas, la cual tiene entre sus funciones absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública.

La presente respuesta se otorga con el alcance del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Respuesta:

En atención a la observación remitida por el proponente y el documento a través de cual el jefe de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales de la Dirección de Relaciones Comerciales, GRUPO UNIÓN EUROPEA del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se hace una interpretación del contenido del acuerdo comercial suscrito entre Colombia, Perú y la Unión Europea, la entidad informa lo siguiente:

Es pertinente precisar que 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-ST-DA 001.

En desarrollo de lo anterior, LA CONTRATANTE bajo las normas que rigen sus procesos de contratación, en ejercicio de la facultad de dirección de los mismos, la autonomía de la voluntad y el bien o servicio que requiere contratar; fija para cada convocatoria las reglas y define los parámetros de selección. Así las cosas, se considera necesario mantener la Nota 2. del numeral 2.1.3.1. EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE, la cual establece *“Todos los contratos válidos para la acreditación de la experiencia deben haber sido ejecutados en el territorio nacional de Colombia.”*

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, razón por la cual no es de recibo la solicitud de aplicación del acuerdo comercial existente entre Colombia, Perú y la Unión Europea, tal como lo señala el **Anexo 4: Lista de excepciones a la aplicación de los Acuerdos Comerciales** del Manual para el manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación (Versión M-MACPC-12) expedido por Colombia Compra Eficiente, así:

- *Las contrataciones realizadas bajo un régimen de contratación privado.*
- *Las contrataciones realizadas bajo un régimen de contratación privado por Entidades Estatales distintas de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.*

En virtud de lo anterior, no es aplicable lo establecido en el acuerdo comercial en relación con la contratación ni la interpretación dada por la Oficina de Asuntos Legales Internacionales de la Dirección de Relaciones Comerciales - GRUPO UNIÓN EUROPEA del Ministerio, toda vez que dichas disposiciones son exigibles en los procesos de selección adelantados por las entidades sometidas al régimen de contratación pública.

Por ultimo, se aclara que los Términos de Referencia no restringen la participación de empresas extranjeras o de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia para participar, por cuanto, la regla en cuestión va única y exclusivamente dirigida para la acreditación de experiencia mínima exigida y experiencia adicional a la mínima habilitante del proponente en cuanto a que los contratos validos deben haber sido ejecutados en el

