



## INFORME DE RESPUESTA A OBSERVACIONES A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

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

#### PROGRAMA DE INFRAESTRUCTURA

#### CONVOCATORIA N° PAF-ATF-I-026-2016

**OBJETO: CONTRATAR “LA INTERVENTORIA A LA CONSULTORÍA ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL, JURÍDICA Y TÉCNICA) A LA EJECUCION DE ESTUDIOS Y DISEÑOS, NECESARIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CENTRO DE ATENCIÓN AL MENOR INFRACTOR EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA”.**

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 veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Durante este periodo los interesados en la Convocatoria, no presentaron observaciones.

De otro lado y teniendo en cuenta que se han presentado nuevas observaciones por fuera del plazo inicialmente concedido, la Entidad procederá a dar respuesta a las mismas a través del presente documento.

1. **INTERESADO:** Observaciones presentadas por **DONAL BOGOTÁ BAUTISTA**, mediante comunicación remitida en medio físico a Findeter, con radicado número 120163300008624, el día miércoles veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), a las 14:55 p.m.

## OBSERVACIÓN

Por medio del presente escrito, el suscrito representante de los Consorcios Choco ID, Internia y Desarrollo IDJ, Donal Bogotá Bautista, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de representante de los mencionados consorcios y como persona natural, atentamente me permito presentar las siguientes observaciones a los Términos de referencia de las convocatorias del asunto:

1) En las citadas convocatorias es común la cláusula denominada "CONFLICTO DE INTERÉS" que establece:

*"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:*

*(...) Haya suscrito contrato de ejecución condicional por fases con Findeter o con la Contratante, o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Cuando se trate de sociedades diferentes a las anónimas abiertas, esta causal será aplicable al representante legal, a los socios y a los miembros de la Junta Directiva u órganos que haga sus veces. En tratándose de sociedades anónimas abiertas, aplicará respecto de su representante legal y miembros de Junta Directiva. Este conflicto lo será también respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas (...)"*

Con respecto a esta cláusula, respetuosamente solicitamos que sea revisada y modificada, debido a que la misma hace excluyente de los procesos licitatorios de Findeter a todos aquellos proponentes que actualmente tienen contratos de

ejecución condicional por fases, como se presenta en mi caso, donde actualmente me encuentro como consorciado de los consorcios anteriormente enunciados, contratos que fueron suscritos en el año 2015 y que a la fecha no se han finalizado debido a acontecimientos de orden técnico atribuible a los contratistas de los mismos, sin que por tal motivo se haya dejado de cumplir con nuestras obligaciones como interventoría, las cuales han sido desarrolladas a cabalidad de forma continua y transparente.

Considerando las diferentes dificultades especialmente de orden técnico y aquellas atribuibles a diversos factores externos, especialmente climáticos y de desplazamiento y colocación de materiales en las zonas de obra, algunos de estos contratos están en proceso de prórroga y por ende no estimamos que los mismos lleguen a finalizar con antelación a la adjudicación de los procesos que se encuentran vigentes, motivo por el cual solicitamos la modificación de la cláusula a fin de que esto, no sea un impedimento para la presentación de las propuestas para los nuevos proyectos y su eventual adjudicación, más bien convirtiéndose en óbice que ya se cuenta con la experiencia en el manejo de este tipo de contratos lo cual *contrario sensu* de lo buscado en los términos de referencia, se consideraría como un factor a favor del proponente que ya cuenta con la capacidad técnica y financiera, así como con la experiencia en este tipo de proyectos.

2) Adicional a la cláusula anteriormente mencionada, en las convocatorias N° PAF-DPR-I-013-2016 y N° PAF-MME-I-027-2016, se establece la cláusula de no concentración de contratos así:



Convocatoria N° PAF-DPR-I-013-2016, establece:

**“NO CONCENTRACIÓN DE CONTRATOS**

*Para la adjudicación se considerará que un mismo beneficiario real de diferentes contratos, bien sea de manera individual o en consorcio o Unión Temporal, solo podrá ser seleccionado hasta en máximo tres (3) de las convocatorias de los programas de la Gerencia de Infraestructura de FINDETER, así: Jornada Única-Infraestructura Escolar, Equipamentos, y Más y mejores espacios –Megacolegios-, comenzando por la primera fecha y orden de la apertura del sobre N° 2 de la convocatoria así en orden ascendente. Al número máximo de la totalidad de convocatorias referidas, se descontarán aquellas en cuyos contratos se hayan suscrito las respectivas actas de terminación al momento de cierre de la convocatoria, para lo cual el proponente deberá adjuntar el Formato Beneficiario Real con la propuesta para certificar el cumplimiento de dicho requisito.*

*En este sentido el incumplimiento de la No concentración de contratos afectará solidariamente al proponente (Consorcio o Unión Temporal), La propuesta del proponente que incurra en la citada No concentración de contratos, incurrirá en causal de rechazo. En este evento, LA CONTRATANTE podrá seleccionar al proponente ubicado en segundo orden de elegibilidad, previa recomendación del Comité Fiduciario.*

*En consecuencia, se verificará que los proponentes presenten con la propuesta la declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar adjudicatarios del futuro contrato que se derive de la presente convocatoria.*

*Para los efectos de la presente disposición, se entiende que el beneficiario real de un contrato es la persona o grupo de personas con capacidad para tomar decisiones sobre la presentación de la propuesta, suscripción, ejecución, terminación y liquidación del contrato, así como sobre el manejo de los recursos económicos relacionados con el contrato y en especial sobre la distribución de los beneficios económicos derivados del mismo. Igualmente, constituyen un mismo beneficiario real las sociedades matrices y sus subordinadas constituyan o no grupo empresarial”.*

CONVOCATORIA N° PAF-MME-I-027-2016

**“NO CONCENTRACIÓN DE CONTRATOS**

*Para la adjudicación se considerará que un mismo beneficiario real de diferentes contratos, bien sea de manera individual o en consorcio o Unión Temporal, solo podrá ser seleccionado hasta en máximo seis (6) de la totalidad de convocatorias del programa de Agua y Saneamiento Básico de las que viene adelantando el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA- FINDETER (FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A.). Comenzando por la primera fecha de adjudicación de la convocatoria así en orden ascendente. Al número máximo de la totalidad de convocatorias referidas, se descontarán aquellas en cuyos contratos se hayan suscrito las respectivas actas de terminación al momento de cierre de la convocatoria, para lo cual el proponente deberá adjuntar estos documentos con la propuesta para certificar el cumplimiento de dicho requisito. El incumplimiento de la No concentración de contratos por parte del proponente seleccionado afectará solidariamente al proponente (Consorcio o Unión Temporal), será causal de rechazo de la propuesta y en consecuencia, afectará el orden de elegibilidad. En consecuencia, se verificará que los proponentes presenten con la propuesta la declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar adjudicatarios del futuro contrato que se derive de la presente convocatoria”*



Con relación a las cláusulas citadas, se observa que en los dos procesos se hace referencia a que se podrá realizar la adjudicación de varios contratos, tres (3) en el caso de la Convocatoria N° PAF-DPR-I-013-2016 para los programas de la Gerencia de Infraestructura de FINDETER, así: Jornada Única- Infraestructura Escolar, Equipamentos, y Más y mejores espacios –Megacolegios- y seis (6) para la convocatoria PAF-ATF-I-027-2016 para el programa de Agua y Saneamiento Básico de las que viene adelantando el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA- FINDETER (FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A.).

Lo anterior evidencia que no es obstáculo que un contratista ejecute más de un contrato, siendo así afirmada la posición presentada para la observación anterior, motivo por el cual respetuosamente solicitamos que se elimine la restricción o se amplíe la cláusula de no concentración de contratos a seis (6) como en el caso de la convocatoria PAF-ATF-I-027-2016, puesto que no entendemos porque para los procesos que hacen parte de Agua y saneamiento Básico se permite la

adjudicación para un mismo proponente o integrante de un consorcio de hasta seis (6) contratos y por el contrario para los programas de infraestructura (edificaciones) la restricción se limita a 3 contratos y cada vez menos, ya que en estos nuevos términos de referencia, vemos que solamente con tener un (1) contrato en ejecución ya se incurre en CONFLICTO DE INTERES, restringiendo aún más la participación de los proponentes que tenemos contratos en ejecución con esta entidad, considerando que lo primordial para este tipo de procesos es que los proponentes cumplan a cabalidad con los requisitos exigidos en los términos de referencia independientemente de los contratos vigentes suscritos.

En conclusión, solicitamos que para las convocatorias actuales y futuras publicadas por FINDETER, se eliminen las cláusulas restrictivas para los proponentes que tienen contratos vigentes con la Entidad, ya sean estas por la vía de CONFLICTO DE INTERES o NO CONCENTRACIÓN DE CONTRATOS, o por lo menos se amplíe la restricción a tener seis (6) contratos en ejecución (tanto para los programas de infraestructura como contratos de ejecución condicional por fases).

#### RESPUESTA No. 1

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”.

En ese orden de ideas, 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.

Lo anterior, por cuanto se considera pertinente regular los posibles conflictos de interés en los procesos de contratación para salvaguardar los principios de la función administrativa de transparencia, igualdad y moralidad administrativas.

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

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

En consecuencia, en las convocatorias de interventoría que adelanta la entidad, se estimó que un proponente, bien sea de manera individual o como integrante de un consorcio o unión temporal, no podrá presentar propuesta ni suscribir contrato, por encontrarse incurso en conflicto de interés, cuando, entre otros, haya suscrito contrato de obra o de ejecución condicional por fases con Findeter o con la Contratante durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo

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 por parte de una misma persona 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, 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.

En ese orden de ideas, 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 modificar o eliminar los conflictos de interés establecidos en la convocatoria de interventoría que refiere su escrito.

De otro lado con la solicitud que hace sobre la eliminación de la no concentración no nos pronunciaremos en este escrito de respuestas dado que las convocatorias del Programa Construcción Infraestructura ICBF no contemplan en los términos de referencia estipulaciones de No concentración.

2. **INTERESADO:** Observaciones presentadas por **FABIÁN CASTRILLÓN**, IA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA DE COLOMBIA S.A.S., mediante comunicación remitida al correo electrónico [convocatorias\\_infraestructura\\_icbf@findeter.gov.co](mailto:convocatorias_infraestructura_icbf@findeter.gov.co), el día miércoles veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), a las 04:56 p.m. y a las 05:04 p.m.

#### OBSERVACIÓN

*"De manera cordial solicito a ustedes modificar lo siguiente dentro de los términos de referencia del asunto:*

*"Numeral 2.1.15. CARTA DE CUPO DE CRÉDITO PRE-APROBADO*

*El proponente nacional o extranjero con o sin sucursal en Colombia, deberá presentar con la propuesta una carta de cupo de crédito pre-aprobado, que cumpla con lo establecido en los requisitos habilitantes de orden financiero de que tratan los presentes términos de referencia."*

*Amablemente solicito a FINDETER eliminar este requisito, teniendo en cuenta que dentro de la propuesta se debe aportar la Póliza Garantía de seriedad de oferta, la cual garantiza el cumplimiento del oferente dentro del proceso de contratación, consideramos que el requisito de presentar Carta de crédito pre-aprobado se debe exigir al proponente seleccionado ó contratado y no que deba hacer parte de la propuesta de los posibles oferentes".*

### RESPUESTA No. 1

Sea lo primero señalar que los términos de referencia establecen requisitos de carácter jurídico, financiero y técnico que deben cumplir las propuestas para que sean habilitadas.

Ahora bien, con relación a los requisitos financieros para que la propuesta sea considerada hábil financieramente, se realizará la verificación de los factores de orden financiero establecidos en presentes términos de referencia que al respecto contemplan que el proponente con la propuesta inicial deberá presentar una carta de cupo de crédito pre aprobado, que cumpla con los requisitos establecidos en los referidos términos de referencia.

Requisito este a través del cual la entidad busca que el proponente tenga capacidad financiera para cumplir con la ejecución, de modo que este requisitos financiero corresponde al riesgo y las exigencias de capital de trabajo para el desarrollo del proyecto requeridos.

Sobre el particular es preciso señalarle al interesado que los proponentes con la propuesta deben presentar la carta cupo de crédito pre aprobada para efectos de habilitación de la oferta y el proponente favorecido con la selección o adjudicación deberá presentar la carta cupo de crédito aprobada, en firme, libre y/o disponible que indique expresamente que el cupo de crédito se direcciona a la convocatoria que se le adjudicó y que el monto comprometido no podrá ser utilizado en otros procesos contractuales

De otro lado, con relación a la garantía de seriedad, la misma es un requisito de carácter jurídico que se verificará entre otros para determinar si la propuesta es hábil jurídicamente, para estos efectos el proponente deberá constituir a su costa y presentar con su oferta una garantía de seriedad de la propuesta expedida por una Compañía de Seguros legalmente establecida y autorizada para funcionar en Colombia que ampare a la entidad frente a los posibles perjuicios que se le llegaren a ocasionar por parte de los oferentes en la etapa precontractual relacionado entre otros con los riesgos de incumplimiento de las ofertas presentadas o la no suscripción o legalización del contrato.

Por lo expuesto, conforme la naturaleza de estos dos requisitos financiero y jurídico y lo que se persigue amarrar con cada uno de estos, no es dable prescindir o reemplazar la carta de cupo de crédito pre aprobado, por lo que, no se acepta la solicitud y se mantienen las condiciones establecidas en los Términos de referencia.

El presente Informe se expide a los veinticuatro (24) días del mes de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

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