

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

PROGRAMA: AGUA PARA LA PROSPERIDAD

CONVOCATORIA: PAF-ATF-I-063-2021

OBJETO: CONTRATAR “LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO DENOMINADO “CONSTRUCCIÓN DEL INTERCEPTOR DEL ALCANTARILLADO SANITARIO DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE ANAPOIMA - CUNDINAMARCA FASE 1”.

INFORME DE RESPUESTA A OBSERVACIONES A LOS TERMINOS DE REFERENCIA

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Numeral 1.10. y en el cronograma de la convocatoria, los interesados contaban con oportunidad para 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 23 hasta el 25 de agosto, a las 5:00 p.m.

En el término establecido se presentaron 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: Luis Alfonso Casas Barragan <lucasasbarragan@gmail.com>
Enviado: lunes, 23 de agosto de 2021 8:53 a. m.
Para: GRUPO DE INFRAESTRUCTURA PARA LA CONTRATACION DE ASISTENCIA TECNICA <GRUPO-ICAT@findeter.gov.co>
Asunto: Observación proceso CONVOCATORIA No. PAF-ATF-I-063-2021

Observación 1

ref. TÉRMINOS DE REFERENCIA PARA CONTRATAR “LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO DENOMINADO “CONSTRUCCIÓN DEL INTERCEPTOR DEL ALCANTARILLADO SANITARIO DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE ANAPOIMA - CUNDINAMARCA FASE 1”.

Como posible oferente al proceso de selección muy respetuosamente me permito realizar la siguiente observación.

1. para acreditar la experiencia del proponente, aclarar si la experiencia en "Redes intradomiciliarias de acueducto" y cuyas longitudes sobrepasen los 2750 ml, son suficientes para acreditar la experiencia específica del proponente. (...)"

Respuesta:

Se informa al interesado que en esta etapa de la convocatoria no es posible realizar apreciaciones o preevaluar documentos que pueden ser aportados para acreditar la experiencia por no ser la etapa del proceso prevista para tal fin, sin perjuicio de lo anterior el proponente deberá verificar que la experiencia que aporte con su propuesta cumpla de manera integral con todas las condiciones establecidas en los documentos de la convocatoria y para la acreditación de la experiencia específica debe considerar lo establecido en el numeral “2.1.3.1. EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE” de los términos de referencia en donde se indica:

“Para la presente convocatoria los proponentes deberán aportar MÁXIMO TRES (3) CONTRATOS terminados y recibidos a satisfacción antes de la fecha de cierre del proceso, cuya experiencia corresponda a:

INTERVENTORÍA A LA: CONSTRUCCIÓN O AMPLIACIÓN U OPTIMIZACIÓN O REHABILITACIÓN O RENOVACIÓN O MEJORAMIENTO O INTERVENCIÓN DE: ACUEDUCTOS O ALCANTARILLADOS, QUE HAYAN INCLUIDO LA INTERVENTORÍA A LA INSTALACIÓN DE REDES DE ACUEDUCTO O ALCANTARILLADO.

Los contratos con los que se pretenda acreditar la experiencia deberán estar recibidos a satisfacción (a manera de ejemplo: cumplido al 100% el objeto del contrato o ejecutado en su totalidad o sin pendientes de ejecución) previamente a la fecha de cierre del proceso, que cumplan las siguientes condiciones:

a. Los contratos aportados deberán sumar, en su conjunto, un valor IGUAL O MAYOR A 1.5 VECES el valor total del PRESUPUESTO ESTIMADO – PE de la convocatoria, expresado en SMMLV.

b. El valor de UNO (1) de los contratos aportados deberá ser IGUAL O MAYOR A 0.7 VECES el valor total del PRESUPUESTO ESTIMADO – PE de la convocatoria, expresado en SMMLV.”

En caso que la experiencia aportada en su oferta contemple objetos, alcances o actividades diferentes a las requeridas a la experiencia específica anteriormente indicada, se dará aplicación a la Nota 1 del precitado numeral que establece.

“NOTA 1: En los casos en que el contrato aportado contemple objetos, alcances o actividades diferentes a lo requerido como experiencia específica, sólo se tendrá en cuenta para la acreditación de la condición de valor, los montos asociados a las actividades o alcances relacionadas con la experiencia específica, excepto en el evento en que la documentación aportada acredite la ejecución de actividades de INTERVENTORÍA A: LA INSTALACIÓN DE REDES DE ACUEDUCTOS O ALCANTARILLADOS, COMO MÍNIMOS EN UNA LONGITUD DE DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA (2.750) METROS, caso en el cual la entidad tendrá en cuenta el valor total del contrato aportado.”

2. De: Alejandro Murcia Sandoval <amurciasandoval@gmail.com>

Enviado: martes, 24 de agosto de 2021 8:45 a. m.

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

Asunto: Re: Solicitud de aclaraciones proceso No.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 1

1. ¿Cuál es el Factor multiplicador definido por la entidad y en qué documento del proceso y numeral se define esta información por la entidad?

RESPUESTA:

Se aclara al interesado que el factor multiplicador establecido por la Entidad corresponde al 210%. Sin perjuicio de lo anterior, es responsabilidad de cada proponente estructurar su propuesta económica y calcular su factor multiplicador atendiendo su estructura de costos, habida cuenta de su experiencia en la ejecución de este tipo de proyectos y atendiendo las exigencias solicitadas en los términos de referencia.

Por otro lado, en el numeral “1.3.1 METODOLOGÍA DE CÁLCULO – PRESUPUESTO ESTIMADO (PE)” y en el “FORMATO No. 5 ESTIMACIÓN PROPUESTA ECONÓMICA DETALLADA Y FACTOR MULTIPLICADOR” (el cual deberá ser diligenciado por el contratista seleccionado) de los términos de referencia, se establecen algunas consideraciones generales asociadas a aspectos que debe tener en cuenta el proponente en el cálculo del factor multiplicador.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 2

2. ¿El factor multiplicador ofertado en la oferta económica, puede superar el factor multiplicador definido por la entidad sin entrar en causal de rechazo de la oferta?

RESPUESTA:

Se informa al interesado que en los términos de referencia no se contempla el factor multiplicador dentro de un rango mínimo o un máximo.

No obstante, en el numeral 1.3.2 VALOR DE PRESUPUESTO)-RESUMEN COSTOS DEL PROYECTO de los términos de referencia, se establecen los valores mínimos y máximos para el presupuesto estimado el cual deberá ser tenido en cuenta por los oferentes para la elaboración de su propuesta económica so pena de rechazo de la misma.

Finalmente se aclara que la estimación de la propuesta económica detallada y factor multiplicador (Formato 5) no es objeto de verificación ni evaluación en esta etapa del proceso, por lo tanto su estimación no se constituye como causal de rechazo.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 3

3. Respecto a los valores unitarios de personal y otros costos del presupuesto oficial, ¿cuál es porcentaje **mínimo y máximo** de los valores unitarios que pueden ser ofertados en el formulario de oferta económica, sin caer en rechazo de su oferta económica? Es decir, por ejemplo, los valores unitarios podrán variarse entre el 90% y el 110% del valor unitario del presupuesto oficial. (Teniendo en cuenta que el valor total de la oferta no superará el valor máximo del presupuesto oficial).

RESPUESTA:

Se aclara al interesado que esta convocatoria tiene por objeto actividades de interventoría, por lo tanto la metodología del cálculo del presupuesto estimado es por precio global fijo y no por precios unitarios.

Los proponentes para la elaboración de su oferta económica deberán tener en cuenta lo indicado en el numeral 1.3.2 VALOR DE PRESUPUESTO, RESUMEN DEL PRESUPUESTO DEL PROYECTO en donde se encuentran establecidos los valores máximos y mínimos en los que puede ser presentada la oferta del proponente para la ejecución del contrato de interventoría los cuales se deben tener en cuenta para la elaboración de la propuesta económica so pena de rechazo de la misma.

Respecto a los valores unitarios de personal y otros costos del presupuesto oficial, los mismos deberán ser diligenciados por el contratista seleccionado en el formato 5.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 4

4. ¿Cuáles son los impuestos que deben ser asumidos por el contratista de interventoría y sus respectivos porcentajes? (impuestos, retenciones, estampillas, entre otros que apliquen) y ¿Cuál es la ubicación de esta información dentro de los documentos del proceso?

RESPUESTA:

El numeral 1.4 IMPUESTOS de los términos de referencia, define lo siguiente:

“El proponente deberá considerar en su oferta todos los costos correspondientes al IVA, impuestos nacionales, departamentales y municipales que apliquen, tributos, tasas, contribuciones o gravámenes, entre otros que se causen con ocasión de la suscripción, ejecución y liquidación del contrato, y demás a que haya lugar.

Adicionalmente deberá tener en cuenta, los costos de las pólizas incluidas en el numeral GARANTÍAS del presente documento y todos los demás impuestos que se generen por la celebración del contrato.

Es responsabilidad exclusiva del PROPONENTE realizar las averiguaciones, los cálculos y estimaciones que considere necesarios para elaborar su propuesta económica y por ende, le asiste la obligación de consultar ante las diferentes entidades recaudadoras qué impuesto le es aplicable en caso de ser adjudicatario, todo esto enmarcado en el hecho de que el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO-ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER es EL CONTRATANTE y realiza la contratación bajo el Régimen Jurídico del derecho privado”

De acuerdo con lo anterior es responsabilidad del contratista contemplar todos los costos que se requieran para la ejecución del contrato, haciendo las consultas ante las entidades recaudadoras que considere pertinentes verificando qué impuesto le es aplicable en caso de ser adjudicatario.

En todo caso, se aclara que con la presentación de la propuesta el proponente declara que conoce todas las condiciones tributarias que podrían llegar a afectar al proyecto.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 5

5. ¿Cuál es la forma de pago de los impuestos y tasas por parte del contratista? Es decir, una vez firmado el contrato, el pago de las estampillas se realiza al inicio del contrato, durante el contrato (descuentos parciales de cada factura), como descuento de la primera factura o al final del contrato en el último pago por liquidación.

RESPUESTA:

Los pagos de los impuestos y tasas están asociados a la naturaleza particular de cada impuesto o tributo, el contratista deberá realizar los pagos de los mismos según la normatividad y los estatutos locales regionales o nacionales que establecen como deberá ser realizado el pago por el contratista de cada uno de los rubros, esta información debe ser verificada por el contratista con las entidades recaudadoras y las entidades que establecen la normatividad con el fin de poder programar el flujo de recursos que requiere para el desarrollo del contrato.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 6

6. Se solicita a la entidad amablemente, cargar el desglose del factor multiplicador y presupuesto oficial en formato Pdf y Excel. Mostrando el factor multiplicador con todos los decimales según su desglose y en el presupuesto oficial redondeando valores unitarios, dedicaciones y totales, basados en las reglas de redondeo establecidas en el pliego de condiciones.

RESPUESTA:

Se informa al interesado que el cálculo discriminado del factor multiplicador y del presupuesto no son documentos que hagan parte de los anexos que se publican como parte de la convocatoria ni requisito para la verificación de los requisitos habilitantes y/o evaluación económica.

Es responsabilidad de cada proponente realizar el cálculo del valor de su propuesta atendiendo la experiencia en la ejecución de este tipo de proyectos, considerando su estructura de costos, el personal requerido, el plazo de ejecución, el alcance, las obligaciones y todos los costos en los que pueda incurrir en la ejecución del mismo.

Por ello, para la estructuración de la oferta económica deberá considerar todas las condiciones establecidas en los términos de referencia y demás documentos anexos.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 7

7. Se solicita a la entidad el cargue del formulario para la oferta económica en formato Excel pre-diligenciado por la entidad de tal forma que el oferente solo registre los espacios de valores unitarios y no incurra en errores de transcripción de descripciones, cantidades, dedicaciones, unidades, entre otros, y evitando que la entidad induzca al error al oferente y por consiguiente el rechazo de la oferta económica.

RESPUESTA:

Se informa al interesado que dentro de los documentos de la convocatoria se encuentra publicado el formato 4 "formato_4_oferta_economica.xlsx" en el cual se relaciona la información que deberá ser diligenciada por los oferentes y permite la verificación del valor total de la oferta. Dicho formato deberá presentarse como Sobre N° 2 de la propuesta económica para efectos de evaluación y calificación, de conformidad con lo previsto en los numerales 1.12. y siguientes de los términos de referencia.

Por lo anterior, es responsabilidad exclusiva del proponente la elaboración de la propuesta económica acatando todas las consideraciones establecidas en los documentos de la convocatoria siendo responsable de cualquier error en el que incurra en la estructuración de la propuesta.

Finalmente los documentos publicados como parte de la convocatoria deben ser verificados por los interesados y advertir en las observaciones al proceso cualquier situación que deba ser aclarada con el fin de evitar errores o imprecisiones que sean identificados por los interesados y que pueda inducir a error a los proponentes, lo anterior con el fin que la entidad pueda analizar y en caso de ser necesario realizar las modificaciones mediante adenda.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 8

8. Se solicita a la entidad amablemente, cargar el desglose de ensayos de laboratorio con descripción, unidad, cantidad, valor unitario estimado por la entidad (especificar si incluye IVA).

RESPUESTA:

Se informa al interesado que en los documentos del proyecto se establece el alcance del mismo y las actividades a las cuales se les realizará interventoría, por lo anterior los oferentes deberán considerar en su estructura de costos la cantidad y tipologías de ensayos que considere sean requeridas para el cumplimiento de las condiciones contractuales incluyendo sus obligaciones, por lo anterior, cada proponente debe realizar el cálculo del valor de su propuesta atendiendo la experiencia en la ejecución de este tipo de proyectos.

Adicionalmente, sin perjuicio de la cantidad y tipologías de ensayos que se contemple en la oferta económica y considerando que el valor de la interventoría es por precio global fijo, éste deberá realizar la totalidad de pruebas y ensayos que se requieran para garantizar el correcto seguimiento y control de las obras objeto de interventoría.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 9

9. Respecto a la forma de pago, una vez cumplidos y aprobados los requisitos, se radica la factura ante la entidad, ¿Cuánto tiempo en días hábiles o calendario la entidad paga al interventor el valor de la factura? (Teniendo en cuenta que la entidad conoce los tiempos de gestión de su propia entidad)

RESPUESTA:

Respecto al término para el pago de la factura se informa que la Nota 7 del numeral 1.5. FORMA DE PAGO de los términos de referencia los establecen así: "NOTA 7: Para los pagos, se debe contar con el visto bueno del Supervisor al informe de interventoría y se efectuarán dentro de los TREINTA (30) DÍAS CALENDARIO siguientes a la radicación en debida forma de la respectiva factura en FINDETER con el cumplimiento de los requisitos indicados."

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 10

10. Se solicita amablemente a la entidad verificar la cantidad de perfiles y dedicación en la oferta económica, para garantizar que el personal idóneo y completo; Lo anterior es porque en algunos casos se considera camioneta y en el personal no considerar conductor, se solicita Topógrafo y no se contempla cadenero.

RESPUESTA:

El personal establecido en los términos de referencia es el mínimo requerido para la ejecución del contrato el cual debe ser tenido en cuenta con los requisitos mínimos establecidos para la elaboración de su oferta. Por otro lado, se aclara que si el contratista contempla un vehículo dentro de la elaboración de su oferta, debe incluirlo con todos los costos incluidos el del conductor, adicionalmente se aclara que dentro del personal mínimo se contempla el cadenero.

Sin perjuicio de lo anterior, si el proponente requiere personal adicional al mínimo establecido en los términos de referencia deberá garantizarlo de conformidad con lo indicado en el anexo 1 personal de los términos de referencia el cual establece que: *“No obstante, la dedicación de tiempo estimada, de ser necesario una mayor dedicación, el CONTRATISTA DE INTERVENTORÍA deberá garantizar su permanencia, sin que se genere costo adicional para el CONTRATANTE, así mismo, de requerirse un mayor número de perfiles.”*

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 11

11. Se solicita amablemente a la entidad aclarar si existe una doble tributación dado que dentro del FM está contemplando impuestos, tasas y contribuciones, que al llegar al subtotal del presupuesto se calcula el IVA, es decir se calcula IVA sobre impuestos, tasas y contribuciones, es decir una doble tributación.

Ejemplo, si el valor del personal es de 500.000.000 (quinientos millones de pesos) y los impuestos, tasas y contribuciones son el 10.0%, al calcular el IVA del 19.0%, resulta un IVA sobre los impuestos, tasas y contribuciones de 9.500.000 (nueve millones quinientos mil pesos).

RESPUESTA:

Se aclara al interesado que el contrato de interventoría está grabado con IVA de conformidad con lo dispuesto en el estatuto tributario vigente, por lo anterior el proponente deberá considerar la aplicación del IVA sobre el valor total de su oferta, situación que se indica en el formato de oferta económica publicado dentro de los documentos de la convocatoria el cual deberá ser tenido en cuenta por los oferentes para la elaboración de su oferta.

Ahora bien, es importante indicar que el responsable del pago de los impuestos es el contratista, por ello es quien deberá validar ante las entidades recaudadoras si hay lugar a alguna deducción asociada a la ejecución del contrato.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 12

12. Se solicita amablemente a la entidad aclarar frente a los costos directos del personal que están afectados por el factor multiplicador, dado que dicho ponderado comprende todas las acreencias laborales de un contrato de trabajo, así como las vacaciones y demás costos inmersos legalmente. Conforme a lo anterior No debería ser afectado por el IVA del 19%, toda vez que, la relación laboral, entendida como aquella que se desarrolla bajo un contrato de trabajo, no genera ninguna responsabilidad frente al impuesto a las ventas, en razón a que los ingresos derivados de ella no están sometidos a este impuesto. Así lo señala taxativamente el Artículo 1.3.1.13.4 del decreto 1625 de 2016.

RESPUESTA:

Se aclara al interesado que el contrato de interventoría está grabado con IVA de conformidad con lo dispuesto en el estatuto tributario vigente, por lo anterior el proponente deberá considerar la aplicación del IVA sobre el valor total de su oferta, situación que se indica en el formato de oferta económica publicado dentro de los documentos de la convocatoria el cual deberá ser tenido en cuenta por los oferentes para la elaboración de su oferta.

Ahora bien, es importante indicar que el responsable del pago de los impuestos es el contratista, por lo tanto es quien deberá validar ante las entidades recaudadoras si hay lugar a alguna deducción asociada a la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que la relación laboral que surge entre el contratista con el personal requerido se rige por las normas laborales aplicables.

Lo anterior en concordancia con lo establecido en el numeral 1.7.5. OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL PERSONAL REQUERIDO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO inciso "i" así:

“Asumir el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal que contrate para la ejecución del contrato, lo mismo que el pago de honorarios, los impuestos, gravámenes, aportes y servicios de cualquier género que establezcan las leyes colombianas y demás erogaciones necesarias para la ejecución del contrato. Es entendido que todos estos gastos han sido estimados por el contratista al momento de la presentación de la carta de presentación de la propuesta, quedando claro que no existe ningún tipo de vínculo laboral del personal del CONTRATISTA DE INTERVENTORÍA con LA CONTRATANTE”.

OBSERVACIÓN TÉCNICA No. 13

Respecto a protocolo de bioseguridad por COVID 19, se realizan las siguientes observaciones:

Que en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia, ordena: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares”. Que en el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote del Coronavirus (COVID-19) como una pandemia. Que corresponde a las instituciones públicas y privadas, la sociedad civil y la ciudadanía en general coadyuvar en la implementación de las medidas necesarias que permitan la adopción de una cultura de prevención y la minimización del riesgo. Que de conformidad con el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia y con lo dispuesto por el Ministerio de Trabajo en la Circular 021 del 17 de marzo de 2020 “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”, razón por la cual dicho Ministerio previó una serie de mecanismos con el fin de protegerlo y garantizar la actividad productiva y para dar cumplimiento a la Resolución 777 de 2021 Ministerio de Salud y Protección Social.

1. Se solicita a la entidad el reconocimiento de los costos que se deriven de la implementación de los protocolos de Bioseguridad por COVID 19 en los contratos de interventoría, consultoría y obra durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, aclarando que este reconocimiento no puede estar cobijado por el rubro de Administración o Imprevistos en AIU en el caso de las obras, o en el Factor Multiplicador en caso de las interventorías, esto pues corresponde a un hecho extraordinario y anormal. Es importante el reconocimiento de los costos generados para el cumplimiento de la implementación, funcionamiento y seguimiento de los protocolos de bioseguridad por parte de la entidad y el contratista como un ítem dentro de los costos de las obras y como ítem dentro de otros costos directos en el caso de las interventorías y no como una parte del AIU o FM en donde las entidades han mantenido el mismo porcentaje de AIU y Factor Multiplicador de cuando no había emergencia sanitaria y hoy expresan la mayoría de estas entidades que este valor de Protocolos de bioseguridad se encuentra dentro de los mismos AIU y FM haciendo que el contratista asuma el 100% del protocolos de Bioseguridad.
2. Se solicita a la entidad la publicación del desglose del rubro para el Protocolo de Bioseguridad el cual debe estar como se explicó anteriormente no debe estar contemplado dentro del AIU o FM sino como un ítem del presupuesto.
3. Se solicita amablemente a la entidad que la partida presupuestal por Protocolos de Bioseguridad en el momento que el Gobierno Nacional o Distrital retire la medida de la implementación de los protocolos de bioseguridad, el valor presupuestal asignado para esta implementación se mantenga, se siga ejecutando y se siga pagando en virtud de la proyección todos los habitantes del territorio nacional, a todos los sectores económicos y sociales del país y a las entidades públicas y privadas nacionales y territoriales que integran el Estado Colombiano.

RESPUESTA:

1. Respecto al reconocimiento de los costos derivados de la implementación de los protocolos de Bioseguridad, los mismos están establecido en los términos de referencia en el numeral 1.3.1. “METODOLOGÍA DE CÁLCULO –

PRESUPUESTO ESTIMADO (PE)” las previsiones que debe tener el contratista para la estructuración de su oferta donde se indica:

“Por tanto, en el valor pactado se entienden incluidos, entre otros, los gastos de administración, salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal, incrementos salariales y prestacionales; desplazamientos, transporte, alojamiento y alimentación del equipo de trabajo mínimo del INTERVENTOR; desplazamiento, transporte y toda clase de equipos necesarios; honorarios y asesorías en actividades relacionadas con la ejecución del Contrato de Interventoría, la implementación de protocolos y elementos de bioseguridad; (...)” negrilla y subrayado fuera de texto

En este orden de ideas la entidad ha considerado la remuneración por concepto de protocolos y elementos de bioseguridad dentro del presupuesto estimado, así mismo y en atención a lo anterior es importante indicar que los factores multiplicadores estimados contrario a lo manifestado en la observación si contempla los rubros y reconocimientos asociados a la implementación de los protocolos y elementos de bioseguridad, lo anterior considerando que la estructuración de la interventoría se desarrolló de las exigencias relacionadas con la emergencia sanitaria como la Resolución 738 del 26 de mayo de 2021 o las normas que los modifiquen, adicione y/o sustituyan, en relación con los protocolos y elementos de bioseguridad establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social lo anterior se encuentra contemplado dentro de las obligaciones del contratista, razón por la cual de ser considerado dentro del valor de la interventoría y atendiendo la estructura de oferta económica solicitada por la entidad.

2. Se informa al interesado que el desglose del rubro de los protocolos de bioseguridad no hace parte de los documentos que se publican como parte de la convocatoria, adicionalmente en los documentos de la convocatoria se encuentra establecido el alcance y las actividades que serán ejecutadas en el contrato objeto de la interventoría. Con base en esta información y en las condiciones establecidas en los documentos de la convocatoria, el contratista deberá estimar los costos en los que incurrirá para la implementación de protocolos y elementos de bioseguridad en el contrato de interventoría, ajustado a los requerimientos de presentación de oferta establecidos en los términos de referencia teniendo en cuenta además lo indicado en la respuesta de la anterior observación.
3. Se informa que exigible el cumplimiento a lo establecido en la Resolución 738 del 26 de mayo de 2021 o las normas que los modifiquen, adicione y/o sustituyan, en relación con los protocolos y elementos de bioseguridad establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, adicionalmente que el contratista deberá garantizar los protocolos y los elementos de bioseguridad hasta tanto se establezcan condiciones diferentes por parte del gobierno nacional.

OBSERVACIÓN JURIDICA No. 14

Respecto a la forma de pago en específico, las siguientes consideraciones y solicitud:

Se solicita a la entidad modificar la forma de pago expuesta en sus documentos del proceso, lo cual se sustenta en las razones de hecho y de derecho que a continuación y en apretada síntesis me permito exponer:

En la CLÁUSULA OCTAVA. FORMA DE PAGO del documento tipo MINUTA DEL CONTRATO, “La entidad podrá escoger alguna de las siguientes formas de pago o configurar la que considere conveniente para cancelar el valor del contrato al interventor. Incluir la descripción de forma de pago, teniendo en cuenta todos los documentos y plazos para el mismo, incluyendo el pago anticipado del contrato, en caso de que se haya pactado” de lo anterior puede la entidad escoger entre las 3 opciones definidas por el documento, donde la entidad cancelara al interventor el valor del contrato por medio de pagos parciales mensuales de acuerdo con la ejecución del contrato de interventoría.

Por lo anterior se solicita a la entidad que el 100% del valor del contrato sea cancelado por la entidad al interventor de acuerdo con las etapas, valor total y el plazo del contrato. Y no condicionar el pago que realiza la entidad a la interventoría con el avance de obra por las siguientes razones:

El contrato de interventoría es independiente del contrato de obra, tienen sus propios ítems, valores unitarios, consideraciones tipo de costos fijos y costos variables.

Como bien se sabe, los costos representativos que ocasiona la ejecución del contrato de interventoría son FIJOS, lo que implica que su causación ocurre en función del plazo y no de la obra ejecutada. De esa manera así no se ejecute obra, la interventoría causa y paga sus costos fijos oportunamente para el cumplimiento de las obligaciones de ley y no generar incumplimientos con terceros y la entidad contratante.

Conforme a lo anterior, la forma de facturación que propone la entidad no abre la posibilidad de amortizar los costos, cuestión que implica una grave lesión patrimonial, que a pesar de ejecutar las prestaciones a cargo de la interventoría y en favor de la entidad estatal, no se pueda recibir el pago del justo precio por el trabajo de interventoría ejecutada, no obstante ser éste un negocio jurídico conmutativo, como todos los que suscribe el estado al amparo de la Ley 80 de 1993.

Artículo 872 del Código de Comercio, aplicable por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Quiere ello decir que de tales actos bilaterales se predica la equivalencia prestacional, lo que implica que cada parte recibe de la otra una contraprestación que la hace equitativa y equivalente.

Desde luego que, si esta afectación sobre la interventoría se diera, esto implica la violación al principio de la conmutatividad y del equilibrio económico y financiero del contrato, base sobre la cual se estructura el instituto del contrato estatal.

Artículos 27, 28, según los cuales: **“DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.”**

Artículo 28. DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. **“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”** (Se destaca)

Así, su forma de pago, en sí misma considerada, no puede comportar desconocimiento a la razón medular que es propia y caracteriza a los contratos estatales, la cual impide condicionar la causación del pago a típicas condiciones potestativas, ineficaces de pleno derecho, como la que refiere a “amarrar” el pago del valor pactado para el interventor, a la suerte del contratista ejecutor de la obra.

En efecto, en los términos en que así lo prescribe el literal e) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993: **“En los pliegos de condiciones o términos de referencia (...) e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad (...) Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.”** (Se destaca)

Peró si aún se llegara a pensar que el pacto de la forma de pago es legal —a pesar de haberla condicionado al albur de la conducta de un tercero o que se llegara a “fantasear” que ello sí compensa los costos del interventor— irrefutable será el axioma, según el cual, las previsiones contractuales no se verán cumplidas, comoquiera que la obra a ser intervenida —la misma que causa el pago de la contraprestación del interventor.

Esta situación impone la obligación a la entidad contratante de entrar a revisar el contrato para efectos de adecuarlo a las reales condiciones de ejecución, impidiendo la lesión del contratista, según así lo manda el numeral 8º y 9º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.

Artículo 4o. "DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales (...) 8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (...) 9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse."

en concordancia con el inciso 2º del numeral 1º del artículo 5º, en armonía con el inciso 2º del artículo 27 de la misma Ley.

En virtud del cual: "(...) Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate."

RESPUESTA:

Como primera medida es necesario aclarar que en la minuta tipo del contrato publicada con la convocatoria no se establece una cláusula de forma de pago como la señalada en su observación ni se señalan tres opciones dentro de las cuales la entidad pueda escoger.

Por ello se aclara que la forma de pago establecida para el presente proceso de selección es la siguiente:

"1.5. FORMA DE PAGO

LA CONTRATANTE pagará al interventor el valor por el cual le fue adjudicado el contrato, de INTERVENTORÍA de acuerdo con la siguiente forma de pago:

- a. *Se pagará hasta el noventa por ciento (90%) del valor del contrato de interventoría, mediante actas parciales mensuales, de acuerdo con el porcentaje de avance físico de la obra. Para este pago, se verificará el porcentaje de avance en la ejecución de obra física y presentación de actas parciales, la aprobación para el pago se encuentra sujeta al visto bueno del supervisor del contrato y LA CONTRATANTE.*
- b. *El diez por ciento (10%) restante del contrato de interventoría, se pagará contra el acta de entrega y recibo a satisfacción final de interventoría, previa demostración del cumplimiento de los requisitos y obligaciones del contrato. Cada solicitud de pago deberá ir acompañada con la cuenta de cobro, y el concepto de aprobación del entregable por la supervisión del contrato (...)"*

Lo anterior de conformidad con la naturaleza del contrato a ejecutar y las necesidades evidenciadas por la Entidad para el correcto desarrollo del mismo.

Ahora bien, de acuerdo con el numeral 1.3 RÉGIMEN JURIDICO APLICABLE de los términos de referencia, las normas aplicables son las de derecho privado, contenidas en el código civil y código de comercio, lo que no obsta para dar respuesta de fondo a su solicitud, aclarando lo siguiente:

No existe una disposición legal, en el régimen de contratación pública, ni en el régimen de contratación privada, que indique cuál debe ser la forma de pago en los contratos de interventoría, por lo tanto, es la Entidad la que debe definirla en los términos de referencia de acuerdo con el análisis de las condiciones técnicas, financieras y demás que apliquen para cada proyecto en particular.

Dentro del alcance de las actividades que deberá realizar que el contratista de interventoría se incluye el seguimiento y control conminando al contratista de obra al cumplimiento de las obligaciones, a la verificación de las condiciones de calidad y al desarrollo del proyecto conforme a lo establecido en el contrato.

Es importante considerar que la interventoría es accesoria al contrato de obra por esta razón no se puede desconocer que la ejecución del contrato de interventoría va de la mano con el contrato de obra.

Por lo anterior el personal, las dedicaciones y los costos en los que incurre el interventor están directamente relacionado con la adecuada ejecución del contrato objeto de interventoría, en este orden de ideas es importante mantener la relación de la forma de pago de la interventoría con la correcta ejecución de la obra pues el interventor es integral y debe actuar oportunamente en el proyecto cuya contraprestación se enmarque no solo en la presencia de los profesionales sino en la implementación de medidas orientadas a la resolución de cualquier situación que se presente en el proyecto.

De acuerdo con lo anterior, nada impide que la Entidad proponga como forma de pago para el contrato de interventoría el porcentaje de ejecución de la obra objeto del contrato vigilado.

Por último, cuando esa ha sido la forma de pago indicada por la Entidad en los términos de referencia, el interventor asume el riesgo de que su pago dependa del cumplimiento de esa condición el cual hace parte de la gestión del riesgo en los contratos estatales.

Se expide a los veintiséis (26) días del mes de agosto de 2021.

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