

INFORME DE RESPUESTA A OBSERVACIONES EXTEMPORÁNEAS A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

PROGRAMA AGUA PARA LA PROSPERIDAD

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

CONVOCATORIA No. PAF-ATF-O-151-2015

OBJETO: CONTRATAR LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO “CONSTRUCCIÓN COLECTOR ARANDA PASTO, NARIÑO, OCCIDENTE”.

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Capítulo II, numeral 9 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, de manera escrita, hasta el día dos (02) de septiembre de dos mil quince (2015), periodo dentro del cual se presentaron observaciones por parte de los interesados, a las cuales la Entidad dio respuesta por medio del Informe de Respuesta a Observaciones a los Términos de Referencia publicado el día dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015).

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

INTERESADA: Constanza Calderón Arias, Ingeniera de Proyectos- HAPIL INGENIERÍA S.A.S., información enviada al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica el día jueves, 04 de septiembre de 2015 a las 02:16 p.m.

OBSERVACIÓN	RESPUESTA
Solicitamos aclarar si la visita de obra que se encuentra en el cronograma, es de carácter obligatorio.	La visita al sitio del proyecto NO es obligatoria. En todo caso, será responsabilidad del proponente conocer las condiciones del sitio de ejecución del proyecto, actividades y/o obras a ejecutar y con la presentación de la propuesta las declara conocidas. En consecuencia, correrá por cuenta y riesgo de los proponentes, inspeccionar y examinar los lugares donde se proyecta realizar los trabajos, actividades, obras, los sitios aledaños y su entorno e

	<p>informarse acerca de la naturaleza del terreno, la forma, características y accesibilidad del sitio.</p> <p>Con la presentación de la propuesta, el proponente declara que conoce de manera integral todas las circunstancias legales, técnicas, ambientales, económicas y sociales para el desarrollo del proyecto, en especial aquellas que puedan afectar la ejecución de las actividades y/o del proyecto e influir en el cálculo del valor de la propuesta. Por lo tanto, la no asistencia a la visita de obra no servirá de excusa válida para posteriores reclamaciones.</p>
--	--

INTERESADO: Jairo David Gamboa González, Abogado de Licitaciones y Contratos – KMA CONSTRUCCIONES, información enviada al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica el día martes, 08 de septiembre de 2015 a las 06:32 p.m.

OBSERVACIÓN	RESPUESTA
<p>Observado el proceso PAF-ATF-O-140-2015 se evidencia en Los TR que los mismos hacen referencia de manera expresa al pago de la contribución especial (ley 1106 de 2006) por contratos de obra pública con entidades pública, manifestando que el interesado deberá contemplar dentro de sus presupuestos dicho aspecto impositivo. Sin embargo, en Los TR de los demás procesos, no se hace referencia taxativa al pago de la contribución especial, sino que se enuncia que el interesado debe tener en cuenta el pago de impuestos, sin entrar a especificar qué tipo de impuesto o contribución sea.</p> <p>Respetuosamente consideramos que la celebración de los contratos derivados de los procesos de selección que están siendo adelantados NO conlleva al pago de la contribución especial. Lo anterior se puede colegir de los argumentos que a continuación se exponen.</p> <p>El artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 modificó la norma que inicialmente había establecido la contribución por contratos de obra pública; disposición que con el paso de los años ha sido prorrogada hasta el día de hoy. Sin embargo, pese a que el recaudo de dicho tributo es de suma importancia para el estado, en el presente caso el impuesto referido NO tiene porque ser cancelado.</p> <p>En efecto, el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 dispone lo siguiente:</p>	<p>Sobre el particular es necesario tener en cuenta que por el tipo de contratación realizada, esto es, entre un tercero y el Patrimonio Autónomo, es decir contratación Privada, no se debe realizar la aplicación del Impuesto de Guerra o contribución Especial.</p> <p>Igualmente es necesario mencionar que este tema está siendo objeto de discusión entre las Entidades competentes, en específico sobre la posición que deben asumir los patrimonios autónomos frente a la liquidación del impuesto.</p>

“Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión.

Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley.

(...)” (subrayado propio)

De lo anterior puede inferirse que para el surgimiento de la obligación tributaria debe cumplirse, entre otros, con el presupuesto de hecho consistente en celebrar un contrato de obra pública con entidades de derecho público.

En el caso de estos procesos no se cumple con la exigencia legal anteriormente referida, por cuanto la naturaleza jurídica del contratante impide que se pueda predicar la celebración de un contrato de obra pública y mucho menos con una entidad de derecho público.

Los procesos están siendo adelantados por la Fiduciaria Bogotá, quien administra el Patrimonio Autónomo Fideicomiso Asistencia Técnica Findeter. Dicha fiduciaria como vocera de ese patrimonio autónomo es quien fungirá como parte contratante una vez se seleccione el oferente ganador de la convocatoria.

El contrato que se suscribirá claramente es entre una entidad de derecho privado, lo cual implica que la regulación del negocio jurídico a celebrar como la de la entidad contratante estén determinados por las normas civiles y mercantiles. Esta situación se aleja de los requisitos establecidos por la Ley 1106 de 2006 para originar la obligación tributaria, pues al no tratarse de una entidad de derecho público no se configuraría un contrato de obra pública.

Se aclara que la norma no hace referencia al régimen de contratación sino a la naturaleza de la entidad (si es pública o privada), pues bien pueden existir entidades públicas con régimen de contratación privado, como las sociedades de economía mixta o como el Fondo Adaptación. En estos casos, al tratarse de entidad de naturaleza pública, pese a que su

régimen de contratación sea especial o de derecho privado, si debe pagarse la contribución especial.

Sin embargo, el presente caso es distinto porque ni el contratante, ni el régimen de selección del contratista, ni el contrato a celebrar son de derecho público. En este sentido, consideramos que no se origina la obligación de pagar la contribución especial en los contratos que deriven de estas convocatorias.

Lo anterior guarda armonía con lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2008, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra. En el citado fallo el alto tribunal decidió una demanda de constitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, en el cual aclaró de forma contundente que la calificación jurídica de un contrato de obra pública atiende a un criterio subjetivo donde el contratante sea una entidad estatal. En este orden se cita el aparte correspondiente:

“Como puede verse, el estatuto de contratación administrativa define el contrato de obra a partir de elementos subjetivos, es decir de criterios que atienden a la calidad de los sujetos contratantes y no al objeto del contrato, pues claramente indica que “(s)on contratos de obra los que celebren las entidades estatales...”. Es decir, el elemento esencial que define la presencia de un contrato de esta naturaleza es que sea celebrado por una entidad estatal.

De otro lado, la norma ahora acusada impone un gravamen tributario a las personas que suscriban contratos de obra pública con “entidades de derecho público”, o celebren adiciones a los mismos. En efecto, el inciso primero del artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, ahora bajo examen, dice así:

“Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

Así pues, el Estatuto de contratación dice que “son contratos de obra los que celebren las entidades estatales”; y la norma acusada afirma que “(t)odas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público” deberán pagar la contribución en ella regulada. De lo que se infiere que los contratos de obra pública a que alude la disposición acusada no pueden ser sino los mismos contratos de obra (simplemente de obra) a que se refiere el artículo 32 del Estatuto de contratación administrativa, toda vez que por el sólo hecho de ser suscritos “con entidades de derecho público”, caen dentro de esa categoría jurídica por expresa disposición legal.

<p><i>Así las cosas, a juicio de la Sala no se presenta una falta de claridad y certeza insuperable en la definición del hecho gravado, pues cuando la norma acusada expresamente prescribe que la contribución que regula se causa por el hecho de suscribir “contratos de obra pública” con “entidades de derecho público” o celebrar contratos de adición al valor de los existentes, no cabe otra interpretación plausible distinta de aquella que indica que el contrato al que se refiere es el definido en el estatuto de contratación a partir de elementos subjetivos, referentes a la calidad pública de la entidad contratante. Por lo anterior, la Corte estima que la descripción del hecho gravado sí es suficientemente precisa para satisfacer las exigencias del principio de legalidad tributaria.”</i></p> <p>Después de haber expuesto las anteriores consideraciones, respetuosamente requerimos a la entidad contratante a efectos de verificar la situación expuesta y desestimar el pago de la contribución especial con ocasión de la celebración de los contratos, hecho que favorecería la Administración en los presupuestos de los proyectos haciéndolos más viables desde el punto de vista financiero.</p>	
---	--

INTERESADO: Carlos Benítez, YS CONSTRUCCIONES, información enviada al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica el día jueves, 17 de septiembre de 2015 a las 10:40 a.m.

OBSERVACIÓN	RESPUESTA																				
<p>Agradecemos revisar el valor del presupuesto oficial, ya que de acuerdo al Formulario a diligenciar se incluye el IVA sobre la utilidad en la obra civil y en el resumen del presupuesto que encabeza la Adenda publicada el día de ayer no se esta sumando</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th colspan="4" style="text-align: left;">RESUMEN DE COSTOS</th> </tr> <tr> <th style="width: 10%;"></th> <th style="width: 10%;"></th> <th style="width: 10%;"></th> <th style="width: 10%;"></th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td colspan="2">VALOR COSTO DIRECTO OBRAS CIVILES</td> <td></td> <td style="text-align: right;">\$ 7,839,604,008.00</td> </tr> <tr> <td>Administración</td> <td style="text-align: right;">22.90%</td> <td style="text-align: right;">\$</td> <td style="text-align: right;">1,795,269,318.00</td> </tr> <tr> <td>Imprevisto</td> <td style="text-align: right;">0.10%</td> <td style="text-align: right;">\$</td> <td style="text-align: right;">7,839,604.00</td> </tr> </tbody> </table>	RESUMEN DE COSTOS								VALOR COSTO DIRECTO OBRAS CIVILES			\$ 7,839,604,008.00	Administración	22.90%	\$	1,795,269,318.00	Imprevisto	0.10%	\$	7,839,604.00	<p>Una vez revisada la observación, se informa a los proponentes que la oferta económica de la Fase III debe ser presentada en el formato publicado mediante adenda y que el presupuesto estimado publicado en la Adenda No. 2 para la Fase III tiene incluido en su valor total el AIU, el valor del IVA sobre la utilidad, costos, gastos, impuestos, tasas y demás contribuciones a que hubiere lugar.</p> <p>Por lo expuesto anteriormente se ratifica que el valor de la Fase III ya tiene considerado el valor del IVA SOBRE LA UTILIDAD por lo tanto se mantiene lo establecido en la Adenda No. 2.</p>
RESUMEN DE COSTOS																					
VALOR COSTO DIRECTO OBRAS CIVILES			\$ 7,839,604,008.00																		
Administración	22.90%	\$	1,795,269,318.00																		
Imprevisto	0.10%	\$	7,839,604.00																		

Utilidad	5.00%	\$ 391,980,200.00
IVA sobre la utilidad	16.00%	\$ 62,716,832.00
VALOR TOTAL OBRAS CIVILES		\$ 10,097,409,962.00
VALOR COSTO DIRECTO SUMINISTRO		\$ 7,006,623,060.00
ADMINISTRACION	10.00%	\$ 700,662,306.00
VALOR TOTAL SUMINISTRO		\$ 7,707,285,366.00
VALOR TOTAL OBRA CIVIL		\$ 10,097,409,962.00
VALOR TOTAL SUMINISTRO		\$ 7,707,285,366.00
TOTAL FASE III		\$ 17,804,695,328.00
El valor publicado es sin IVA:		
RESUMEN DE COSTOS		
VALOR COSTO DIRECTO OBRAS CIVILES		\$ 7,839,604,008.00
Administración	22.90%	\$ 1,795,269,318.00
Imprevisto	0.10%	\$ 7,839,604.00
Utilidad	5.00%	\$ 391,980,200.00
IVA sobre la utilidad	16.00%	

VALOR TOTAL OBRAS CIVILES	\$ 10,034,693,130.00
VALOR COSTO DIRECTO SUMINISTRO	\$ 7,006,623,060.00
ADMINISTRACION 10.00%	\$ 700,662,306.00
VALOR TOTAL SUMINISTRO	\$ 7,707,285,366.00
VALOR TOTAL OBRA CIVIL	\$ 10,034,693,130.00
VALOR TOTAL SUMINISTRO	\$ 7,707,285,366.00
TOTAL FASE III	\$ 17,741,978,496.00

Agradecemos aclarar este tema.

INTERESADO: Everth Prudencio Mancilla Bonilla, Gerente de Estimaciones - MORELCO, información enviada al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica el día viernes, 11 de septiembre de 2015 a las 05:49 p.m.

OBSERVACIÓN	RESPUESTA
<p>1. Realizando la revisión de los precios del Presupuesto Oficial, enviado junto con el Adendo No 2, se observa que muchos de estos se encuentran muy por debajo de los precios del mercado, además de ser los precios más representativos del proyecto, lo que se configuraría en un factor de inestabilidad económica del contrato, en caso de ser contratados bajo una cotización base enmarcada en los límites obligatorios que propone Findeter dentro de los cuales se deben encontrar los precios unitarios (90% y 110% de cada unitario del Presupuesto Oficial), por lo que solicitamos se elimine del Pliego de Condiciones el inciso c del numeral 6 del capítulo 4.1.1 EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN PROPUESTA ECONÓMICA, y se permita a cada proponente la libertad de ofertar los precios unitarios, según su propio análisis, sin superar el presupuesto oficial.</p> <p>2. Solicitamos respetuosamente sea ampliado el plazo para la presentación de la oferta hasta el día 01 de octubre de 2015, fundamentada en la necesidad de analizar rigurosamente los documentos técnicos y económicos, adjuntos a la Adenda No. 2, publicados el día 16 de septiembre, dada su importancia para la consolidación de la oferta.</p>	<p>En atención a la solicitud del interesado, nos permitimos informar que la entidad no acoge su solicitud, toda vez que el presupuesto de la convocatoria fue revisado y modificado previamente, tal y como se observa en la Adenda No. 2 del 16 de septiembre del 2015, razón por la cual no es de recibo la observación expuesta y en consecuencia la Entidad ratifica lo allí manifestado.</p> <p>En lo que tiene que ver con la solicitud de ampliación de la fecha de cierre, la Entidad</p>

	no acoge la misma, por cuanto considera que los tiempos establecidos en el cronograma de la Adenda N°2 del 16 de septiembre del 2015, se encuentran acordes para la elaboración de las propuestas.
--	--

Teniendo en cuenta que tal y como se indicó en el Informe de Respuesta a las Observaciones presentadas a los Términos de Referencia de la presente Convocatoria, publicado el día dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015), las respuestas a las observaciones 3. y 7. de la solicitud que a continuación se relaciona, serían comunicadas de manera oportuna previo al cierre de la convocatoria de la referencia, la Entidad procede a pronunciarse al respecto en los siguientes términos:

INTERESADO: Omar Geovanny Uscátegui Cristancho, Director de Ofertas – ABENGOA COLOMBIA S.A.S., información enviada al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica el día miércoles, 02 de septiembre de 2015 a las 05:22 p.m.

OBSERVACIÓN	RESPUESTA
<p>Pregunta No.3</p> <p>En relación con la Cláusula Décima de la Minuta del Contrato (Obligaciones del Contratante) y a fin de perfilar las obligaciones del contratante solicitamos se complemente que no solo el Contratista pagará en la forma acordada sino también en la fecha o tiempo que se acuerde,</p>	<p>Se informa al interesado que una vez analizada su observación, la Entidad no acoge la misma manteniéndose lo dispuesto en la minuta del contrato.</p>
<p>Pregunta No.7</p> <p>En relación a la Cláusula Vigésimo Segunda de la Minuta del Contrato (“Condición Resolutoria por Incumplimiento”), solicitamos amablemente que, al igual que se le dota a Findeter, en caso de incumplimiento del Contratista, de mecanismos para resolver anticipadamente el Contrato, se incluya la posibilidad de que el Contratista pueda resolver el Contrato en el caso de impago con carácter injustificado por parte de la Contratante transcurrido un tiempo prudencial desde la fecha que, conforme al Contrato, se debería haber realizado el pago correspondiente, incluyéndose asimismo, un periodo prudencial previo que permita a Findeter subsanar el impago. Lo anterior, de cara a que el</p>	<p>Se informa al interesado que una vez analizada su observación, la Entidad no acoge la misma manteniéndose lo dispuesto en la minuta del contrato.</p>

Contratista, al igual que el cliente, cuente bajo el Contrato con un sistema de protección que le permita resolver en caso de incumplimiento injustificado por parte de la Contratante.

Asimismo, a fin de garantizar y asegurar la buena ejecución del Proyecto, solicitamos que se establezcan periodos para subsanar para cada uno de los incumplimientos establecidos para el Contratista con objeto de que éste cuente con un plazo prudencial para subsanarlos y que pueda llegar así a buen fin el desarrollo del Proyecto.

Se expide a los veintidós (22) días del mes de septiembre de dos mil quince (2015).

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