

INFORME DE RESPUESTA A OBSERVACIONES 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-154-2015

OBJETO: CONTRATAR LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO “OPTIMIZACIÓN, CONSTRUCCIÓN Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DEL ACUEDUCTO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUÉ, DEPARTAMENTO DE BOLIVAR”.

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Capítulo II, numeral 1.9. y en el cronograma de la presente convocatoria, los interesados podían formular observaciones a 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 diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015).

Durante este periodo se presentaron observaciones por parte de los interesados, a las cuales se procederá a dar respuesta por medio del presente documento:

INTERESADO: Carlos Benitez, YS CONSTRUCCIONES S.A.S., información enviada al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica el día martes, 01 de septiembre de 2015 a las 04:17 p.m.

OBSERVACIÓN	RESPUESTA
<p>Con relación a la convocatoria de la referencia nos permitimos observar que el Formulario de Cantidades y precios Unitarios para las obras civiles, no tiene la casilla correspondiente al IVA sobre la Utilidad, valor este que debe ser detallado paa su facturación posterior durante la ejecución del contrato. Agradecemos se incluya esta casilla y se revise el presupuesto oficial para verificar si está incluido.</p> <p>O igualmente solicitamos aclarar si se puede modificar dicho formulario para incluir el valor de dicho impuesto, ya que no se puede asumir que está incluido uya que para su facturación es necesario su discriminación en la propuesta</p>	<p>Al respecto es necesario señalar que de conformidad con lo establecido en los Términos de referencia en el Formatos 4 - Propuesta Económica se debe relacionar el valor total de la oferta y toda la información necesaria de la propuesta económica deberá presentarse en el sobre N° 2 para efectos de evaluación y calificación. En consecuencia, es en este formato en el que debe presentar su propuesta económica incluido IVA, costos, gastos, impuestos, tasas y demás contribuciones a que hubiere lugar, que le apliquen.</p> <p>Ahora bien, dado que conforme lo establecido en el numeral 1.1. DEFINICIONES, del</p>

	<p>SUBCAPITULO I del CAPÍTULO II de los términos de referencia, los formatos son “(...) herramientas sugeridas que permiten a los proponentes facilitar la elaboración de sus propuestas y presentar La información requerida en los Términos de Referencia de manera uniforme. La información requerida en los formatos es obligatoria, debe corresponder a lo solicitado.”, es perfectamente viable que se incluyan las casillas en el Formato 4 que sean necesarias para incluir la información de su oferta económica. No obstante, al momento de diligenciarlos debe tener especial cuidado de incluir toda la información requerida ya que la información solicitada si es obligatoria.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, la Entidad procederá a emitir Adenda ajustando el Formato 5 así como el Formato de la Oferta Económica Fase III, por lo que es necesario que se tengan en cuenta las modificaciones allí incluidas.</p>
--	--

INTERESADO: Arley Cubillos Pérez, CONSORCIO AGUAS PARA EL PROGRESO, información enviada al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica el día martes, 01 de septiembre de 2015 a las 05:57 p.m.

OBSERVACIÓN	RESPUESTA
<p>Como oferentes interesados en el proceso del asunto y cumpliendo con los plazos establecidos en el cronograma, nos dirigimos de la manera mas respetuosa a ustedes para realizar la siguiente solicitud:</p> <p>El pliego de condiciones en el numeral 3.1.3.1 establece lo siguiente:</p> <p>"Se verificará que el proponente acredite experiencia específica en INSTALACIÓN DE TUBERÍAS PARA ACUEDUCTO EN POLIVINILO DE CLORURO (PVC) Y/O CONCRETO CON O SIN CILINDRO DE ACERO (CCP) Y/O HIERRO DUCTIL (HD) Y/O POLIÉSTER REFORZADO CON FIBRA DE VIDRIO (GRP) y CONSTRUCCION DE ESTACIONES DE BOMBEO</p>	<p>Una vez revisada la presente observación nos permitimos informar que la entidad se acoge a la solicitud del oferente, y se modificará mediante Adenda la experiencia específica del proponente, dentro de la cual se incluirá la instalación de tuberías en POLIETILENO DE ALTA DENSIDAD (PEAD), para acueducto.</p>

PARA ACUEDUCTO Y/O ALCANTARILLADO, la cual deberá ser acreditada con la ejecución MÍNIMO UNO (01) Y MÁXIMO CUATRO (04) CONTRATOS O PROYECTOS terminados y recibidos a satisfacción, que cumpla las siguientes condiciones de manera simultánea"

Solicitamos a la entidad adicionar o incluir en este requerimiento, la instalación de tuberías en POLIETILENO DE ALTA DENSIDAD (PEAD), para acueducto.

Lo anterior obedece a que la entidad en la convocatoria N° PAF-ATF-0-147-2015 correspondiente también al programa Aguas para la Prosperidad, modificó mediante la adenda N° 1 el requerimiento de experiencia específica, adicionando la instalación de tuberías en POLIETILENO DE ALTA DENSIDAD (PEAD) para acueducto.

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-0-140-2015 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

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.

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

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.

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."

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.

Se expide a los catorce (14) días del mes de septiembre de dos mil quince (2015).

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