

Bogotá, D.C., 15 de Marzo de 2016.

Señor

CARLOS ELIECER CAHUANA

Asunto: Respuesta observación Convocatoria N° PAF-EUC-029 -2016, cuyo objeto es: “CONTRATAR LA INTERVENTORÍA INTEGRAL (ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL, JURÍDICA Y TÉCNICA) DE LA EJECUCION DE ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE UN COLEGIO UBICADO EN LA URBANIZACIÓN TORRENTES, Y UN COLEGIO Y UN CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL UBICADOS EN LA URBANIZACIÓN VIDA NUEVA - EN EL MUNICIPIO DE SOACHA, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA”.

Estimado Señor:

En atención a su observación, enviada mediante correo electrónico el día 14 de marzo de 2016, al correo equipamientos@findeter.gov.co, mediante la cual solicitó lo siguiente:

“...Estando dentro del periodo de observaciones, me permito presentar el siguiente escrito de observaciones a los términos de referencia.

*De acuerdo lo establecido en el ARTÍCULO 5 del Estatuto Anticorrupción que cita “**Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad**”, solicitamos a la entidad aclarar la posición que tiene frente a esta situación cuando un mismo proponente se presenta a un contrato de obra-construcción como:*

*PAF-EUC-027-2016
PAF-ATF-O-001 -2016
PAF-EUC-O-003-2016
PAF-EUC-O-004 -2016
PAF-ATF-O-002 -2016
PAF-EUC-O-005-2016*

Y a su vez se presenta a un proceso de interventoría como estos

*PAF-ATF-I-003-2016
PAF-ATF-I-002 -2016
PAF-EUC-028-2016
PAF-EUC-029 -2016*

1. *Solicitamos aclarar si el proponente consultor y constructor, **puede participar** en los procesos de Obra y a su vez de Interventoría, pues a la fecha el proponente no posee contratos vigentes ni en liquidación de obra e interventoría con la entidad.*
2. *En caso tal de llegar a ser **adjudicatario** de uno a más contratos de obra y uno de interventoría, entendemos que existiría la inhabilidad para la firma y ejecución de los contratos correspondientes, de acuerdo con lo establecido artículo 5 de la ley anticorrupción. Solicitamos a la entidad aclarar cuál sería la posición de la entidad para la adjudicación de dichos contratos, entendemos que el proponente podría contratar el o los proyectos de obra y la entidad adjudicaría los contratos de interventoría al proponente en el siguiente orden de elegibilidad.*

Esta respetuosa solicitud de aclaración se realiza con el único fin de entender técnica y jurídicamente la posición de la entidad frente aquellas firmas que desarrollan tanto la actividad consultora o de interventoría y la construcción, y que por ende quisieran poder participar en ambos procesos de selección, para finalmente hacer parte de tan importantes proyectos ya sea en calidad de contratistas de obra o en su defecto como interventores, lo anterior amparado en los principios de igualdad y pluralidad que rigen la contratación pública en nuestro país, y entendiendo que la inhabilidad opera para el contratista y no el proponente...”

Sea lo primero señalar que el procedimiento de contratación que aplica Findeter, es de derecho privado, en atención a su naturaleza de entidad financiera (Ley 57 de 1989 y Decreto 4167 de 2011) y en consideración a lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de Ley 1150 de 2007, en consecuencia, la entidad no se somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni demás normas concordantes, salvo en lo que refiere a los principios de la función administrativa, los de la gestión fiscal y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. De modo que el régimen jurídico aplicable a las convocatorias de contratación consultadas es el régimen de la contratación privada, contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, 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, la entidad previa identificación de las actividades incompatibles puede determinar e incorporar en los términos de referencia las causales para regular los conflictos de interés, los cuales se han establecido en los Términos de Referencia de cada una de las convocatorias.

Ahora bien, con relación a su solicitud de aclaración sobre la participación de los proponentes en procesos de obra e interventoría, es necesario precisar que cada convocatoria tiene sus propias reglas de participación, de modo que como su consulta no precisa un caso concreto no es factible darle una respuesta puntual o sobre determinada convocatoria, de modo que, le corresponde al interesado en participar examinar rigurosamente los conflictos de interés que se hayan establecido en la convocatoria de su interés, para determinar si puede presentar propuesta en dicha convocatoria o suscribir contrato, o si se encuentra incurso en algún conflicto de interés de los establecidos para cada una de ellas.

En términos generales, sin perjuicio, como ya se señaló, de los conflictos establecidos en cada convocatoria, algunos de los conflictos de interés que se establecen son los siguientes:

- Se incurra en las causales previstas en la Ley 734 de 2002, artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes. (Aplica para todas las convocatorias)
- Haya suscrito contrato de obra 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 o sus

socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Este conflicto lo será también respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas. *(Aplica solo para convocatorias de interventoría)*

- Haya suscrito contrato de interventoría 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 o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Este conflicto lo será también respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas. *(Aplica solo para convocatorias de obra)*
- 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. *(Aplica para contratos de interventoría)*
- Haya suscrito contrato de Interventoría 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. *(Aplica para contratos de ejecución condicional por fases)*
- Hayan participado en la estructuración, evaluación, aprobación, viabilización, financiación del proyecto objeto de la presente convocatoria, así como en la estructuración de los Términos de Referencia y en la evaluación y selección del proceso de contratación. El conflicto de interés se predicará igualmente, respecto de (i) los cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad y/o primero civil con cualquier persona que en cumplimiento de sus deberes u obligaciones legales, contractuales o funcionales, participaron en la convocatoria, en los términos anteriormente señalados y (ii) los beneficiarios reales de las mismas personas. *(Aplica para todas las convocatorias).*
- Hayan participado como interventores o consultores en la elaboración de los diseños del proyecto objeto de la presente convocatoria. Esta prohibición también rige para los beneficiarios reales de las mismas personas. *(Aplica solo para convocatorias de obra e interventoría)*
- Hayan participado o estén vinculados como operadores del servicio en el Municipio donde se ejecutará la labor de interventoría de que trata la presente convocatoria. Cuando se trate de sociedades diferentes a las anónimas abiertas, esta causal sólo 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. Esta prohibición también rige para los beneficiarios reales de las mismas personas. *(Solo aplica para interventoría a consultoría especializada y a interventoría consultoría especializada)*
- Hayan participado o estén vinculados como operadores del servicio en el Municipio donde se ejecutará la labor de consultoría de que trata la presente convocatoria. Cuando se trate de sociedades diferentes a las anónimas abiertas, esta causal sólo 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. Esta prohibición también rige para los beneficiarios reales de las mismas personas. (Solo aplica para consultoría especializada)

- Quienes presenten propuesta para participar en la consultoría del proyecto al que se le va a realizar la interventoría objeto de la presente convocatoria. (Aplica para convocatorias de interventoría a la consultoría)
- Quienes presenten propuesta para participar en la interventoría del proyecto objeto de la convocatoria de consultoría. (Aplica para convocatorias de consultoría)
- Quienes presenten propuesta para participar en la obra del proyecto al que se le va a realizar la interventoría objeto de la presente convocatoria. (Aplica para convocatorias de interventoría a obra)

De lo antes transcrito se evidencia que en las convocatorias se establecen conflictos de interés según el tipo de convocatoria, aplicables: i) Al contratista o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil, representante legal, a los socios y a los miembros de la Junta Directiva, beneficiarios reales, ii) Al proponente iii) A quienes hayan participado o estén vinculados como operadores del servicio; iv) A quienes hayan participado en la estructuración, evaluación, etc. Así mismo, algunos son aplicables a la presentación de la propuesta y otros a la ejecución del contrato hasta su liquidación.

De modo que cada caso particular se debe analizar a la luz de los términos de referencia de la convocatoria que se trate, para determinar si se encuentra en conflicto para la presentación misma de la propuesta, en el evento que puede participar en las convocatorias y de encontrarse en el caso planteado en la segunda pregunta, de ser adjudicatario de uno a más contratos de obra y uno de interventoría, es preciso señalar que las convocatorias se adjudicarán en la fecha establecida en el cronograma de la respectiva convocatoria, de modo que para la adjudicación o selección del contratista se tendrá en cuenta dicha fecha y esa será la convocatoria que se adjudique, la que corresponda primero, según el cronograma de la convocatoria. De modo que, una vez el contratista seleccionado tenga un contrato suscrito con FINDETER o la contratante en ejecución y hasta su liquidación, entraría en conflicto de interés para algunas convocatorias.

Así mismo es importante tener en cuenta que también se establecen conflictos para la presentación de las propuestas, particularmente para aquellas convocatorias de consultoría u obra y la interventoría a las mismas, que deberán examinarse rigurosamente antes de presentar la propuesta.

Sin embargo, frente a la convocatoria No. PAF-EUC-029-2016, la Entidad mediante Adenda procederá a establecer una causal de conflicto de interés, teniendo en cuenta, que no es viable que un oferente que se presente a esta convocatoria, a su vez participe en la convocatoria que pretende seleccionar la obra a la cual se le hará interventoría.

Dado en Bogotá D.C., a los quince (15) días del mes de Marzo de dos mil dieciséis (2016).

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