

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER ACUEDUCTO DE MOCOA
FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A.**

PROGRAMA: PROYECTOS FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES – FNGRD

CONVOCATORIA No. PAF-FNGRD-I-083-2022

OBJETO: CONTRATAR “LA INTERVENTORÍA INTEGRAL (TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL Y JURÍDICA) A LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES PARA LA “REVISIÓN, COMPLEMENTACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y/O ELABORACIÓN DE ESTUDIOS, DISEÑOS Y EJECUCIÓN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN Y MITIGACIÓN DEL SISTEMA DE CAPTACIÓN Y ADUCCIÓN DEL ACUEDUCTO DEL MUNICIPIO DE MOCOA PUTUMAYO”.

De conformidad con lo establecido en el numeral 1.10. Subcapítulo I Generalidades, del Capítulo II Disposiciones Generales de los Términos de Referencia, y en el cronograma de la convocatoria, los interesados contaban con la oportunidad de presentar observaciones a los Términos de Referencia, a los estudios del proyecto, a la matriz de riesgos, a los anexos técnicos y a cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, entre los días 24 al 28 de marzo de 2022, lapso durante el cual se presentó una observación y frente a la cual se dará respuesta a través del presente documento, en los siguientes términos:

INTERESADO:

De: MARIA ROJAS <mrojas@velnec.com>

Enviado: viernes, 25 de marzo de 2022 2:17 p. m.

Para: CONVOCATORIAS_AT <CONVOCATORIAS_AT@findeter.gov.co>; pafindeterbbvaam.co@bbva.com <pafindeterbbvaam.co@bbva.com>

Cc: 'Paula Andrea Martínez' <pmartinez@velnec.com>; 'Yesica Natalia Gómez Rodríguez' <ygomez@velnec.com>

Asunto: OBSERVACIONES AL PROCESO PAF-FNGRD-I-083-2022

OBSERVACIÓN No. 1

Respetados señores:

Teniendo en cuenta que el Pliego de Condiciones, refiere un criterio de evaluación de cumplimiento de contratos anteriores, que sin ningún tipo de sustento legal o factico descuenta puntos en la evaluación de las propuestas presentadas, conllevando en la práctica que se generen unas nuevas inhabilidades e incompatibilidades de facto, que no están expresamente señalados en la Ley, lo que provoca que en últimas, le sea posible solo a un reducido grupo de oferentes, el poder contar con la totalidad de los puntos en evaluación, ya que al hacerse ese descuento, automáticamente se pierde cualquier tipo de posibilidad acceder a tener la posibilidad de ejecutar el contrato, sin ningún tipo de excepción o justificación para evitarlo.

No resulta claro ni es de recibo para este observante, que el Legislador para Entidades sometidas el Régimen de Contratación Estatal, que manejan recursos públicos, haya expedido la Ley 2195 de 2022, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones y la misma no sea aplicada por su Entidad a pesar de realizar el manejo de recursos públicos.

En conclusión, si bien es cierto se señala en la política para la contratación de bienes y servicios, que Findeter se rige por las disposiciones legal y reglamentarias conforme con el derecho privado y se exceptúa de la aplicación del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, no es menos cierto que también preceptúa que debe dar cumplimiento a los principios de la Función Administrativa y Gestión Fiscal señalados en los artículos 207 y 209 de la Constitución Política Nacional y al acatamiento del Régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011 y por ende, debe acatar estas disposiciones y no ésta en la postestad crear nuevas o legislar en la materia.

Ahora bien, tal y como quedo expresamente señalado en párrafos anteriores se expidió Ley 2195 de 2022 por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones, la cual debe ser adoptada por su Entidad por el objeto mismo de la Ley y la relación que tiene Findeter con el manejo de recursos públicos.

Esta ley más exactamente el artículo 58, hace alusión a la forma en que debe realizarse la reducción de puntaje por el incumplimiento de contratos, que en últimas es exactamente lo mismo que pretende **el numeral 11 de su pliego de condiciones** castigar, sin embargo lo convierte en una inhabilidad de facto.

El artículo 58 señala que:

“ARTÍCULO 58. REDUCCION DE PUNTAJE POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS. Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que adelanten cualquier Proceso de Contratación, exceptuando los supuestos establecidos en el literal a) del numeral 2 del Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en los de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, deberán **reducir durante la evaluación** de las ofertas en la etapa precontractual el **dos por ciento (2%)** del total de los puntos establecidos en el proceso **a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas**, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento.

Esta reducción también afecta a los consorcios y uniones temporales si alguno de sus integrantes se encuentra en la situación anterior.

PARAGRAFO primero. La reducción del puntaje **no se aplicara en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional** a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan”.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, solicitamos se dé aplicación inmediata a la Ley 2195 de 2022, ya que la misma es la encargada de regular el descuento de puntos por el incumplimiento de contratos anteriores (artículo 58), todo en el marco de la transparencia, la prevención y la lucha en contra de la corrupción frente al manejo de recursos públicos, y como los recursos que maneja Findeter para el presente proceso son de naturaleza pública, le aplica esta norma.

RESPUESTA:

Atendiendo los supuestos facticos y los argumentos de derecho dados por el observante, al respecto nos permitimos informar lo siguiente. Sea lo primero, reiterar tal como lo pone de presente el interesado, que el régimen jurídico aplicable a los procesos de selección adelantados por esta Entidad, conforme lo dispuesto en el numeral 1.3 “REGIMEN JURIDICO APLICABLE”, corresponde (...) a la legislación y jurisdicción colombiana y se rige por las normas de derecho privado contenidas en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia. Por tanto, los términos de referencia y en general los documentos que se profieran en el proceso, se sujetarán a las precitadas normas. Así mismo el procedimiento de selección se adelantará conforme con lo establecido en el Manual Operativo y la Política de Contratación de Servicios para Terceros de Findeter CON-ST-DA 001.

Dicho lo anterior, faculta a la contratante para establecer condiciones, criterios y postulados de manera particular, transversales a los procesos que se adelanten, con los cuales se busca satisfacer el interés general, y en consonancia con ello, condiciones que resulten de conveniencia en la selección objetiva de los proponentes, las cuales se encuentran regladas en el marco que faculta a la contratante en razón a la naturaleza jurídica de la misma, condiciones las cuales se estructuran, en todo caso, con observancia de la reforma planteada en la Ley 1150 de 2007, en su artículo 13° **PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**, según el cual; *Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*

Así pues, y contrario a lo manifestado por el observante, en lo que concierne a lo establecido en los Términos de Referencia en su numeral 11 “EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES”, esta regla

aplicable a todos los procesos de selección adelantados por la Entidad, no crean o constituyen nuevas inhabilidades e incompatibilidades, pues el caso en estudio atiende a un criterio de evaluación, y no al referido por este, quien pone de presente una situación fáctica que no atiende a la realidad. Ahora bien, aclarando que esta regla atiende a un factor de verificación dentro del proceso evaluación económica, debe aclararse igualmente que esto no constituye una limitante en la participación o futura celebración de un contrato, pues la escogencia depende de factores tales como: las condiciones particulares a verificar y el resultado de cada uno de ellos, el método de ponderación que sea determinado según la TRM y demás factores, entre esos la verificación del factor cumplimiento contratos anteriores, los cuales en suma determinan el orden de elegibilidad y su escogencia, razón por la cual, no resulta cierta la premisa sobre la cual se plantea una violación flagrante al principio de pluralidad y escogencia objetiva con la regla *ibidem*.

Por otra parte, sugiere el observante que con ocasión de lo dispuesto en el artículo 58° de la Ley 2195 de 2022, la entidad acoja la forma en la cual se realiza este descuento a proponentes los cuales hayan sido sujetos de una o más multas o afectación a las cláusulas penales en la ejecución de contratos, dentro del último año, previo al cierre del proceso de selección, al respecto, debe reiterarse lo previsto en dicho artículo, al señalar que su ámbito de aplicación es para las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a lo cual se suma lo ya reiterado frente al régimen jurídico aplicable a la convocatoria que aquí nos ocupa, aclarando por otra parte que la finalidad del criterio contenido en los Términos de Referencia, no atiende a otro distinto al consagrado por el legislador, y que siendo así, la Entidad se encuentra facultada en la continua aplicación de dicho criterio, que de paso valga decir, no contraría ningún postulado constitucional o principio rector en el ejercicio de la contratación negocial.

Finalmente, y conforme con lo anterior, el régimen de contratación aplicable a la Entidad, por expresa disposición del artículo 6 del Decreto 4167 de 2011, así como del artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, es del derecho privado, salvo en lo que se refiere al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal y los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

Ahora, respecto al descuento de puntaje por cumplimiento de contratos anteriores, esto no constituye nuevas inhabilidades e incompatibilidades, toda vez que dicha regla se funda en el interés que tiene la entidad de garantizar la eficiente y eficaz ejecución de sus contratos, salvaguardando de esta manera las necesidades que se requieren satisfacer en el tiempo programado, es así que todos los interesados pueden participar en la convocatoria ya que estos descuentos se aplica en la evaluación económica.

Por lo anterior, no es de recibo el planteamiento propuesto por el observante y la Entidad mantiene lo referido al respecto en los Términos de Referencia.

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER – FONTIC.
FIDUCIARIA POPULAR S.A**