

INFORME DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

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

CONVOCATORIA N° PAF-JU-I-001-2018

OBJETO: CONTRATAR “LA INTERVENTORÍA INTEGRAL (ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL, SOCIAL, JURÍDICA Y TÉCNICA) A LOS DIAGNÓSTICOS, ESTUDIOS, DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DE ADECUACIÓN Y/O MEJORAMIENTOS EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PRIORIZADAS Y VIABILIZADAS POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL EN EL MUNICIPIO DE MOCOA, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO

FECHA DE PUBLICACIÓN: 16 DE ENERO DE 2018

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Capítulo II Subcapítulo I Numeral 1.10. 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, hasta el día diez (10) de enero de dos mil dieciocho (2018). En dicho periodo 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:

De: EGEPROYEC S.A.S. [mailto:egeproyec@gmail.com]

Enviado el: miércoles, 03 de enero de 2018 10:11 a.m.

Para: convocatoriascolegiosjornadaunica

Asunto: Observacion PAF-JU-I-001-2018

“Señores

PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA – FINDETER
Bogotá D.C.

Ref.: Observación **CONVOCATORIA N° PAF-JU-I-001-2018**

Cordial saludo, como posible proponente del proceso de la referencia, hago las siguientes observaciones.

1. *Se prevé una contravención a la ley en el numeral “3.1.3.1.1 **REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE**” literal “D. No se aceptara experiencia derivada de contratos o proyectos escindidos” esta contravención es producto de no dar cumplimiento al Código de comercio en su Art 9.*

Ley 222 de 1995 “Art 9. EFECTOS DE LA ESCISION. *A partir de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de escisión, la sociedad o sociedades beneficiarias asumirán las obligaciones que les correspondan en el acuerdo de escisión y **adquirirán los derechos y privilegios inherentes a la parte patrimonial que se les hubiere transferido.** Así mismo, la sociedad escidente, cuando se disolviera, se entenderá liquidada.”*

2. *Revisados procesos anteriores evidenciamos que varios proponentes han solicitado se disminuya el término de constitución de Cinco (5) años de que trata el numeral 2.1.1. **EXISTENCIA Y EPRESENTACIÓN LEGAL** Sub-numeral 6. Sin embargo FINDETER se limita a contestar que son requerimientos que la entidad puede exigir.*

Lo anterior niega la posibilidad de presentar empresas que están en emprendimiento y que cumplen con dos (2) de los requisitos primordiales de los términos de referencia, como es la experiencia y cupo de crédito.

PETICIÓN

1. *Solicito a la entidad dar la explicación jurídica por la cual la entidad no acepta la experiencia derivada de contratos o proyectos escindidos.*
- ✓ *Agradecería a la entidad revisar este punto y suprimir el **numeral D**, ya que dicha exigencia sería una contravención grave a la ley para los casos de escisión que en síntesis consisten en permitir el traspaso del patrimonio de una compañía que para éste caso es la experiencia-*

Adicionalmente en procesos anteriores se permito presentar la experiencia producto de escisión y no entendemos porque en este caso se niega ese derecho.

2. *Permitir que la constitución de la empresa sea de mínimo Cuatro (4) años o que cuando se presente en consorcio o uniones temporales, uno de los consorciados cumpla con los cinco (5) años exigidos en el numeral 2.1.1. **EXISTENCIA Y EPRESENTACIÓN LEGAL** Sub-numeral 6.*

Lo anterior para permitir la pluralidad de ofertas apoyando a las empresas que están en la capacidad técnica y económica de presentar oferta.”.

RESPUESTA ENTIDAD

En atención a las observaciones presentadas por el Oferente : EGEPROYEC S.A.S, bajo la Convocatoria No. PAF-JU-I-01-2018, nos permitimos informar:

RTA: En atención a su solicitud de eliminar el literal D. del numeral 3.1.3.1.1 “REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE” de los Términos de Referencia de la presente convocatoria, y permitir a los proponentes acreditar su experiencia a través de proyectos escindidos, de manera que se acepte la experiencia en la ejecución de proyectos que pueda tener la sociedad escindida y la misma pueda ser invocada por las sociedades beneficiarias de la operación, la misma no se acepta, debido a que para efectos del proceso de contratación, los términos de referencia exigen que la experiencia específica requerida para participar en la convocatoria sea directamente la del proponente, pues es éste quien de forma independiente y en desarrollo de su objeto social la ha logrado.

Así las cosas, es preciso tener en cuenta que el proponente interesado en participar, deberá acreditar por sí solo, con el desarrollo de su actividad empresarial la experiencia exigida en los términos de referencia, pues es de éste que se exige la acreditación de la experiencia, sin que le sea posible acreditar como suya la experiencia de las sociedades escindidas. De modo que no se acepta esta observación.

Ahora bien, es preciso señalar que cada convocatoria contiene los requisitos y condiciones con efectos obligatorios, elaboradas por la entidad contratante para la adquisición del bien o servicio que requiere contratar, lo que guarda estrecha relación con la dirección del proceso de contratación que está en cabeza de la entidad, la que bajo las normas que rigen sus procesos de contratación, la facultad de dirección de los mismos, la autonomía de la voluntad y el bien o servicio que requiere contratar fijan para cada convocatoria las reglas particulares de participación, de modo que, en cada una establecen las condiciones técnicas, financieras y jurídicas particulares propias de cada convocatoria.

2. Permitir que la constitución de la empresa sea de mínimo Cuatro (4) años o que cuando se presente en consorcio o uniones temporales, uno de los consorciados cumpla con los cinco (5) años exigidos en el numeral 2.1.1. EXISTENCIA Y EPRESENTACIÓN LEGAL Sub-numeral 6.

Lo anterior para permitir la pluralidad de ofertas apoyando a las empresas que están en la capacidad técnica y económica de presentar oferta.”.

RTA: En lo que atañe al requisito exigido como término de constitución de la persona jurídica por un término de cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria, es preciso señalar que la contratante considera necesario que los oferentes que se presenten cuenten con dicha antelación de constitución en atención a la idoneidad de la persona jurídica y un ejercicio mínimo de su actividad a contratar como persona jurídica, que garantice la ejecución adecuada del proyecto conforme al objeto a contratar y el riesgo asociado a su ejecución.

De igual manera, es preciso señalar que las condiciones establecidas de tiempo de constitución se exigen a todos los proponentes en igualdad de condiciones indistintamente si se presentan como persona jurídica o través de consorcio o unión temporal, entre otros requisitos mínimos que determinan la capacidad jurídica, financiera y organizacional, requerida a todos los interesados que deseen participar en el proceso de selección, de modo que cuenten con la facultad para obligarse de conformidad con las disposiciones civiles y mercantiles.

De otro lado, es preciso resaltar que la conformación de proponentes plurales está encaminada a procurar una mayor calidad y eficiencia por razón de la especialidad de los agrupados, de modo que no sería pertinente que la contratante disminuya requisitos en tratándose de proponentes plurales, permitiendo así que a través de dicha figura se asocien proponentes que cumplan y otros que no cumplan las calidades exigidas a todos.

Bajo esos presupuestos el término de constitución exigido de cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria, es el que se considera necesario en atención a la idoneidad del proponente y un ejercicio mínimo de su actividad a contratar, que garanticen la ejecución adecuada del proyecto conforme al objeto a contratar y el riesgo asociado a su ejecución. Exigencias estas contenidos en los términos de referencia que son establecidas por la entidad y no pueden ser tenidas como una barrera a la libre concurrencia de diversos proponentes, pues tal herramienta al usarse, debe aplicarse en conjunto con las normas y principios que para ella han sido dispuestas; todo ello, en aras de lograr la participación de los mejores y más idóneos oferentes.

Así las cosas, no se acoge la observación presentada y se mantiene el término de constitución exigido para las personas jurídicas que se presenten en la convocatoria, bien sea de manera individual o como parte de una figura

asociativa. Caso este último en que todos los integrantes deben cumplir con el requisito de constitución conforme se estableció en los Términos de Referencia.

SEGUNDA OBSERVACIÓN

De: zulay acendra [mailto:zacendra@concep.com.co]

Enviado el: sábado, 13 de enero de 2018 10:39 a.m.

Para: GRUPO DE INFRAESTRUCTURA PARA LA CONTRATACION DE ASISTENCIA TECNICA

CC: 'ricardo jose cogollo ponce'

Asunto: PAF-JU-I-088-2017 ; PAF-ATF- I -089-2017; **PAF-JU-I-001-2018**; PAF-JU-I-001-2018; PAF-ADR-I-002-2018

Estimados señores:

Por medio de la presente, nos permitimos presentar la siguiente observación a los procesos de contratación de la referencia:

- Los términos de condiciones de los procesos que adelanta Findeter establecen lo siguiente :

10. EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES:

Una vez realizada la ponderación económica de las propuestas habilitadas con el método que correspondió asignándoles puntajes, se procederá a realizar la evaluación de este criterio, así: La entidad tendrá en cuenta las cláusulas penales de apremio, cláusulas penales (no apremio), multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento, resolución o terminación anticipada del contrato por incumplimiento del contratista, impuestas o declaradas en los contratos en los cuales el proponente haya ostentado la calidad de contratista.

La entidad descontará DIEZ (10) puntos al proponente por la aplicación de CADA cláusula penal de apremio, cláusula penal (no apremio), multa, sanción o declaración de incumplimiento, impuesta dentro de los TRES (3) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales éste haya ostentado la calidad de contratista.

La entidad descontará TREINTA (30) puntos al proponente por CADA resolución o terminación anticipada del contrato por incumplimiento del contratista, declarada dentro de los CINCO (5) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales el proponente haya ostentado la calidad de contratista.

Para el caso de uniones temporales y consorcios este descuento se efectuará por CADA cláusula penal de apremio, cláusula penal (no apremio), multa, sanciones o declaración de incumplimiento, o por resolución o terminación anticipada por incumplimiento del contratista (Proponente dentro del presente proceso), impuestos o declaradas a cada integrante.

El descuento de que trata este numeral se efectuará del puntaje obtenido por el proponente en la evaluación de la propuesta económica.

Para los efectos de evaluación de este criterio, el proponente deberá presentar certificación juramentada expedida por el proponente cuando se trate de persona natural o por el Representante Legal cuando se trate de personas jurídicas, en la que se indique si le han impuesto cláusulas penales de apremio, cláusulas penales (no apremio), multas, declaratorias de incumplimiento, resolución o terminación anticipada por incumplimiento del contratista, en los términos antes señalados, indicando e identificando expresamente cuántas y cuáles se le han impuesto. Para estos efectos se deberá diligenciar el Formato N° 8 o el Formato N° 9 según corresponda.

En el caso de uniones temporales o consorcios se deberá aportar la certificación juramentada (Formato N° 8 o el Formato N° 9 según corresponda) suscrita por cada uno de sus integrantes.

Las personas naturales o jurídicas que obren como proponentes en el presente proceso de contratación en forma individual o conjunta (Uniones temporales o consorcios) que se encuentren inscritas en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio, DEBERÁN aportar el certificado de este registro, expedido dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de cierre de la presente convocatoria.

11. Una vez aplicado el criterio de evaluación factor cumplimiento contratos anteriores, con el puntaje total obtenido se procederá a establecer el respectivo Orden de Elegibilidad. No conformarán el orden de elegibilidad aquellos proponentes que obtengan un puntaje total inferior a OCHENTA (80) PUNTOS, una vez aplicado el criterio Evaluación Factor de Cumplimiento Contratos Anteriores.

12. Los evaluadores presentarán el resultado de la evaluación con el orden de elegibilidad, el que se presentará al Comité Fiduciario del Patrimonio Autónomo administrado por la Fiduciaria con la recomendación del orden de elegibilidad de conformidad con la evaluación efectuada.

13. El Comité Fiduciario del Patrimonio Autónomo administrado por la Fiduciaria o su delegado, hará la selección correspondiente y el acta de selección se publicará en los plazos establecidos en el cronograma.

La entidad en procesos anteriores no estaba ponderando el cumplimiento en contratos anteriores, y normalmente las entidades públicas o privadas no solicitan ni ponderan a una firma por el cumplimiento o no de un contrato, ya que una firma que no tenga sanciones ni multas no determina que una empresa sea mala o buena o que cumpla o no un contrato, pues las multas o sanciones a un contratos en mucho de los casos viene dada por condiciones ajenas o adversas al contratista. El acueducto de Bogotá por ejemplo establece en los pliegos de condiciones lo siguiente:

A.18. Multas e incumplimientos contractuales

Para efectos de evaluación jurídica, no podrán contratar con la EAB ESP, aquellos Oferentes que en su RUP aparezca registrada la siguiente información:

- *Hayan sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno (1) o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales;*
- *Hayan sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales;*
- *Hayan sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una (1) o varias entidades estatales.*

El acueducto de Bogotá No pondera esta condición, solo inhabilita al proponente que cumpla las anteriores condiciones. Como se puede para el acueducto, el que una firma presente una multa o sanción no es causal de inhabilidad para presentar propuesta, y cuenta con los mismos privilegios como el que no presenta ninguna.

El departamento de San Andrés y providencia establece en sus pliegos de condiciones:

La leyes de contratación, más específicamente, el decreto 1082 de 2015 establece que:

Artículo 2.2.1.1.1.5.6. Certificado del RUP. El certificado del RUP debe contener: (a) los bienes, obras y servicios para los cuales está inscrito el proponente de acuerdo con el Clasificador de Bienes y Servicios; (b) los requisitos e indicadores a los que se refiere el artículo 2.2.1.1.1.5.3 del presente decreto; (c) la información relativa a contratos, multas, sanciones e inhabilidades; y (d) la información histórica de experiencia que el proponente ha inscrito en el RUP. Las cámaras de comercio expedirán el certificado del RUP por solicitud de cualquier interesado. Las Entidades Estatales podrán acceder en línea y de forma gratuita a la información inscrita en el RUP. (Decreto 1510 de 2013, artículo 13)

Artículo 2.2.1.1.1.5.7. Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual. Las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio, copia de los actos administrativos en firme, por medio de los cuales impusieron multas y sanciones y de las inhabilidades resultantes de los contratos que hayan suscrito, y de la información de los Procesos de Contratación en los términos del artículo 6 de la Ley 1150 de 2007. Para el efecto las cámaras de comercio pueden establecer mecanismos electrónicos para recibir la información mencionada. El registro de las sanciones e inhabilidades debe permanecer en el certificado del RUP por el término de la sanción o de la inhabilidad. La información relativa a multas debe permanecer en el certificado del RUP por un año, contado a partir de la publicación de la misma.

Las leyes de contratación colombianas no inhabilitan a contratar a un proponente por presentar multa o sanción en el Registro único de Proponentes. Un proponente no puede presentar propuesta cuando incurra en una causal de inhabilidad según lo establecido en la Constitución Política, en el artículo 8 de la Ley 80 de 1.993, en la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, artículo 5 Ley 828 de 2003, en el Decreto Ley 019 de 2012 y demás disposiciones legales vigentes que consagren inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado y la multa o sanción de un contrato no es una de ellas.

Solicitamos a la entidad ajustar los términos de referencia de la entidad de acuerdo a lo establecido en las leyes de contratación colombiana, ley 80 y sus decretos reglamentarios, y por lo tanto proponemos ajustar el numeral 10 EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES, ya que esta de la manera que está atenta contra la pluralidad de oferente, el principio de transparencia, el principio de la ecuación contractual y del deber de la selección objetiva establecidos en la ley 80, o en su defecto ponderar de manera más balanceada las multas y sanciones que pueda tener un proponente, tal como lo establece el acueducto de Bogotá o algunas

entidades estatales, entidades que le da la misma equivalencia a un proponente por presentar una sanción o una multa que al proponente que no tiene y por lo tanto proponemos lo siguiente:

No de multas o sanciones	Descuento en Puntaje
0 -1	0

2 o más 10 puntos por cada cláusula penal de apremio, cláusula penal (no apremio), multa, sanción o declaración de incumplimiento, impuesta dentro de los TRES (3) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación a partir de la segunda imposición.

La entidad descontará TREINTA (30) puntos al proponente por CADA resolución o terminación anticipada del contrato por incumplimiento del contratista, declarada dentro de los CINCO (5) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales el proponente haya ostentado la calidad de contratista.

Atentamente,

ZULAY M. ACENDRA FILOS

COORDINACION Y LOGISTICA DE LICITACIONES

RESPUESTA DE LA ENTIDAD

En atención a la observación es pertinente informar 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. Además de lo anterior, y conforme a lo señalado en los términos de referencia de la convocatoria en el numeral 1.4 "RÉGIMEN LEGAL", se estableció que el presente proceso se rige por las normas civiles y comerciales, en ese orden de ideas, bajo el régimen jurídico que rige el presente proceso de selección.

"(...)

1.4. RÉGIMEN LEGAL

El presente proceso se rige por las normas civiles y comerciales, por lo establecido en el Decreto 1432 de 2013, modificado por los Decretos 2391 de 2013 y 2480 de 2014, las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, por los principios de transparencia, economía, igualdad, publicidad y selección objetiva, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 4º del artículo 6º de la Ley 1537 de 2012, y por lo señalado en este documento.

(...)"

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el numeral aludido en los Términos de Referencia, el régimen jurídico aplicable de esta convocatoria se rige por el régimen de la contratación privada contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia, por lo cual, la contratación de que trata el presente proceso no se somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni demás normas concordantes, como la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y sus Decretos Reglamentarios.

Así las cosas, en los Términos de Referencia que rigen la presente convocatoria se establecieron las reglas, pautas y lineamientos tendientes a obtener los servicios que se pretenden contratar, estableciendo los criterios de habilitación jurídica, técnica y financiera adecuados y proporcionales que garanticen la selección del oferente que cuente con la experticia necesaria para la cabal y correcta ejecución del proyecto, y se satisfaga el fin general perseguido con esta contratación, esto es, contar con el proponente adecuado tratándose de un contratista bajo unas condiciones idóneas exigidas por la entidad que bajo su régimen contractual se encuentra con la potestad de determina un perfil que selecciona las condiciones óptima para la consecución de los objetivos propuestos.

Aunado a lo anterior, en lo relacionado con el numeral 10. EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES, el fin último que persigue la entidad, no es abrir un sin número de posibilidades de riesgo que por la sola actividad que implica el objeto a contratar ya van implícitas en el desarrollo de las actividades contractuales, así pues, conforme a los fines y objetivos propuestos no es de recibo para la entidad ampliar el espectro de riesgos, propende la entidad filtrar los mismos que de manera latente son significativos en la escogencia del contratista, quien no tendrá otro objetivo que cumplir con seguridad y llevar a un feliz término las condiciones necesarias que exige la entidad contratante. Por todo lo anterior no es viable para la entidad incluir riesgos que puedan dar como resultado la extensión del cronograma financiero, jurídico, técnico. Si bien existen circunstancias que dependiendo de su análisis profundo se determinaría a quien podrían ser atribuibles, pretender trasladarle a la entidad este tipo de circunstancias sería a la postre ir en contravía de las condiciones mínimas técnicas de los términos de referencia estipulados para todos los proyectos.

El presente informe se expide a los dieciséis días (16) del mes de enero de dos mil dieciocho (2018).

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