

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

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

PROGRAMA AGUA PARA LA PROSPERIDAD

CONVOCATORIA N° PAF-ATF-I-023-2017

OBJETO: “CONTRATAR LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL Y JURÍDICA PARA LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO “MEJORAMIENTO DEL SISTEMA DE ACUEDUCTO SEGÚN PLAN MAESTRO DEL MUNICIPIO DE RONCESVALLES”.

De conformidad con lo establecido en el Subcapítulo I “Generalidades” Capítulo II “Disposiciones Generales” No. 1.10 “Observaciones a los Términos de Referencia y los Documentos y Estudios del Proyecto” de los Términos de Referencia y en el cronograma de la Convocatoria consagrado en el Subcapítulo III Capítulo I “Disposiciones Específicas” los interesados podían presentar observaciones respecto al contenido de los Términos de Referencia, de los Estudios del Proyecto, de los Anexos Técnicos y de cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, de manera escrita, hasta el día veinte (20) de abril de dos mil diecisiete (2017).

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: JUAN MANUEL SARMIENTO SÁNCHEZ**, Ingeniero Estimador de Costos - GÓMEZ CAJIAO, comunicado enviado al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica, el día jueves 20 de abril de 2017, a las 05:36 p.m.

OBSERVACIÓN	
OBSERVACIONES A PRESENTAR AL CLIENTE EXTERNO	
Cláusula	Observaciones / Solicitud
Estudios Previos. Numeral 7.1. - Forma de Pago TR. Numerales 2.8.2.9 y 2.8.3.7	FASE II. Se solicita que el pago del valor correspondiente a esta fase, se realice de forma mensual, ya que la duración de esta fase es de 3 meses. FASE III. Solicitamos se modifique el numeral b) y se establezcan condiciones para que el pago del 50% dependa de la labor del INTEVENTOR y no del CONTRATISTA DE OBRA. En caso en que la solicitud anterior no sea aceptada, solicitamos que se indique un procedimiento para que las partes tengan certeza de qué montos se deben facturar a medida de que avance la obra.
RESPUESTA	

En atención a la observación presentada por el interesado, la Entidad procede a pronunciarse en los siguientes términos:

1. a) No se acoge la observación pues si bien la entidad ha establecido que puede durar hasta 3 meses esto dependerá de los resultados de la Fase I, tal como se establece en los Términos de referencia los cuales en el numeral 2.8.2.9. correspondiente a "VALOR Y FORMA DE PAGO DE LA FASE II" establecen "(...)serán mutables al momento de la suscripción del acta de inicio de la fase II la dedicación del personal (hombre/mes), la cantidad y duración de las actividades técnicas a desarrollar".

Teniendo en cuenta lo anterior y que la entidad ha establecido un modelo de pago para todas sus convocatorias que corresponden a ejecución condicional por fases, no se acoge la observación del interesado.

b) Se informa al interesado que no se acoge su observación, por cuanto se pagará al contratista de interventoría según el desarrollo de la obra, esto con el fin de garantizar que los pagos realizados corresponden a la dedicación establecida en los términos de referencia para los profesionales solicitados además al desarrollo y utilización de los costos asociados a los demás costos directos e indirectos en los que incurre el contratista en la ejecución de la interventoría, garantizando además un flujo de caja al contratista según se vaya requiriendo en el desarrollo de proyecto. Por lo anteriormente expuesto, se mantienen las condiciones establecidas en los términos de referencia respecto a las condiciones de pago.

c) Se informa al interesado que no se tiene establecido en los términos de referencia un monto facturable mensualmente, estos valores deberán corresponder a los cronogramas de obra y estarán distribuidos en el plazo de ejecución de la fase según la metodología de pago establecida en los términos de referencia.

Estudios Previos Numeral 9;	Se solicita que las garantías de Cumplimiento y Calidad del servicio se reduzcan al 20% del valor del contrato.
TR. Numeral 2.15	
Garantías	

2. No se acoge la observación del interesado, por cuanto las garantías exigidas corresponden a los porcentajes de suficiencia que la Entidad estima en los análisis de riesgos, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del futuro contratista.

<p>TR. Numeral 2.8.2.9 Valor y forma de pago de la Fase II</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Se solicita se elimine la siguiente frase, por cuanto las obligaciones del Interventor deben estar contenidas expresamente en los documentos que hacen parte del contrato (términos de referencia, estudios previos, etc). <i>"EL INTERVENTOR está obligado a ejecutar todas las actividades y servicios que resulten necesarias para la ejecución de la Fase II, incluyendo todas aquellas no contempladas en la oferta"</i>. - Se solicita que el pago del valor correspondiente a esta fase, se realice de forma mensual, ya que la duración de esta fase es de 3 meses
--	---

3. a) Se informa al interesado, que la solicitud presentada no resulta procedente por cuanto, el inciso en cita, hace referencia a la totalidad de las actividades establecidas en los Términos de Referencia, Estudios Previos y demás documentos, necesarios para la ejecución de la Fase II, actividades que deberá costear en su oferta por cuanto la Entidad le hará exigibles las mismas.

Sin embargo a efectos de dar claridad, se procederá a precisar dicho párrafo mediante adenda que será publicada en la página web de la Entidad.

b) No se acoge la observación pues si bien la entidad ha establecido que puede durar hasta 3 meses esto dependerá de los resultados de la Fase I, tal como se establece en los Términos de referencia los cuales en el numeral 2.8.2.9. correspondiente a "VALOR Y FORMA DE PAGO DE LA FASE II" establecen "(...)serán mutables al momento de la suscripción del acta de inicio de la fase II la dedicación del personal (hombre/mes), la cantidad y duración de las actividades técnicas a desarrollar".

Teniendo en cuenta lo anterior y que la entidad ha establecido un modelo de pago para todas sus convocatorias que corresponden a ejecución condicional por fases no se acoge la observación del interesado.

<p>Minuta del Contrato. Cláusula 1.</p>	<p>Se solicita incluir en los documentos que hacen parte del contrato 4. La propuesta presentada por el INTERVENTOR</p>
---	---

4. Se informa al interesado que no se acoge su solicitud toda vez que, tal y como puede observarse en la cláusula 32 de la Minuta del Contrato, la propuesta presentada por el Interventor, se encuentra dentro de los documentos del contrato. Para mayor claridad se transcribe el aparte pertinente:

"CLÁUSULA TRIGÉSIMO SEGUNDA.- DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Hacen parte integral del presente contrato los siguientes documentos: 1) Los Términos de Referencia de la convocatoria N° PAF-XXX-XXX-2017. 2) Los estudios previos. 3) Los presentados por EL CONTRATISTA en su propuesta. 4) La garantía. 5) Los demás que se produzcan durante el desarrollo del mismo".

<p>Minuta del Contrato. Cláusula 3. Condiciones Resolutorias</p>	<p>Se solicita que se elimine el texto del PARÁGRAFO 1 y se reemplace por el siguiente: "en caso de suspensión el contrato por causas no imputables al Interventor, se le reconocerán, además de los pagos que el Contratante adeude al Contratista por lo ejecutado hasta el momento de la suspensión, la tarifa stand-by por los equipos y personal del Contratista que la Compañía solicite permanezcan en el área del lugar de los servicios y los costos por extensión de seguros y/o garantías".</p>
--	--

5. No se acoge la observación del interesado, puesto que este es un riesgo que se ha trasladado al contratista de interventoría, con el objetivo de garantizar el curso normal del contrato, el cual es su ejecución en condiciones normales donde no se generen suspensiones o modificaciones; sin embargo en caso de que se llegasen a dar, son un riesgo propio de la actividad de la interventoría y que debe tener en cuenta el proponente en la elaboración de su oferta, según su conocimiento y experticia, por lo anterior se mantienen las condiciones establecidas en los términos de referencia.

<p>Minuta del Contrato. Cláusula 16 - Causales de Terminación del Contrato.</p>	<p>- En el numeral 2., se solicita incluir lo subrayado:</p> <p>2) POR MUTUO DISENSO O RESCILIACIÓN ENTRE LAS PARTES: Las partes en cualquier momento de la ejecución del plazo del contrato podrán darlo por terminado, de conformidad con lo previsto en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, <u>siempre que notifique a la otra, con 30 días de antelación.</u></p> <p>- Se solicita adicionar el siguiente numeral:</p> <p>Si el presente contrato es suspendido por fuerza mayor, caso fortuito o hechos nos atribuibles al interventor por un término superior a 60 días calendario.</p>
---	--

6. En atención a la observación presentada por el interesado, es menester precisar que con la redacción contenida en la Minuta, se encuentran garantizados los derechos de defensa y contradicción, siendo posible verificar en el párrafo allí contenido, la posibilidad de controvertir cualquiera de las decisiones que se tomen por parte de la contratante:

PARÁGRAFO: *Para que opere cualquiera de las condiciones resolutorias o de terminación, las partes a través de la firma del presente contrato convienen que facultan a la CONTRATANTE para resolver o terminar por incumplimiento del CONTRATISTA el contrato en los anteriores eventos, así mismo las partes acuerdan que se establecerá la posibilidad de presentar descargos al CONTRATISTA y se comunicará la respectiva comunicación al CONTRATISTA sobre la decisión que al respecto adopte la CONTRATANTE.*

En ese orden de ideas, el contrato en sí mismo plantea un procedimiento en el cual se da cuenta de las razones de interés general que generan la terminación del contrato, y la posibilidad de que el contratista conozca el contenido y las razones que conducen a ello, e incluso de controvertirlas. Por ello no habría lugar a realizar la modificación solicitada.

Ahora bien, no se estima procedente establecer un tiempo mínimo de comunicación que a la postre podría incidir en la causación de un perjuicio o daño por la parálisis del contrato.

De otro lado, tampoco se considera procedente la solicitud de incluir entre las cláusulas la posibilidad de dar por terminado el contrato ante una suspensión por determinado tiempo, por cuanto en primer lugar, se debe perseguir el fin último de la contratación que es la adquisición del bien o servicio, y de otro lado, el curso normal del contrato es su ejecución en condiciones normales donde no se generen suspensiones o modificaciones, sin embargo en caso de que se llegasen a dar, son un riesgo propio de la actividad de la interventoría y que debe tener en cuenta el proponente en la elaboración y costeo de su oferta, según su conocimiento y experticia, por lo anterior se mantienen las condiciones establecidas.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la suspensión como figura jurídica en la contratación con recursos

públicos, es de carácter excepcional. Su fundamento obedece a la presencia de circunstancias o eventos que imposibilitan la ejecución de las actividades previstas en el contrato.

<p>Minuta del Contrato. Cláusula 20 – Suspensión temporal</p>	<p>se solicita incluir lo subrayado:</p> <p>Por razones de fuerza mayor o caso fortuito se podrá, de común acuerdo entre las partes, suspender temporalmente la ejecución del contrato hasta por <u>60 días</u>, mediante acta en donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de suspensión ni se varíe el valor del contrato. Si dicha suspensión excede el término mencionado, cualquiera de las podrá dar por terminado el contrato.</p>
---	--

7. Se da respuesta en los mismo términos de la respuesta a la observación anterior.

<p>Minuta del Contrato. Cláusula 22 – Cláusula Penal</p>	<p>Se solicita que el valor de la cláusula penal se modifique al 10% sobre el valor total del contrato.</p>
--	---

8. No se acoge la observación del interesado, por cuanto las garantías exigidas corresponden a los porcentajes requeridos por la entidad con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del futuro contratista. La entidad considera que los montos o porcentajes estimados para la cláusula penal, es apenas razonable dado que lo que se trata es de salvaguardar recursos públicos. Al respecto es importante resaltar que aun cuando el contrato se encuentra en la órbita del derecho privado, los recursos son de origen público, por lo que deben tener la protección que su naturaleza exige.

<p>Minuta del Contrato. Cláusula 23 - Procedimiento para Aplicación de la Cláusula Penal y Cláusula Penal de Apremio:</p>	<p>Se solicita que en el procedimiento de la presente cláusula, se incluya un plazo para que el Interventor pueda subsanar el incumplimiento.</p>
---	---

9. No se acepta la solicitud presentada por el interesado, en la medida en que la cláusula penal comprende el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en el contrato, y en la cláusula penal de apremio el objeto de la sanción contractual obedece a la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

En ese orden de ideas, el incumplimiento que se condena con la aplicación de la cláusula penal pecuniaria, obedece a no realizar una prestación debida derivada de un negocio jurídico desde el punto de vista de la obligación como tal; mientras que en la cláusula penal de apremio la sanción va dirigida al retardo en el cumplimiento de una obligación, desde el punto de vista de los plazos contractuales, habida cuenta la existencia de obligaciones sometidas a un plazo.

Así, conforme al Código Civil, en su artículo 1592 esa cláusula que sirve para para asegurar el cumplimiento de una obligación, opera bien cuando no se ejecuta, o cuando ocurre un retardo en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes. No obstante ninguna de las dos tiene la connotación de conminar al contratista al cumplimiento, sino pactar la sanción por el incumplimiento o retardo en las obligaciones. De modo que no procede la solicitud en este sentido.

<p>No responsabilidad por lucro cesante no daños consecuenciales</p>	<p>Solicitamos incluir la siguiente previsión, relacionada con el límite de responsabilidad de las partes:</p> <p>El Contratista no responderá ante FINDETER por el reconocimiento de lucro cesante, daños indirectos, consecuenciales y/o punitivos generados por hechos relacionados con la celebración y/o ejecución del Contrato.</p>
--	---

10. Las referidas disposiciones contenidas en la minuta del contrato, que hace parte de los Términos de Referencia, establecen que la responsabilidad obedece a reclamaciones con ocasión del contrato. Es decir que, siendo el contratista en todo momento una parte del negocio jurídico, con independencia de su vinculación con los hechos que den lugar a dichas reclamaciones, sobre este recaen deberes de solidaridad y buena fe, por cuanto en efecto, la responsabilidad de las partes en el contrato no es ilimitada. Así, el límite aquí expuesto es que la responsabilidad obedece a circunstancias derivadas del contrato.

En ese orden de ideas, no podría entonces plantearse una o varias circunstancias que ocurran con ocasión del contrato que no le sean oponibles a una de sus partes y excedan su responsabilidad, a menos que se presenten como casos de fuerza mayor o caso fortuito, cuyo desarrollo obedece a consecuencias y circunstancias propias dentro de la ejecución del contrato.

<p>Normatividad Aplicable</p>	<p>Se solicita se aclare si al presente contrato le serán aplicables las facultades excepcionales que contempla la Ley 80 de 1993.</p>
-------------------------------	--

11. Es preciso señalar que la contratante es el Patrimonio Autónomo -FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., sujeto de derecho privado, en ese orden de ideas, el régimen jurídico que rige el presente proceso de selección, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.3 del Subcapítulo I del Capítulo II de los Términos de Referencia "REGIMEN JURIDICO APLICABLE" es el régimen de la contratación privada contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia.

En consecuencia, 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.

La jurisprudencia contencioso administrativa con relación a las potestades unilaterales en los contratos regidos por el derecho privado, recientemente ha planteado una teoría que propone y se ajusta con la doctrina contemporánea en el tema de la autonomía de la voluntad como vehículo, para que las partes configuren libremente un negocio jurídico.

Así, el Consejo de Estado¹, manifiesta que la regla general frente al manejo del incumplimiento en los contratos celebrados por parte de las entidades públicas, no puede ser aplicable a entidades con un régimen de derecho privado, como lo es la declaratoria unilateral de la caducidad del contrato, o el ejercicio de potestad excepcional alguna.

Una vez planteado lo anterior, cobra relevancia la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, la buena fe y el interés negocial en la contratación privada, de donde se desprende el contenido contractual, tanto en su esencia y naturaleza, como en los elementos accidentales que se pacten por las partes².

En consecuencia, sin perjuicio de lo expuesto en las primeras líneas de esta respuesta, para la ejecución del proyecto de la referencia las partes cuentan con mecanismos como el de acordar cláusulas de terminación unilateral del contrato, la posibilidad de aplicar la cláusula penal de apremio, para brindar al negocio de herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial³.

Matriz de Riesgo. Numeral 10.	Se solicita eliminar este numeral, ya que si un cambio en la normativa afecta el equilibrio económico del contrato, la Entidad debe responder.
----------------------------------	--

11. Se informa al interesado que las situaciones previstas en este riesgo están ligadas a los cambios que pueden presentarse en el ejercicio de su actividad, la cual conoce y en la que se desenvuelve permanentemente y por tanto le son de fácil previsión y mitigación, en atención a su experticia en la consecución y estructuración de los recursos necesarios. Su ocurrencia o probabilidad son muy bajas, ya que estos cambios son previamente discutidos en el Gobierno con suficiente antelación y debe surtir los tramites constitucionales y legales pertinentes que convierten su adopción y vigencia a largo plazo, no son normas que se expidan de manera imprevista. Es el proponente quien previamente a la celebración del contrato ha hecho sus propios cálculos y estimaciones, con base en los cuales ha dimensionado su oferta. Tales estimaciones y cálculos deben haber considerado el contexto en el cual se ejecutará el contrato, incluyendo el tributario así como todos los fenómenos, que puedan afectar la ejecución del contrato. Por lo anteriormente expuesto se mantiene lo establecido en la matriz de riesgo.

Matriz de Riesgo. Numeral 13 y 14	Se solicita eliminar estos riesgos, ya que la obligación de obtener licencias y/o permisos recae sobre el Contratista.
--------------------------------------	--

12. Tal como se establece en los términos de referencia, la interventoría tiene a cargo varias actividades relacionadas con permisos como se indica a continuación:

“Es obligación Verificar el cumplimiento del CONTRATISTA DE EJECUCIÓN DEL PROYECTO, frente a la obligación de identificación y gestión de permisos y licencias necesarias para ejecución del proyecto así como el costo de las mismas, los cuales dependen de la naturaleza del mismo, esto incluye permisos de vertimientos, ocupación de cauces y demás permisos ambientales, servidumbres y legalidad de predios entre otros.”

“Verificar los requerimientos exigidos en las licencias, permisos, resoluciones y demás requisitos indispensables para el desarrollo normal del contrato. Para el efecto deberá tener

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2016. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), Exp. 41.783

² *Idem*

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2016. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), Exp. 41.783

disponible para consulta inmediata un compendio impreso de los permisos y resoluciones aplicables según el tipo de proyecto”.

“Verificar el avance en la gestión y consecución de permisos, licencias y trámites a cargo del Ente Territorial necesarios para garantizar la ejecución del proyecto.”

Precisado lo anterior y dado que por ser su obligación contractual, es el interventor contratista quién está en mejor capacidad de administrar el riesgo, y que además previamente a la celebración del contrato ha hecho sus propios cálculos y estimaciones, con base en los cuales ha dimensionado su oferta, se mantiene la asignación del 100% a cargo del interventor.

Por lo anteriormente expuesto se mantiene lo establecido en la matriz de riesgo.

Matriz de Riesgo. Numeral 16	Se solicita eliminar este riesgo ya que recae en cabeza del Contratista y no del Interventor.
---------------------------------	---

13. No se acoge la observación del interesado, toda vez que la Entidad considera que es un riesgo que también debe tener en cuenta el contratista de interventoría, lo anterior teniendo en cuenta que tendrá personal, vehículos, equipos, en campo que pueden afectar o resultar afectados por circunstancias propias del ejercicio o por circunstancias extraordinarias, es por esto que además del riesgo establecido en la matriz se solicita la expedición de pólizas que cubren estos riesgos.

El presente Informe se expide a los veinticuatro (24) días del mes de abril de dos mil diecisiete (2017).

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