

FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. - FINDETER

FONDO PREINVERSIÓN

CONVOCATORIA N° VF-C-03-2019

“CONTRATAR LA CONSULTORÍA PARA LA VALIDACIÓN TÉCNICA, LEGAL Y FINANCIERA DE HASTA CUATRO (4) PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ETAPA DE FACTIBILIDAD, Y EL ACOMPAÑAMIENTO AL DADEP EN LA OBTENCIÓN DE APROBACIONES DE LOS PROYECTOS EN LOS DIFERENTES ESCENARIOS DISPUESTOS POR ESTA ENTIDAD Y/O POR LA NORMATIVIDAD VIGENTE APLICABLE.”.

El proponente CIP S.A.S., radica mediante documento en físico N° 120191000072716, la carta de cupo crédito fuera del término de presentación o cierre para la entrega de las propuestas y junto con dicho documento una observación razón por la cual se procede a responder de la siguiente manera:

1. **INTERESADO: CONSULTORIA INVERSIONES Y PROYECTOS S.A.S – CIP S.A.S**, comunicado enviado medio magnético, el día martes 07 de mayo de 2019 11:54 a.m., mediante radicado 120191000072716

OBSERVACIÓN 1

De conformidad con los pliegos de condiciones en su numeral 1.4 se establece que esta convocatoria se regirá y está sujeta por los principios de la Función Administrativa y de la Gestión Fiscal, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, por lo cual se deberán regir a lo indicado por el Consejo de Estado el cual se ha pronunciado respecto a los requisitos habilitantes, como se establece en la sentencia del 26 de febrero de 2014, bajo el radicado 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804) sostuvo que: *“con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables.”*

Mediante sentencia del 12 de noviembre de 2014, Radicado No. 25000-23-26-000-199612809-01 (27.986), el Consejo de Estado precisó que a partir del Decreto 1082 de 2015, en cuanto a la subsanación de ofertas se refiere, tanto las Entidades como los oferentes deben ceñirse por la regla contemplada en el parágrafo primero del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 que consiste en que lo subsanable o no se determina dependiendo de si el requisito omitido asigna puntaje al oferente y, en consecuencia *“si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfagan suficientemente”*

Entendiéndose por requisitos habilitantes la capacidad jurídica, financiera y técnica, y como bien se indica en los pliegos el cupo de crédito es el documento por medio del cual se verificarían los requisitos habilitantes de orden financiero.

De conformidad con el numeral 3.1.2. REQUISITOS HABILITANTES DE ORDEN FINANCIERO, nos permitimos presentar la Carta de cupo de crédito del Banco de Occidente para la Convocatoria N°VF-C-03-2019, por medio de la cual acreditamos que nos encontramos hábil financieramente.

RESPUESTA 1:

En atención a su observación, comedidamente nos permitimos aclararle que si bien es cierto, los principios de función administrativa nos aplican por la naturaleza jurídica de Findeter (**sociedad de economía mixta**) y que estos mismos hacen parte al régimen de la contratación estatal; no deja de ser menos cierto que el régimen contractual de Findeter es de **Derecho Privado**, y que el hecho que se encuentren definidos dentro de las convocatorias que produce la Entidad, no es razón para concluir que tal situación impacte nuestro régimen de contratación; con esto se pretende señalar que el argumento normativo con el cual justifica la no presentación de la carta cupo crédito en su propuesta, no es aplicable para la Entidad, porque como bien lo sabe es un sustento normativo del régimen de contratación estatal que difiere del régimen aplicado por Findeter.

En ese sentido y atendiendo su situación particular, le informamos que el inciso cuarto del numeral 3.1.2. REQUISITOS HABILITANTES DE ORDEN FINANCIERO, señala expresamente lo siguiente:

*(...) **No será susceptible de subsanación la NO presentación de la carta cupo de crédito**, ni la vigencia del cupo, ni el valor que conste en dicho documento. No obstante será posible subsanar cualquier otro dato o información diferente al valor de la carta de cupo de crédito, por lo cual el documento que se allegue aún con fecha posterior al cierre será válido. (...)* (Subrayado y Negrilla fuera del Original)

Por lo que con la **NO PRESENTACIÓN DE SU CARTA CUPO DE CRÉDITO dentro** de la propuesta presentada en la fecha y **hora** señaladas en los términos de referencia para tal efecto, su propuesta se encontraba incurso de la causal de rechazo señalada en el numeral 1.40.16., de los términos de referencia así:

“Cuando el proponente no cumpla con los requisitos habilitantes establecidos en los términos de referencia.”

En consecuencia, haciendo una lectura exegética de los términos de referencia frente a su situación en particular y teniendo en cuenta que nuestro régimen de contratación es de **Derecho Privado**, NO se acoge su observación y la carta cupo crédito allegada NO serán tenidas en cuenta para el desarrollo de la evaluación.

2. **INTERESADO: PROFIT Banca de Inversión**, comunicado enviado por correo electrónico, el día viernes 03 de mayo de 2019 01:50 p.m.

OBSERVACIÓN 1

El pasado 2 de mayo fue publicada la Adenda 3 al proceso del asunto.

Una vez revisado tal documento, encontramos algunas inconsistencias que de manera atenta ponemos a su consideración, por cuanto (i) no tienen correspondencia con lo aprobado por la Entidad y (ii) no corresponden tampoco al ordenamiento jurídico actual.

En efecto, de acuerdo con el documento de Respuestas a las Observaciones al proyecto de Términos de Referencia (TdR), la compañía Konfirma S.A.S, remitió las siguientes observaciones con miras a modificar los numerales 3.1.3.1 (subnumeral 2) y el numeral 4.1.1. de los TdRs:

En tal virtud, se le solicita a la entidad permitir experiencia en **Estructuración**, y/o validación y/o EVALUACIÓN de proyectos de infraestructura y/o APP (Asociaciones Publico Privadas), toda vez que de acuerdo con los estudios

previos del proceso, la Entidad requiere contar con servicios especializados en temas técnicos, financieros, legales, sociales, ambientales y de presupuesto que valide la factibilidad presentada por el originador de los proyectos, para ejecutar las labores especializadas, actividades que son propias de la evaluación de los procesos de contratación para la escogencia de Asociaciones Publico Privadas

Vale la pena advertir, que en la evaluación va implícita la validación e incluso es preciso destacar que la evaluación conlleva mayores actividades y responsabilidad que la simple validación, teniendo en cuenta que de acuerdo con la definición de la Real Academia Española, evaluar significa “Estimar, apreciar, calcular el valor de algo.”, así las cosas si el proponente logra demostrar experiencia en la evaluación de procesos de contratación para la selección de **Asociaciones Publico Privadas (APP) y/o de proyectos de infraestructura**, está demostrando que cuenta con la experiencia para realizar validaciones, tal y como lo requiere la convocatoria.

De igual forma se le solicita a la entidad modificar el numeral 1 del numeral 4.1.1 de la siguiente manera:

Su objeto, obligaciones o alcance debe corresponder a Estructuración y/o Validación y/o Evaluación técnica, legal y financiera de proyectos de infraestructura y/o APP.

Al respecto, de acuerdo con tal documento la Entidad manifestó **ACOGER** las observaciones y, en consecuencia, modificar los señalados numerales 3.1.3.1 y 4.1.1. de los términos de referencia.

1. Del numeral 4.1.1.

De manera atenta llamamos la atención a la Entidad acerca de que, a pesar de lo anunciado en sus respuestas del pasado 2 de mayo, la Adenda 3 publicada no incluyó la modificación anunciada.

En efecto, la Entidad indica en las respuestas que:

Igualmente el numeral 4.1.1 de los Términos de Referencia quedará de la siguiente manera:

...4.1.1. EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LA EXPERIENCIA ADICIONAL DEL PROPONENTE (HASTA 50 PUNTOS)

Adicional a los contratos presentados por el proponente para el cumplimiento de los requisitos habilitantes, la experiencia específica adicional se evaluará de la siguiente manera:

PUNTAJE	REQUISITO
Un (1) contrato adicional otorga 15 PUNTOS	1. Su objeto, obligaciones o alcance debe corresponder a Validación o Evaluación o estructuración técnica, legal y financiera de proyectos de infraestructura y/o APP.
Dos (2) contratos adicionales otorgan 30 PUNTOS	
Tres (3) contratos adicionales otorgan 50 PUNTOS	2. Cada contrato deberá ser por un valor de 0,25 veces el presupuesto estimado del proceso de selección, expresado en SMMLV.

Sin embargo, una vez revisada la Adenda 3, no se encuentra que el cambio allí anunciado haya sido en efecto incluido.

2. Del numeral 3.1.3.1

Respecto del numeral 3.1.3.1 el proyecto de Términos de Referencia indicaba en su subnumeral 2 que para ser válida, la Experiencia Específica del Proponente (Habilitante) tendría como condición que:

*“Con los contratos o certificaciones de los contratos aportadas, el proponente deberá acreditar experiencia en **validación** de iniciativa privadas (APP) (sic), en las cuales se haya realizado **validación técnica, legal y financiera en proyectos de infraestructura** y cuya cuantía de validación sea de uno punto cinco (1.5) veces el presupuesto oficial.”*

La anterior redacción obedecía a dos preceptos fundamentales, derivados del objeto del contrato que se persigue adjudicar con el proceso que nos ocupa:

1. Tener experiencia en validación de iniciativas privadas y
2. Que las validaciones fueran integrales, esto es, que abordaran los aspectos técnicos, legales y financieros.

Y esta redacción era así porque de acuerdo con nuestro ordenamiento la validación y/o la evaluación de Asociaciones Público Privadas (APP), solo es predicable de aquellas de Iniciativa Privada (Cf. Artículo 19 de la Ley 1882 de 2018¹). No obstante, y en contraposición, la estructuración de APPs puede ser tanto de proyectos de Iniciativa Privada como de Iniciativa Pública (Cf. Artículos 9² y 14³ de Ley 1508 de 2012). Sin perjuicio de lo anterior, la Adenda 3 señala hoy que:

*“Con los contratos o certificaciones de los contratos aportadas, el proponente deberá acreditar experiencia en validación **o evaluación o estructuración de iniciativa privadas** (APP) (sic)” (Resaltado fuera de texto)*

Con lo cual, aparentemente la Entidad cometió un error de transcripción al circunscribir las credenciales admisibles a aquellas derivadas de Iniciativa Privada exclusivamente, cuando, como ha quedado demostrado, la Ley establece que la Estructuración de proyectos se predica tanto de aquellos de Iniciativa Privada como de Iniciativa Pública.

El anterior error es evidente pues al Findeter aceptar la inclusión de Estructuraciones como experiencias válidas, está acertadamente, otorgándole la razón a Konfirma en la medida en que la estructuración de un proyecto de infraestructura APP, ya sea de iniciativa privada o de iniciativa pública, cualquiera de los dos, es suficiente para probar la experiencia relevante para poder validar y/o evaluar cualquier clase de proyecto de APP y de hecho, la estructuración de iniciativas públicas, evidencia un conocimiento adicional: la protección al interés público que debe primar en esta clase de proyectos.

¹ Artículo 19. Costos de evaluación de los proyectos de asociación público privada. Los originadores en la estructuración de proyectos de infraestructura pública de **iniciativa privada** o para la prestación de sus servicios asociados, asumirán por su propia cuenta y riesgo, la totalidad de los costos de la estructuración, incluyendo el costo para su revisión y/o **evaluación** en las etapas de prefactibilidad y factibilidad, según corresponda. (...) Parágrafo 2º. Para la presentación de proyectos de las **iniciativas privadas** de la que trata el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, por parte de entidades territoriales al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se deberá contar con la **validación financiera** de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras públicas y la aprobación del gobernador o alcalde de la entidad territorial.

² Proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Pública

³ Proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada

Ahora bien, la redacción original indicaba además que la validación que se debía probar debería cumplir con ser una validación integral (esto es que abarcara los ámbitos técnicos, financieros y legales). En efecto lo que se pretendía, era que el consultor fuera uno integral.

Desafortunadamente, la redacción acogida por la Entidad no continúa con tal intención, la cual es deseable de cualquier consultor que pretenda desarrollar el objeto del contrato que nos ocupa, pues, como se desprende de la redacción actual, no se le exige al consultor que pretenda acreditar, ya esa una Estructuración o una Evaluación, que éstas sean integrales y en cambio, por defectos de redacción, se le está exigiendo, por ejemplo, a un Evaluador que su proyecto también haya sido Validado, situación que jurídicamente hoy es imposible, de acuerdo con el marco normativo actual.

En efecto, solo para efectos ilustrativos nos permitimos transcribir el requisito exigible hoy en la Adenda 3 y la imposibilidad legal, derivada el artículo 19 de la ley 1882 de 2018, para cumplirla:

Redacción Adenda 3	Posible interpretación
<p><i>“Con los contratos o certificaciones de los contratos aportadas, el proponente deberá acreditar experiencia en validación o evaluación o estructuración de iniciativa privadas (APP), en las cuales se haya realizado validación técnica, legal y financiera en proyectos de infraestructura y cuya cuantía de validación sea de uno punto cinco (1.5) veces el presupuesto oficial”.</i></p>	<p><i>“Con los contratos o certificaciones de los contratos aportadas, el proponente deberá acreditar experiencia en (...) evaluación de iniciativa privadas (APP), en las cuales se haya realizado validación técnica, legal y financiera en proyectos de infraestructura y cuya cuantía de validación sea de uno punto cinco (1.5) veces el presupuesto oficial”.</i></p>

Ahora bien, otra interpretación (Posible interpretación 2) es que la Entidad exija que un Consultor pruebe que ha realizado la Estructuración de una Iniciativa Privada EN la que además haya realizado la validación. Esto también es imposible, pues no es permitido que un Estructurador de un proyecto de Iniciativa Privada, sea su validador y por tanto, sería imposible cumplir con tal requisito.

Lo que es obvio, es que Findeter persigue contar con un consultor integral y por tanto, es obvio que la integralidad debe versar de la actividad que corresponda, sea esta la Estructuración de un

Proyecto de Infraestructura, sea esta la Evaluación Integral de una Iniciativa Privada de Asociación Público Privada (APP) o sea esta la validación de un proyecto de iniciativa privada de las que trata el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, por parte de entidades territoriales al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (no sobre Evaluaciones), en los términos indicados por el parágrafo segundo del artículo 19 de la ya tantas veces citada ley 1882 de 2018.

Finalmente, la Entidad continúa cometiendo un error de transcripción al sugerir que la “sigla” APP corresponde a Iniciativa Privada cuando ésta corresponde a Asociación Público Privada.

Teniendo en cuenta lo anterior, respetuosamente solicitamos a la Entidad corregir la redacción en consecuencia de lo solicitado por los proponentes (y acogido por ella) y de acuerdo con el marco normativo actual, para lo cual se sugiere la siguiente redacción:

“**Numeral 3.1.3.1**

(...)

2. Con los contratos o certificaciones de los contratos aportadas, el proponente deberá acreditar experiencia en validación o evaluación o estructuración de proyectos de infraestructura y/o Asociaciones Público Privadas (APP), en las cuales se haya realizado validación o evaluación o estructuración técnica, legal y financiera, respectivamente en proyectos de infraestructura y cuya cuantía de validación o evaluación o estructuración sea de uno punto cinco (1.5) veces el presupuesto oficial.”

RESPUESTA 1:

En atención a su observación, le solicitamos amablemente al interesado remitirse a las observaciones emitidas el 06 de Mayo de 2019 donde se explica detenidamente la modificación de la Adenda N° 3 y la inclusión de la Adenda N° 4.

3. **INTERESADO: GETINSA – ESTUDIOS TPF INGENIERÍA**, comunicado enviado medio correo electrónico, el día martes 30 de abril de 2019 04:03 p.m.

OBSERVACIÓN 1

De acuerdo a lo solicitado en el numeral 3.1.3.1.

EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE (HABILITANTES)

Los proponentes deberán acreditar experiencia específica con la presentación de **MÁXIMO TRES (03) CONTRATOS TERMINADOS** con el cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. Los contratos aportados deberán sumar, en su conjunto, un valor igual o superior a Una (1.00) vez el valor del Presupuesto Estimado – PE, expresado en SMMLV

2. Con los contratos o certificaciones de los contratos aportadas, el proponente deberá acreditar experiencia en validación de iniciativa privadas (APP), en las cuales se haya realizado validación técnica, legal y financiera en proyectos de infraestructura y cuya cuantía de validación sea de uno punto cinco (1.5) veces el presupuesto oficial.

Solicitamos a la entidad:

Su objeto, obligaciones o alcance debe corresponder a Estructuración y/o Validación técnica, legal y financiera de proyectos de infraestructura y/o APP, tal como se solicita en el numeral 4.1.1 CALIFICACION DE EXPERIENCIA ADICIONAL, y no solo sea experiencia en Validación de iniciativas privadas (APP).

RESPUESTA 1:

En atención a su observación, le solicitamos amablemente al interesado remitirse a las observaciones emitidas el 02 y el 06 de Mayo de 2019.

Para constancia, se expide a los diecisiete (17) días del mes de mayo de dos mil diecinueve (2019).

FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. – FINDETER - FONDO PREINVERSIÓN FINDETER.