

INFORME DE RESPUESTA EXTEMPORÁNEA A OBSERVACIONES A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

CONVOCATORIA N° PAF-ICBF-I-024-2016

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

OBJETO: CONTRATACIÓN CONDICIONAL POR ETAPAS DE LA “INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, CONTABLE, AMBIENTAL Y JURÍDICA PARA EL ACOMPAÑAMIENTO Y GESTIÓN PARA LA APROBACIÓN DEL PLAN DIRECTOR, ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS, DISEÑOS Y CONSTRUCCION, DEL PARQUE ZONAL PREDIO EL REDENTOR – EN BOGOTÁ D.C.”.

De conformidad con el cronograma de la presente convocatoria, los interesados podían formular observaciones a los Términos de Referencia hasta el 21 de noviembre de 2016.

En periodo extemporáneo se presentó observación a la cual se procederá a dar respuesta a través del presente documento, en los siguientes términos:

1. **Observación extemporánea presentada por el representante legal de Consorcios Chocó ID, Intermia y Desarrollo IDJ, Donal Bogotá Bautista con No. Radicado 120163300008624 de fecha 23/11/2016 – 14:55.**

Asunto: Observaciones Términos de Referencia convocatorias PAF-ICBF-I-013-2016, PAF-ICBF-I-017-2016, PAF-ICBF-I-018-2016, PAF-ICBF-I-019-2016, PAF-ICBF-I-022-2016, PAF-ICBF-I-024-2016 y PAF-ICBF-I-025-2016, PAF-ATF-I-026-2016, PAF-MME-I-027-2016

1) En las citadas convocatorias es común la cláusula denominada “CONFLICTO DE INTERÉS” que establece:

“Para los precisos efectos de estos Términos de Referencia, se considerará que, bien sea de manera individual o como integrante de un consorcio o unión temporal, un proponente no podrá presentar propuesta ni suscribir contrato, por encontrarse incurso en conflicto de interés, cuando:

(...) 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 (...).”

Con respecto a esta cláusula, respetuosamente solicitamos que sea revisada y modificada, debido a que la misma hace excluyente de los procesos licitatorios de Findeter a todos aquellos proponentes que actualmente tienen contratos de ejecución condicional por fases, como se presenta en mi caso, donde actualmente me encuentro como consorciado de los consorcios anteriormente enunciados, contratos que fueron suscritos en el año 2015 y que a la fecha no se han finalizado debido a acontecimientos de orden técnico atribuible a los contratistas de los mismos, sin que por tal motivo se haya dejado de cumplir con nuestras obligaciones como interventoría, las cuales han sido desarrolladas a cabalidad de forma continua y transparente.

Considerando las diferentes dificultades especialmente de orden técnico y aquellas atribuibles a diversos factores externos, especialmente climáticos y de desplazamiento y colocación de materiales en las zonas de obra, algunos de estos contratos están en proceso de prórroga y por ende no estimamos que los mismos lleguen a finalizar con antelación a la adjudicación de los procesos que se encuentran vigentes, motivo por el cual solicitamos la modificación de la cláusula a fin de que esto, no sea un impedimento para la presentación de las propuestas para los nuevos proyectos y su eventual adjudicación, más bien convirtiéndose en óbice que ya se cuenta con la experiencia en el manejo de este tipo de contratos lo cual *contrario sensu* de lo buscado en los términos de referencia, se consideraría como un factor a favor del proponente que ya cuenta con la capacidad técnica y financiera, así como con la experiencia en este tipo de proyectos.

En conclusión, solicitamos que para las convocatorias actuales y futuras publicadas por FINDETER, se eliminen las cláusulas restrictivas para los proponentes que tienen contratos vigentes con la Entidad, ya sean estas por la vía de CONFLICTO DE INTERES o NO CONCENTRACIÓN DE CONTRATOS, o por lo menos se amplíe la restricción a tener seis (6) contratos en ejecución (tanto para los programas de infraestructura como contratos de ejecución condicional por fases).

Respuesta Entidad:

Respecto de la regulación de conflicto de intereses en los términos de referencia, la Sala de Consulta del Consejo de Estado en concepto Radicado N° 2.045 del 23 de marzo de 2011 Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, concluyó que es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones; dijo en el concepto:

*“...La Sala, en el concepto del 10 de agosto del 2006, ya citado, concluyó que **en los contratos estatales es posible incluir cláusulas que regulen los conflictos de intereses de los contratistas, criterio que es extensible al contenido de los pliegos de condiciones;** dijo en el concepto:*

*“**La Sala destaca que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al Consultor, comporta una evaluación estrictamente objetiva...**”*

***El postulado ético insito en las cláusulas sobre conflictos, lleva a significar que el propósito de las partes contratantes es el de amparar en grado extremo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, prohibiendo determinadas conductas, sin consideración de los resultados dañinos o inoocuos de las mismas en relación con el proceso de licitación.**”*

En ese orden de ideas, precisamente 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, es perfectamente viable que la entidad, previa identificación de las actividades incompatibles determine e incorpore en los términos de referencia de las convocatorias las causales para regular los conflictos de interés cuando se identifiquen actividades que puedan llegar a ser incompatibles.

Lo anterior, por cuanto se considera pertinente regular los posibles conflictos de interés en los procesos de contratación para salvaguardar los principios de la función administrativa de transparencia, igualdad y moralidad administrativas.

En este sentido, es procedente establecer una causal que limite la participación de contratistas de obra en convocatorias de interventoría y viceversa, dado que se puede identificar que las actividades propias de una firma que se dedique a la interventoría podría ser incompatible cuando la misma firma sea la que ejecute una obra o consultoría con la misma entidad.

De modo que, dada la posibilidad que una firma en determinado momento una firma ejerza ante la misma entidad el rol de interventor y también el de consultor o ejecutor de obra o simultáneamente en un contrato sea contratista de una obra o consultoría cuya interventoría la ejerza el contratista al que este le realiza la interventoría en otro contrato, se establece como conflicto de interés que las firmas que contraten obra, no sean contratistas de interventoría con la misma entidad.

En consecuencia, en las convocatorias de interventoría que adelanta la entidad, se estimó que un proponente, bien sea de manera individual o como integrante de un consorcio o unión temporal, no podrá presentar propuesta ni suscribir contrato, por encontrarse incurso en conflicto de interés, cuando, entre otros, haya suscrito contrato de obra o de ejecución condicional por fases con Findeter o con la Contratante durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo

Estos conflictos como se señaló se reflejan en la inconveniencia que resulta del ejercicio de manera simultánea de actividades de interventoría y ejecución de obras por parte de una misma persona ya sea que participe de manera individual o conformando estructuras plurales, y con ello se pretende la salvaguarda de los principios de la función administrativa de transparencia, igualdad y moralidad administrativas. Toda vez que el ejercicio de interventoría requiere probidad, transparencia, imparcialidad, protección de la moralidad administrativa y éstas pueden resultar afectas por el ejercicio simultaneo dentro de una misma entidad de actividades de interventoría y obra, pues resulta claro y evidente el riesgo que de vigilar la buena inversión del recurso público se pase a ser vigilado por parte de la misma persona a quien se vigila.

Así mismo, los conflictos de interés señalados encuentran también justificación en la naturaleza de los contratos de interventoría, toda vez que estos se suscriben por parte de las entidades que administran recursos públicos con el fin de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado y así proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual.

En ese orden de ideas, se encuentra razonable que se incorporen y mantengan en los términos de referencia las causales para regular estos posibles conflictos de interés y así propender por garantizar la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades de los contratistas. Por lo tanto, no se acepta su solicitud de modificar o eliminar los conflictos de interés establecidos en la convocatoria de interventoría que refiere su escrito.

De otro lado con la solicitud que hace sobre la eliminación de la no concentración no nos pronunciaremos en este escrito de respuestas dado que las convocatorias del Programa Construcción Infraestructura ICBF no contemplan en los términos de referencia estipulaciones de No concentración.

Dado en Bogotá D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

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