

INVITACIÓN ABIERTA DEL CONTRATISTA N°05 DE 2015

OBJETO:

CONTRATAR A UN COLABORADOR PRIVADO PARA QUE BAJO SU PROPIA CUENTA Y RIESGO SE ENCARGUE DE LLEVAR A CABO LA ADECUACIÓN, REMODELACIÓN, PUESTA EN FUNCIONAMIENTO, MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DEL COLEGIO MAYOR MIGUEL ANTONIO CARO UBICADO EN MADRID – ESPAÑA, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES Y EN LA OFERTA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA.

PRIMER DOCUMENTO DE RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES REMITIDAS AL CORREO ELECTRÓNICO DEL ICETEX: CONTRATOS@ICETEX.GOV.CO

OBSERVACIONES PRESENTADAS A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO GRUPO RESA DEL 19 DE FEBRERO DE 2016

1) *Regulación de los riesgos asignados al Colaborador Privado*

Planteamiento:

Como respuesta a las consultas planteadas, se ha modificado la matriz de riesgos contenida en el Pliego, eximiendo al Colaborador Privado de aquellos eventos que “obedecen a circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o **dependen de terceros**”. Sin embargo, hay determinados riesgos que se han mantenido como riesgos que debe asumir el operador privado, y que, por el contrario, consideramos que son riesgos que no pueden imputarse al contratista, ya que no están bajo su control en modo alguno.

En particular, son los siguientes:

- *Condiciones del subsuelo.*
- *Cambio de normativa.*
- *Variaciones normas tributarias.*
- *Variaciones gravámenes reales que afecten al inmueble.*

Consideramos que un diseño equilibrado y justo del contrato exige revisar estos supuestos.

Observaciones:

Solicitamos que, en la Cláusula 15 del Capítulo I del Pliego se modifique la calificación de los riesgos antes indicados como “privados”, contemplando mecanismos de compensación económica de parte del ICETEX en casos de que se materialice.

Respuesta ICETEX:

El ICETEX al momento de preparar el pliego de condiciones definitivo, llevó a cabo la evaluación de los riesgos aplicables a esta contratación, teniendo en consideración los riesgos que puede asumir y los que pueden estar bajo su control, y sobre aquellos que recaen en el Colaborador Privado, bien sea porque puede ejercer algún control sobre los mismos o por qué está legalmente obligado a asumirlos con ocasión del desarrollo del objeto de su actividad, como es el caso, de los riesgos del cambio de la normativa española aplicable a la ejecución del contrato o las variaciones a las normas tributarias españolas.

Como se observa, se trata de riesgos que cualquier operador de una Residencia de Estudiantes, se ve obligado a asumir sin más posibilidad que el reajuste de precios del servicio que presta. El ICETEX deja la propiedad para su uso en plena libertad de explotación, acorde con el Contrato.

Adicionalmente, se precisa, como se ha dicho en otras oportunidades¹, que el ICETEX no compensará económicamente al Colaborador Privado, por la ocurrencia de los riesgos derivados de la ejecución del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, la matriz de riesgos será modificada para precisar que serán de cargo del Colaborador Privado los riesgos por cambios de normativa española, en tanto el ICETEX asumirá los pertinentes al cambio de normativa colombiana. Por otra parte, también se precisará que serán de cargo del Colaborador los riesgos por variaciones gravámenes reales que afecten al inmueble, que se originen en conductas imputables al Colaborador o en cambios de normativa tributaria española.

En lo que hace al riesgo de subsuelo, se eliminará de la matriz de riesgo en la medida que por su naturaleza corresponde a la Propiedad.

Así las cosas, se acoge parcialmente la observación y los cambios se reflejarán en la Adenda que profiera la Entidad.

2) Requisitos financieros habilitantes

Planteamiento:

La cláusula 9.b) del Capítulo III del Pliego contempla dos alternativas para acreditar la solvencia económico-financiera de los licitadores: recursos propios (depósito en una entidad bancaria) y recursos de crédito (préstamo bancario).

¹ Documento consolidado de respuesta a observaciones al proyecto de pliego de condiciones, observaciones presentadas por Mónica Garay Resa Residencias Universitarias.



Entendemos que sería necesario contemplar otra alternativa de financiación, consistente en la aportación de capital por parte de los socios de la mercantil que concurre a la licitación. En tal caso, consideramos que la acreditación de esta vía de financiación debería ser semejante a la del crédito bancario: aportación de una "Carta de Compromiso" suscrita por los accionistas de la empresa licitadora, donde éstos "se comprometan de forma irrevocable a otorgar al Oferente los fondos precisos para costear la inversión derivada de la oferta, en caso de que le sea adjudicado el contrato".

Observaciones:

Solicitamos que en la Cláusula 9.b) del Capítulo III del Pliego se introduzca como alternativa de financiación la aportación de capital por parte de los accionistas de la empresa licitadora, y que la acreditación de dicha financiación se realice de modo similar al previsto para los recursos de crédito (según se ha indicado).

RESPUESTA ICETEX:

El oferente debe demostrar los recursos financieros con base en los cuales adelantará la inversión del proyecto objeto de la presente selección pública, para de ésta forma acreditar que cumple el requisito financiero habilitante para ejecutar el contrato. En el evento en el cual el oferente tenga que requerir recursos de sus accionistas, estos podrán apalancar de forma previa a la presentación de su oferta a efectos de que éste pueda cumplir con los requisitos solicitados.

Por lo expuesto, la observación no es acogida.

3) Programa de mantenimiento

Planteamiento:

En la Cláusula 9.d.ii) del Capítulo III del Pliego se prevé la obligación de aportar un "Programa de Mantenimiento" compuesto por los siguientes conceptos:

- Monto a destinar y gastar dentro de cada anualidad.
- Presupuesto desglosado de las actividades de mantenimiento que se harán dentro de cada anualidad.
- Plan de metas en forma de check-list para cada anualidad.
- Presupuesto de inversión continuada.

No resulta posible a día de hoy (sin proyecto ejecutivo y sin un conocimiento exhaustivo del inmueble y de su ocupación) llegar a semejante grado de detalle en cuanto a actuaciones de mantenimiento/reinversión y a su importe.

En consecuencia, interpretamos que lo que está requiriendo el Pliego es una estimación aproximada y no vinculante de dichos extremos, que se concretarán como corresponda



en cada anualidad, si bien garantizando en todo caso la funcionalidad, habitabilidad y permanencia del Colegio Mayor (bajo la supervisión del interventor del Contrato).

Observaciones:

Solicitamos confirmación de que nuestro entendimiento de esta cláusula del Pliego es correcto.

RESPUESTA ICETEX:

El entendimiento planteado en la observación respecto de que el plan de mantenimiento que acompañe la oferta es un estimativo no vinculante no es ajustado y no corresponde a la exigencia contenida en el pliego de condiciones.

Lo anterior, en cuanto a que los criterios de los materiales a usar y las instalaciones a aprovechar, así como las nuevas a implementar, deben estar claras desde el momento en que se presenta la propuesta por lo que resulta viable realizar una previsión de su mantenimiento y del coste del mismo, ya que el oferente lo debe tener en cuenta para sus números de viabilidad económica.

Para el ICETEX es importante tener un plan en la oferta, para poder verificar su posterior cumplimiento y poder valorar la calidad del mismo ya que de ello depende el estado operativo del inmueble entregado.

No obstante, durante la ejecución del contrato las partes podrán acordar las modificaciones que resulten procedentes en atención a la evolución del mercado.

Por lo expuesto no se acoge la observación.

4) Intercambio de plazas en otras residencias universitarias

Planteamiento:

La cláusula 11.a) del Capítulo III del Pliego prevé que, si el licitador opera residencias en otras ciudades diferentes a Madrid, y cuenta con plazas libres en ellas, “deberá” poner a disposición del ICETEX un intercambio con las plazas del Colegio Mayor Miguel Antonio Caro.

Entendemos que esa puesta a disposición ha de ser una facultad del licitador, no una obligación, ya que en caso contrario se estaría gravando más a las empresas que sí dispongan de otros centros fuera de Madrid frente a aquéllas que no los tengan.



Observaciones:

Solicitamos que se modifique la Cláusula 11.a) del Capítulo III del Pliego y se prevea la puesta a disposición de plazas como una facultad de los licitadores, no como una obligación.

RESPUESTA ICETEX:

La inclusión de esta solicitud tiene la finalidad de brindar una flexibilidad al Colaborador Privado en el cumplimiento de su contraprestación de plazas al ICETEX, puesto que el intercambio tendrá lugar siempre y cuando (i) éste tenga disponibilidad de plazas en otra ciudad, (ii) que dichas plazas se encuentren bajo su control y (iii) que el ICETEX esté interesado en ellas. Por lo anterior, no puede interpretarse esta opción como una imposición adicional, sino cómo una alternativa para el cumplimiento de la contraprestación.

En ese orden, no se acoge la observación, pero se precisará en el pliego de condiciones de acuerdo con la posición expresada por el ICETEX .

5) Optimización del patrimonio: capacidad resultante**Planteamiento:**

En la Cláusula 11.b) del Capítulo III del Pliego se prevé como elemento ponderable la optimización del patrimonio y, dentro de este, la “Capacidad resultante de la actuación”, vinculada al número total de plazas adicionales de capacidad de la residencia de estudiantes sobre las 145 actuales.

Sin embargo, a la hora de valorar el incremento de plazas, no se diferencia entre las plazas en habitaciones individuales y las ubicadas en dobles, siendo evidente la mayor optimización para el ICETEX que presentan las primeras sobre las segundas.

Observaciones:

Solicitamos que se modifique el Pliego para modular la puntuación de las plazas adicionales, distinguiendo entre las plazas en habitaciones individuales y las ubicadas en habitaciones dobles.

A tal efecto, podría partirse del hecho de que el Pliego impone como superficie de las habitaciones individuales 12 metros, y la de las dobles 16 metros, de forma que el ratio serían 1/12 y 1/8. Siendo 8 el 66% de 12, podría otorgarse una puntuación transicional basada en 1 punto para cada plaza individual y 0,66 para cada plaza doble. De este modo, la oferta que más puntos obtuviese conforme a ese criterio, recibiría 15 puntos de cara a la adjudicación, y el resto se ajustará proporcionalmente según hayan obtenido en la puntuación transicional.

RESPUESTA ICETEX:

Sobre el particular, cabe indicar que la capacidad resultante de la actuación del Colaborador Privado, corresponde a su modelo de negocio, al conocimiento de la demanda del mercado y a sus análisis arquitectónicos, con lo cual el Colaborador Privado tiene total libertad de ofrecer lo que en su experta y profesional opinión considere viable para la ejecución del contrato.

Por lo anterior, la diferenciación en el mayor número de plazas individuales o dobles ofrecidas, se tendrá como criterio de desempate, y en ese sentido se ajustará el pliego de condiciones.

Así las cosas, se acoge parcialmente la observación y los cambios se reflejarán en la Adenda que profiera la Entidad.

6) *Optimización del patrimonio: dotaciones que valoricen el Colegio Mayor*

Planteamiento:

En la Cláusula 11.b) del Capítulo III del Pliego se prevén determinadas dotaciones adicionales que consideramos deberían reconsiderarse:

- Piscina: proponemos sustituir la piscina climatizada por una piscina al aire libre, ya que la protección del jardín y del edificio no estamos seguros que permita construir una instalación así, y por tanto no podemos comprometernos.
- Zona deportiva: proponemos eliminar esta dotación y sustituirla por sala de trabajo, ya que, dada la protección del jardín del Colegio Mayor no se sabrá hasta el momento de la obtención de la licencia si se podrá ejecutar una zona deportiva. Además, el Colegio Mayor se encuentra enclavado a escasos metros de una de las mejores áreas deportivas de la Universidad
- Uso de terrazas superiores: proponemos eliminar este punto por siguientes razones:
 - Seguridad de los residentes: Desaconsejamos encarecidamente esta propuesta en base a nuestra amplia experiencia en la gestión, ya que estas áreas de difícil control pueden resultar peligrosas para la integridad de los residentes (vandalismo, novatadas, *balconing*, etc.).
 - Técnicas: En la actualidad las cubiertas son catalanas ventiladas y no están preparadas para soportar una sobrecarga de uso como la requerida con lo que implicaría la realización de un refuerzo estructural demasiado costoso.
 - Descanso de los residentes: los residentes que están en la última planta verán mermada su capacidad de descanso debido a los ruidos producidos por tales áreas.



Observaciones:

Solicitamos que se modifique la cláusula 11.b) del Capítulo III del Pliego, en los términos antes indicados.

RESPUESTA ICETEX:

En lo que atañe a las dotaciones que valoricen el Colegio Mayor, se resalta que las mismas no son obligatorias y obedecen a criterios que son ponderables y por lo tanto pueden otorgar puntaje al oferente, en caso de ser ofrecidas.

En relación con la observación de sustituir la piscina climatizada con una al aire libre, se observa que la propuesta de una piscina descubierta en Madrid no sería eficiente, toda vez que en gran parte del tiempo durante los meses escolares por la climatología no sería utilizada; mientras que una piscina cubierta puede resultar bastante atractiva al Colegio Mayor, como lo ratificaron algunos de los interesados que visitaron el edificio. Por esta razón, no es posible acoger la propuesta.

Respecto a la eliminación de la zona deportiva exterior, y su sustitución por una sala de trabajo, se ajustará el pliego de condiciones, pero en el sentido de eliminar la zona deportiva y reemplazarla con un gimnasio al interior de la edificación, en el evento en que el oferente esté interesado en obtener el puntaje adicional que otorga esta adecuación.

Sobre el uso de las terrazas superiores se entiende que, en caso de ofertarla, será una actividad que conlleva un riesgo operativo. No obstante se recuerda que el Operador en su diseño es el que debe establecer si usa o no las terrazas y los elementos indispensables para la seguridad en su uso. Por lo anterior, se mantendrá la opción de que se oferte.

Por las razones expuestas, se acogen parcialmente las observaciones presentadas y los cambios se reflejarán en la Adenda que profiera la Entidad.

7) Vigilancia del inmueble**Planteamiento:**

La Cláusula 5 del Capítulo VI del Pliego dispone que el inmueble *"deberá contar con vigilancia privada todo el día, todos los días"*.

Sin embargo, el Contrato precisa en su cláusula 17 que *"durante la Etapa de remodelación, adecuación y puesta en funcionamiento, contratará una empresa de seguridad y vigilancia"*.

Teniendo en cuenta los costes asociados al servicio de seguridad, creemos que se debe precisar el Pliego en el mismo sentido que el Contrato.



Observaciones:

Solicitamos que se precise en el Pliego que la obligación de contratar a una empresa de seguridad y vigilancia sólo es exigible durante la primera fase del contrato (remodelación, adecuación y puesta en funcionamiento) y no durante la segunda fase (gestión), en la cual el Colaborador Privado arbitrará los sistemas que considere oportunos para garantizar dicha seguridad y vigilancia.

RESPUESTA ICETEX:

Para el ICETEX es fundamental que el Colaborador Privado pueda garantizar la seguridad del inmueble durante la vigencia del contrato. Por esta razón, se ha insistido en que el inmueble debe contar con vigilancia permanente desde la fecha de su entrega y hasta que entre en funcionamiento y operación el servicio de residencia universitaria a fin de evitar su invasión y/o desmantelamiento, entre otras cosas. Una vez el servicio de residencia entre en funcionamiento, el Colaborador Privado podrá determinar la forma de vigilancia que más se ajuste a sus necesidades.

Esta precisión se incluirá en el contrato y en el pliego de condiciones para brindar mayor claridad.

8) *Causas de extinción del contrato y efectos de la extinción***Planteamiento:**

En la Cláusula 9 del Capítulo VI del Pliego se prevén las causas de terminación del contrato (moduladas tras las consideraciones iniciales al Pliego).

Siendo cierto que la redacción ha ganado en claridad y certidumbre, consideramos oportuno que se cualifiquen las siguientes causas de resolución:

- Incumplimiento del contratista: debe ser "reiterado".
- Inobservancia de las indicaciones de la entidad: debe ser "reiterada".
- Incumplimiento de los plazos del cronograma: debe ser "grave".

Observaciones:

Solicitamos al ICETEX que se modulen las causas de resolución apuntadas, en el sentido expuesto.

RESPUESTA ICETEX:

Sobre el particular, cabe resaltar que las causas que dan lugar a la terminación anticipada del contrato, se encuentran lo suficientemente moduladas en el pliego de condiciones y en el contrato, con lo cual no resulta procedente acoger la observación. En



efecto, tal como se determina en el numeral 9 del Capítulo VI del Pliego de Condiciones, el incumplimiento debe ser grave.

Por lo expuesto la observación hace referencia a un tema regulado en el Pliego de Condiciones.

9) Consecuencias de la extinción del contrato por causa imputable al Colaborador Privado

Planteamiento:

En el párrafo de la Cláusula 9 del Capítulo VI del Pliego se ha añadido que *“la terminación anticipada del contrato, por cualquier causa atribuible al Colaborador Privado no dará lugar al pago o reconocimiento de indemnización o compensación de la inversión realizada sobre el inmueble”*.

Esta previsión es claramente desequilibrada y su aplicación generaría un evidente enriquecimiento injusto en perjuicio del Colaborador Privado, en contra del Principio de Conmutatividad que debe iluminar la actividad contractual del ICETEX conforme al artículo 2.7 de su Manual de Contratación.

Observaciones:

Solicitamos que se elimine este Parágrafo, y se introduzca una regulación equilibrada de los efectos de la terminación anticipada del contrato, que contemple una compensación al Colaborador Privado por la inversión ejecutada, así como, en caso de no serle imputable dicha terminación, por los beneficios futuros dejados de percibir.

RESPUESTA ICETEX:

La decisión de terminación unilateral del contrato, que en algún momento tome el Gobierno de Colombia a través del ICETEX o la entidad que lo administre, será fundada de acuerdo con los supuestos jurídicos aplicables a la situación en concreto, y tendrá en cuenta la procedencia o no de la indemnización al contratista, atendiendo a la situación fáctica que le da origen y al incumplimiento del Colaborador Privado. En este sentido, no se considera eliminar el parágrafo objeto de observación, toda vez que el mismo en contexto con la cláusula a la cual pertenece contiene una regulación equilibrada respecto de los efectos de la terminación unilateral del contrato, como se explica a continuación:

De una parte, en todos los eventos en que la terminación del contrato sea consecuencia o resultado de hechos, actos u omisiones imputables al Colaborador Privado, no habrá lugar al pago o reconocimiento de una indemnización y/o compensación de la inversión a cargo del ICETEX.

De otra parte, si la terminación no es imputable al Colaborador Privado, se aplicará la disposición contenida en el literal c) del numeral 9 Capítulo VI Especificaciones del Contrato, donde se establece que las partes acordarán el pago de una indemnización y/o compensación por el valor de las inversiones útiles, realmente ejecutadas en el inmueble, que será definida por ellas.

Por lo anterior, se aclara la posición respecto de la observación y se aclara el sentido del párrafo de la Cláusula 9 del Capítulo VI del Pliego y los cambios se reflejarán en la Adenda que profiera la Entidad.

10) Anexo 7: Plan de Rehabilitación

Planteamiento:

- Punto 1: Actualización de instalaciones

a. *Nueva red de distribución de Calefacción y Agua Caliente Sanitaria (ACS):*

Al final del párrafo se menciona la obtención de ACS con instalación de Captadores de energía solar.

Aunque se menciona de acuerdo con normativa y CTE y en éste se habla de sistemas alternativos al solar, consideramos conveniente incluir la siguiente previsión:

"La contribución solar mínima para ACS y/o climatización de piscinas cubiertas podrá sustituirse parcial o totalmente mediante una instalación alternativa de otras energías renovables, procesos de cogeneración o fuentes de energía residuales procedentes de la instalación de recuperadores de calor ajenos a la propia instalación térmica del edificio; bien realizada en el propio edificio o bien a través de la conexión a una red de climatización urbana."

c. *Red de saneamiento:*

Proponemos la siguiente redacción alternativa:

"Debe ser revisado completamente el estado de la red de saneamiento enterrado, así como la adecuación a las nuevas demandas de proyecto, siendo reparada o renovada según sea necesario".

d. *Red de agua. Recuperación para riego*

Es una instalación no habitual en las Residencias de Estudiantes que incrementa sensiblemente la inversión, por lo que proponemos su eliminación.

- Punto 2: Aislamientos térmicos y acústicos

Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior



Al final del párrafo habla de cumplimiento en paramentos interiores de requisitos acústicos "medidos in situ".

Generalmente, no se hacen sonometrías *in situ* para las partes interiores, sino que se diseña con elementos cuya composición está ensayada en laboratorios y se aportan los certificados con cumplimiento teórico igual o superiores a los teóricos exigidos por CTE DB HR.

Para evitar controles no obligatorios que suponen costosos ensayos *in situ* por Entidades de Control especializadas que verifiquen y después se tomen su tiempo para redactar informe (pudiendo retrasar seriamente los plazos de obtención de licencias finales), proponemos eliminar las últimas palabras: "medidos in situ (Dnt)"

- Punto 5: Dotación de habitaciones

En el punto 5 del Anexo 7 del Pliego se contienen las dotaciones exigidas para las habitaciones del Colegio Mayor.

En concreto, dentro de dichas dotaciones:

- La TV de alta definición de 21 pulgadas no es un estándar en ninguna de las residencias en España. Además, los estudiantes cada vez más ven la TV por el ordenador personal o por la *Tablet*, por lo que lo consideramos un gasto injustificado.
- El teléfono interno de extensión apenas es usado por los residentes (que utilizan sus teléfonos móviles), por lo que lo consideramos un gasto injustificado (o al menos, que debería limitarse a las habitaciones cedidas a ICETEX).

Observaciones:

Proponemos modificar el Anexo 7 del Pliego en los términos expuestos.

RESPUESTA ICETEX:

Observación Punto 1: Actualización de instalaciones

En relación con el punto 1 de la observación, actualización de Instalaciones, nueva red de distribución de calefacción y agua caliente sanitaria, se acoge la observación y se incluye la previsión sugerida, bajo el entendido que estas instalaciones deben cumplir con los requerimientos exigidos por el CTE (Código Técnico de la Edificación).

Respecto a la red de saneamiento, se acoge la observación, sujeto a que el oferente aporte un informe de pocería con la propuesta, que tras la inspección realizada una vez reparada (incluida con cámara) se considera correcta para su uso y funcionamiento.

En lo que atañe a la red de agua – recuperación para riego, teniendo en cuenta el tamaño del jardín, su amplia vegetación y protección, el riego del mismo supondrá un consumo importante de agua, con lo cual, si este es regado con agua recuperada implicará una optimización de recursos para el Colaborador Privado, que beneficiará su inversión. Por lo anterior, no procede su eliminación.

Así las cosas, se acogen parcialmente las observaciones al punto 1 y los cambios se reflejarán en la Adenda que profiera la Entidad.

Observación Punto 2: Aislamientos térmicos y acústicos

Sobre el punto 2 de la observación, Aislamientos térmicos y acústicos se indica que la normativa española es muy clara al respecto. El CTE en su documento DB- HR define que los valores a cumplir son Dnt, es decir medidos in situ de forma real de acuerdo con las normas ISO140. Cualquier usuario futuro podría realizar una reclamación al respecto, razón por la cual se considera necesario revisar el comportamiento estadístico de varias habitaciones con ensayos a ruido aéreo y de impacto y verificar que se cumplan los requerimientos. Esta es una garantía de calidad del edificio.

Por lo anterior, no se acoge la observación al punto 2

Observación Punto 5: Dotación de habitaciones

En relación con el punto 5, Dotación de habitaciones, sobre la televisión de alta definición, no se comparte la apreciación del interesado, por lo tanto, se mantiene el requerimiento. En cuanto a la extensión para el teléfono interno, se comparte la observación y este requisito será eliminado del Anexo 7.

Como consecuencia se acogen parcialmente las observaciones al punto 5 y los cambios se reflejarán en la Adenda que profiera la Entidad.

11) Limitaciones al cambio en el accionariado del contratista

Planteamiento:

En el apartado 20.f del Contrato se sujeta el cambio en el accionariado del contratista a la previa autorización del ICETEX (que podrá exigir las garantías que estime oportunas).

En nuestro primer escrito de consultas ya advertimos que esta regulación supone una restricción absolutamente inhabitual en el mercado europeo (en el que la autorización se exige para las cesiones del contrato a un tercero, en las que sí pueden verse alteradas las condiciones de solvencia y ejecución del proyecto).

En respuesta a esta consulta, el ICETEX precisó que esta cláusula “obedece a la aplicación de las normas nacionales e internacionales en materia de prevención de



lavado de activos y financiación del terrorismo”, además del hecho de que “la entidad está obligada a salvaguardar que su contratista cuente con la capacidad financiera y el respaldo operativo para desarrollar el contrato”.

Consideramos esencial precisar la cláusula 20.f del contrato en ese sentido.

Observaciones:

Solicitamos que se modifique la cláusula 20.f del contrato, y se indique expresamente que *“dicha autorización únicamente podrá denegarse en caso de que el cambio accionarial constituya un incumplimiento de la normativa nacional e internacional en materia de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo, o implique una merma en la capacidad económico-financiera del contratista”.*

RESPUESTA ICETEX:

Se precisará en el pliego de condiciones de acuerdo con la posición expresada por el ICETEX en la respuesta a que hace mención el interesado.

12) Suministro de información

Planteamiento:

En el apartado 20.g del Contrato se señala que el Colaborador Privado deberá aportar cada año *“el balance general y el estado de pérdidas y ganancias certificado por contador público y debidamente auditado que muestre los resultados de la operación durante el año fiscal precedente tanto del Colegio de forma individualizada, como del COLABORADOR PRIVADO”.*

Consideramos que la obligación de facilitar información más allá de la esfera del Contrato es excesiva y generadora de multitud de conflictos con otras Administraciones y entidades contratantes, en aquellos casos en los que el Colaborador Privado sea a su vez contratista en otros proyectos.

Observaciones:

Solicitamos acotar esta obligación de información al propio Contrato y a la actividad del Colegio.

RESPUESTA ICETEX:

No se acoge la solicitud, toda vez que es importante para el ICETEX conocer la situación real del Colaborador Privado y poder hacer seguimiento a su capacidad financiera y desempeño económico, para verificar la posibilidad y capacidad de ejecutar el contrato a

lo largo de su duración. Lo anterior sin perjuicio de los parámetros de confidencialidad previstos en el contrato, aspecto que será precisado en el Contrato.

13) Subcontratación

Planteamiento:

En el Pliego se hace referencia expresa a la Subcontratación de las obras necesarias para la remodelación y adecuación del edificio, pero no se lleva a cabo un tratamiento equivalente para la fase de operación de Colegio Mayor.

No obstante, el Contrato, en sus apartados 20.hh y 28, posibilita de forma abierta y general la subcontratación de las obligaciones contractuales y de las actividades que conforman el objeto del contrato.

Sería aconsejable introducir en el Pliego una previsión sobre la subcontratación semejante a las contenidas en el Contrato, manteniendo lógicamente la total responsabilidad del Colaborador Privado.

Observaciones:

Solicitamos que se introduzca en el Pliego una previsión que, en línea con lo dispuesto en el Contrato, posibilite la subcontratación de las labores que conforman el objeto del contrato, tanto relacionadas con las obras de remodelación del centro como con su operación.

RESPUESTA ICETEX:

El ICETEX no limita ni restringe las posibilidades de subcontratación durante la operación, toda vez que estas son decisiones que corresponden a la esfera de la autonomía del Colaborador Privado, respecto del desarrollo de su negocio, bajo el entendido que el cumplimiento del contrato y los riesgos, son de su entera y total responsabilidad. Lo anterior, salvo que la subcontratación se realice para la ejecución del objeto principal del contrato que es la operación la cual está prohibida.

La observación se acoge y el pliego de condiciones se ajustará para que quede en consonancia con el contrato y los cambios se reflejarán en la Adenda que profiera la Entidad.

14) Naturaleza del contrato (derecho real)

Planteamiento:

1 – Derecho al que se someterá el Contrato objeto de licitación:



El Pliego de Condiciones Definitivo no dice nada al respecto, salvo una remisión genérica a la legislación española en “*materia urbanística, arquitectónica, de construcción y seguridad*” en el Artículo 2 del Capítulo VI (Página 56).

En su respuesta a las Observaciones presentadas por el Grupo Azora Gestión, y basándose en lo dispuesto en el Manual de Contratación del ICETEX – Artículos 2º, Punto 1, y 5º -, el ICETEX aclaró que el Contrato objeto de licitación será un contrato sometido al derecho privado.

En esta misma respuesta, el ICETEX omite indicar expresamente a qué derecho se someterá el Contrato, pero el Artículo 10.1 del Código Civil Español determina claramente que “*la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen*”.

Entendemos por ende que, sin perjuicio de la autonomía de la voluntad de las Partes, el derecho sustancial aplicable en el marco del Contrato objeto de licitación será el español.

2 – Naturaleza del objeto del Contrato:

Sin perjuicio de lo anteriormente apuntado, tenemos la impresión que existen indefiniciones en cuanto a esta naturaleza jurídica, no tanto por el objeto en sí, que parece muy claro – tal como intentaremos exponerlo más adelante – sino por problemas de equivalencia o “traducción” al ordenamiento jurídico español de conceptos jurídicos colombianos.

En efecto:

- a. El Pliego de Condiciones Definitivo, en su Artículo 2 del Capítulo VI (Página 56), afirma que “*el objeto del Contrato es la entrega por parte del ICETEX a título de mera tenencia, de la totalidad del inmueble del Colegio Mayor Miguel Antonio Caro al Colaborador Privado*”, precisando que el citado Colegio Mayor “*...en todo caso y bajo cualquier circunstancia, permanecerá como propiedad del Estado Colombiano*”.
- b. El Artículo 775 del Código Civil Colombiano define el concepto de mera tenencia como “*... la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.*”
- c. Por su parte, el Artículo 762 del Código Civil Colombiano define la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de dueño o señor.
- d. En definitiva, en Derecho Colombiano, se diferencia la posesión de la mera tenencia, en el sentido de que no se concibe posesión sobre una cosa determinada por parte de una persona que no se considere dueña de la misma.

- e. No es así en Derecho Español : tal como se deduce de la lectura de los artículos 430, 431 y 432 del Código Civil Español, la definición jurídica de la posesión en España comprende tanto el concepto de posesión como el de mera tenencia colombianos.
- f. Independientemente de este aspecto puramente terminológico, parece claro que el objeto del Contrato es el de entregar temporalmente la "tenencia" (en términos colombianos) o "posesión" en términos españoles del suelo y del edificio del Colegio Mayor a un operador privado para que el mismo pueda reformarlo y mantenerlo a su costa durante el plazo que se acuerde, y resarcirse sacando un provecho de su explotación económica asimismo en los términos y condiciones acordados, todo ello en el marco de una relación de derecho privado que mantenga en todo momento incólume el derecho de propiedad del Gobierno de Colombia sobre el suelo y el edificio del Colegio Mayor y garantice al operador privado su derecho de uso y disfrute de inmueble durante el plazo acordado. Se trata por lo tanto de hallar la figura jurídica española (Vid. Apartado 1 anterior) que permita cumplir con este objeto.
- g. El objeto del Contrato implica necesariamente la constitución de un derecho real, tanto en derecho colombiano, como en derecho español :
- ✓ El concepto de derecho real es común al derecho colombiano y al derecho español; según la formulación clásica, un derecho real es un *derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa imponiendo a todos un deber de respeto y abstención*. El objeto del Contrato implica necesariamente que el operador privado pueda ocupar materialmente el bien, usar y disfrutar del mismo a lo largo de la duración del contrato, y tenga capacidad erga omnes para defender su exclusividad en la materia.
 - ✓ El Artículo 823 del Código Civil Colombiano establece claramente que "*el derecho de usufructo es un derecho real, que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible*" : junto con la literalidad del artículo 775, permite afirmar sin lugar a dudas de que el concepto de derecho real no es incompatible con la idea de mera tenencia del bien en derecho colombiano.
- h. Este derecho real no puede ser el derecho de superficie, a pesar de que cumpla con todos los requisitos, por cuanto que el mismo implica un auténtico derecho de propiedad (temporal, esto sí) del superficiario sobre el edificio, lo que choca con la necesidad de cumplir con el criterio de "mera tenencia" colombiano.
- i. Tampoco se adecúa la figura del usufructo, a pesar de que reúne todos los requisitos para permitir el cumplimiento del objeto del Contrato tanto desde la perspectiva del derecho español como del derecho colombiano (mera tenencia), por cuanto que este tipo de derecho se halla temporalmente limitado en España a 30 años (Artículo 515 del Código Civil Español).



- j. A partir de aquí, parece particularmente adecuada la afirmación realizada por el ICETEX en su respuesta a las Observaciones anteriormente mencionadas del Grupo Azora Gestión, de que "... el contrato a suscribir en principio podría asemejarse en su forma a un contrato de concesión"; es pertinente al respecto subrayar que, más allá de las discusiones doctrinales de otros tiempos, la concesión implica necesariamente la constitución de un derecho real (Vid. Artículo 334.10 Código Civil Español; Artículo 97.1. Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas); pero esta figura no puede adoptarse como tal al ser reservada a los inmuebles que tengan la calificación en derecho español de dominio público, y ser genuinamente reservada al ámbito administrativo.
- k. El hecho pero, es que en derecho español, no existe numerus clausus de derechos reales (Artículo 1.255 Código Civil español, Artículo 2.2º Ley Hipotecaria, Artículo 7 Reglamento Hipotecario), lo que significa que siempre que se pueda demostrar que no existe derecho real típico adecuado para el fin perseguido (así resulta claramente de todo lo anterior), nada obsta para crear ex novo un derecho real que responda a todos los requisitos que hemos ido enunciando más arriba.

Observaciones:

CONSIDERANDO que el Contrato será de naturaleza privada y que se someterá necesariamente al derecho español,

CONSIDERANDO que el Contrato implica necesariamente la constitución de un derecho real sobre el Colegio Mayor,

CONSIDERANDO que el Contrato debe respetar el principio establecido en el Pliego de Condiciones Definitivo de traslado a favor del operador privado de la "mera tenencia" del inmueble, conforme al significado de dicho concepto jurídico en Derecho Colombiano,

CONSIDERANDO que el contenido del Contrato es similar a lo que sería – si se dieran las condiciones de derecho para ello, lo que no es el caso – un contrato de concesión (es de suponer que del tipo demanial, tal como viene regulado en derecho español),

CONSIDERANDO FINALMENTE que no hay en derecho español limitación alguna de los derechos reales que los operadores privados puedan constituir de mutuo acuerdo en el marco del principio de libertad de pactos, siempre que los derechos reales típicos no sean susceptibles de colmar sus necesidades,

Se solicita del ICETEX que, precisando y matizando en lo menester el contenido del último párrafo de su respuesta a la observación presentada a través de correo electrónico por el AZORA, confirme que el Contrato que el ICETEX se propone firmar con el operador al que escoja para ello como resultado de la Invitación Abierta 05 de 2015, tendrá un contenido similar al que tendría un contrato de concesión demanial, tal como

viene regulada en derecho español, sin perjuicio de las necesarias adaptaciones al hecho de ser un contrato privado.

RESPUESTA ICETEX:

Respecto a la ley aplicable al contrato, la cláusula sexta del mismo considera el régimen jurídico aplicable de acuerdo con las normas colombianas aplicables a contratos celebrados en Colombia pero ejecutados en el exterior.

En lo que hace a la naturaleza del contrato, reiteramos la respuesta citada en esta observación en los siguientes términos:

“Cabe aclarar que la entidad contratante en el presente procedimiento, es decir, el ICETEX, es una entidad colombiana que se rige en sus contrataciones por el Derecho Privado y no por Derecho Público, en virtud de lo anterior, el contrato resultante del proceso de invitación abierta 005/2015 que se adelanta será un contrato privado sometido a la autonomía de la voluntad de las partes, regulada en el ordenamiento jurídico español en el artículo 1255 del Código Civil, y en el ordenamiento jurídico colombiano por el artículo 1602 del Código Civil.

De forma adicional, es necesario precisar que no nos encontramos ante un contrato típico y nominado, que pueda ser comparable o encuentre su equivalencia en cualquier contrato típico y nominado regulado en la legislación española o la colombiana, el contrato a suscribir en principio podría asemejarse en su forma a un contrato de concesión, pero por razón del régimen contractual aplicable a los contratantes será un contrato de colaboración entre entidades de derecho privado, por ende un contrato de naturaleza civil regulado por la voluntad de las partes.”

Así las cosas, y como se ha puesto de presente en este proceso de selección, el Colegio Mayor Miguel Antonio Caro, es propiedad de la República de Colombia, y el ICETEX es un mero administrador. En este sentido, al ICETEX le es imposible desde el punto de vista jurídico otorgar cualquier derecho real sobre la propiedad del inmueble.

En esta medida, el ICETEX sólo podrá trasladar la mera tenencia con lo cual, no podría asimilarse la figura contractual propuesta en el presente proceso de selección al contrato de concesión demanial.

Por lo anterior, no es posible acoger sus observaciones.



OBSERVACIONES PRESENTADAS A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO GRUPO RYA RESIDENCIAS S.L DEL 18 DE FEBRERO DE 2016

PREGUNTA AL ICETEX

En el Pliego de Condiciones definitivos promovido por el ICETEX.

Invitación abierta No. 05 de 2015.

Se dice:

CAPITULO I. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE SELECCIÓN

1. Objeto de la selección pública

“Contratar a un Colaborador Privado para que bajo su propia cuenta y riesgo se encargue de llevar a cabo la remodelación, adecuación puesta en funcionamiento, mantenimiento y operación de todas las instalaciones del Colegio Mayor Miguel Antonio Caro ubicado en Madrid – España, de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones y en la oferta presentada por el contratista.

Por consiguiente el colaborador privado es el único responsable de la ejecución del contrato y por ende exonera al ICETEX de toda responsabilidad, lucro cesante, daño emergente o cualquier tipo de indemnización que surja con ocasión de la ejecución del mismo.

El colaborador privado deberá obtener por su cuenta y riesgo, la licencia de construcción, la licencia de primera ocupación, la licencia de funcionamiento, certificado final de obra, y demás licencias y/o documentos y/o requisitos y/o permisos que se requieran para cumplir a cabalidad el objeto del contrato.

El colaborador privado deberá por su cuenta y riesgo, cumplir con toda la normatividad de España aplicable en materia laboral, urbanística, arquitectónica, de construcción y de seguridad Industrial, lugar donde se ejecutará el contrato.”

Pregunta

¿Se considera incluido en el objeto de la selección pública, el régimen completo de actuaciones y de obras permitidas por el planeamiento vigente en la parcela en la que se sitúa el edificio del Colegio Mayor Miguel Antonio Caro, tendentes a la optimización del patrimonio en cuanto a la capacidad y valorización del conjunto edificatorio?

RESPUESTA ICETEX:

Dentro del objeto de la selección pública, se encuentra considerada la remodelación y rehabilitación del edificio y todas aquellas obras necesarias y permitidas bajo la normativa vigente, para la operación y funcionamiento del Colegio Mayor Miguel Antonio Caro.

OBSERVACIONES PRESENTADAS A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO GRUPO AZORA GESTIÓN DEL 03 DE MARZO DE 2016

1) *Alcance de la rehabilitación*

Planteamiento:

La Fase primera del contrato tiene por objeto la “remodelación, adecuación y puesta en funcionamiento” del Colegio Mayor Miguel Antonio Caro. En línea con lo anterior, los licitadores deberán acreditar su experiencia en la reparación y rehabilitación de edificios existentes.

En atención a lo expuesto, asumimos que todo el contenido de la oferta (en especial el Plan de Inversión y el Programa de Mantenimiento) debe tomar como referencia el volumen actual del edificio, sin que puedan contemplarse ampliaciones o extensiones en dicho volumen edificatorio.

Observaciones:

Solicitamos confirmación de que el contenido de la oferta debe tomar como referencia el volumen actual del edificio, sin que puedan contemplarse ampliaciones o extensiones en dicho volumen edificatorio.

RESPUESTA ICETEX

En el objeto de la selección pública, se encuentra considerada, y será objeto de evaluación, la remodelación y rehabilitación del edificio y todas aquellas obras necesarias y permitidas bajo la normativa vigente para la operación y funcionamiento del Colegio Mayor Miguel Antonio Caro, sobre el volumen actual de construcción. Ahora, en caso de que por cualquier circunstancia exista una mayor edificabilidad dicha posibilidad debe ponerse de presente al ICETEX con el fin de poder adoptar una decisión sobre su viabilidad, la forma en la cual se podría llevar a cabo y las condiciones de la mayor contraprestación a la que hubiere lugar.

Se precisará en el pliego de condiciones de acuerdo con la posición expresada por el ICETEX.

2) *Intercambio de plazas en otras residencias universitarias*

Planteamiento:

Entendemos que la posibilidad de disponer de plazas en otras ciudades españolas diferentes a Madrid es una circunstancia positiva para los intereses del ICETEX y, como tal, podría ser calificada como una mejora adicional a las 25 plazas mínimas exigidas en el Colegio Mayor Miguel Antonio Caro.



Adicionalmente, consideramos oportuno clarificar que dichas plazas deberán existir y estar en operación en el momento de presentar la oferta, con el fin de garantizar una valoración objetiva y fiable de las propuestas. De este modo, no podrán ofertarse plazas proyectadas o incluso autorizadas por contrato o por licencia urbanística, pero que al finalizar el plazo de presentación de ofertas aún no se hayan ejecutado ni se hayan puesto en funcionamiento.

Observaciones:

Solicitamos que se prevea la posibilidad de ofertar, como plazas adicionales a las 25 mínimas en el Colegio Mayor Miguel Antonio Caro, plazas de otras residencias dentro del territorio español, existentes y en operación en el momento de presentación de la oferta.

RESPUESTA ICETEX

Intercambio de plazas, opcional

Como se mencionó anteriormente, la posibilidad del intercambio de plazas tiene la finalidad de brindar una flexibilidad al Colaborador Privado en el cumplimiento de su contraprestación de plazas al ICETEX en el curso de la ejecución del contrato, puesto que el intercambio tendrá lugar siempre y cuando (i) éste tenga disponibilidad de plazas en otra ciudad, (ii) que dichas plazas se encuentren bajo su control y (iii) que el ICETEX esté interesado en ellas.

Por lo anterior, la posibilidad de ofertar las plazas adicionales a las 25 mínimas requeridas por el ICETEX en otras residencias dentro del territorio español, existentes y en operación desde el momento de presentación de la oferta, no es procedente.

En ese orden, no se acoge la observación.

3) Inicio del cómputo del plazo de duración

Planteamiento:

Conforme a la cláusula 5 del Capítulo VI del Pliego, *"el plazo propuesto no podrá ser superior a 55 años e inicia su cómputo a partir de la fecha de suscripción del contrato"*.

Sin embargo, la fecha de puesta en explotación del Colegio Mayor (y, por tanto, el inicio de la amortización de la inversión) depende de circunstancias que no están bajo el control del colaborador privado (esencialmente en lo relativo a las licencias de construcción y de puesta en funcionamiento). En consecuencia, la regulación del Pliego introduce un enorme margen de incertidumbre en la determinación del plazo de explotación y amortización de la inversión, en perjuicio de la seguridad jurídica que requiere este tipo de proyectos.

Observaciones:

Solicitamos que se prevea que el plazo del contrato iniciará su cómputo a partir del otorgamiento del Acta de Inicio de Ejecución de la Fase de Operación y Mantenimiento.

RESPUESTA DEL ICETEX.

El ICETEX acoge la observación, y en consecuencia se ajustarán los pliegos en el sentido de establecer que el plazo de ejecución computará a partir de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución de la Fase de Operación y Mantenimiento, y estos cambios se reflejarán en la Adenda que profiera la Entidad.


NORA ALEJANDRA MUÑOZ BARRIOS
Secretaria General (e)


JORGE IVÁN MOLINA PARDO
Coordinador Grupo de Contratos

Proyectó y Revisó:

Cremades & Calvo Sotelo- Firma Consultora

Revisó:

 Monica Roberto Gonzalez/Abogada Secretaria General 
Juan Guillermo Muriel Tobón/Profesional Grupo Contratos

