

SELECCIÓN PÚBLICA 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.

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

OBSERVACIONES PRESENTADAS PÓR LA ABOGADA DIANA RUEDA PRADA EN NOMBRE DE ERGOT S.L., EN EL CURSO DE LA SELECCIÓN PÚBLICA NO. 5 DE 2015

1. Otorgamiento de garantías:

El numeral 11 del Capítulo VI (Especificaciones del contrato) del pliego de condiciones señala que para la iniciación de cada una de las Etapas en las que se divide el contrato, el colaborador privado deberá constituir u otorgar las garantías necesarias. Al respecto solicitamos respetuosamente se permita que un tercero otorgue esa garantía por cuenta del contratista con fundamento en el artículo 1037 del Código de Comercio y siguientes.

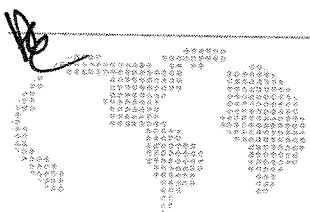
RESPUESTA:

Analizada la observación presentada, se encuentra que no es posible acogerla toda vez que la garantía a la que se hace referencia, es la garantía de cumplimiento. En tratándose del ramo de cumplimiento, no resulta aplicable el artículo citado, puesto que en esta materia, es requisito para el otorgamiento de la garantía, que exista una relación de causalidad entre quien ejecuta las obligaciones cuyos riesgos son amparados y quien contrata la garantía de cumplimiento. Así las cosas, resulta improcedente para esa garantía que sea contratada por un tercero que no tiene ningún vinculo con las obligaciones a ejecutar en virtud del contrato amparado.

2. Imposibilidad de sustentar el plan de inversión como causal de rechazo:

El numeral 15 del Capítulo III (De las propuestas), así como el literal d) del numeral 9 del Capítulo III (Requisitos habilitantes) del pliego de condiciones señala como causal de rechazo *“La imposibilidad de sustentar el Plan de Inversión por el proponente, que conlleve al convencimiento a la Entidad de que es un Plan inviable que pondría en riesgo el inmueble.”*

Al respecto, se solicita respetuosamente a la Entidad eliminar la causal de rechazo por cuanto contiene criterios subjetivos que pueden llegar a vulnerar los principios de



SELECCIÓN PÚBLICA 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.

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

transparencia, igualdad y selección objetiva del contratista, en tanto que no se podría determinar de manera objetiva cuándo una sustentación de un plan de inversión podría llevar a la Entidad a creer que el mismo es inviable, y cuándo no.

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que las entidades no pueden establecer en sus pliegos de condiciones causales de rechazo que no se encuentran expresamente en la Ley y que, por lo tanto, son de su creación. Al respecto ha expresado:

"Al avanzar en el análisis relacionado con los límites que deben respetarse en la configuración de los pliegos de condiciones que han de regir en cada procedimiento administrativo de selección contractual, hay lugar a precisar que las entidades estatales contratantes no cuentan con facultades para establecer, consagrar o crear prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos de selección o causales de exclusión o de rechazo de las ofertas respectivas que tampoco correspondan a previsiones previamente consagradas en normas de jerarquía superior a la de los pliegos de condiciones.

"(...).

Iguales razonamientos y conclusiones negativas caben, con la misma contundencia, cuando se aborda el examen acerca de la facultad que pudiere asistirles a las entidades estatales contratantes en relación con la consagración, en los pliegos de condiciones, de 'causales de exclusión' o de rechazo de las ofertas, en el marco de sus procedimientos administrativos de selección contractual." (Subrayado ajeno al original)

RESPUESTA:

Respecto a las causales de rechazo, el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de indicar que las propuestas no pueden ser rechazadas por la falta de requisitos formales o *no*



SELECCIÓN PÚBLICA 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.

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

necesarios para la comparación de las propuestas,¹ circunstancia que no implica que resulte imposible para la Entidad determinar en qué casos, la propuesta no se ajusta a los requerimientos por ella exigidos en el pliego de condiciones.

Lo que en su caso reprocha esta Corporación, es que la propuesta sea rechazada por situaciones que no se encuentran expresamente contenidas en el pliego de condiciones y en la ley, y que no busquen surtir ningún efecto, en ese sentido debe ser interpretado el pronunciamiento citado en la observación, y que se reitera en los términos de la siguiente providencia:

“En esta línea de pensamiento, resulta claro que el rechazo o la descalificación de ofertas no puede depender de la libre discrecionalidad de la administración, en la medida en que el oferente, por el hecho de participar en el proceso licitatorio, adquiere el derecho de participar en el procedimiento de selección y se genera para él una situación jurídica particular; en consecuencia, para rechazar o descalificar una propuesta, la entidad pública debe sujetarse a determinadas reglas consistentes en que las causales que dan lugar a ello se encuentren previamente establecidas en la ley, deriven del incumplimiento de requisitos de la propuesta o de la omisión de documentos referentes a la futura contratación que sean necesarios para la comparación de las propuestas, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, puesto que la causa excluyente debe ser razonable, esencial y proporcionada, toda vez que no tendría justificación excluir una propuesta por una deficiencia que no tenga incidencia alguna en la contratación.”²

Así las cosas, resulta improcedente incluir causales de rechazo que no se relacionen con el objeto del proceso y no sean relevantes dentro del mismo, lo cual no ocurre en la causal censurada, puesto que para el ICETEX es fundamental que el oferente pueda sustentar su plan de inversión, el cual además de ser uno de los principales aspectos de la propuesta, tiene la finalidad de preservar los intereses que la Entidad y la República de Colombia tienen sobre el bien.

Por lo expuesto, resulta improcedente acoger la observación.

¹ Ley 1150 de 2007, artículo 5 parágrafo 1°.

² Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 21 de noviembre de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Handwritten signature and stamp

SELECCIÓN PÚBLICA 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.

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

3. No reconocimiento de reajuste de precios:

El literal de d) del numeral 12 (Documentos que debe contener la propuesta) del Capítulo III del pliego de condiciones señala que *"El ICETEX no reconocerá ningún reajuste de precios durante la vigencia del contrato ya que la única retribución del proponente adjudicatario será aquella que obtenga por la operación del Colegio Miguel Antonio Caro."*

Al respecto solicitamos sea eliminada dicha anotación y toda aquella que se relacione directamente con el contenido de la misma, en la medida que, si bien el contrato que se pretende adjudicar y el proceso de selección en general no están sometidos a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo cierto es que una disposición como ésta vulneraría el principio de conmutatividad de los contratos (aplicable aún en el régimen de Derecho Privado), pues dejaría al contratista en una posición de desequilibrio económico frente a la Entidad en caso de ocurrir una causa extraña imprevisible que no esté incluida en la matriz de riesgos y que, en consecuencia, no hubiere podido ser prevenida o mitigada con otros mecanismos.

En consecuencia, solicitamos respetuosamente que se incluyan mecanismos de reajuste del equilibrio económico de contrato.

RESPUESTA:

Sobre la procedencia de incluir mecanismos de reajuste económico del contrato, cabe mencionar que de acuerdo con la figura contractual que resultará del presente proceso de selección y el pliego de condiciones, el oferente tiene total libertad para establecer su modelo financiero y adicionalmente, la forma de explotación de la actividad para la cual se encuentra destinado el Colegio Mayor Miguel Antonio Caro, esto es, la prestación de servicios de residencia universitaria.

Así las cosas, resulta evidente que los servicios que sean ejecutados por el oferente no serán prestados de forma directa al ICETEX, quien sólo pondrá a disposición de aquel el inmueble para que desarrolle en su calidad de profesional, la actividad económica ya mencionada bajo su cuenta y riesgo.



SELECCIÓN PÚBLICA 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.

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

En ese orden, al existir total libertad para la estructuración del modelo económico y de explotación, y al no ser el ICETEX el beneficiario de los servicios de residencia universitaria, no resulta procedente acoger la observación en el sentido de incluir reajustes respecto de los precios, tal como ha sido solicitado. Ahora, lo anterior no significa que ante riesgos que (a) no hayan sido previstos en el contrato y (b) aunque no hayan sido expresamente previstos no correspondan a aquellos que por la naturaleza del contrato tengan que ser asumidos por el Colaborador Privado, se pueda revisar el restablecimiento del equilibrio económico únicamente con una variación -menor o mayor- del tiempo de explotación de la Etapa II, siempre que esté fundamentado en hechos que sean imprevistos, imprevisibles, no imputables al Colaborador Privado y que cuenten con las características de gravedad, anormalidad y magnitud para que pueda proceder el restablecimiento.

4. Procedimiento para la imposición de multas:

En la minuta del contrato (cláusula No. 36) se señala que el colaborador privado autoriza el cobro de multas y sanciones que resulten aplicables previo agotamiento del procedimiento que se encuentre vigente al momento de la imposición de la multa o sanción.

Teniendo en cuenta que la ejecución del contrato se regirá por las normas del Derecho español, se solicita a la Entidad agregar una aclaración en relación con esta cláusula de manera que quede claro que este procedimiento garantizará el debido proceso del contratista independientemente del proceso que resulte aplicable para ese momento.

Lo anterior con fundamento en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que resulta aplicable al presente proceso por disposición del artículo 13 de la misma Ley.

RESPUESTA:

Según lo indicado en la cláusula 34 inciso segundo de la minuta del contrato, para la imposición de la multa, el ICETEX *aplicará un procedimiento que garantice el debido proceso*. Así las cosas, resulta claro que esta garantía, ya se encuentra considerada dentro del contrato.

AB

ICETEX
CARRERA 3 NO. 18 - BOGOTÁ COLOMBIA
TEL: 382 16 70
WWW.ICETEX.GOV.CO

SELECCIÓN PÚBLICA 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.

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

Por otra parte y de acuerdo con el mismo correo electrónico de 15 de marzo de 2016, donde se solicita dar respuesta a las observaciones presentadas por la abogada Diana Rueda Prada en nombre de ERGOT S.L., de forma extemporánea en el curso de la Selección Pública No. 5 de 2015 cuyo objeto es la adecuación, remodelación, puesta en funcionamiento, mantenimiento y operación del Colegio Mayor Miguel Antonio Caro, consideramos que no es procedente darles respuesta por estar por fuera del término incluido en el mismo proceso por parte del ICETEX.

En ese sentido, sugerimos la siguiente respuesta.


“Teniendo en cuenta que las observaciones hechas se han presentado por fuera del término previsto en el Pliego de Condiciones, la Entidad se abstiene de dar respuesta a cada una de ellas conforme lo establece el Numeral 5 del Capítulo II. Etapas del Proceso de Selección. No obstante, invita a que se revise las respuestas publicadas el 7 de marzo, en las cuales en la respuesta a la observación identificada con el Numero 13, se evidencia la posición de la Entidad sobre los aspectos preguntados.”


NORA ALEJANDRA MUÑOZ BARRIOS
Secretario General (E) ICETEX


JORGE IVÁN MOLINA PARDO
Coordinador Grupo de Contratación.

Proyectó y Revisó: Firma Consultora Cremades & Calvo - Sotelo

Verificó contenido:

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