

Bogotá D.C., octubre 2 de 2015

GG - 6369 - 2015

Doctora
FANNY MARIA GONZALEZ VELASCO
Procuradora Delagada
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN
Ciudad

Asunto: Respuesta observaciones y recomendaciones al trámite de la Invitación Abierta FNT - 059 - 2015 cuyo objeto es la CONSTRUCCIÓN FASE-2 DEL CENTRO DE CONVENCIONES NEOMUNDO DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA-DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

Respetada Doctora Gonzalez,

Agradeciendo el acompañamiento preventivo de la Procuraduría General de la Nación para adelantar el proceso de contratación citado en referencia, de manera atenta nos permitimos dar respuesta a las recomendaciones realizadas por ustedes mediante comunicaciones con radicado No. 21894 y 284030 de 2015, en el siguiente sentido:

1. *“En la respuesta otorgada por FONTUR a la observación No. 4, relacionada con los factores de evaluación, FONTUR señala que dan claridad al respecto señalando: **“(...) el puntaje se asignará en función del valor de la propuesta, con base en el sistema de selección de la fórmula establecida actualmente en los términos de la invitación de conformidad con la metodología de evaluación económica establecida por Colombia Compra Eficiente y se calificará un factor de calidad que será la protección a la industria nacional asignando un puntaje a la propuesta que realiza dicho ofrecimiento (...).” (Subraya fuera de texto).***

Si bien es cierto que la presente convocatoria pública no está sometida al Estatuto General de la Contratación Pública, si se establece en la misma invitación la inclusión de un factor de calidad, y en ese entendido es necesario hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011, por cuanto dicha ley incluyo la diferenciación entre las condiciones del oferente y lo que constituye oferta, la norma es del siguiente tenor:

“Artículo 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

(...).

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a). La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en los pliegos de condiciones; o
- b). La ponderación de los elementos de calidad y precio que representan la mejor relación e costo-beneficio para la entidad.

(...)” Subrayado fuera de texto.

Sobre la diferenciación entre las condiciones del oferente y lo que constituye oferta, la SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL del Consejo de Estado, en concepto 1992 de 2010 señaló:

“(...) Las condiciones del oferente son las que le permiten participar en el proceso, bajo el entendido de que son las exigencias básicas o mínimas que debe tener para **cumplir con el contrato proyectado (...)”**

Y continúa indicando:

“(…) Por otra parte, los factores de calificación se deben aplicar exclusivamente en función de la oferta, entendida como los elementos del negocio jurídico sobre los cuales la entidad licitante va a efectuar la comparación de las propuestas para obtener la más favorable, teniendo en cuenta los elementos técnicos contenidos en los pliegos de condiciones.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, privilegia las condiciones técnicas y económicas de la oferta, señalando que ofrecimiento más favorable es **aquel que teniendo en cuenta dichos factores de escogencia y “la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos”, es decir, el peso o valor exacto que tendrá cada uno de los mismos en la calificación total de la propuesta, “contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos”. (…)**”

De otra parte, la Ley 816 de 2003, en su artículo 2 prescribe:

“Las entidades de que trata el artículo 1 asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales (…)”

Por lo anterior se recomienda revisar la estipulación señalada, toda vez que se podría estar evaluando un requisito que es una obligación legal y no un criterio de calificación técnicas o en otras palabras otorgándole puntaje a una orden de la ley y no a esas ventajas técnicas o económicas en que los interesados o proponentes estarían en condiciones de ofrecer, conforme lo señala el numeral 3.2.5 del Manual de Contratación de FONTUR, análisis que deben estar soportados en los estudios previos y más específicamente en los estudios del mercado.”.

Nos permitimos manifestar que estamos de acuerdo con las observaciones realizadas por la Procuraduría General de la Nación en el sentido de indicar que lo establecido en los términos de la invitación se ajusta al Ordenamiento Jurídico Colombiano.

Los criterios de asignación del puntaje para las propuestas habilitadas están basados en dos conceptos:

VALOR DE PROPUESTA ECONÓMICA	900 puntos
APOYO AL PERSONAL NACIONAL	100 puntos

Para la asignación del puntaje al valor de la propuesta, se definió en los términos de la invitación la manera clara como se seleccionará la fórmula que permitirá asignar el puntaje, sin que intervengan en el procedimiento ningún concepto subjetivo o de favorabilidad que genere dudas o discrepancias en el resultado obtenido.

La asignación del puntaje por apoyo al personal nacional está basado en el criterio utilizado por COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, ente rector para la contratación pública, en el modelo de pliego de condiciones tipo para contratos de obra pública; que propone, en la evaluación, asignar un puntaje para apoyar la industria nacional a los proponentes que ofrezcan bienes o servicios nacionales.

Por lo anterior, consideramos que los criterios y procedimientos establecidos en el Capítulo IV de los términos de la invitación, cumplen con lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, en el sentido que permiten establecer de manera clara, detallada y precisa la forma de asignación del puntaje a las propuestas que resulten habilitadas en el procesos de contratación. El procedimiento definido para la asignación de este puntaje no involucra la participación de conceptos subjetivos y permitirá escoger la propuesta más favorable para el P.A. FONTUR.

2. “Teniendo en cuenta que del contenido del objeto no se puede derivar si la ejecución del mismo es a precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, sino una vez consultadas las obligaciones contractuales, al respecto se recomienda revisar la redacción para que los posibles proponentes a la convocatoria, así como los demás interesados, tales como organismos de control, veedurías ciudadanas y el público en general, no se confundan al momento de interpretar los documentos precontractuales”.

El objeto de la Invitación Abierta FNT – 059 – 2015 es la CONSTRUCCIÓN FASE-2 DEL “CENTRO DE CONVENCIONES NEOMUNDO” DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA - DEPARTAMENTO DE SANTANDER, para tal efecto el numeral 4.2., de los términos de la invitación señala la forma de presentación de la propuesta económica para la ejecución del contrato, la cual es por un PRESUPUESTO POR PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FÓRMULA DE REAJUSTE, por lo tanto los términos de la invitación incorporan la estructura de costos mediante la cual se ejecutará el objeto del contrato a suscribir.

No obstante lo anterior, y atendiendo la recomendación de la Procuraduría General de la Nación, se expedirá Adenda, mediante la cual se aclare el alcance del objeto de la Invitación FNT – 059 – 2015, indicando que el mismo se adelanta mediante el sistema de Precios Unitarios sin Fórmula de Reajuste.

3. “Se solicita respetuosamente a la entidad que dentro de los documentos precontractuales se establezca con mayor claridad y

especificidad las obras a adelantar, toda vez que no se especifica los componentes para cada uno de estos espacios ni cuáles son las áreas a intervenir, adicional a las actividades de obra como movimiento de tierras, mampostería, concretos, redes, etc.”

Atendiendo la recomendación de la Procuraduría General de la Nación, se expedirá Adenda, mediante la cual se aclare el alcance del objeto de la Invitación FNT – 059 – 2015.

4. *“Si bien es cierto, la invitación abierta contempla las obligaciones generales, no es claro para este organismo de control, el alcance de las obras, más aún que se viene ejecutando una obra en la misma área en la que se pretende contratar, situación que podría afectar el proyecto y las garantías del mismo en la fase 1”.*

Es importante indicar, que desde la concepción del proyecto, se estructuró y se diseñó su ejecución por etapas o fases, de tal manera que las diferentes actividades a desarrollar durante la fase II no se van a ver afectadas por las desarrolladas en la fase I.

Cada una de las actividades del contrato, tendrán tal grado de desarrollo que permitirá determinar de manera clara la responsabilidad del contratista y su respectiva estabilidad. Los contratos no compartirán actividades de obra, simplemente habrá un traslapo en el desarrollo de las mismas, puesto que existirá un lapso de tiempo en que las dos organizaciones deberán coordinar las actividades que podrán ejecutarse simultáneamente sin que se genere ninguna afectación para las partes involucradas, por lo tanto el cubrimiento de cada una de los amparos está definido por este alcance para efectos de determinación de la responsabilidad y eventual aplicación de cada garantía.

5. *“En relación con las causales de rechazo establecidas en los literales g), k) y l), se recomienda revisar la redacción de las mismas, toda vez que las entidades públicas en el desarrollo de la función administrativa o en la actividades de gestión contractual administrativa, no le compete adelantar actuaciones de responsabilidad, las cuales por la Constitución Política y la Ley están asignadas a otras autoridades públicas.”.*

El P.A. Fontur al establecer las causales de rechazo en los términos de la invitación, tiene en cuenta lo expresado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual señala en cuanto a su definición y alcance:

“(…) las causales de rechazo de la oferta emanen directamente de la ley o del pliego de condiciones, en uno y en otro caso se refieren a defectos, omisiones o circunstancias impositivas que permiten deducir que la misma no resulta favorable para los intereses de la entidad y los fines de la contratación y que de soslayarse se comprometería el

*cumplimiento de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como el deber de selección objetiva en la contratación. (...)*¹

Por lo anterior, las causales g), k) y l), están dirigidas a controlar el los riesgos que se puedan presentar por evidencia dentro del proceso de selección de comportamientos de los proponentes que vulneren el principio de transparencia, lo cual no obsta para que se acuda a las autoridades competentes para que se adelante el proceso legal respectivo.

No obstante lo anterior, y atendiendo la recomendación de la Procuraduría General de la Nación, se emitirá Adenda, mediante la cual se modificarán las causales de rechazo.

6. “En el documento denominado “DECLARACIÓN DE APORTES DEL GOBIERNO NACIONAL, GOBERNACIÓN DE SANTANDER Y ALCALDIA DE BUCARAMANGA”, se manifiesta que: “La Corporación de Centro de Convenciones, Ciencia y Tecnología de Bucaramanga – NEOMUNDO, aporto los terrenos en donde se construirá el Centro de Convenciones, el Municipio de Bucaramanga, desarrollo con recursos propios la totalidad de la fase de pre – inversión del proyecto referente a los estudios y diseños a fase III, por valor de \$2.135.474.600. 00 valor invertido en los estudios y diseños técnicos, estudios de factibilidad y licencias”. De la anterior manifestación tomada textualmente del documento mencionado, surgen para este Despacho las siguientes interrogantes:

a) *El aporte de los terrenos para la construcción del Centro de Convenciones implica la transferencia del derecho de dominio de estos y de ser así, quien es o será una vez terminada la obra titular del derecho de dominio?*

El Municipio de Bucaramanga actualmente es el propietario del lote de terreno donde se está construyendo el Centro de Convenicones de Neomundo, conforme lo indica el certificado de libertad y tradición expedido el 11 de marzo de 2015, por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga bajo el Nro. 300-270875, en el cual se indica que el Municipio de Bucaramanga adquirió a la Corporación de Centro de Convenciones, Ciencia y Tecnología de Bucaramanga el lote de terreno en donde actualmente se construye el centro de convenciones. (Se adjunta copia del Certificado).

Por otra parte, El P.A. FONTUR señala que en la actualidad no hay transferencia de dominio de los terrenos para la construcción del Centro de Convenciones, el cual continúa en propiedad del Municipio de Bucaramanga. No obstante, en atención a la

¹Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (Subsección B). Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. 27 de abril de 2011. Radicación Número: 25000-23-26-000-1997-03924-01(18293).

recomendación de la Procuraduría se realizará la precisión correspondiente mediante Adenda.

b) La construcción del Centro de Convenciones de acuerdo a los documentos aportados, se desarrolla a partir de una construcción ya existente, cuál es la razón para que en la Declaración de Aportes no se haga alusión a esta y solo se indique el aporte del terreno? y c) Porque no se hace una valoración económica del lote y la construcción aportada por NEOMUNDO?

El P.A. Fontur precisa que los aportes señalados en el Convenio FNT – 328 de 2015 se realizaron conforme a la planeación establecida en el *“Contrato Plan Santander”*; en el convenio se realizaron aportes en especie tasados en la suma de \$20.052.597.972, correspondiente a los contratos e obra e interventoría de la Fase I suscritos por el Municipio de Bucaramanga y aportes en recursos por la suma de \$49.543.574.320, de conformidad con la intención y manifestación de las partes aportantes del convenio.

Por otra parte al no tener claridad acerca de quién será el titular del derecho de dominio del Centro de Convenciones, una vez terminada la ejecución de la obra, de manera atenta se solicita se informe a esta Delgada allegando los respectivos soportes, quien será el responsable del manejo y administración de los recursos que ingresen por concepto la utilización del mismo y cual será el destino de los excedentes de la operación. Así mismo frente a la titulación actual de los predios donde se adelanta el desarrollo del proyecto, se insta a remitir el certificado de tradición y libertad del mismo.

El P.A. Fontur señala que de acuerdo certificado de tradición expedido el 11 de marzo de 2015, por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga bajo el Nro. 300-270875, el titular del dominio del Centro de Convenciones es el Municipio de Bucaramanga, para tal efecto se remite este documento y la copia de la escritura pública No. 5853 de la Notaría Quinta del Círculo de Bucaramanga por medio de la cual se realizó la compraventa.

En relación a la determinación de quien será el responsable del manejo y administración de los recursos que ingresen por la utilización del mismo y el destino de los excedentes de la operación, se explica que en el Convenio FNT-328-2014, suscrito entre el Municipio de Bucaramanga, el Departamento de Santander y el P.A. FONTUR, se estableció en el numeral 12 de la Cláusula Quinta el compromiso especial del Municipio de Administrar, operar, velar por el mantenimiento y buen uso de las obras recibidas en coordinación con el Departamento de Santander, de igual forma el departamento conforme lo establece la Cláusula Trigésima Quinta de la Adhesión 1 al citado convenio, adquirió el compromiso especial de Administrar, operar, velar por el mantenimiento y buen uso de las obras recibidas en coordinación con el Municipio de Santander.

Por lo tanto, son las Entidades Territoriales firmantes del convenio FNT – 328 de 2015, las obligadas a tomar las medidas necesarias para garantizar el adecuado aprovechamiento y administración del Centro de Convenciones de Bucaramanga.

Se solicita FONTUR indicar el mecanismo establecido en la invitación mediante el cual puede establecer que el futuro contratista no se encuentra imposibilitado de ejecutar el proyecto por falta de capacidad residual de contratación.

El P.A. Fontur señala que en el presente proceso de contratación se solicitan los indicadores financieros de liquidez, endeudamiento, patrimonio, capital de trabajo, que permiten establecer la solidez económica de las empresas participantes y su capacidad para ejecutar el contrato resultante del proceso de contratación, información analizada con base en los estados financieros del proponente, debidamente suscritos por contador público y dictaminados por revisor fiscal.

De otra parte, es importante precisar que la Capacidad Residual de Contratación es un indicador establecido por la Ley 1150 de 2013 y el Decreto 791 de 2014, teniendo en cuenta que este proceso de contratación se adelanta de acuerdo con las normas de derecho privado, al ser esta normativa sólo aplicable para la contratación de obras estatales con base en el Estatuto de Contratación Pública, no se requirió este criterio de habilitación de las propuestas.

Se recomienda a FONTUR publicar las observaciones presentadas por este organismo de control.

El P.A. Fontur en cumplimiento del principio de publicidad de las actuaciones originadas en el curso del proceso de selección, realizó la publicación el 8 de septiembre de 2015, las observaciones realizadas a los términos de la invitación, por parte de la Procuraduría General de la Nación así como de los proponentes, allegadas a esta fecha así como las que se han generado durante el proceso.

En relación con la evaluación de la oferta económica, se recomienda establecer con claridad la TRM aplicar, determinando si esta tasa sería la de cierre del día anterior a la Audiencia de Calificación de la Propuesta Económica.

El P.A. Fontur, señala que de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.2., de los términos de la invitación, la evaluación económica de los métodos establecidos, se escogerá entre ellas teniendo en cuenta los primeros dos decimales de la TRM vigente señalada por el Banco de la República, a la fecha establecida en el cronograma del proceso para realizar la Audiencia de Calificación de la Propuesta Económica.

En los anteriores términos damos respuesta a sus recomendaciones y quedamos prestos a atender cualquier inquietud adicional que pueda derivarse.

Cordialmente,

Original firmado

MANUEL EDUARDO OSORIO LOZANO
Gerente General
FONTUR

Anexo. Certificado de Libertad y Tradicion
Folio de Matricula Inmobiliaria el Nro. 300-270875.
Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bucaramanga.
Escritura de Compraventa Lotes
Municipio de Bucaramaga.

Revisó: Paola Santos/ Juan Rodriguez
Elaboró: Alba Parra / Jaime Caceres.