

**RESPUESTA OBSERVACIONES
INVITACIÓN ABIERTA No. 432**

OBJETO: “La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. FIDUCOLDEX, sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta obrando como vocera del Fideicomiso PROCOLOMBIA, está interesada en recibir propuestas para seleccionar al proponente que realice una consultoría especializada que diseñe y estructure un estudio técnico, administrativo, jurídico y financiero de un plan de tercerización (outsourcing) de los instrumentos e incentivos de promoción de las exportaciones, tales como los Sistemas Especiales de Importación – Exportación, las Sociedades de Comercialización Internacional y las Zonas Francas, a fin de lograr un acceso ágil y simplificado a los mismos.”

A. JUAN CARLOS FRESEN MADERO - C.C. 1.020.776.173

Pregunta 1:

“Observación general Analizando los Términos de Referencia se solicita a la entidad que aclare al respecto del objetivo y necesidad de la Invitación Abierta, previa las siguientes consideraciones:

De los Términos de Referencia se desprende la necesidad de la entidad en estructurar el proyecto para que particulares presten el servicio contenido en el Plan Vallejo. Para el efecto, este tipo de proyectos se estructura bajo dos pilares. El primero es la estructuración del Plan Vallejo, es decir, el diseño del servicio que deberán prestar los particulares, como el mecanismo para incentivar las exportaciones. Por el contrario, el segundo es la estructuración del proceso de contratación para seleccionar al particular que vaya a prestar el servicio.

De esta manera, se solicita a la entidad que aclare cuál es la necesidad de la entidad, si la estructuración del Plan Vallejo o el diseño del proceso de selección de la persona que preste el servicio”.

Respuesta: No se acepta la observación del interesado, por cuanto no son dos pilares. La invitación de FIDUCOLDEX, como vocera del Fideicomiso PROCOLOMBIA, está centrada en seleccionar un proponente que realice una consultoría especializada que estructure un plan de tercerización (outsourcing), para lograr un acceso ágil y simplificado a los instrumentos e incentivos de promoción de las exportaciones, tales como los Sistemas Especiales de Importación – Exportación, las Sociedades de Comercialización Internacional y las Zonas Francas y para ello se debe ejecutar varias actividades descritas en el numeral 1.9 de los Términos de Referencia.

Es decir, no se trata de la reglamentación del Plan Vallejo, ni ninguno de los instrumentos de promoción, como tampoco del diseño del pliego de condiciones para contratar al tercero.

Para la estructuración de lo señalado anteriormente, el documento de términos de referencia menciona unas condiciones técnicas que se deben cumplir con la consultoría. Se precisa que los requerimientos de FIDUCOLDEX-PROCOLOMBIA se encuentran establecidos en el documento de Términos de Referencia, de manera puntual en el objeto y en el alcance técnico del objeto, puntos 1.8 y 1.9, y son los que deben cumplir el proponente.

Pregunta 2:

“Subsanabilidad En el numeral 4.1.4. de los Términos de Referencia se establece la posibilidad de subsanar cualesquiera de los requisitos mínimos habilitantes, así:

“4.1.4. Solicitudes de aclaración o complementación y subsanabilidad

De considerarlo necesario, PROCOLOMBIA podrá solicitar aclaraciones o complementaciones a la propuesta, respecto de cualquiera de los requisitos mínimos habilitantes y demás documentación de la misma, ya sea porque no encuentra claridad en algún tema o para subsanarla. En la solicitud concederá un plazo para las respuestas y si fuere necesario podrá aplazarse la adjudicación, previa información a todos los proponentes. En ningún caso la aclaración o complementación podrá dar lugar a modificar el alcance inicial de la propuesta, mejorarla, ni acreditar requisitos o condiciones adquiridas con posterioridad al cierre del proceso de selección.

Igualmente podrá solicitar aclaraciones en aspectos de la propuesta económica, pero únicamente para la corrección de errores de transcripción, numéricos, matemáticos o formales. En ningún caso la aclaración podrá dar lugar a modificar el alcance inicial de la propuesta, mejorarla, ni acreditar requisitos o condiciones adquiridas con posterioridad al cierre del proceso de selección.

En caso que el proponente no presente la aclaración o complementación en el plazo establecido, PROCOLOMBIA podrá descartar su propuesta y no tenerla en cuenta para ser evaluada” (Resaltado fuera del texto).

Aparte del numeral anterior existen otros apartados de los Términos de Referencia que hacen referencia a los documentos objeto de subsanabilidad, así:

“En caso que la garantía de seriedad de la propuesta sea expedida sin el lleno de los requerimientos de estos términos de referencia, este hecho será subsanable y el proponente deberá remitir las correcciones del caso en el término que le fije PROCOLOMBIA, lo cual será solicitado por escrito”

De las citas antes expuestas se entiende que cualquier tipo de documento contenido en el Capítulo III de los Términos de Referencia, estos son: 1. Requisitos de carácter jurídico (numeral 3.1. y siguientes); 2. Requisitos de carácter financiero (numeral 3.2. y siguientes); 3. Requisitos de carácter técnico (numeral 3.3. y siguientes); y 4. Documentos de carácter económico (numeral 3.4.).

Por consiguiente, se solicita que la entidad rectifique esta posición y, adicionalmente, aclare los siguientes puntos:

- ¿En caso de no requerir la entidad a uno de los proponentes sobre la subsanabilidad de uno de los requisitos habilitantes, se entiende subsanado o no ese requisito?*
- ¿en todo caso es necesario que la entidad requiera al proponente para que subsane o el proponente puede subsanar?*
- ¿Hasta qué momento pueden los proponentes subsanar los requisitos habilitantes?*

Respuesta: No se acepta la observación del interesado, FIDUCOLDEX - PROCOLOMBIA, mantiene lo manifestado en los Términos de Referencia. Los numerales 3.1., 3.2., y 3.3, son claros al expresar en ellos: **“Los requisitos que se mencionan en este numeral son verificables y como tal se constituyen en un requisito habilitante, y por tanto obligatorio, para la participación en este proceso de contratación”.**

De lo anterior, se concluye que: **i)** El Documento de Carácter Económico no es un requisito de carácter habilitante; y **ii)** Como se indica en el numeral 4.1.4., de los Términos de Referencia "Solicitudes de aclaración o complementación y subsanabilidad", es clara la facultad, oportunidad y análisis de **FIDUCOLDEX - PROCOLOMBIA** para cumplir una etapa de subsanación de documentos, de acuerdo al plazo que para el efecto otorgue **PROCOLOMBIA** frente a cada solicitud de aclaración y subsanación.

En todo caso se aclara entonces al interesado, que las subsanaciones solo podrán realizarse como respuesta a las solicitudes de **FIDUCOLDEX-PROCOLOMBIA** y dentro del plazo otorgado en la respectiva comunicación.

Pregunta 3:

"Etapa de negociación El numeral 2.3.8. de los Términos de Referencia contempla la posibilidad de realizar una etapa de negociación, así:

"2.3.8. Negociación: Si lo considera conveniente, **PROCOLOMBIA** podrá realizar una etapa de negociación con los proponentes que hayan cumplido los requisitos mínimos exigidos en la presente invitación o con el proponente que cumpliendo todos los requisitos habilitantes haya obtenido la mayor calificación, con el fin de obtener las condiciones más favorables para **PROCOLOMBIA**"

Igualmente, el numeral 2.5.2. del Manual de Contratación de Fiducoldex en materia de la etapa de negociación establece lo siguiente:

"2.5.2. Negociación

FIDUCOLDEX podrá negociar con el o los proponentes, las diferentes condiciones de la oferta, las cuales quedarán consignadas en la respectiva modalidad de formalización del negocio jurídico.

La negociación se podrá realizar una vez surtido el correspondiente proceso de selección, con los proponentes que hayan cumplido todos los requisitos habilitantes o con el proponente que cumpliendo todos los requisitos habilitantes haya obtenido la mayor calificación.

En cada negociación, se elevará un acta suscrita por todos los asistentes, donde consten los acuerdos resultantes de la misma"

Conforme lo anterior se entiende que a discreción de la entidad, cuando lo considere necesario, podrá realizar una etapa de negociación con los proponentes o proponente que cumpla los requisitos habilitantes.

En este sentido, se solicita a la entidad establecer las causales objetivas para determinar en qué momento puede realizarse esta etapa. Igualmente, es necesario establecer en qué momento y plazo se realizará dicha etapa. Por último, incluir en los Términos de Referencia el procedimiento que se llevará a cabo para el desarrollo de esta etapa. Lo anterior con el fin de garantizar los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad.

Los dos primeros se definen en el numeral 1.4. del Manual de Contratación de Fiducoldex en los siguientes términos:



“Transparencia: se seleccionará de manera objetiva las mejores propuestas, velando porque todos los oferentes se encuentren en condiciones de igualdad y reciban un tratamiento igual. Así mismo se dispondrá de lo necesario para que, dentro del proceso de contratación, se deje evidencia documental de las decisiones y de las actuaciones que ocurran dentro del mismo, y

Selección Objetiva: es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace 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”

Por su parte, el Consejo de Estado¹ ha interpretado y desarrollado los principios antes mencionados. En primer lugar, en relación con el principio de transparencia la Alta Corte ha manifestado lo siguiente:

“En virtud del principio de transparencia, previsto en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se procura garantizar que en la formación del contrato, con plena publicidad de las bases del proceso de selección, en igualdad de oportunidades para quienes en él participen, se escoja la oferta más favorable para los intereses de la administración, de suerte que la actuación administrativa de la contratación sea imparcial, alejada de todo favoritismo, extraña a cualquier factor político, económico o familiar², libre de presiones indebidas y, en especial, de cualquier sospecha de corrupción en las personas de los funcionarios y los particulares que participan en el proceso³.

La transparencia es concordante con otros principios de la contratación estatal, entre los que se encuentran los de imparcialidad, igualdad, moralidad, selección objetiva y buena fe”

En segundo lugar, se precisa el principio de selección objetiva, de la siguiente manera:

“iii) en virtud del deber de selección objetiva (...), se estableció la exigencia de realizar el procedimiento de escogencia del contratista de conformidad con los factores objetivos de comparación determinados previamente”⁴

Por último, el Consejo de Estado ha manifestado sobre el principio de igualdad, siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional lo siguiente:

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015. Radicado No.: 2260. Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n.º 2148 de 2013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación n.º 24715. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Exp. 17088. “Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza, translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina (...). Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209. C.N).”

³ En desarrollo de este principio las autoridades deben ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y, por ende, no pueden actuar con desviación o abuso de poder y, adicionalmente, les está prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto de contratación (Ley 80/93, artículo 24, num. 8).

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 29 de octubre de 2014. Radicación No.: 29851. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E).



"La Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que la justificación de un trato desigual por parte del legislador requiere la concurrencia de los siguientes elementos⁵ : i) La existencia de disposiciones o efectos jurídicos desiguales; ii) La existencia de un fin u objetivo del trato desigual, que debe ser válido a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales; iii) Que el medio previsto en la norma legal : - no esté jurídicamente prohibido y sea en cambio permitido por el ordenamiento superior, - sea también válido a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales, - sea adecuado o idóneo para la consecución del fin u objetivo, - sea necesario, es decir, que no existan otros medios que no sacrifiquen los valores, principios o derechos constitucionales o que los sacrifiquen en menor medida, - sea proporcional en sentido estricto, o sea, que sus beneficios sean superiores a la afectación de los valores, principios o derechos constitucionales"⁶

De todo lo anterior cabe aclarar que las entidades públicas de derecho privado están sujetas a los principios de la contratación y de la función pública, conforme lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 que dice:

"Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal"

En esta medida, es preciso señalar que la entidad en virtud de garantizar los anteriores principios debe incluir en los Términos de Referencia las causales objetivas para determinar en qué momento puede realizarse esta etapa, establecer en qué momento y plazo se realizará dicha etapa, e incluir el procedimiento que se llevará a cabo para el desarrollo de esta etapa."

Respuesta: No se acepta la observación del interesado, por cuanto el Manual de Contratación que aplica para el Fideicomiso **PROCOLOMBIA**, no es el de **FIDUCOLDEX**, quien obra como vocera del Fideicomiso **PROCOLOMBIA**. En tal sentido el Manual para el caso que nos ocupa es el identificado como: *"Manual de Contratación para el Fideicomiso **PROCOLOMBIA**"*

Es importante precisar que las empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta que tienen la naturaleza de entidades financieras estatales, no están sujetas al Estatuto General de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007, y se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, es decir a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al Código de Comercio y al Código Civil.

⁵ Sobre este tema pueden consultarse las Sentencias C-576 de 2004, M. P. Jaime Araujo Rentería; C-022 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y T-230 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicación No.: 1235-14. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En atención a lo anterior, por disposición legal (artículo 285 del Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el régimen aplicable para los actos y contratos que se regulan por el Manual de Contratación para el Fideicomiso **PROCOLOMBIA** es exclusivamente el derecho privado. Sin embargo, en todo caso respetando el debido proceso y el derecho de defensa.

Tal y como lo establece el Manual de Contratación para el Fideicomiso **PROCOLOMBIA** y lo consignado en los términos de referencia, la etapa de negociación está concebida como un mecanismo para la obtención de condiciones más favorables y será activado de manera facultativa por **PROCOLOMBIA** en la medida que lo vea necesario y procedente en las oportunidades señaladas en su Manual de Contratación (Numeral 2.4.2) y en los Términos.

Pregunta 4:

"2. OBSERVACIONES A LOS REQUISITOS DE LA OFERTA O PROPUESTA

2.1. DOCUMENTOS DE CARÁCTER JURÍDICO

2.1.1. Certificado de existencia y representación legal

En el numeral 3.1.4. de los Términos de Referencia se establece que el certificado de existencia y representación legal deberá cumplir con ciertos requisitos, entre los cuales se presenta el siguiente:

"El objeto social principal de la sociedad deberá relacionarse directamente con el objeto del contrato"

Acuérdese que el objeto de la presente invitación abierta es el siguiente:

"La Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. FIDUCOLDEX, sociedad de servicios financieros de economía mixta indirecta obrando como vocera del Fideicomiso PROCOLOMBIA, está interesada en recibir propuestas para seleccionar al proponente que realice una consultoría especializada que diseñe y estructure un estudio técnico, administrativo, jurídico y financiero de un plan de tercerización (outsourcing) de los instrumentos e incentivos de promoción de las exportaciones, tales como los Sistemas Especiales de Importación – Exportación, las Sociedades de Comercialización Internacional y las Zonas Francas, a fin de lograr un acceso ágil y simplificado a los mismos"

De lo anterior se desprende que el objeto social principal del proponente debe tener relación directa con el objeto del contrato. Esto es que corresponda íntegramente y esté incluido en el objeto principal del proponente lo siguiente: *"consultoría especializada que diseñe y estructure un estudio técnico, administrativo, jurídico y financiero de un plan de tercerización (outsourcing) de los instrumentos e incentivos de promoción de las exportaciones, tales como los Sistemas Especiales de Importación – Exportación, las Sociedades de Comercialización Internacional y las Zonas Francas, a fin de lograr un acceso ágil y simplificado a los mismos"*. Esto es un objeto demasiado limitado para cualquier tipo de empresa de consultoría especializada que pretenda participar en la presente invitación abierta.

Esto ocasionaría una violación al principio de libre concurrencia el cual se entiende como la garantía de la facultad de participar en los procesos de contratación de las entidades públicas a todos los proponentes que tengan real posibilidad de ofrecer el bien o servicio que la administración necesita.



En este sentido lo ha entendido el Consejo de Estado⁷, en los siguientes términos:

*"Ha sostenido la Sala que "El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración".⁸
"En sentido similar, la Corte Constitucional ha precisado el alcance de este principio y su correlación con el de igualdad en los siguientes términos:*

"(...) El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración."

(...)

El principio la libre concurrencia implica la libertad de competir en condiciones de igualdad por parte de los sujetos interesados en realizar determinada actividad económica, y "...deviene del alcance material y sistemático surgido de la interacción entre las cláusulas constitucionales de la libre competencia instituida en los artículos 88 [que lo define como derecho colectivo] y 333 constitucionales y la del Estado social y democrático de derecho, que hacen del concepto, no solo uno de los pilares de la constitución económica⁹, en cuanto soporta a oferentes y demandantes de bienes y servicios en la dinámica del mercado, sino también, que lo torna en un concepto materialmente vinculado a los elementos propios de la vida democrática de nuestra sociedad¹⁰, vinculado con el interés general, esto es de carácter colectivo, sin perder su horizonte como derecho subjetivo...^{11,12}

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de agosto de 2013. Radicación No.: 2148. Consejero ponente: William Zambrano Cetina (E).

⁸ "[58] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 30 de enero de 2003, Exp. 23508".

⁹ "[23] PALACIOS MEJÍA, Hugo. 'El derecho de los servicios públicos, Derecho Vigente'. Bogotá, 1999, Págs. 44 a 46".

¹⁰ "[24] Corte Constitucional. Sentencia C-870 de 2003. La libertad de empresa y la libre competencia económica son dos garantías cardinales de la llamada 'constitución económica' que se erigen en fundamento del desarrollo económico y social así como en garantía de una sociedad democrática y pluralista".

¹¹ "[25] Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. '...Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades...'"

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 2012. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. N° 11001-03-26-000-2010-0036-01(IJ), Exp. 38924.

Por otra parte, al igual que el principio de libre competencia, se estaría violando el principio de pluralidad de oferentes que se deriva del principio de libre competencia económica contenido en el artículo 333 de la Constitución. En relación al principio de pluralidad de oferentes el Consejo de Estado¹³ ha manifestado que se deriva del principio de libre competencia económica, de la siguiente forma:

“La libre competencia económica implica necesariamente para un bien o servicio determinado, que existe una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes, en donde quienes ofrecen compiten entre sí para que los consumidores los elijan, y los consumidores, a su vez, entre ellos, para tener la posibilidad de adquirir los bienes o servicios requeridos, dado que en el mercado la oferta es siempre limitada. La libertad económica establecida en el artículo 333 constitucional comporta la libertad de elegir. A los agentes económicos del mercado se les reconoce el derecho de elegir.

Para la Corte Constitucional esta resulta ser una de las determinantes sustanciales de la libre competencia económica:

“...La protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado...”¹⁴

En este sentido, la posibilidad recíproca de los agentes del mercado de elegir entre varias opciones, sustenta, desde la perspectiva de las normas constitucionales y legales invocadas, la regla general de la necesaria concurrencia de dichos agentes al mercado bajo consideraciones de pluralidad y de igualdad. La libre competencia económica no solo implica garantizar al individuo el libre ejercicio de una actividad económica cualquiera dentro de los límites legales; también supone su consideración plural en cuanto todos son potenciales agentes del mercado. De tal manera, se pretende armonizar el interés privado y particular del competidor, con el interés de la sociedad y del Estado que propende por la existencia de un mercado o sistema económico competitivo, equitativo y participativo”

Como puede observarse, con el requisito antes citado se estaría violando varios principios de la función pública, en especial los de libre concurrencia, libre competencia económica y pluralidad de oferentes, en razón a que la relación que debe haber entre el objeto principal del proponente con el objeto del contrato limita desproporcionadamente la concurrencia de varios proponentes a la invitación abierta. Por consiguiente, se solicita a la entidad que amplíe este requisito, que no se limite únicamente al objeto principal sino que se remita a las demás funciones del proponente.”

Respuesta: No se acepta la observación del interesado por cuanto **FIDUCOLDEX – PROCOLOMBIA**, precisamente en aras de garantizar la libre concurrencia e igualdad de

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de febrero de 2012. Radicación No.: 11001-03-26-000-2010-00036-01(IJ). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001



los oferentes solicita que el objeto social principal de la sociedad **se relacione** directamente con el objeto del contrato. Es decir, aquellas actividades que tengan una causa o afinidad con la actividad descrita en el objeto del contrato a suscribir que es una consultoría, o que se derive o esté relacionado con dicha actividad como servicios de asesoría.

No se trata de una transcripción del objeto de los Términos de Referencia en el objeto social del proponente.

Pregunta 5:

"2.1.2. Certificado ISO 9001

En los Términos de Referencia, específicamente en el Anexo II "Formato Inscripción de Proveedor FTGD24", se requiere como documentos adicionales copia de la certificación ISO 9001. Adicionalmente, se hace la salvedad de "en caso de aplicar".

Conforme al numeral 1º de la Norma Internacional ISO 9001 el objeto y campo de aplicación es sobre sistemas de gestión de calidad es para organizaciones destinadas a productos y no la prestación de servicios. En efecto, la norma dice:

"1 Objeto y campo de aplicación

1.1 Generalidades

Esta Norma Internacional especifica los requisitos para un sistema de gestión de la calidad, cuando una organización:

- a) *Necesita demostrar su capacidad para proporcionar regularmente productos que satisfagan los requisitos del cliente y los legales y reglamentarios aplicables, y*
- b) *aspira a aumentar la satisfacción del cliente a través de la aplicación eficaz del sistema, incluidos los procesos para la mejora continua del sistema y el aseguramiento de la conformidad con los requisitos del cliente y los legales y reglamentarios aplicables.*

NOTA En esta Norma Internacional, el término "producto" se aplica únicamente a:

- a) *el producto destinado a un cliente o solicitado por él.*
- b) *cualquier resultado previsto de los procesos de realización del producto-*

1.2. Aplicación

Todos los requisitos de esta Norma Internacional son genéricos y se pretende que sean aplicables a todas las organizaciones sin importar su tipo, tamaño y producto suministrado.

Cuando uno o varios requisitos de esta Norma Internacional no se puedan aplicar debido a la naturaleza de la organización y de su producto, pueden considerarse para su exclusión

Cuando se realicen exclusiones, no se podrá alegar conformidad con esta Norma Internacional a menos que dichas exclusiones queden restringidas a los requisitos expresados en el Capítulo 7 y que tales exclusiones no afecten a la capacidad o responsabilidad de la organización para proporcionar productos que cumplan con los requisitos del cliente y los legales y reglamentarios aplicables"

Como puede observarse, el objeto de la Norma Internacional ISO 9001 es sobre producto y no prestación de servicios. Por consiguiente, debido a la naturaleza del objeto de la presente invitación abierta se requiere la prestación de un servicio de consultoría especializada y no el suministro de un producto.

De esta manera, se solicita a la entidad que precise los casos en que aplica el certificado de la Norma Internacional ISO 9001, para el presente proceso. Igualmente, se solicita a la entidad que aclare si el certificado de la Norma Internacional ISO 9001 es un requisito habilitante.

Respuesta: la Norma Internacional ISO 9001 no es un requisito habilitante en el presente proceso y la Copia de la Certificación ISO 9001 no aplica para la presente invitación. El Formato Inscripción de Proveedor – FTGAD24 debe ser diligenciado y anexar los documentos según sea Régimen Simplificado o Régimen Común. Así mismo, se aclara que los requisitos habilitantes son los documentos contenidos en el Capítulo III de los Términos de Referencia, estos son: Requisitos de Carácter Jurídico (Numeral 3.1. y siguientes); Requisitos de Carácter Financiero (Numeral 3.2., y siguientes); Requisitos de Carácter Técnico (Numeral 3.3., y siguientes).

Pregunta 6:

"2.2. REQUISITOS DE CARÁCTER FINANCIERO

2.2.1. Notas de estados financieros

En el numeral 3.2.2. de los Términos de Referencia establece la obligación de suministrar en los estados financieros las notas respectivas, de la siguiente forma:

"3.2.2 Notas a los estados financieros

Los estados financieros deberán estar acompañados de sus respectivas notas"

Sin embargo y como puede observarse, no se dice nada sobre la obligación de llevar debidamente firmadas dichas notas. Por esta razón, se solicita aclara si las notas a los estados financieros deben estar debidamente firmados por el Representante Legal, Contador y Revisor Fiscal, según corresponda.

2.2.2. Criterios financieros de habilitación

En el numeral 3.2.6. se establecen los indicadores como criterios mínimos para ser habilitado en la presente invitación, así:

"3.2.6. Criterios Financieros de Habilitación

Se entenderá que queda habilitado el proponente que cumpla con el criterio mínimo de acuerdo con los siguientes indicadores

3.2.6.1. Razón de liquidez: La razón de liquidez se calcula con base en la siguiente fórmula:

Razón de liquidez = Activo Corriente / Pasivo Corriente

Para la habilitación el proponente debe obtener un valor igual o superior a uno (1).

3.2.6.2. Nivel de Endeudamiento: El nivel de endeudamiento se calcula con base en la siguiente fórmula:

Nivel de Endeudamiento = Pasivo total / Activo Total

Para la habilitación el proponente debe obtener un porcentaje inferior al setenta por ciento (70%).

3.2.6.3. Patrimonio

El patrimonio se calcula con base en la siguiente fórmula:

Patrimonio = Activo Total – Pasivo Total

El patrimonio deberá ser mayor al diez por ciento (10%) del valor total de la oferta”

Sin embargo, no se anexa algún documento que establezca la forma de presentar los indicadores. Por este motivo, se solicita incluir en los Términos de Referencia el anexo correspondiente para diligenciar y presentar los indicadores.”

Respuesta: No se acepta la observación del interesado en razón que las notas a los estados financieros forman parte integral de los mismos, por lo cual no se requiere que sean firmados por aparte y respecto a los indicadores financieros de habilitación se calculan a partir de la información contenida en los estados financieros, por lo cual no se requiere un formato independiente para su presentación.

Pregunta 7:

“2.3. DOCUMENTOS DE CARÁCTER TÉCNICO

2.3.1. Experiencia del proponente

En el numeral 3.3.1. de los Términos de Referencia se establece como requisito habilitante de carácter técnico la experiencia del proponente conforme lo siguiente:

“3.3.1. EXPERIENCIA DEL PROPONENTE: El proponente deberá presentar mínimo tres (3) certificaciones de contratos ejecutados o en ejecución, que se hayan suscrito desde el 1 de enero de 2006 hasta la fecha, cada una por un valor igual o superior a **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$300.000.000)**, cuyo objeto se relacione con el objeto de la presente invitación y/o consultoría sobre instrumentos de promoción a las exportaciones, y/o restructuración de entidades públicas con énfasis en procesos, dirigido a entidades públicas colombianas o extranjeras”

Según lo que se desprende de la anterior cita para acreditar la experiencia del proponente se necesita aportar como mínimo tres contratos por un valor individual de \$300.000.000. En segundo



lugar, para que los contratos sean considerados válidos por la entidad, el objeto de los contratos deberá estar relacionado con alguno de los siguientes ejemplos:

- 1. El objeto de la presente invitación;*
- 2. Consultoría sobre instrumentos de promoción a las exportaciones;*
- 3. Reestructuración de entidades públicas con énfasis en procesos.*

Es importante reiterar que el objeto de la presente Invitación es bastante limitado frente a la frecuente tipificación de los contratos en el mercado de consultorías especializadas. Igualmente, la mayoría de contratos desarrollan el objeto en las obligaciones generales y específicas de los mismos. En este sentido, establecer como experiencia contratos con objetos tan limitados vulneraría principios que la entidad debe garantizar, especialmente los de libre concurrencia, selección objetiva, libre competencia económica, pluralidad de oferentes e igualdad.

De esta forma, se solicita a la entidad que amplíe este requisito a las obligaciones generales y específicas contenidas en los mismos contratos para que sean válidos como experiencia del proponente.

En relación con lo anterior y para efectos de aclarar los contratos que la entidad pretende hacer valer como experiencia del proponente es necesario que se definan ciertos conceptos. Al respecto, se solicita a la entidad que aclare qué entiende por "instrumento de promoción" y "reestructuración de entidades públicas con énfasis en procesos"

Igualmente, para garantizar los principios señalados anteriormente se considera necesario modificar el valor que se establece en el numeral 3.3.1. de los Términos de Referencia, de \$300.000.000 a Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. Esto con el objetivo de poder llevar a valor presente los valores de los contratos suscritos antes del 2016.

En virtud garantizar los principios de igualdad, libre concurrencia, selección objetiva, libre competencia económica y pluralidad de oferentes se considera necesario modificar y ampliar el requisito para incluir la posibilidad de agrupar varios contratos para alcanzar el valor establecido. En términos de experiencia es igual tener un contrato de \$300.000.000 que varios contratos que sumados den \$300.000.000. Adicionalmente, es hasta más beneficioso tener un proponente con diversidad de contratos sobre la misma materia en razón a que demuestra diversificación, mayor tiempo de experiencia y dinamismo a la hora de enfrentarse a diferentes situaciones."

Respuesta: Se aceptan parcialmente las observaciones y para tal efecto se expide la **Adenda No. 2**. No obstante, se hacen las siguientes aclaraciones:

- 1) Frente al objeto de los contratos, es claro que se leerá integralmente el contrato tanto en su objeto como en sus obligaciones generales y específicas en aras de verificar si cumple con lo solicitado.
- 2) Frente a las definiciones solicitadas, se advierte que los instrumentos de promoción son: *los Sistemas Especiales de Importación – Exportación, las Sociedades de Comercialización Internacional y las Zonas Francas previstas en la Ley 7 de 1991 y Ley 1004 de 2005*. La reestructuración de entidades públicas se refiere a las facultades previstas en la Ley 489 de 1998 y el Decreto Único del Sector de Función Pública.
- 3) Respecto la experiencia del Proponente se expide la **Adenda No. 2**
- 4) En relación con la observación del interesado de presentar varios contratos que sumen \$300 millones de pesos, no se acepta por cuanto, **PROCOLOMBIA-**

FIDUCOLDEX requiere que se acredite una capacidad técnica y experiencia mínima en la ejecución de estudios y/o consultorías por el mismo valor de la invitación.

Pregunta 8:

"2.3.2. Equipo de trabajo

En el numeral 3.3.2. de los Términos de Referencia se establece el equipo de trabajo mínimo que deberá presentar cada proponente para ser habilitado en la presente Invitación, conforme la siguiente tabla:

EQUIPO DE TRABAJO		
CARGO	PROFESIÓN	EXPERIENCIA
1 Gerente de Proyecto	Profesional en Economía, Derecho, Negocios Internacionales, Finanzas, Administración, Ingeniería Industrial o carreras afines, con postgrado en Gerencia de Negocios, Economía, Finanzas o posgrados afines.	Diez (10) años de experiencia profesional, de los cuales debe acreditar mínimo cinco (5) años de experiencia específica en temas relacionados con el objeto de la presente Invitación tales como tercerización de trámites y/o servicios, reestructuración de entidades públicas, y/o estudios de comercio exterior, promoción a las exportaciones, y estudios de mercado para análisis de la demanda y oferta de servicios tercerizados.
1 Profesional Sénior	Profesional en Economía, Derecho Negocios Internacionales, Finanzas, Administración, Ingeniería Industrial o carreras afines, con postgrado en Gerencia de Negocios, Economía, Finanzas o posgrados afines.	Cinco (5) años de experiencia profesional, de los cuales debe acreditar mínimo tres (3) años de experiencia específica en temas relacionados con levantamiento de cargas y, reestructuración de áreas o líneas de negocio, y simplificación de trámites y procedimientos administrativos.
1 Profesional Sénior	Profesional en Economía, Derecho Negocios Internacionales, Finanzas, Administración, Ingeniería Industrial o carreras afines, con postgrado en gerencia de negocios, economía, finanzas o posgrados afines.	Cinco (5) años de experiencia profesional, de los cuales debe acreditar mínimo tres (3) años de experiencia específica en temas relacionados con manejo de instrumentos de promoción para las exportaciones y/o comercio exterior y contratación estatal
1 Profesional Sénior	Profesional en Economía, Finanzas, Administración, Ingeniería Industrial o carreras afines, con postgrado en Gerencia de Negocios, Economía, Finanzas o posgrados afines.	Cinco (5) años de experiencia profesional, de los cuales debe acreditar mínimo tres (3) años de experiencia específica en estructuración financiera de proyectos.
1 Profesional Soporte	Profesional en Economía, Derecho, Negocios Internacionales, Finanzas, Administración, Ingeniería Industrial o carreras afines.	Tres (3) años de experiencia específica en manejo de consultorías, y/o desarrollo de proyectos y/o y psicología organizacional.

Handwritten mark

Como puede observarse, el gerente del proyecto y los tres profesionales sêniores requieren de posgrados en Gerencia de Negocios, Economía, Finanzas o afines. Sin embargo, existen otro tipo de posgrados que no entran en estas categorías que beneficiarían sustancialmente el desarrollo del contrato.

Un ejemplo representativo son las especializaciones en Gestión Pública que brindan un conocimiento importante en la estructura del Estado y sus instituciones. Igualmente, este tipo de posgrados hace énfasis en la gerencia pública, lo cual otorga conocimientos interdisciplinarios, incluyendo de administración, economía y finanzas.

Adicionalmente, se estaría garantizando aún más los principios de pluralidad de oferentes sin menoscabar la experiencia y características técnicas que requiere la entidad en el equipo mínimo de trabajo.

Por esta razón, se solicita a la entidad incluir en las características de la profesión para el Gerente de Proyecto y los Profesionales Sêniores el posgrado en Gestión Pública.

En segundo lugar, se considera necesario en pro de los principios de libre concurrencia, igualdad y pluralidad de oferentes que la experiencia del equipo mínimo se reduzca de la siguiente manera:

- Gerente de Proyecto: de 10 años a 8 años de experiencia
- Profesional Soporte: de 3 años a 1

Esta modificación tiene sustento en la desproporcionalidad y eventual violación de los principios antes mencionados. 10 años de experiencia es un requisito desproporcionado para la duración y valor del presente contrato para el Gerente de Proyecto. De la misma manera se argumenta para el Profesional Soporte.

Por último, en virtud del principio de transparencia e igualdad se solicita a la entidad que incluya los roles y la disponibilidad de tiempo que requiere de cada uno de los integrantes del equipo mínimo de trabajo para poder realizar una propuesta económica veraz y acorde con los costos reales para cada proponente."

Respuesta: Se aceptan parcialmente las observaciones y para tal efecto se expide la **Adenda No. 2**. No obstante, se hace la siguiente aclaración: Los roles y la disponibilidad del tiempo del equipo mínimo es responsabilidad del Proponente estimarlos para su propuesta económica. **FIDUCOLDEX-PROCOLOMBIA** está contratando un producto que será el resultado de una consultoría especializada.

Pregunta 9:

"2.4 DOCUMENTOS DE CARÁCTER ECONÓMICO

En el numeral 3.4. de los Términos de Referencia se incluye la obligación de presentar la propuesta económica como requisito habilitante de la presente Invitación Abierta, en los siguientes términos:

"3.4. DOCUMENTOS DE CARÁCTER ECONÓMICO

El proponente deberá presentar su propuesta económica, por el valor total de la Consultoría, conforme a lo solicitado en esta Invitación, discriminando el impuesto del valor agregado IVA, e indicando la forma de pago. Debe tenerse en cuenta que la forma de pago debe ser contra entregables.

El proponente se obliga para con **PROCOLOMBIA**, a sostener durante la ejecución inicial del contrato que se suscriba producto de la presente invitación, el precio de la propuesta y a realizar todos los servicios necesarios para la adecuada ejecución del objeto a contratar.

En el momento de la evaluación de la propuesta económica, **PROCOLOMBIA** revisará y determinará si existen errores aritméticos. En caso de presentarse alguna inconsistencia, el proponente acepta que **PROCOLOMBIA** proceda a su corrección y que para efectos de la adjudicación se tenga en cuenta el valor corregido. En caso de contradicción entre el valor "antes de IVA" y el de "IVA incluido", se tomará el valor "antes de IVA".

Será de cuenta del proponente el pago de los salarios de los empleados que necesite para prestar el servicio a contratar, incluidos el pago de impuestos, tasas y contribuciones de carácter nacional o municipal, los sueldos, prestaciones sociales, parafiscales, etc. de sus empleados, las primas de pólizas de seguros y costos de las garantías y de todos los gastos que implique el perfeccionamiento del contrato.

El proponente declara que para la fijación de los precios de la propuesta tuvo en cuenta todos los requisitos estipulados en los **Términos de Referencia** y sus **Adendas**, discriminando el impuesto de valor agregado IVA, que consideró también todos los gastos en que incurrirá para cumplir con el objeto y alcance de esta Invitación. En caso de ser autorretenedores, deberá indicarlo y anexar copia del documento que acredite tal condición.

Todos los gastos que demanden la preparación y ejecución de los servicios a que se refiere el contrato, serán por cuenta del proponente.

El proponente responderá por los errores u omisiones en que incurra al indicar el valor de su propuesta, debiendo asumir los mayores costos o pérdidas que se deriven de dichos errores u omisiones. Cuando se presente divergencias entre el valor expresado en números y en letras, prevalecerá la cantidad expresada en letras.

Los proponentes responderán legal y jurídicamente cuando formulen propuestas en las cuales se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato. El proponente deberá asumir todos los costos y los gastos resultantes de la preparación y presentación de la propuesta y en ningún caso, cualquiera sea el resultado, estos serán reembolsados por PROCOLOMBIA"

Por otra parte, el numeral 4.2. de los **Términos de Referencia** establece que la propuesta económica es uno de los factores y criterios de evaluación y ponderación de las propuestas, así:

CRITERIO DE EVALUACIÓN	PONDERACIÓN
Experiencia adicional del proponente	50
Propuesta económica	30
Tiempo (en semanas) de trabajo	20
TOTAL	100



En este sentido, no se entiende si la propuesta económica se incluye como requisito habilitante y, por consiguiente, no se entiende cuáles son los elementos de la propuesta económica que se verificarán para habilitar a los proponentes, diferentes de los que se evaluarán para la ponderación y calificación.

En relación con lo anterior, los numerales 4.1.1, 4.1.2. y 4.1.3. de los Términos de Referencia establecen los mecanismos de verificación de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos, respectivamente, pero no se menciona el mecanismo para los documentos de carácter económico del numeral 3.4.

De todo lo anterior, se solicita a la entidad aclarar al respecto si los documentos de carácter económico son requisitos habilitantes, cuáles son los elementos que se verificarán y el mecanismo para realizar la verificación."

Respuesta: Se aclara al interesado que el documento de carácter económico no es un requisito habilitante. Los requisitos habilitantes son los contenidos en el Capítulo III de los Términos de Referencia, estos son: Requisitos de Carácter Jurídico (Numeral 3.1. y siguientes); Requisitos de Carácter Financiero (Numeral 3.2., y siguientes); Requisitos de Carácter Técnico (Numeral 3.3., y siguientes).

No obstante, téngase en cuenta lo indicado en el inciso segundo y tercero del numeral 4.1.4 de los Términos de Referencia:

"Igualmente podrá solicitar aclaraciones en aspectos de la propuesta económica, pero únicamente para la corrección de errores de transcripción, numéricos, matemáticos o formales. En ningún caso la aclaración podrá dar lugar a modificar el alcance inicial de la propuesta, mejorarla, ni acreditar requisitos o condiciones adquiridas con posterioridad al cierre del proceso de selección.

En caso que el proponente no presente la aclaración o complementación en el plazo establecido, PROCOLOMBIA podrá descartar su propuesta y no tenerla en cuenta para ser evaluada."

Pregunta 10:

"2. OBSERVACIONES A LOS CRITERIOS DE VERIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS

2.1 Experiencia adicional del proponente

En el numeral 3.3.1. de los Términos de Referencia se establece como requisito habilitante de carácter técnico la experiencia del proponente conforme lo siguiente:

"3.3.1. EXPERIENCIA DEL PROPONENTE: El proponente deberá presentar mínimo tres (3) certificaciones de contratos ejecutados o en ejecución, que se hayan suscrito desde el 1 de enero de 2006 hasta la fecha, cada una por un valor igual o superior a **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$300.000.000)**, cuyo objeto se relacione con el objeto de la presente invitación y/o consultoría sobre instrumentos de promoción a las exportaciones, y/o reestructuración de entidades públicas con énfasis en procesos, dirigido a entidades públicas colombianas o extranjeras"

Según lo que se desprende de la anterior cita para acreditar la experiencia del proponente se necesita aportar como mínimo tres contratos por un valor individual de \$300.000.000. En segundo lugar, para que los contratos sean considerados válidos por la entidad, el objeto de los contratos deberá estar relacionado con alguno de los siguientes ejemplos:

1. El objeto de la presente invitación;
2. Consultoría sobre instrumentos de promoción a las exportaciones;
3. Reestructuración de entidades públicas con énfasis en procesos.

Es importante reiterar que el objeto de la presente Invitación es bastante limitado frente a la frecuente tipificación de los contratos en el mercado de consultorías especializadas. Igualmente, la mayoría de contratos desarrollan el objeto en las obligaciones generales y específicas de los mismos. En este sentido, establecer como experiencia contratos con objetos tan limitados vulneraría principios que la entidad debe garantizar, especialmente los de libre concurrencia, selección objetiva, libre competencia económica, pluralidad de oferentes e igualdad.

De esta forma, se solicita a la entidad que amplíe este requisito a las obligaciones generales y específicas contenidas en los mismos contratos para que sean válidos como experiencia del proponente.

En relación con lo anterior y para efectos de aclarar los contratos que la entidad pretende hacer valer como experiencia del proponente es necesario que se definan ciertos conceptos. Al respecto, se solicita a la entidad que aclare qué entiende por "instrumento de promoción" y "reestructuración de entidades públicas con énfasis en procesos"

Igualmente, para garantizar los principios señalados anteriormente se considera necesario modificar el valor que se establece en el numeral 3.3.1. de los Términos de Referencia, de \$300.000.000 a Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. Esto con el objetivo de poder llevar a valor presente los valores de los contratos suscritos antes del 2016.

En virtud garantizar los principios de igualdad, libre concurrencia, selección objetiva, libre competencia económica y pluralidad de oferentes se considera necesario modificar y ampliar el requisito para incluir la posibilidad de agrupar varios contratos para alcanzar el valor establecido. En términos de experiencia es igual tener un contrato de \$300.000.000 que varios contratos que sumados den \$300.000.000. Adicionalmente, es hasta más beneficioso tener un proponente con diversidad de contratos sobre la misma materia en razón a que demuestra diversificación, mayor tiempo de experiencia y dinamismo a la hora de enfrentarse a diferentes situaciones."

Respuesta: No se acepta la observación del interesado, está reiterando la observación sobre la experiencia mínima de la pregunta No. 7. Por tanto nos remitimos a la respuesta dada a la misma. Se ajusta la Experiencia adicional del proponente conforme la **Adenda No. 2.**

Pregunta 11 **"3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO**

En el Capítulo V "Condiciones de celebración del contrato" y, en general, en todo el cuerpo de los Términos de referencia no se hace mención del método de pago y los porcentajes respectivos para cada uno de los entregables. En el numeral 7 del Capítulo I se establecen cuatro entregables diferentes, así:



7. ENTREGABLES

El CONTRATISTA se obliga a presentar a título de entregables, los siguientes productos, los cuales requieren recibo a satisfacción por parte de **PROCOLOMBIA**:

- **ENTREGABLE UNO:** Informe del Marco regulatorio para los servicios tercerizados: En el cual se evalúe la viabilidad jurídica para cuáles de las etapas del proceso administrativo del servicio de exportaciones que presta el Gobierno Nacional (Sistemas Especiales de Importación - Exportación (Plan Vallejo), las Sociedades de Comercialización Internacional y las Zonas Francas) pueden ser prestados mediante tercerización o outsourcing, incluyendo el informe las políticas públicas al respecto.
- **ENTREGABLE DOS:** Estudio que permita respecto al servicio de exportación y Sistemas Especiales de Importación - Exportación (Plan Vallejo), las Sociedades de Comercialización Internacional y las Zonas Francas: *i)* optimizar de manera fácil, simplificada, eficiente el servicio; *ii)* Fomentar, desarrollar y fortalecer el servicio en beneficio de los usuarios de comercio exterior y control por parte del Gobierno Nacional; *iii)* estructura de los costos asociados a tales procesos, así como identificar cuál y cómo es el proceso que sigue el servicio hasta llegar al usuario final; *iv)* Identificación de las barreras que encuentran los ciudadanos en el servicio de exportación.
- **ENTREGABLE TRES:** Diseño de procesos donde se identifique soluciones innovadoras de carácter jurídico, técnico, económico u otro, para que se mejore el servicio de las exportaciones, y Sistemas Especiales de Importación - Exportación (Plan Vallejo), las Sociedades de Comercialización Internacional y las Zonas Francas, con criterio de eficacia, eficiencia y economía.
- **ENTREGABLE CUATRO:** *i)* Informe final de la consultoría, con la consolidación de los numerales **1, 2, 3, 4 y 5 del Alcance del objeto** con sus recomendaciones, incluido: **a)** Documento producto del análisis técnico, administrativo, jurídico y financiero en el cual detalle la metodología usada para realizar el estudio sobre la validación del modelo actual o la propuesta de cambio. Para el efecto deberá realizar como mínimo un estudio de la normatividad vigente y en proceso de expedición, en materia de instrumentos de promoción a las exportaciones, mesas de trabajo con los responsables de los procesos y procedimientos, revisión aleatoria de trámites y expedientes vigentes y revisión de las herramientas tecnológicas disponibles; **b)** Entregar una propuesta para la organización de los procesos y procedimientos, funciones y tareas de los servidores públicos y/o terceros, operatividad, gestión documental, digitalización de trámites de los tres (3) instrumentos de promoción de exportaciones. Asimismo, deberá detallar los beneficios (Por ejemplo: tiempo, recursos), riesgos y ventajas o desventajas, flujo de valor agregado propuesto para el cliente de **PROCOLOMBIA** y deberá entregar la justificación de mantener o cambiar la estructura actual; **c)** entregar documento con por lo menos tres (3) opciones económicas para la auto-sostenibilidad de la tercerización, así como el detalle de los servicios que permitan optimizarlos, la cadena de valor y las interrelaciones o complementos que se requieran de las distintas

W

entidades del Gobierno Nacional y ii) Informe Estudios Previos conforme los lineamientos e Colombia Compra Eficiente”

Sin embargo, no se establece el método de pago, ni los porcentajes respecto del valor del contrato se correspondan a cada uno de los entregables. A manera de ejemplo se podría establecer que cada entregable corresponde al 25% del valor del contrato o de la propuesta presentada y se pagará dentro de los 5 días siguientes al recibo a satisfacción de la entidad a la cuenta de ahorros o corriente presentada por el contratista. De esta manera se solicita a la entidad que incluya el método de pago y los porcentajes respectivos de cada uno de los entregables.”

Respuesta: Como se indica en el título “**METODOLOGÍA**” del numeral 6 “**Alcance Técnico del Objeto**”, es el **PROPONENTE** quien debe presentar una propuesta metodológica en semanas para el desarrollo de las actividades de la Consultoría, teniendo en cuenta lo establecido en los **numerales 1 al 5** del alcance técnico del objeto. Así mismo, debe incluirse la periodicidad de los informes que se presentarán conforme a los entregables.

Así mismo, en el segundo párrafo de la NOTA del numeral 7 se dice “*Los pagos correspondientes a cada Entregable serán desembolsados previa aprobación de los mismos por parte del supervisor del contrato*”.

De otra parte el numeral **3.4. DOCUMENTOS DE CARÁCTER ECONÓMICO** de los Términos de Referencia es claro al indicar que el proponente deberá presentar su propuesta económica, indicando la forma de pago y se reitera que debe tenerse en cuenta que la forma de pago debe ser contra entregables.

Pregunta 12

“En segundo lugar, frente a la duración del contrato se dice lo siguiente:

“5.3. DURACIÓN

La duración del contrato que se suscriba será por el término de tres (3) meses, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio, previa aprobación de las pólizas requeridas en el mismo”

Como puede observarse se da un término de tres meses como duración del contrato. Sin embargo, no se establece si este término corresponde a la vigencia del contrato o solamente al plazo de ejecución del mismo. Entiéndase vigencia como el tiempo total de vida del contrato, incluida la etapa de liquidación, y el de ejecución el tiempo entre la suscripción del contrato o acta de inicio y el inicio de la etapa de ejecución del contrato.

Por lo tanto, se solicita a la entidad que aclare qué se entiende por duración del contrato y qué etapas corresponden a los tres meses establecidos.”

Respuesta: La duración que hace referencia el numeral 5.3., de los Términos de Referencia corresponde al plazo de ejecución o tiempo para el desarrollo del objeto contractual por parte del **CONTRATISTA**.

Se aclara al interesado que el contrato a suscribir como resultado de la Invitación no está sujeto al Estatuto General de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, se rige por dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al Código de Comercio y al Código Civil. Es decir, en atención a lo anterior, por

VK

disposición legal (artículo 285 del Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el régimen aplicable para los actos y contratos que se regulan por el Manual de Contratación para el Fideicomiso **PROCOLOMBIA** es exclusivamente el derecho privado.

Pregunta 13

"En tercer lugar, se incorpora como condición para la celebración del contrato la inclusión de una cláusula penal, en los siguientes términos:

"5.6. CLAUSULA PENAL

*Salvo que se trate de causas atribuibles exclusivamente a **PROCOLOMBIA**, el **CONTRATISTA** pagará a **PROCOLOMBIA**, sin necesidad de previo requerimiento, por la inejecución total o parcial de las obligaciones a su cargo, contraídas en virtud del contrato, una suma equivalente al 20% del valor total del mismo.*

*La presente cláusula penal no tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios, ni su pago extinguirá las obligaciones contraídas por el **CONTRATISTA** en virtud del contrato. En consecuencia, la estipulación y el pago de la pena dejan a salvo el derecho de **PROCOLOMBIA** de exigir acumulativamente con ella el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios.*

*El **CONTRATISTA** manifiesta y acepta que **PROCOLOMBIA** compense el valor correspondiente que eventualmente resulte de la pena estipulada con las deudas que existan a su favor y que estén a cargo de **PROCOLOMBIA**, ya sea en virtud del contrato o de cualquier otro que se haya suscrito entre las mismas partes o por cualquier otro concepto"*

Como puede observarse, la cláusula penal no incorpora elementos esenciales para garantizar el derecho al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución, aplicable a las entidades de derecho privado.

En este mismo sentido lo ha manifestado la Corte Constitucional¹⁵, de la siguiente manera:

"12.- La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el hecho de que el artículo 29 de la Constitución establezca que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas implica que 'en todos los campos donde se haga uso de la facultad disciplinaria, entiéndase ésta como la prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso'"

De esta manera, cuando la entidad tiene la facultad de hacer efectiva una sanción, en este caso la cláusula penal, se debe establecer un procedimiento que garantice el debido proceso y el derecho de defensa del contratista.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-083 de 2010. Referencia: expediente T-2.121.733. Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Serra Porto.

Este procedimiento tiene el objetivo de limitar los poderes de los particulares y que el contratista sepa con anterioridad cómo se desarrollará ese procedimiento. La Corte Constitucional¹⁶ ha establecido ciertos requisitos mínimos para establecer este tipo de procedimientos:

"13.- Con el objetivo de respetar el debido proceso se ha indicado que es indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente"¹⁷. De igual forma, se ha especificado que en los reglamentos a los que se alude "es necesario que cada uno de las etapas procesales estén previamente definidas, pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados"¹⁸.

Además, según la jurisprudencia constitucional, en la configuración del procedimiento se deben observar los siguientes requisitos mínimos:

- * *"La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción;*
- * *la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias;*
- * *el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados;*
- * *la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos;*
- * *el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente;*
- * *la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y*
- * *la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones"¹⁹.*

De esta manera, para poder garantizar el derecho al debido proceso y defensa se solicita a la entidad incluir el procedimiento para hacer efectiva la cláusula penal. Igualmente, las causales específicas sobre las cuales se sujetaría la cláusula penal. Es decir, que se incluya qué conductas

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-083 de 2010. Referencia: expediente T-2.121.733. Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Serra Porto.

¹⁷ Sentencia T-433 de 1998.

¹⁸ Sentencia T-944 de 2000.

¹⁹ Ibídem. Reiterada por la sentencia T-917 de 2006.

W

del contratista o que incumplimientos les son aplicables la cláusula penal. En relación con lo anterior, se solicita aclarar a qué título se estaría haciendo efectiva la cláusula penal en tanto en el texto se establece que no tiene carácter de estimación anticipada de perjuicios.

- *Precisar si existe o no multas en la presente invitación, establecer las causales y los montos, y el procedimiento para imponerlas."*

Respuesta: Se aclara al interesado que la cláusula Penal no es estimativa de perjuicios es de carácter sancionatorio y en cualquier caso respetando el debido proceso y el derecho de defensa, para mayor precisión ver **Adenda No. 2**. No se incluye cláusula de multas.

Pregunta 14

"Por último, e íntimamente relacionado con lo anterior, en el numeral 5.7. de las condiciones para celebrar el contrato se contempla la posibilidad de interponer una multa en caso de incumplimiento de la obligación de confidencialidad de la información, así:

"5.7. CONFIDENCIALIDAD, PROPIEDAD Y RESERVA:

PROCOLOMBIA entregará o coordinará la entrega al CONTRATISTA de toda la información necesaria para que éste realice las actividades objeto del contrato. El CONTRATISTA y sus dependientes se abstendrán de divulgar, publicar o comunicar a terceros, información, documentos o fotografías, relacionados con las actividades de PROCOLOMBIA, FIDUCOLDEX, su matriz, filiales, subsidiarias, clientes y en general terceros, que conozcan en virtud de la ejecución del contrato o por cualquier otra causa.

(...)

El incumplimiento de ésta obligación dará lugar al pago por parte del CONTRATISTA a PROCOLOMBIA de una suma equivalente al 5% del valor del contrato a título de multa, sin perjuicio de las acciones que se inicien por los daños e indemnizaciones a favor de PROCOLOMBIA o de los terceros que resulten afectados"

Para garantizar el derecho al debido proceso es necesario que la entidad incluya el procedimiento para hacer efectiva la multa."

Respuesta: Se responde mediante **Adenda No. 2**

Pregunta 15

"4. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Haciendo un análisis de los Términos de Referencia no se establece el procedimiento para la etapa de liquidación del contrato. Esto afecta los principios de debido proceso y transparencia en tanto no se contempla un proceso claro y transparente para que las partes sepan cómo deben hacer para liquidar el contrato.

Por último, también se considera necesario incluir los mecanismos de solución de controversias bajo el mismo argumento de garantizar el principio de debido proceso."

Respuesta: La liquidación del contrato se regula conforme al Manual de Contratación para el Fideicomiso **PROCOLOMBIA** (Publicado en la página Web: www.fiducoldex.com.co) que en el Capítulo V, dispone lo siguiente:

h

“Concluida la ejecución del objeto contractual y/o vencido el plazo señalado para su ejecución, y previo informe del supervisor, las partes procederán a la liquidación del contrato mediante acta debidamente suscrita por las partes y el supervisor, en los casos en que se requiera. En esta etapa se acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

La liquidación de los contratos procede:

- *Sobre los contratos de suministro.*
- *Cuando el valor total del contrato sea indeterminado pero determinable.*
- *En los contratos de obra.*
- *Cuando deban liberarse saldos del presupuesto asignado para la contratación.*
- *Cuando se pacte en el contrato o convenio.*
- *En los demás casos en que se considere necesario.*

La solicitud de liquidación de los contratos la efectuará el Ordenador del Gasto adjuntando el informe final de supervisión, que deberá contener por lo menos: la ejecución financiera del contrato, los saldos a liberar (si hay), el cumplimiento del contrato y el cumplimiento de las obligaciones en materia de pago de seguridad social y parafiscales.”

De otra parte, es en el Contrato donde se incluyen las cláusulas relativas a los mecanismos de solución de controversias, como lo dispone el Manual de Contratación para el Fideicomiso **PROCOLOMBIA**.

FIDUCOLDEX – PROCOLOMBIA

h

