

**RESPUESTA DERECHO DE PETICIÓN
PRESENTADO DENTRO DE LA INVITACIÓN PÚBLICA No 01 DE 2016**

OBJETO: "CONSTRUCCIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL MUNICIPIO DE CHÍA, CUNDINAMARCA – PTAR CHÍA II CONFORME AL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE ASOCIACIÓN No 1267 DE 2015 ENTRE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR, EL MUNICIPIO DE CHÍA DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA Y LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CHÍA EMSERCHÍA E.S.P."

1. MEDIANTE DOCUMENTO DE FECHA 22 DE AGOSTO DE 2016, ESTUDIOS TÉCNICOS Y CONSTRUCCIONES, PRESENTO DERECHO DE PETICIÓN PARA SOLICITAR PRONUNCIAMIENTO DE FONDO SOBRE UNA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE REQUISITO HABILITANTE, LA CUAL SE RESUELVEN ASÍ:

PETICIÓN:

Respetuosamente me permito manifestar la falta de respuesta de fondo a las observaciones presentadas a los Pliegos de condiciones del proceso de contratación de la referencia, en desatención de las normas constitucionales y legales que obligan a emitir respuesta de fondo a las peticiones de los solicitantes, lo cual soporto en los siguientes hechos.

Con escrito de fecha 12 de agosto de 2016 Estudios Técnicos y Construcciones, presentó la siguiente observación al proceso referido, para la cual no fue emitida respuesta de fondo:

"Con relación a la acreditación de experiencia general y específica solicitada en los pliegos de condiciones, se solicita modificar el requisito de la acreditación de contratos suscritos con entidades públicas y sustituir este requerimiento por contratos de obra pública, teniendo en cuenta que la mayoría de la contratación de la construcción de obras de saneamiento básico, incluidas plantas de tratamiento de aguas residuales, de las que trata el objeto de la presente convocatoria, son efectuadas mediante contratos suscritos con fiduciarias, como es el caso de FIDUBOGOTA S.A. quien actúa como contratante y vocera de patrimonios autónomos suscritos mediante convenios para la ejecución de este tipo de obras, que desarrolla y ejecuta FINDETER S.A.

De manera que al solicitarse que se acredite experiencia con contratos suscritos con entidades públicas, se está excluyendo de la posibilidad de participar en el proceso de contratación a la inmensa mayoría de la experiencia Nacional en este tipo de obras, sin justificación y en contra de los principios de la contratación pública que propugnan por la pluralidad de oferentes."

En pretendida respuesta a esta observación la Entidad manifiesta:

En primer lugar, se hace conveniente precisar que la Empresa de Servicios Públicos de Chía EMSERCHÍA E.S.P., al tenor de lo que señala el artículo 31 de la ley 142 de 1994, modificado por la ley 689 de 2001 contempla el régimen jurídico especial para la celebración de los contratos que la misma desarrolla, norma que fue declarada exequible por la sentencia C-066 de 1997.

En este marco normativo, la entidad realiza la contratación con la exigencia de requisitos que garanticen la idoneidad del futuro contratista.

Los requisitos incorporados en la invitación, no solo son acordes y proporcionales a la naturaleza del proceso, sino que además garantizan tener contratistas idóneos y con experiencia en la ejecución de obras con entidades públicas, además es posible la presentación de ofertas plurales.

Como se puede observar lo manifestado en el escrito de respuesta a las observaciones **NO responde a la observación señalada**, pues se limita a manifestar, que la Empresa de Servicios Públicos de Chía EMSEERCHÍA E.S.P. se rige para los procesos de contratación por un régimen especial, que la entidad realiza la contratación con la exigencia de requisitos que garanticen la idoneidad del futuro contratista y que los requisitos incorporados en la invitación son acordes y proporcionales a la naturaleza del proceso, y que garantizan tener contratistas idóneos y con experiencia en la ejecución de obras con entidades públicas.

Lo que **NO** se responde, es por qué razón no se puede incluir como experiencia la realización de contratos que acreditan la experiencia como la requerida para el proceso de contratación, con contratos suscritos con fiduciarias, que no son entidades públicas, pero que son las que desarrollan la inmensa mayoría de contratos de obras de saneamiento básico como las que se quiere contratar y que se realizan para entidades públicas (que no es lo mismo).

Entre otras razones porque las obras de acueductos y alcantarillados son obras públicas, independientemente de la calidad de quien suscribe el contrato, sea entidad pública o no.

En primer lugar, se pone de presente que si bien las Empresas Prestadoras de Servicios en líneas generales, no se rigen por las normas de contratación pública; Si están sometidas a los principios de la contratación que establece la Ley 80 de 1993 que propugnan por la transparencia, objetividad y pluralidad de oferentes. Estos principios se vulneran al hacer exigencias en los requisitos de experiencia que limitan la participación a personas que demuestren que hayan suscrito contratos con entidades públicas; aclarando que no es lo mismo haber suscrito contrato con estas últimas a contar con la experiencia en contratos en los que los beneficiados o gestores han sido este tipo de entidades.

Lo anterior se justificó en que la inmensa mayoría de la contratación de la construcción de obras de saneamiento básico, incluidas plantas de tratamiento de aguas residuales, de las que trata el objeto de la presente convocatoria, son efectuadas mediante contratos suscritos con fiduciarias, como es el caso de FIDUBOGOTA S.A. quien actúa como contratante y vocera de patrimonios autónomos suscritos mediante convenios para la ejecución de este tipo de obras, que supervisa FINDETER S.A. para los municipios del país.

Por lo anterior se solicita respuesta de fondo y oportuna, teniendo en cuenta la fecha de cierre vigente (5 de septiembre), tomando las medidas necesarias para no excluir, sin razones técnicas justificadas, a posibles oferentes que estamos interesados en la contratación y que cumplimos con la experiencia necesaria para la realización de los trabajos.

La posibilidad de asociarse para presentar propuesta, no justifica un requerimiento que por su redacción está excluyendo a una gran parte de la experiencia en el país en este tipo de obras, pues no existe razonabilidad en la exigencia a la que se hacen observaciones y sobre la cual no se responde, colocando en tela de juicio la objetividad en la elaboración de los pliegos de condiciones, así como su transparencia y la violación que se efectuaría por este medio al derecho a la igualdad en la participación, que han sido establecidos por la ley para escoger las propuestas con recursos públicos.

RESPUESTA DE FONDO A LA PETICIÓN:

Como bien se hizo en el documento de respuesta a las observaciones publicado por EMSEERCHÍA ESP, se hace conveniente precisar que la Empresa de Servicios Públicos de Chía EMSEERCHÍA E.S.P., al tenor de lo que señala el artículo 31 de la ley 142 de 1994, modificado por la ley 689 de 2001 contempla el régimen jurídico especial para la celebración de los

contratos que la misma desarrolla, norma que fue declarada exequible por la sentencia C-066 de 1997. En este marco normativo, la entidad realiza la contratación con la exigencia de requisitos que garanticen la idoneidad del futuro contratista.

La EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CHÍA EMSECHÍA E.S.P., es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, dotada de personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente en consecuencia sus procesos contractuales se rigen por lo establecido en el Acuerdo 001 de 2013, Ley 142 de 1994, Ley 689 de 2001 y demás normas del derecho privado.

La empresa tiene como misión servir a los usuarios de manera oportuna, eficiente, y con un alto grado de calidad en los Servicios Públicos que prestamos; aplicando en cada uno de sus procesos una gestión enmarcada bajo principios legales y Constitucionales determinados para el sector público, con una política de mejoramiento continuo, calidad del servicio, celeridad, economía y responsabilidad que orienta la Empresa hacia un permanente crecimiento y competitividad, a través de la preparación, evaluación, estructuración, promoción y ejecución de proyectos.

Las entidades públicas colombianas adquieren sus bienes y servicios adelantando procesos de selección de contratistas (basados, por regla general, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública EGCAP), constituido por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 más su reglamentación contenida en el Decreto 1082 de 2015. No obstante lo anterior, existen numerosos casos en que, por virtud de una disposición legal, existen regímenes especiales que conducen a que una entidad contrate bajo las normas de derecho privado o regulaciones especiales que combinan los atributos del derecho privado con los del público. Ello, sin embargo, no las aleja totalmente del mundo de lo público, por lo que tales entidades, como es el caso de EMSECHÍA ESP, deben observar deberes vinculados tanto a su naturaleza pública como al buen cuidado del dinero del mismo origen que administran, empezando por el de la observancia de los principios de la gestión administrativa y el control fiscal a que se refiere el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, en los siguientes términos:

ART.13.- 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.

Entendiendo que la actividad contractual de cualquier entidad del Estado apunta a satisfacer cometidos propios de interés público, es entendible que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 haya buscado enmarcar su desarrollo en unos principios normativos que aseguren su correcto desarrollo. En ese sentido, los principios tienen una doble connotación, axiológica y normativa a

la vez, lo explica la Sección Tercera del Consejo de Estado al decir en sentencia de 3 de diciembre de 2007, Expediente 31.447, C.P. Ruth Stella Correa:

"Los principios y las reglas son normas jurídicas, pues unos y otras establecen un deber ser, y finalmente, exigen un determinado comportamiento. En efecto, los principios jurídicos, como las reglas, tienen valor de fuente del derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Sin embargo, difieren en que, en tanto las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido a consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia. Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas".

Entonces, en cuanto a los principios de la función administrativa, ello implica sin duda que EMSERCHÍA ESP, cuenta con una norma positiva interna que determina los procesos y procedimientos contractuales que deben seguirse para la consecución de bienes, obras o servicios, condensada en el Acuerdo 001 de 2013, concordante con las disposiciones de la Ley 142 de 1994, la Ley 689 de 2001 y demás normas del derecho privado aplicables a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, norma interna que vela porque en su actividad contractual se respeten los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Todo ello conduce, entre otras consecuencias, a que la selección de los contratistas sea objetiva, aunque no se encuentre atada a las formas de selección del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública EGCAP, así como que se ejerza el necesario control sobre la planeación, ejecución y liquidación de los contratos, a efecto de honrar esas finalidades, aunque el Manual de Contratación de EMSERCHÍA ESP (Acuerdo 001 de 2013), incluye procesos similares a los que adelanta el EGCAP.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el 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. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al

procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.

En ese orden de ideas, EMSERCHÍA ESP solicita como experiencia específica la ejecución de contratos de obra pública suscritos con entidades públicas y NO considerará admisible la experiencia que acredite la celebración de contratos de obra pública suscritos con privados o fiduciarias, sustentando en las siguientes razones:

1. En aplicación del principio de autonomía de las que gozan las entidades estatales descentralizadas por servicios, se consideró en los Estudios Previos que la experiencia específica debía estar asociada a la ejecución de obras de saneamiento básico suscritas con entidades públicas y no privadas.
2. Las normas que rigen la ejecución contractual en el derecho privado son sustancialmente diferentes a las aplicables en el derecho público.
3. Los procedimientos administrativos y financieros internos de las entidades públicas para el trámite de aprobación, causación y pago de avances parciales o finales de obra, son diversos a los privados, entendiéndose que no es una causal para la paralización o suspensión en el avance de las actividades contractuales, la mora en el desembolso de los recursos por parte de la entidad contratante.
4. Las entidades privadas no están sometidas a un régimen presupuestal público y por ende pueden libremente establecer nuevos plazos para la ejecución de actividades contractuales (sin importar si superan el 50%), adicionar actividades y valores no establecidos inicialmente (sin violar el principio de planeación contractual), suspender indefinidamente el plazo fijado, constituir reservas por varios periodos fiscales, etc.
5. Los contratistas de las entidades privadas no están sometidos al régimen fiscal al que están sometidos los de las entidades públicas, al igual que las medidas sancionatorias que ello implica.
6. Finalmente, por considerar que la experiencia específica debe acreditarse con contratos suscritos con entidades públicas para la construcción de plantas de tratamiento de aguas residuales, porque la CAR debe recibir y aprobar los sistemas que integran toda la planta, incluida la tecnología a implementar, las redes de conducción y los puntos de vertimientos, cobrando una especial relevancia, el hecho de haber ejecutado con resultados satisfactorios dichos proyectos.

En estos términos, esperamos haber dado oportuna contestación al Derecho de Petición por usted erigido ante la empresa.

2. MEDIANTE DOCUMENTO DE FECHA 24 DE AGOSTO DE 2016, ESTUDIOS TÉCNICOS Y CONSTRUCCIONES, PRESENTO DERECHO DE PETICIÓN PARA SOLICITAR PRORROGA EN EL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA, LA CUAL SE RESUELVEN ASÍ:

PETICIÓN:

Teniendo en cuenta los términos y el cronograma de actividades presentados en la adenda número 2 del proceso de contratación de la referencia, solicito muy comedidamente que se prorrogue el plazo para la presentación de la propuesta, debido a que la publicación de las respuestas a las observaciones emitidas por la entidad el día 19 de agosto de 2016 no se presentan respuestas claras a las observaciones presentadas por nosotros tal y como se referencia en el oficio OF-ETC-325 VAR-059.

Así mismo solicitamos su colaboración en la aclaración de las observaciones presentadas por derecho de petición (OF ETC-337 VAR-061) radicado el 22 de agosto de 2016, ya que mediante llamada telefónica, nos informan que la respuesta a este requerimiento se da por un término de 15 días hábiles, fecha para la cual ya se ha presentado la propuesta para el proceso de la referencia, limitándonos a la participación del mismo

RESPUESTA DE FONDO A LA PETICIÓN:

Al respecto, es preciso indicar que no es procedente la solicitud de ampliación del término para la presentación de las propuestas, ya que el mismo se encuentra ajustado a los términos del Convenio Interadministrativo de Asociación No. 1267 de 2015 y su modificadorio No. 1 y prorroga No. 1.

Respecto de la respuesta a la aclaración solicitada, en la parte inicial del presente documento se procedió a dar respuesta a la petición presentada.

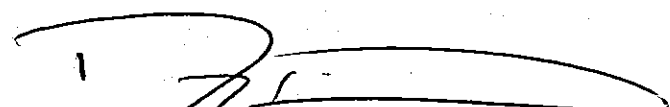
Para constancia e expide a los cinco (05) días del mes de septiembre de dos mil dieciséis (2016).



ANDRÉS JULIÁN FERNÁNDEZ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica



HECTOR ALFONSO PEÑA TARAZONA
Director Administrativo y Financiero



NAYDA SILBEY ROMERO BUITRAGO
Director Técnico Operativo de Acueducto Alcantarillado y Aseo