

Bogotá., D.C 14 de junio de 2017

Señor
Fernando Alberto Villa Uribe
Ciudad

Respetado señor:

En relación con las observaciones planteadas al documento de selección de contratistas, las cuales fueron presentadas el día 7 de junio de 2017, mediante correo electrónico y de manera extemporánea, me permito responder a las mismas, en el mismo orden propuesto.

Observación No. 1

“RÉGIMEN JURÍDICO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

La Invitación Pública No. 02 de 2017 para la contratación del equipo evaluador, debe someterse a las reglas de derecho público establecidas para la selección de contratistas, en razón a los mandatos legales establecidos en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y la propia Ley 1709 de 2014.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 25 de la Ley 1150 de 2007, dispone que los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en la Ley 80 de 1993, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad fideicomitente.

De acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Fiducia Mercantil No. 331 de 2016, surgen varias consideraciones que deben analizarse en conjunto: i) El fideicomitente es la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC; ii) El fiduciario es el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL; y iii) El objeto del contrato consiste en la administración y pagos de los recursos dispuestos por el fiduciante en el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad.

Como puede verse, de las tres consideraciones antes anotadas, se desprende que se trata de un encargo fiduciario que realiza USPEC con el fin de que el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL administre los recursos vinculados al Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL deberá cumplir con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Pública en razón a que el fideicomitente (USPEC) se encuentra sometido a dichas normas por virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 1 del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 82 de la Ley 489 de 1998.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.2.1.11.2.2., del Decreto 2245 de 2015, los recursos vinculados al Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad son de naturaleza pública y, por lo tanto, la contratación con los mismos se encuentra sometida a lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007.

Por lo anterior, se solicita al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL que, con el fin de ajustar los términos de Referencia, se revise la normatividad vigente en materia de contratación estatal y, en tal virtud, se proceda a acatar los términos, actuaciones y principios establecidos en el Estatuto de Contratación Pública.

Para el presente proceso de contratación, se considera que la contratación del evaluador debería adelantarse a través de un concurso de méritos, según lo establecido por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como conforme a las reglas dispuestas en el Decreto 1082 de 2015”.

Respuesta del Consorcio

Teniendo en cuenta que las observaciones presentadas se fundamentan en el Estatuto General de Contratación Pública, el Consorcio Fondo Nacional en Salud PPL 2017, considera pertinente aclarar que la Invitación Pública 002 de 2017, se encuentra sujeta al régimen privado de contratación, por los motivos que se exponen a continuación:

1. EL FONDO NACIONAL DE SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD, es una cuenta especial de Nación, creada en virtud de lo establecido en la Ley 1709 de 2014. En consecuencia, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 1709 de 2014, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) suscribió con el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015, (integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.), el Contrato de Fiducia Mercantil No. 363 de 2015 el cual tenía por objeto:

“(...) Administrar y pagar los recursos dispuestos por el fideicomitente en el Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad. (...)” “(...) los recursos del Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad que recibirá la fiduciaria DEBEN DESTINARSE A LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DERIVADOS Y PAGOS NECESARIOS PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD Y LA PREVENCIÓN DE LA ENFERMEDAD DE LA PPL A CARGO DEL INPEC (...)”.

2. Fiduprevisora S.A. y Fiduararia S.A. son sociedades de economía mixta, que tiene el carácter de entidad financiera estatal a la que le aplica el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, razón por la cual y, de acuerdo con las normas descritas anteriormente, se encuentra exceptuada de la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública.
3. Por lo anterior, son las dos únicas sociedades fiduciarias que cumplen las condiciones exigidas en la Ley 65 de 1993 modificada por la Ley 1709 de 2014 para el manejo de los recursos del FONDO NACIONAL DE SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD.
4. La USPEC mediante acto administrativo de fecha 14 de diciembre de 2016, celebró con el Consorcio FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2017, mediante la modalidad de contratación directa, el Contrato de Fiducia Mercantil No 331 de 2016, con el cual dio continuidad al PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE SALUD A LA POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD creado en virtud del contrato de Fiducia Mercantil No 363 de 2015.
5. El Consorcio se encuentra exento de aplicar las disposiciones del Estatuto General de Contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que señala:

“El parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedará así: “Artículo 32. (...) “Parágrafo 1. Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley””.
6. El artículo 13 de la misma ley establece:

“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.”
7. El artículo 97 de la Ley 489 de 1990, señala: “las Sociedades de Economía Mixta son organismos autorizados por la Ley, constituidos bajo la forma de Sociedades Comerciales, con aportes Estatales y de capital privado que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial, conforme a las reglas del derecho privado.”

8. El artículo 93 de la Ley 489 de 1998, establece: “Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.”
9. Confirmando lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto proferido el 29 de mayo de 2003, señaló en relación con el régimen contractual aplicable a las entidades financieras de carácter estatal, que: “Los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las entidades financieras, tanto públicas como privadas, tienen un régimen especial que gobierna sus actividades, contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las normas del derecho privado que les sean aplicables; dichas normas son el punto de partida para establecer la capacidad jurídica de las mismas (...)” Negrilla fuera de texto
10. En relación con la excepción aplicable al Consorcio, la Sala señaló: “No obstante esta tendencia unificadora de la ley 80 de 1993 y reconociendo las necesidades reales de algunas entidades estatales, señaló, por vía de excepción, algunos regímenes especiales en razón al tipo de entidades o la naturaleza de la actividad que éstas desarrollan, campo de excepciones que fue ampliado posteriormente por otras leyes como las 142 y 143 de 1994. Y ello porque la participación activa del Estado en el sector financiero, industrial y comercial, ha exigido que el legislador colombiano señale un régimen contractual especial aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria estatal, con miras a garantizar la agilidad y eficiencia de sus operaciones y por ende su competitividad frente al sector privado. (...)” Negrilla fuera de texto
11. En virtud del régimen de contratación del Consorcio, el día [6] de [abril] de 2017 se profirió el Manual de Contratación, el cual establece los lineamientos, principios, pautas y procedimientos que deben ser tenidos en cuenta en la contratación, así como la guía de los procesos de selección, desde la fase de planificación, precontractual, contractual y pos-contractual.

En conclusión, por estar el Consorcio compuesto por entidades estatales financieras con naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta y por serle aplicable el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, el Estatuto General de Contratación exceptuó su actividad contractual y en consecuencia señaló que la misma se rige por las normas del derecho privado.

En consecuencia, no le son aplicables las modalidades de selección de contratistas, sin perjuicio del cumplimiento de los principios que rigen la función administrativa, los principios de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley tal y como se estableció en el manual de contratación aprobado por el Consejo Directivo del

Fondo el cual recoge los lineamientos establecidos en el Acuerdo No 001 y 002 del Consejo Directivo del Fondo.

Observación 2

“II. EXPERIENCIA DEL PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO

Conforme a los Términos de Referencia publicados, no existe claridad en cuanto a la sumatoria de la experiencia en años y, por lo tanto, se sugiere que la experiencia se cuente por proyectos, ya que, como sucede en el presente caso, el tiempo de ejecución de los contratos de evaluación de requisitos habilitantes y ponderación de ofertas son siempre muy cortos.

Al ser tan cortos los plazos de ejecución de los contratos de evaluación de requisitos habilitantes y ponderación de ofertas, acreditar 8 años de experiencia resultaría una carga de difícil o imposible consecución.

Si se toma como ejemplo el plazo de ejecución del contrato que pretende ejecutarse mediante la Invitación Pública No. 02 de 2017, se encuentra que para acreditar la experiencia del Líder y/o Coordinador del Comité Evaluador, se deberían presentar un promedio de 48 contratos (de 2 meses cada uno) en donde el profesional haya ejecutado las actividades descritas en el cuadro del numeral 7.2.1. de los Términos de Referencia.

Por lo tanto, se sugiere a la Fiduprevisora definir una forma distinta de acreditar la experiencia, la cual podría consistir en cantidad de proyectos ejecutados dentro de un plazo definido por la Entidad, que tengan en cuenta las actividades exigidas independientemente del tiempo exigido”.

Respuesta del Consorcio

No se acepta la observación, toda vez que de conformidad con lo solicitado por otros observantes, se realizaron las modificaciones legales pertinentes mediante adenda No.3, la cual fue publicada en la página Web de la Entidad.

Observación 3

“III. PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN DEL PROCESO

En el numeral 6 de los Términos de Referencia se indican las actuaciones que se realizarán dentro del trámite de la Invitación Pública. No obstante, en algunas actividades se indica que el lugar de realización de la actividad será la “Página Web Consorcio”.

De conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Contratación Pública, se solicita a la Entidad cumplir con el principio de publicidad a través del Sistema Electrónico Para la Contratación Pública –SECOP (www.contratos.gov.co) con el fin de garantizar el acceso a la información por parte de todos los interesados.

Así mismo, se solicita a la Entidad publicar todas las observaciones e, igualmente, las respuestas a dichas observaciones”.

Respuesta del Consorcio.

El Consorcio se remite a la respuesta dada a la observación No. 1 respecto a que en una invitación pública de carácter privado, razón por la cual no se enmarca dentro de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y demás Leyes y Decretos Reglamentarios. No obstante lo anterior, el Consorcio ha publicado todas sus actuaciones en la página Web.

Observación 4

“IV. MINUTA DEL CONTRATO A CELEBRAR

En atención a lo dispuesto en el numeral 15 de los Términos de Referencia, el favorecido con la adjudicación deberá proceder a la firma del respectivo contrato. No obstante, una vez analizada toda la información que obra en el enlace de la Invitación Pública No. 02 de 2017 <http://www.fiduprevisora.com.co/noticias/428/14>) se encuentra que la minuta del contrato a celebrar no fue publicada.

Por lo tanto, se solicita la publicación de la minuta del contrato a celebrar, con el fin de tener claridad frente al negocio jurídico que pretende celebrarse, así como el alcance del mismo”.

Respuesta del Consorcio

La minuta del contrato fue publicada en la página Web del Consorcio.

**ORIGINAL
FIRMADO**

MAURICIO IREGUI TARQUINO

Gerente – Apoderado

CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2017