

Señores
WILFRIDO VIZCAINO A.
Director: Red Veeduría Ciudadana Red Departamental de Control Colombia
ARMANDO PEÑA OSORIO
Director: Transparente Social a la Gestión Pública. “REDCONSOCIAL”

Ref: respuesta a SOLICITUD DE REVOCATORIA SA-08-2020 Selección Abierta Selección Abierta CONSTRUCCIÓN DE VÍAS URBANAS, CONSTRUCCIÓN DE CANALES Y/OBOXCULVERT EN CONCRETO REFORZADO, PARA EL PROGRAMA BARRIOS A LA OBRA ETAPA VII, MÓDULOS I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI Y XII EN LAS LOCALIDADES SUR ORIENTE, NORTE CENTRO HISTÓRICO, RIOMAR, SUR OCCIDENTE Y METROPOLITANA DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA

Apreciados señores,

Mediante el presente escrito damos respuesta al asunto de la referencia en los siguientes términos:

RESPUESTA OBSERVACIÓN 1.

Se le aclara al solicitante que tal como consta en la información publicada y que hace parte del proceso de contratación que entre el DISTRITO DE BARRANQUILLA Y LA EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BARRANQUILLA Y LA REGIÓN CARIBE S.A. – EDUBAR S.A., se suscribió Contrato Interadministrativo N° CD-12-2020-2429, cuyo objeto es: “GERENCIA INTEGRAL Y COORDINACIÓN DE LAS OBRAS NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA BARRIOS A LA OBRA, DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA VIGENCIA 2020-2021”.

Dentro del ALCANCE DEL OBJETO EDUBAR deberá, entre otras, verificar las vías que ameriten ser intervenidas por el Distrito en torno al programa BARRIOS A LA OBRA, atendiendo la necesidad del sector, esto es, población beneficiada y estados de las vías urbanas en cada uno de los barrios y corregimientos del Distrito de Barranquilla; de igual manera deberá establecer las características y especificaciones técnicas de las vías a construir, así como las obras complementarias a estas que garanticen la eficiencia del programa.

Que el veintiocho (28) de Diciembre de 2020, se llevó a cabo el primer comité de coordinación y seguimiento al cual asistió el Secretario Distrital de Obras Públicas, el Subgerente de Proyectos de EDUBAR S.A., y el Jefe de programación y control de obra del Distrito, en el cual EDUBAR S.A., presentó: 1. Plan de Trabajo, 2. Priorización de las Intervenciones, 3. Cronograma de ejecución, y 4. Equipo de trabajo propuesto, avalados por la Supervisión del Contrato Interadministrativo N° CD-12-2020-2429 dando inicio a la ejecución al plan de trabajo presentado por el Contratista

En cuanto los mecanismos y procedimientos que tienen las entidades estatales para la prestación de servicios públicos, cumplimiento de los cometidos misionales y satisfacción del interés general, como el expuesto, nos permitimos citar apartes del concepto No 4201913000004536 de fecha 28 de agosto de 2019, proferido por la Agencia Nacional Colombia Compra eficiente, en el cual establece lo siguiente:

“Ley 80 de 1993 facultó de manera expresa a las entidades estatales para celebrar contratos y los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, así como la continua y eficiente prestación de servicios públicos.

Las entidades estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993, en virtud de la autonomía de la voluntad pueden celebrar todos los acuerdos, denomínese contrato, convención, convenio, etc., que requieran para la materialización de sus objetivos misionales y consecuentemente los fines estatales. Entre otras cosas, porque de acuerdo con la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y para ello las autoridades administrativas tienen la obligación de coordinar sus actuaciones con la finalidad de lograr el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

La tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993 y aunque esta Ley no la definió ni la desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales.

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir que, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993, están precedidos de un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos y convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal de Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida a la Ley 80 de 1993.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 113 señala que los diferentes estamentos del Estado tienen funciones separadas, pero que a su vez colaboran entre sí en forma armónica para la realización de sus fines.

En el caso específico de los entes territoriales, el inciso segundo del artículo 288 de la Constitución Nacional destaca que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. Sobre el particular el artículo 6° de la Ley 489 de 1998, establece que: “En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deberán garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de las funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares”. La misma ley 489 de 1998 también incorporó, en su artículo 95, como instrumento jurídico para permitir la colaboración entre entidades públicas, lo siguiente: “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro”.

Por su parte el artículo 2 numeral 4, literal C la Ley 1150 de 2007, precisó como causal de contratación directa la celebración de contratos interadministrativos siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Aunado a lo anterior el Decreto 1082 de 2015 señala en su Artículo 2.2.1.2.1.4.4., en relación con los Convenios o contratos interadministrativos lo siguiente: La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y, en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto (...) El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece: “ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)” (negrilla extratextuales).

Por su parte, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 prevé: ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. (...)

La exposición de motivos de la actual Ley 80 de 1993 – Estatuto de Contratación Estatal -, publicados en la Gaceta del Congreso de la República No.75 del 23 de septiembre de 1992, se estableció: “De modo que el proyecto de ley trata de lograr que la relación contractual descansa sobre la autodeterminación y la auto vinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa. (...) Sin duda una de las manifestaciones más importantes del postulado de la autonomía de la voluntad radica en la posibilidad que se confiere a las partes contratantes de regular sus relaciones, consultando su mejor conveniencia, a través de una serie de contratos cuyas estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados, los cuales han sido llamados por la doctrina y la

jurisprudencia como contratos innominados o atípicos. (...) El artículo 32 igualmente establece que son contratos estatales los previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, así como los que a título enunciativo son definidos en la citada disposición. Corresponden ellos a los llamados contratos nominados o típicos. La definición que se hace de algunos contratos radica en el hecho de que son contratos que en la actualidad resultan ser de frecuente utilización y que no se encuentran reglamentados en otras disposiciones. Se trata, como se indicó, de un listado meramente enunciativo, pues, no son ellos los únicos contratos que las entidades estatales pueden celebrar, ya que, también pueden pactar los que se encuentran definidos en otras normas y además todos aquellos acuerdos que encuadran dentro de la noción del contrato, en cuanto que es un acuerdo de voluntades que se orienta a producir obligaciones. (...)"

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto con Número Único: 11001-03-06-000-2008-00013-00 de fecha treinta (30) de abril de 2008 Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, sostuvo: "Además de esta interpretación general que tiene en cuenta las atribuciones y los fines de las entidades públicas, pasa la Sala a aplicar las reglas de los artículos 1620 y 1622 del Código Civil a los contratos de gerencia integral de proyectos, con base en la información disponible, de suerte que si ambas partes los han ejecutado bajo el entendido de que Fonade "asume, bajo su cuenta y riesgo, la ejecución de un proyecto o parte de él" y que "el pago que se realice a Fonade en su condición de contratista, corresponde a la contraprestación que éste recibe por la ejecución del proyecto de inversión, incluido los costos administrativos asociados al mismo", mal puede un tercero interpretar las cláusulas de los convenios interadministrativos contradiciendo la forma práctica con la que han interpretado sus obligaciones y les han dado cumplimiento. Como se expuso antes, prima en este caso la intención de las partes demostrada por la forma como se han ejecutado tales contratos, de acuerdo con las normas del Código Civil."

Dadas las características del contrato atípico de gerencia integral de proyecto ofrece al sector público un instrumento adecuado e idóneo de gerencia y asistencia técnica que garantiza la calidad en la ejecución de los proyectos y la entrega oportuna de los resultados.

Otra ventaja significativa de la gerencia integral, se enmarca en la eficacia del proyecto para el desarrollo de las actividades mediante un plan debidamente elaborado que permita administrar eficazmente la gestión de tiempos, acciones y recursos. Los beneficios de adelantar la contratación expuesta se encuentran en la utilización de buenas técnicas de planificación y desarrollo del proyecto a la vez que se genera mayor confianza al demostrar un control visible de la integridad del proyecto el cual estará en cabeza del gerente. La gestión de la gerencia del proyecto maximizará los resultados y facilitará la generación de información para la toma de decisiones, asegurando la materialización de los resultados esperados.

La gerencia va orientada a dirigir de una manera efectiva y óptima, los factores físicos y financieros dispuestos para el desarrollo del proyecto. Por lo tanto, se puede concluir que recurrir a una gerencia es una garantía de eficiencia del proyecto y los resultados esperados

Dentro de la ejecución del Contrato Interadministrativo N° CD-12-2020-2429, cuyo objeto es: "GERENCIA INTEGRAL Y COORDINACIÓN DE LAS OBRAS NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA BARRIOS A LA OBRA, DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA VIGENCIA 2020-2021", se realizó la convocatoria pertinente tendiente a adelantar la contratación que tiene por objeto CONSTRUCCIÓN DE VÍAS URBANAS, CONSTRUCCIÓN DE CANALES Y/OBOXCULVERT EN CONCRETO REFORZADO, PARA EL PROGRAMA BARRIOS A LA OBRA ETAPA VII, MÓDULOS I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI Y XII EN LAS LOCALIDADES SUR ORIENTE, NORTE CENTRO HISTÓRICO, RIOMAR, SUR OCCIDENTE Y METROPOLITANA DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA

EDUBAR S.A.S, es una Sociedad de Economía Mixta, cuyo objeto social es ejercer el libre desarrollo del comercio en competencia con el mercado nacional e internacional, por dicha razón la sociedad está exenta de la aplicación de las normas aplicables a la contratación estatal por expresa disposición legal y en consecuencia se somete íntegra y exclusivamente a las normas de Derecho Privado previstas en la Legislación Comercial, Mercantil, Financiera y Civil, así como las normas de contratación internacional en los casos que le sean aplicables en los términos del artículo 14 de la ley 1150 de 2007, sin perjuicio de aplicar los principios que rigen la función administrativa; la vigilancia, el control fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Así las cosas, la definición de las normas de contratación internas aplicables corresponde a la Junta Directiva de la sociedad, quien expidió su manual de contratación conforme a los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Nacional y en cual se determinó, se reitera, que su régimen contractual sería de derecho privado.

Finalmente se aclara que el artículo del decreto 1082 de 2015, que cita en su solicitud **Artículo 2.2.1.2.1.2.24. Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado.** Las empresas

industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social **que no se encuentren en situación de competencia**, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda. (subrayado fuera de texto)

Claramente hace alusión la norma a aquellas empresas social **que no se encuentren en situación de competencia, situación que no es aplicable al presente caso.** LA EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BARRANQUILLA Y LA REGIÓN CARIBE S.A. – EDUBAR S.A, es una sociedad de economía mixta del orden distrital con un capital público superior al 50%, con reconocida experiencia operativa y con capacidad jurídica acorde a su objeto social. Por lo tanto, EDUBAR S.A. si se encuentra en situación de competencia con empresas del sector privado con objeto similar al de la entidad.

RESPUESTA A OBSERVACION 2.

Sobre el tema de las adendas hay que precisar que la adenda es una figura jurídica por medio de la cual es posible modificar tanto el pliego de condiciones (regidos por la ley 80/93) como las convocatorias adelantadas por EDUBAR SA. Cosa distinta, son los plazos o tiempos establecidos para la expedición de las mismas, aclarando que los plazos establecidos en el artículo 30 de la ley 80 de 1993 modificado por la ley 1474 de 2011 no son extensivos a las convocatorias adelantadas por EDUBAR S.A., Por tener esta sociedad de economía mixta un régimen contractual de derecho privado.

Finalmente se aclara que el artículo del decreto 1082 de 2015, que cita en su solicitud Artículo 2.2.1.2.1.2.24. Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50%) del capital social **que no se encuentren en situación de competencia**, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda. (subrayado fuera de texto)

Claramente hace alusión la norma a aquellas empresas **que no se encuentren en situación de competencia**, situación que no es aplicable al presente caso. LA EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BARRANQUILLA Y LA REGIÓN CARIBE S.A. – EDUBAR S.A, es una sociedad de economía mixta del orden distrital con un capital público superior al 50%, con reconocida experiencia operativa y con capacidad jurídica. Por lo tanto, claramente según su objeto social y su naturaleza jurídica, EDUBAR S.A. si se encuentra en situación de competencia con otras entidades del sector privado con objeto similar al de la entidad.

RESPUESTA A OBSERVACION 3.

Sí están incluidas en la convocatoria las causales de rechazo que censuran los peticionarios, sólo que dentro de los términos de referencia se hace alusión a ellas con el nombre o título de “causales de inadmisibilidad” las cuales jurídicamente son lo mismo.

Igualmente se encuentra debidamente publicada la información alusiva a la ESTIMACION, TIPIFICACION Y ASIGNACION DE LOS RIESGOS PREVISIBLES QUE PUEDEN AFECTAR EL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO. OBJETO: CONSTRUCCIÓN DE VÍAS URBANAS, CONSTRUCCIÓN DE CANALES Y/OBOXCULVERT EN CONCRETO REFORZADO, PARA EL PROGRAMA BARRIOS A LA OBRA ETAPA VII, MÓDULOS I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI Y XII EN LAS LOCALIDADES SUR ORIENTE, NORTE CENTRO HISTÓRICO, RIOMAR, SUR OCCIDENTE Y METROPOLITANA DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA, documento publicado el día 2020-12-28 21:01:52.

Por todo lo anterior no es procedente revocar la convocatoria SA-08-2020 CONSTRUCCIÓN DE VÍAS URBANAS, CONSTRUCCIÓN DE CANALES Y/OBOXCULVERT EN CONCRETO REFORZADO, PARA EL PROGRAMA BARRIOS A LA OBRA ETAPA VII, MÓDULOS I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI Y XII EN LAS LOCALIDADES SUR ORIENTE, NORTE CENTRO

HISTÓRICO, RIOMAR, SUR OCCIDENTE Y METROPOLITANA DEL DISTRITO DE BARRANQUILLA

Atentamente,

Original Firmado

ANGELLY MELISSA CRIALES ANIBAL
GERENTE GENERAL
EDUBAR S.A.

Revisó: Mauricio Valdeblánquez Támara- Subgerente de Contratación
Proyectó: Miguel Parga Azula- Asesor externo Edubar S.A
Jhon Bilbao Ebratt- Asesor externo Edubar S.A