



MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

LICITACIÓN PÚBLICA No 002 DE 2011

“La selección de un Proponente que se obligue a la prestación a terceros del servicio de telecomunicaciones en los municipios y a las instituciones públicas definidos contractualmente, para lo cual el FONDO TIC aportará unos Recursos de Fomento y el Contratista desarrollará para sí una red de fibra óptica, la operará y mantendrá y asumirá la gestión de los servicios en los términos y condiciones establecidos en el Contrato”

RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS ANTES DE LA AUDIENCIA DE TIPIFICACIÓN, ASIGNACION Y DISTRIBUCION DE RIESGOS

OBSERVACIÓN 1 PRESENTADA POR CAMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA

1. La experiencia probable de 100 puntos que se exige a los proponentes en la actividad de constructor en el numeral 3.3.3 del proyecto de pliego de condiciones es sumamente baja y no refleja la experiencia que debe tener un constructor para desarrollar el tipo de infraestructura que se requiere para una red nacional de fibra óptica; esa experiencia probable debería tener un mayor peso en la evaluación, la cual no debería ser inferior a 200 puntos.
2. La capacidad de organización solicitada en el numeral 3.3.4 del proyecto de pliego de condiciones de 1.000 SMMLV es supremamente baja para seleccionar adecuadamente a un proponente que se enfrentara a un proyecto de construcción de 400.000 SMMLV anuales durante 2 años. En nuestra consideración, la capacidad de organización que se debe exigir para este proyecto debe ser superior a 100.000 SMMLV.
3. En contraposición con el punto anterior están solicitando una capacidad de organización como proveedor de 300.000 SMMLV, lo cual es inconsistente para un contrato en el cual los fondos públicos se destinaran a la construcción de una red y no a la provisión de productos o servicios.
4. La capacidad residual de contratación que solicita en el numeral 3.3.6 del proyecto de pliego de condiciones la solicitan en la actividad de proveedor, cuando, nuevamente, los fondos públicos se destinaran a la construcción de una red y no a la provisión de productos o servicios. La capacidad residual de contratación que debería exigirse en el pliego de condiciones de la licitación es como constructor.



RESPUESTA: Los Pliegos de Condiciones constituyen la ley del proceso de selección que habrá de seguirse para la escogencia del Contratista en este caso mediante licitación pública, por lo que el objetivo fundamental de las exigencias y requisitos de participación incluidos en los Pliegos, así como del procedimiento de evaluación allí descrito, es la escogencia de la oferta que mejor cubra los propósitos que encierra la finalidad de la contratación estatal emprendida. En esas condiciones conviene reiterar, como lo ha hecho la entidad en diversos documentos y en las instancias de interacción con los participantes del proceso de selección, que el Contrato que resultará de la presente licitación pública constituye un instrumento atípico mediante el cual la entidad, en cumplimiento de sus competencias legales, entregará recursos de fomento bajo el esquema contractual de asignación modal con el fin de ampliar la conexión por fibra óptica a por lo menos 400 municipios adicionales a los actualmente conectados, en desarrollo del interés estatal de fomento de masificación del uso y aprovechamiento de tecnologías de comunicaciones y la información para todos los ciudadanos. De este modo, las actividades comprendidas en la ejecución del Proyecto, tales como el diseño, instalación y puesta en marcha de una red de fibra óptica, así como la operación, mantenimiento y gestión de la red y el Servicio de Transporte y de acceso a Internet de banda ancha para entidades públicas, son actividades que el Contratista realizará para si o para terceros, y en ningún caso para corresponder a manera de contraprestación o precio al aporte de Recursos de Fomento hecho por la Entidad Contratante, sin perjuicio de que la ejecución cabal de todas estas actividades constituya el modo mediante el cual se adquiere la asignación de los Recursos de Fomento que el Contratista tiene por suyos desde el momento en que ocurre el desembolso por parte de la entidad, todo de acuerdo con las disposiciones del Contrato de Aporte y las normas civiles que regulan las asignaciones modales.

Por consiguiente, las exigencias respecto a la destinación y debida aplicación de los recursos no establecen una relación de causalidad ni jurídica, ni económica entre los Recursos de Fomento y las actividades a las que ellos se aplican. Tales recursos no constituyen pago o contraprestación por dichas actividades, ni puede establecerse una correspondencia o proporcionalidad entre el monto de los recursos y las actividades del Contratista a las que se aplican los recursos. Es con la ejecución cumplida de las obligaciones por parte del Contratista en los términos y condiciones del Contrato de Aporte que se cumple el modo con el que se va concretando la adquisición de los Recursos de Fomento asignados. De manera que es a través del cumplimiento de las cargas contractuales que el Contratista va adquiriendo los recursos que le fueron asignados modalmente, es decir, entregados con una destinación definida pero especialmente sujetos al compromiso de la ejecución de unas actividades (obligaciones) que son las que le permiten adquirir los Recursos de Fomento. El Proyecto concibe que el solo tendido de la red no activa el modo de adquisición de los Recursos de Fomento, pues aquél solo es una actividad previa para alcanzar la finalidad esencial de la contratación, cual es la expansión geográfica del Servicio de Transporte y el Servicio de acceso a Internet de Banda (los Servicios), por lo cual, el modo previsto para la adquisición de los Recursos de Fomento asignados, se activa periódica y concomitantemente con la prestación de los Servicios (como estos se definen en el Anexo 9 del Pliego de Condiciones) durante la Fase de Operación (ver cláusula octava del Contrato de Aporte).



En consecuencia, el Contrato de Aporte no es ni de prestación de servicios, ni de obra o instalación de bienes, ni de concesión para el servicio de telecomunicaciones, sin perjuicio de lo cual, y dadas las cargas que se desprenden para el Contratista de la aplicación adecuada de los Recursos de Fomento al desarrollo y ejecución del Proyecto, se ha considerado en el Pliego de Condiciones un esquema de requisitos habilitantes en el que se combina la herramienta legal del Registro Único de Proponentes con otra exigencias adicionales de Experiencia Acreditada (numeral 3.3.7. de los Pliegos), para permitir la pluralidad de oferentes en el marco de la obtención de ofertas que satisfagan los fines de la contratación y garanticen la debida y eficiente aplicación de los Recursos de Fomento.

Por consiguiente, en torno a los requisitos habilitantes, atendiendo las sugerencias presentadas por los interesados y de conformidad con la finalidad de la contratación que se está surtiendo mediante la presente licitación pública, se ha dispuesto que el contratista será seleccionado teniendo en cuenta exigencias que garanticen su capacidad y experiencia, no solo como proveedor, sino también como constructor, toda vez que, además de tener a su cargo la oferta a terceros de Servicios de Transporte y de acceso en los términos establecidos en el Contrato de Aporte, deberá previamente diseñar, instalar y poner en marcha una red de fibra óptica con sujeción a lo establecido en el Contrato de Aporte, ambas cosas como modo para adquirir los recursos de fomento que tiene como suyos desde el momento en que éstos le son asignados a través del respectivo desembolso.

Por ello, para la selección del Contratista, sin perjuicio de las demás exigencias que constan el Pliego de Condiciones, se resalta que se toma en consideración la calidad de constructor en los siguientes apartes:

- (i) se exige experiencia como constructor según lo establecido en el numeral 3.3.7. de los Pliegos de Condiciones;
- (ii) de conformidad con la Adenda No. 1, y en estricta sujeción a los términos previstos en el numeral 3.3.4. de los Pliegos de Condiciones, se permitirá la acreditación de la Capacidad de Organización, por parte de Proponentes o Miembros de Proponente, bien sea en la actividad de Constructor o en la actividad de Proveedor (no como Consultor);
- (iii) en plena concordancia con la posibilidad de acreditar la Capacidad de Organización, bien sea en la actividad de Constructor o de Proveedor, tal y como se dispuso en la Adenda No. 1, y en estricta sujeción a los términos previstos en el numeral 3.3.5.1. y 3.3.6. de los Pliegos de Condiciones, se permitirá la acreditación de la Capacidad Financiera y de la Capacidad Residual de Contratación respectivamente, por parte de Proponentes o Miembros de Proponente Plurales que estén inscritos en el RUP como Proveedores o como Constructores.



OBSERVACIÓN 2. PRESENTADA POR LA ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA.

Respetado señor ministro:

La administración distrital comparte el propósito expresado por el ministerio a su digno cargo, en relación con la necesidad de masificar el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, como factor de mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos del país e impulsar el desarrollo económico del país.

En este aspecto y como socios mayoritarios de la empresa de telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A E.S.P., hemos estado muy atentos a las propuestas del programa VIVE DIGITAL y en particular al proyecto de fibra óptica nacional, pues la expansión de redes hace parte de los planes de crecimiento de las grandes empresas de telecomunicaciones del país, siendo una de ellas la ETB.

Los análisis que se han realizado al interior de ETB y coinciden con el concepto de tienen otros operadores del país, llegan a la conclusión de que por la extensión nacional y la complejidad del proyecto no resulta financieramente viable para que un solo operador asuma la totalidad de la cobertura del país, dados los altos costos recurrentes en el tiempo de operación de la red y la baja demanda que pueden tener municipios de poca población que obligatoriamente hacen parte del alcance del proyecto.

Una propuesta de zonificación de la cobertura nacional, como la que nos permitimos sugerir a continuación al MINTIC, permitirá hacer más atractivos a los operadores presentarse a la licitación aprovechando sus fortalezas donde tienen presencia en la actualidad. Propuesta que ha sido manifestada por parte de ETB al MINTIC en las oportunidades en que se han presentado audiencias de discusión del proyecto, todas ellas previas a la publicación de los prepliegos actuales:

Zona 1: Departamento de Cundinamarca, Meta, Boyacá, Casanare, Arauca y Guaviare.

Zona 2: Departamento de Antioquia, choco, Córdoba, Risaralda, Caldas y Quindío.

Zona 3: Departamento de Valla, Cauca, Nariño y Putumayo.

Zona 4: Departamento de Atlántico, Magdalena, Sucre, Bolívar y Guajira.

Zona 5: Departamento de Santander, Norte de Santander y Cesar.

Zona 6: Departamento de Tolima, Huila y Caquetá.

Desde el distrito capital le solicitamos al Despacho a su digno cargo evaluar la posibilidad de la zonificación del proyecto antes de la publicación de los pliegos definitivos de la licitación.

Bajo tales premisas, permítame manifestarle que ETB ha sido afín y actor de las iniciativas de MINTIC, como lo puede demostrar con la participación que se ha tenido en el programa de Telecentros a nivel nacional y que nuevamente está dispuesta a manifestarlo en el proyecto VIVE DIGITAL, siempre que las condiciones no sean adversas para la compañía y le permitan a la Administración Distrital la participación en la prestación de servicios públicos.



Finalmente y en atención a las razones antes expuestas, dejo a consideración del despacho a su digno cargo la prórroga del plazo para la presentación de ofertas por parte de los interesados.

Lo anterior, en aras de garantizar los principios del ejercicio de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, así como el de selección objetiva previsto en la ley 80 de 1993 y de neutralidad tecnología.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Las características y condiciones del proyecto nacional de fibra óptica, son producto de estudios, análisis, consideraciones propias del sector de las TIC y demás valoraciones hechas por la entidad, que se encuentran previamente consignados en el documento de estudios previos. El proyecto Nacional de Fibra Óptica no se desarrollara bajo zonificación, uno de los principios con los cuales se fundamenta la figura de un solo contratista es la economía de escala, teniendo el contratista bajo su responsabilidad y riesgo la escogencia de los municipios adicionales a incluir en su propuesta, bajo las consideraciones que el mismo prevea dentro de su modelo de negocio. Respecto a prórrogas y plazos ver adenda 1.

OBSERVACIÓN 3. PRESENTADA POR LA CAMILO CALDERON RIVERA – PERSONA NATURAL

Respecto Señor Ministro. El suscrito Camilo Calderón Rivera identificado como aparece al pie de mi firma, y en ejercicio del derecho de presentación de peticiones respetuosas a las autoridades públicas, respecto del tema de la referencia me permito enviarle una posible colusión en licitaciones contraria a los mandatos del artículo 7º de la decisión 608 de la comunidad andina y el artículo 47(9) del decreto 2153 de 1992.

Las razones que me asisten a presentar este respetuoso derecho de petición son las siguientes:

1. Razonablemente hablando, el pliego de condiciones que es casi seguro va a ser el que ira a regir la licitación establece una serie de condiciones que benefician claramente a algunas empresas, según procedo a explicar:
 - Dada la infraestructura con que cuenta, Telefónica Telecom y otras empresas de telecomunicaciones con redes propias son las únicas que pueden Monter el servicio objeto de la licitación a un costo significativamente inferior al de cualquier otro participante. En otras palabras, el pliego las hace imbatibles, especialmente a la primera.
 - Cualquier otro participante que pretenda cubrir el número de municipios requeridos obligatoriamente debe utilizar bien infraestructura de Telefónica Telecom en mayor o en menor medida, así como la de otras empresas de telecomunicaciones, cosa que el pliego no tiene en cuenta en lo absoluto en orden de



establecer otras condiciones factibles y adecuadas que permitan de forma real la participación de terceros pese a que el ministerio es absolutamente consciente del hecho¹.

Las discriminaciones se dan cuando dos personas diferentes son tratadas de manera igual y eso está ocurriendo en este caso.

- La situación más preocupante si tenemos en cuenta que las empresas de telecomunicaciones establecidas saben que eso es así. Ahí tiene el ejemplo de telefónica Telecom, que pese a las condiciones del pliego la favorecen abiertamente de todas formas queriéndose adelantar a los acontecimientos a consignado en sus comentarios al prepliego algunas reservas en orden de asegurarse que las condiciones de acceso a la red por parte de los terceros dependa de criterios totalmente incierto tales como la “disponibilidad técnica de recursos de cada proyecto” o que el tercero simplemente invierta en la infraestructura que telefónica Telecom claramente no está dispuesta a facilitar.

En la medida que Telefónica Telecom todavía sigue siendo una empresa de propiedad del estado, tales atribuciones sobre las redes que se han construido durante muchas décadas de esfuerzo para que la sociedad en general se beneficie de las mismas, amén de ser indicativas de las verdaderas intenciones de los accionistas minoritarios, resultan cuando menos arrogantes.

2. El desbalance del pliego es tan evidente que prácticamente todas las empresas que enviaron comentarios se refieren al hecho, entre los cuales resalto a Comcel, Telmex, Avantel, ETB, Aciem y UNE.
3. Como respetuosamente lo he manifestado, razonablemente hablando existen fórmulas tendientes a evitar que este posible escenario colusorio se materialice, como podrían ser las siguientes:
 - Que el pliego establezca que si el adjudicatario llega a ser una empresa de telecomunicaciones pública, el presupuesto asignado al proyecto sea inferior en la proporción correspondiente a la propiedad estatal en la misma. Si bien lejos de mí está el deseo de polemizar en torno de temas técnico jurídicos de la contratación

¹ Véase P.E., el documento técnico de enero de 2011, entre otros red de transporte a través de redes propias o de terceros o los aspectos técnicos del proyecto en las condiciones técnicas del pliego de condiciones de junio de 2011.



pública, este tipo de condición en un pliego es perfectamente legal y posible. Desde la perspectiva de la abogacía de la competencia es, además deseable.

- Otra alternativa que respetuosamente me permito proponer es que el pliego establezca que en el evento que el adjudicatario sea un tercero, las empresas de telecomunicaciones establecidas deben cargar por la utilización de sus instalaciones lo mismo que les cuesta a ellas la utilización de sus instalaciones de manera que este tercer operador pueda tener el mismo margen de utilidad que el que pudiese haber obtenido otra empresa de telecomunicaciones establecida.
4. Teniendo en cuenta el propósito del señor presidente Santos de que Colombia ingrese a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) muy respetuosamente me permito sugerirle al Ministerio el seguimiento de lineamientos de ese organismo para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas². Adicionalmente me permito sugerir también que el Ministerio solicite acompañamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad nacional de competencia en orden de evitar una posible colusión y adicionalmente que en ejercicio de sus funciones de abogacía de la competencia asista al Ministerio en el diseño de condiciones de competencia real y sin la enorme discriminación que al parecer es posible que se termine de instrumentar.

La importancia de esta licitación para el país es inmensa, no solamente por el tamaño del proyecto en sí, sino por sus consecuencias en el largo plazo.

En los anteriores términos presento entonces el derecho de petición, agradeciendo su muy gentil interés. Para cualquier cosa relacionada con el mismo puedo ser contactado en mi oficina en la carrera 10 No. 96-25 of 614 de esta ciudad.

RESPUESTA: Es pertinente señalar que la Entidad Contratante no ha advertido la ocurrencia de actividades por parte de posibles proponentes de las cuales se pueda inferir la configuración de colusión en la presente licitación en los términos del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Sin perjuicio de lo anterior, y en atención de su deber de cumplimiento de los principios que rigen la selección objetiva, en el evento en que se advierta que dos o más

² OCDE, 2009, Lineamientos para Combatir la Colusión entre oferentes de Licitaciones Públicas



proponentes están ejecutando actividades de las cuales se pueda inferir el eventual incumplimiento de lo previsto en la norma recién referida, FONDO TIC pondrá dicha circunstancia en conocimiento de las autoridades respectivas, con miras a garantizar que la presente licitación sea adjudicada al proponente más adecuado una vez se haya surtido el correspondiente proceso de evaluación de conformidad con los términos previstos en los Pliegos de Condiciones. En ese orden de ideas, solicitamos al interesado que en el evento en que cuente con pruebas de la existencia de acuerdos entre dos o más proponentes tendientes a afectar los principios de la contratación estatal y de la selección objetiva dentro del presente trámite licitatorio, las haga llegar a FONDO TIC, con miras a que se pueda surtir la investigación respectiva, y en caso de que se estime pertinente, se corra traslado de las mismas a las autoridades competentes y se solicite el acompañamiento en el agotamiento de las siguientes etapas.

Por otra parte, y con relación a su afirmación según la cual aquellos actuales operadores propietarios de redes de fibra óptica tienen una ventaja sobre otros posibles proponentes que no cuentan con una red propia, es menester señalar que dicha afirmación corresponde a un juicio personal que no tiene asidero a la luz de los Pliegos de Condiciones, toda vez que los requisitos habilitantes y los criterios de evaluación establecidos se construyeron con base en los principios de selección objetiva previstos en el artículo 5° de la ley 1150 de 2007, todo con miras a garantizar la pluralidad de oferentes y la selección de un proponente que de acuerdo con su modelo de negocio (el cual podrá incluir recursos propios de capital o de deuda adicionales de los Recursos de Fomento o incluso los recursos que cada cual proyecte como ingresos por la prestación de los Servicios –como están definidos-) presente la propuesta más favorable a la Entidad Contratante y a los fines que se persiguen, sin tener en consideración factores subjetivos..

Como consecuencia de las circunstancias descritas, y ante la inexistencia de hechos ciertos que a juicio de FONDO TIC puedan configurar la colusión de la presente licitación, o la vulneración de los principios de selección objetiva, nos abstendremos de efectuar las solicitudes planteadas, sin perjuicio de que sigamos vigilantes de hechos que puedan afectar el normal curso del trámite que nos compete.

OBSERVACIÓN 4. ENERGIA INTEGRAL ANDINA

1. Por medio del presente ENERGIA INTEGRAL ANDINA S. A., manifiesta su interés de participar en el proceso del asunto, motivo por el cual se permite muy respetuosamente solicitar información sobre la fecha de apertura del proceso.

Agradecemos su atención y en espera de sus importantes noticias, se suscribe.

RESPUESTA: La Entidad ha considerado el interés y participación de cualquier interesado en la medida en que se cumplan las condiciones definidas en la ley y el pliego de condiciones.



OBSERVACIÓN 5. CARLOS ANDRES MARIN DE BANCOLOMBIA

1. Tengo una inquietud relacionada con el proceso de licitación que se está llevando a cabo para la masificación de la banda ancha en cuanto a quien será la entidad fiduciaria que administrara mediante encargo los recursos que sean entregados a quien resulte adjudicado:
 - Es una entidad ya definida por el FONTIC?
 - Se realizará un concurso de méritos para escoger la entidad por parte del Ministerio TIC?
 - Es la entidad que establezca quien resulte adjudicado?

De necesitar presentarse un derecho de petición para resolver esta inquietud les agradezco me lo hagan saber por este medio.

RESPUESTA: La selección de la Fiduciaria debe realizarla el Proponente, de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el Numeral 1.4. del Anexo 8 del Pliego de Condiciones, denominado "Condiciones para la Selección de Fiduciarias". No se realizará un concurso de méritos para la selección de la Fiduciaria. Los mecanismos para solicitar información sobre el proceso de selección y sus diferentes etapas están definidas contractualmente y plasmadas en el cronograma del proyecto y documentos que hacen parte del pliego de condiciones. Lo actuado frente al proceso de selección y su contenido puede ser consultado en el portal www.contratos.gov.co y www.compartel.goc.co

OBSERVACIÓN 6. ENVIADA POR FRANCISCO CASTRO DE TELBROAD

1. Por medio de la presente solicito mi inscripción para asistir a las audiencias de distribución y asignación de riesgos (2 de agosto) y de aclaración al pliego de condiciones (4 de agosto).

RESPUESTA: Ver respuesta observación número 4.

OBSERVACIÓN 7. ENVIADA POR EUGENIO CASTRO DE EMCALI

Por instrucciones de la Gerencia de Negocio de Telecomunicaciones de EMCALI EICE ESP remito algunas preguntas sobre el proceso de licitación Pública No 002 de 2011:



1. EMCALI EICE ESP fue creada mediante Acuerdo Municipal No. 034 del 15 de enero de 1999, el cual adopta el Estatuto Orgánico para la empresa Industrial y Comercial del Estado, EMCALI EICE ESP, siendo del orden municipal, prestadora de servicios públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple. De acuerdo con la Ley, Decreto 1464 del 29 de abril de 2010, no está obligada a inscribirse en la Cámara de Comercio y por ende a obtener el RUP. En razón de lo anterior, surgen las siguientes inquietudes:
 - Para que EMCALI EICE ESP demuestre su existencia, representación, capacidad legal y objeto, se puede hacer mediante copia del Acuerdo Municipal No. 034 del 15 de enero de 1999?
 - Al no poseer RUP, como se podría certificar la calificación como proveedor y/o constructor? Cuál sería el mecanismo, a fin de tener condiciones de igualdad con los demás competidores que si están obligados a estar inscritos en la Cámara de Comercio y por ende a tener RUP, para acreditar la calificación y requisitos que aplican a partir del RUP, tales como el K de contratación y el K Residual ?

RESPUESTA: Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son entidades de carácter público, no son comerciantes y por ende no deben cumplir con la obligación de inscribirse en la Cámara de Comercio de su domicilio, de lo cual se deriva que no tienen certificado de existencia y representación. El carácter público de la entidad presupone que sus actos son oponibles a partir de la publicación de los mismos en los medios correspondientes, razón por la cual puede señalarse que el certificado de existencia y representación para una empresa pública, no será otro diferente al acto de su creación, que puede ser un Decreto en el caso de empresas nacionales, una ordenanza para el caso de las departamentales o un acuerdo en el caso de las empresas del orden municipal. Lo anterior dando respuesta frente al tema de la acreditación de la existencia y representación legal.

Frente al tema de los requisitos habilitantes de capacidad y experiencia, nos referiremos al artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 (reglamentado por el Decreto 1464 de 2010), en el cual se manera expresa se señala que *“Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.*

No se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de



la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes”.

Del mismo modo es pertinente traer a colación el artículo 4º del Decreto 1464 de 2010 donde se dispone que “(...) *Las personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o las personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales no requieren estar inscritos en el Registro Único de Proponentes. Sus condiciones serán verificadas por la entidad contratante, de conformidad con lo señalado en el artículo 53 del presente decreto”.*

Como se advierte de la lectura de las normas citadas, en las mismas se establece que TODAS las personas jurídicas domiciliadas en Colombia que aspiren celebrar contratos con entidades estatales deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes. De igual forma, en ellas se disponen de manera expresa (i) los eventos en que no se requerirá dicho registro, y (ii) las condiciones de las personas que están exceptuadas de cumplir con el mismo.

En ese orden de ideas, salvo aquellos Proponentes o Miembros de Proponentes Plurales que estén expresamente exceptuados del cumplimiento de inscripción y acreditación del Registro Único de Proponentes, y de conformidad con el la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1464 de 2010, *“todas las personas naturales o jurídicas nacionales, o las extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes”.*

2. En las condiciones jurídicas ítem 3.3.1, se señala que las “Personas jurídicas nacionales o extranjeras, que presenten Propuesta a título individual, y quienes dentro de su objeto social tengan la prestación de servicios de telecomunicaciones...” Preguntamos qué tipo de proveedores pueden participar en la convocatoria? (Proveedores de Hardware, Software, contenidos, cableros, etc.).

RESPUESTA: De conformidad con lo previsto en el numeral 3.3.1. del Pliego de Condiciones, denominado “Condiciones Jurídicas”, en el presente proceso se permite la participación de personas jurídicas nacionales o extranjeras, que presenten Propuesta a título individual o como Miembro de un Proponente Plural, y quienes dentro de su objeto social tengan la prestación de servicios de telecomunicaciones. Ver anexo 9 de definiciones. Como se advierte de la lectura del aparte referido, no se requiere que el objeto social del Proponente o Miembro del Proponente



Plural indique de manera específica que los servicios de telecomunicaciones que presta corresponden a alguna de las categorías por Usted mencionadas en su inquietud.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente advertir que en virtud de lo previsto en el Numeral 3.3.2. de los Pliegos de Condiciones, el Proponente individual, sea persona jurídica, nacional o persona jurídica extranjera con sucursal en Colombia, o al menos uno de los Miembros de un Proponente Plural, deberá estar inscrito en el RUP, en la siguiente actividad, en las respectivas especialidades y grupos, como se describe a continuación:

Actividad	3	Proveedor
Especialidad	33	

Esto equivale a tener en el RUP las siguientes actividades: Actividad: 3 Proveedor en la Especialidad: 33 Sistemas de Información y Tecnología de Información

En caso de que el Proponente individualmente considerado o como mínimo uno de sus miembros (respecto de Proponentes Plurales) no esté inscrito en la actividad (con su especialidad y grupo) exigida en el presente Pliego a la fecha de cierre del presente proceso su Propuesta será RECHAZADA.

3. La tercera consideración, tiene que ver con la dificultad que podrían presentar algunos proponentes para cumplir la capacidad financiera mínima de ciento treinta (130) puntos exigidos a los proponentes; esta es una capacidad muy alta y solicitamos que esta, sea reducida para dar participación a una mayor número de empresas que a pesar de su gran experiencia y reconocimiento solicitamos que se reduzca a sesenta (60) puntos.

RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación, ver adenda número 1.

RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS DURANTE LA AUDIENCIA DE TIPIFICACIÓN, ASIGNACION Y DISTRIBUCION DE RIESGOS DISPUESTA POR LA LEY 1150 DE 2007 EN SU ARTÍCULO 4

OBSERVACIÓN 1. TELEDIFUSION S.A.

1. En primer lugar queremos destacar la necesidad de que en la matriz de riesgos se asignen al Ministerio aquellos que no corresponden al contratista, toda vez que la filosofía de la ley es que en efecto exista claridad en la distribución de los riesgos entre contratante y contratista.



RESPUESTA: No se acepta la observación. En la matriz de riesgos que acompaña el documento de estudios previos, y que ha sido explicada y objeto de discusión en la audiencia definida para tal efecto por la ley 1150 de 2007 en su artículo 4, existe una clara y concreta asignación de riesgos previsible.

2. Todos los planes de mitigación prácticamente se trasladan al contratista, lo cual conduce a una reserva de recursos económicos adicional a la mera constitución de seguros y garantías. Así mismo, el análisis que se presenta en materia de riesgos afecta considerablemente la actividad del contratista, dado que todos son asumidos por éste y, en consecuencia, impacta el tema de los costos del proyecto, tanto en su fase de construcción como de operación.

RESPUESTA: No se acepta la observación, conviniendo reiterar, como lo ha hecho la Entidad Contratante en diversas oportunidades con ocasión a la presente Licitación Pública, que el Contrato de Aporte es un instrumento contractual atípico, mediante el cual, la Entidad, en cumplimiento de las competencias legales que le son asignadas, y en particular, aquellas relacionadas con sus funciones de fomento, realiza un aporte a través de lo que jurídicamente se conoce como una asignación modal la cual se encuentra regulada especialmente en las norma civiles colombianas, con la finalidad de incentivar un servicio que el mismo Estado Colombiano ha considerado importante para el desarrollo del país. En este sentido, conviene aclarar que, la construcción de la red de fibra óptica, así como la operación, mantenimiento y prestación de servicios de transporte, acceso a internet de banda ancha, y otros servicios que el Contratista decida ofrecer, son actividades que el mismo Contratista realizará para sí o para terceros, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones que se establecen en el Contrato de Aporte, las cuales constituyen el “modo” mediante el cual se adquiere la asignación de los Recursos de Fomento, recursos que el Contratista tendrá como suyos desde el momento mismo en que ocurre el desembolso por parte de la Entidad Contratante.

En otras palabras, en virtud del Contrato de Aporte, la Entidad Contratante no adquiere una infraestructura, ni contrata un servicio para sí misma, sino que entrega unos Recursos de Fomento que serán tenidos como del Contratista desde el momento en que se efectúa el desembolso, sin perjuicio del cumplimiento por parte de éste último de las obligaciones que se establecen con el fin de verificar el cumplimiento del modo, entendiéndose así, que dichos recursos aportados por la Entidad, no son el pago de un precio ni la remuneración por el cumplimiento del objeto contratado. De esta forma, la Entidad Contratante hace el aporte bajo la figura de la asignación modal, por lo que el adecuado cumplimiento de las cargas relacionadas con la debida aplicación de los recursos por parte del Contratista y la adecuada prestación a terceros de los servicios por parte de éste, constituyen el modo con el que se perfecciona la asignación, dado el interés social y de fomento que el Estado tiene en el proyecto.



Por lo anterior, es indispensable que el análisis de riesgos del Proyecto parta de ésta realidad jurídica, resultando coherente que los planes de mitigación a los que alude el interesado, y demás riesgos a los que éste hace referencia y que se puedan asociar al proceso de instalación de la red y operación de la misma, y todas sus actividades previas, conexas o accesorias, correspondan al Contratista, quien deberá sopesarlas para la elaboración de su Propuesta.

3. En la asignación y tratamiento de riesgos, para todos los casos y eventos identificados, estimados y tipificados, de acuerdo con los factores de riesgo descritos y para cada una de las etapas del Proyecto, los riesgos son asignados al **“Contratista”** y dentro de los **“Tratamientos sugeridos”**, se sintetizan en las siguientes acciones:
 1. “Contemplar costos en la Oferta”.
 2. “Contar con plan de contingencia y continuidad de negocio”.
 3. “Compra de seguros suficientes”.
 4. “Afilación SGSSS y amparo RC”
 5. “Planeación óptima de diseños, licencias y permisos”
 6. “Planes de reacción”.

Cuando muchos de estos factores de riesgos son inherentes a condiciones de carácter externo, que no pueden ser controlados solamente por el contratista, sino que requieren una participación de las entidades competentes e incumbentes con el proyecto.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación número 1 numeral 2. Es claro que el Contratista desarrollará una actividad propia, para sí o para terceros, y no para la Entidad Contratante, incluyendo dentro de su modelo de negocio un capital que ha sido aportado por la Entidad Contratante, no como pago o remuneración por la adquisición de ciertos bienes o servicios, sino asignados por la Entidad al Contratista en cumplimiento de su función de fomento, para lo cual, el Contratista deberá cumplir las condiciones establecidas para acceder a ello.

Por otra parte, es claro que los riesgos que han sido asignados al Contratista, son inherentes a condiciones de carácter externo al mismo, pues de lo contrario, de depender de condiciones propias del Contratista y que se encuentren dentro de la órbita de su voluntad y control total, estaríamos ya no hablando de riesgos, sino de posibles incumplimientos.



Aclarado lo anterior, es consecuente que los riesgos que han sido asignados al Contratista estén en cabeza de éste, y no de la Entidad Contratante, ya que como se ha mencionado, la actividad a desarrollar por el Contratista será para sí o para terceros, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones que se han establecido para la verificación del “modo”.

Específicamente frente a los aspectos relacionados por el observante estos no constituyen en sí factores de riesgo, si no mecanismos, herramientas o tratamiento sugerido frente a los riesgos que puedan presentarse, y por ende no pueden ser calificadas en sí misma como factores externos. Por lo anterior debemos manifestar frente a cada mecanismo lo siguiente:

- a. **“Contemplar costos en la Oferta”**: Solo el contratista puede saber en qué términos de cálculos económicos y administrativos debe hacer su oferta y en la debe contemplar todos los gastos y costos necesarios en el proyecto, según la dimensión que el proponente desea darle, con el fin de optimizar los recursos de aporte que entrega el FONDO TIC..
- b. **“Contar con plan de contingencia y continuidad de negocio”**: En todo proyecto que involucre TIC, todas las normas internacionales (ISO 27.000, COBIT, ITU RM, TIA 942, TIER II y III) recomiendan tener planes de contingencia para manejo de eventualidades y su correspondiente plan de continuidad para asegurar la recuperación del nivel de servicio en un tiempo mínimo, anticipando decisiones antes de que se presente el evento generador de daño, parálisis y suspensión de actividades. Estas acciones no puede atenderlas el contratante y solo está dentro de la capacidad operativa, técnica y económica del contratista contemplarlas.
- c. **“Compra de seguros suficientes”**. Toda la adquisición de seguros es del resorte del Contratista y no es una actividad externa como lo afirma la observación. Es una obligación impuesta por la ley frente a los contratos estatales.
- d. **“Afilación SGSSS y amparo RC”**, la afiliación del personal directo y de los contratistas corresponde hacerla y vigilarla, respectivamente, al contratista. Se trata de acciones administrativas mínimas de ley y no son decisiones externas. Igualmente, la contratación de seguros como0 se expuso en el literal anterior.
- e. **“Planeación óptima de diseños, licencias y permisos”**: Siendo el oferente, en su total autonomía, el que decide a qué municipios adicionales brindará servicios y en la fase contractual el contratista al que le corresponda trazar con absoluta libertad sus diseños, mal puede entenderse que se trata de actividades externas.
- f. **“Planes de reacción”**: al igual que lo señalado para los planes de continuidad y contingencia, corresponde al contratista implementarlos sin ser actividades externas.



4. En los pliegos de condiciones se sugiere contemplar “ingresos en la oferta”, pero se adolece de información e incertidumbre en las proyecciones de tráfico, por la demanda efectiva de servicio, asequibilidad y capacidad económica por parte de los usuarios finales, en los casos identificados como favorables, por la prestación de servicio de transporte e Internet. Como se estipula en los apartes de los anexos técnicos, “... *la entidad contratante no asume ninguna responsabilidad sobre la existencia de demanda por los servicios que se puedan soportar sobre esta infraestructura ...*”

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación número 1 numeral 2. La Oferta o Propuesta económica a ser presentada, debe incluir los datos referidos en el anexo 5F, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones. En cuanto a la previsión aludida por el observante, debe reiterarse que la estructuración de su modelo de negocio no debe ser presentado a la Entidad Contratante, mas sin embargo, es de su responsabilidad, cuenta y riesgo prever y contemplar en su diseño, todos los aspectos jurídicos técnicos y financieros que involucra la ejecución y desarrollo del Proyecto definido por la Entidad Contratante. El riesgo comercial de explotación de la infraestructura corresponde en todo al Contratista, correspondiéndole al oferente proyectar en su modelo de negocio los ingresos esperados, a partir de las investigaciones socioeconómicas y las proyecciones econométricas y demás factores de valoración que estime pertinentes.

De conformidad con lo previsto en el numeral 2.1. de los Pliegos de Condiciones, se advierte que es responsabilidad exclusiva de cada Proponente, la elaboración del plan de negocio derivado del uso de la infraestructura, siendo de su cuenta y riesgo, todos los cálculos, proyecciones y previsiones relacionadas con la cobertura y demanda de servicios. Adicionalmente, el plan de negocio establecido por el oferente, deberá prever el análisis de todos los costos y gastos, incluyendo el capital, costos financieros y de financiación, gastos de operación y mantenimiento, costos de operación, impuestos, imprevistos y utilidades derivados de la ejecución del Proyecto; considerando las condiciones operacionales, sociales, políticas, económicas, topográficas, meteorológicas, ambientales, geográficas, así como las condiciones de las carreteras, las vías de acceso, las relaciones con las comunidades, y la disponibilidad y calidad de materiales e instalaciones temporales, servicios públicos, equipos, transporte, mano de obra, etc., en cuanto el Proponente entiende que sus actividades de diseño, instalación, operación y mantenimiento serán enteramente de su cuenta y riesgo, salvo lo que explícitamente se exceptúe de dicha regla en el Pliego de Condiciones y en la Minuta del Contrato.

De lo anterior se concluye, en concordancia con lo previsto en el párrafo primero de la cláusula tercera de la Minuta del Contrato, que la entrega de los Recursos de Fomento es la única participación de FONDO TIC en las actividades referidas en el párrafo anterior, y que, como ya se mencionó, la estructuración del modelo financiero/económico del



negocio debe ser elaborado por cada uno de los Proponentes para la presentación de sus respectivas propuestas teniendo en cuenta los términos y condiciones del Proyecto y el presupuesto oficial que será entregado a título de aporte.”

5. Se indica como parte de los riesgos en la fase de diseño e instalación, las acciones legales, que involucran entre otros, los “*permisos y autorizaciones*” que deben ser emitidos por la autoridad competente. Sin embargo, no existe un ítem específico para su tratamiento de análisis del riesgo (9.4.1.1)
Por tal razón, es necesario realizar la verdadera valoración de este riesgo, si se tienen en cuenta los tiempos reales de los procesos de trámite ante las entidades públicas, nacionales, departamentales y municipales; existiendo en consecuencia, una alta probabilidad de dilaciones y con impactos en los costos y tiempos de los cronogramas de instalación y puesta en operación. Adicionalmente, se solicita que este riesgo se catalogue como compartido y el Ministerio y demás autoridades nacionales competentes deberán vigilar y coadyuvar frente a las acciones a acometer en la materia con las autoridades municipales y privados que dispongan de infraestructura necesarias la prestación de los servicios.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación número 1 numeral 2. El trámite de licencias y permisos es de la responsabilidad del futuro Contratista o ejecutor del Proyecto que resulte adjudicatario. Tal como lo indica el anexo 4 – anexo técnico, numeral 1.3, el Contratista será el único responsable por lo temas de cumplimiento de normatividad y solicitud de las autorizaciones requeridas para el cumplimiento del objeto del Proyecto.

Sin embargo, La Entidad Contratante ha establecido una implementación y entrega por grupos de municipios, para permitir que la solicitud de permisos, autorización y licencias, se puedan manejar en tiempos diferentes, logrando así un manejo óptimo en los tiempos del proyecto. Adicionalmente, debe mencionarse que los grupos establecidos inicialmente en el Pliego de Condiciones, han sido objeto de modificación mediante la Adenda No. 1, con el fin de ampliar algunos de los tiempos originalmente establecidos.

6. Se indica como parte de los riesgos, las acciones legales (9.4.1.2) en la etapa de operación, que involucran entre otros, “servicio y otros gastos”, muy probable, de consecuencia menor y riesgo medio; que no involucra factores específicos como el de arriendos de infraestructura y servicios, que al contrario, deberían valorarse con un riesgo alto y de impacto en costos.



RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación número 1 numeral 2. La probabilidad de ocurrencia y el impacto de un riesgo en medio o alto, es coherente con la aplicación de la matriz que consta en el numeral 9,2 del anexo de riesgos que hace parte del estudio previo y la minuta del contrato.

7. En cuanto a los riesgos de clase A y B, se involucran los relacionados con orden público, terrorismo, actos malintencionados de terceros (9.1.5.2) y se menciona que "... *El orden público presenta alteraciones que no son súbitas e imprevistas, aunque varían según seguimiento de las mismas que realiza el observatorio del programa presidencial para los DDHHH y el DIH...*", es decir, la seguridad es de responsabilidad exclusiva del Estado, por lo que creemos con todo respeto que se debe reconsiderar este aspecto, dejando claro en los pliegos que lo asume el Ministerio.
- De considerar el ministerio, que el riesgo no es total del Estado, que acciones preventivas asumirá el ministerio frente a los entes de Seguridad?
- Para la ejecución del proyecto se dispondrá de dicha información con el fin de mitigar estos riesgos "previsibles"?

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación número 1 numeral 2. Se reitera que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Contrato de Aporte y en los demás Documentos del Proyecto, la Entidad Contratante asignará al Contratista unos Recursos de Fomento bajo el esquema contractual de una asignación modal sin que estos recursos puedan entenderse como la contraprestación o precio por la construcción de la red de fibra óptica, así como por la operación, mantenimiento y prestación de servicios de transporte, acceso a internet de banda ancha, y otros servicios que el Contratista decida ofrecer, en el entendido de que estas actividades las realizará el Contratista para sí o para terceros, y no para la Entidad Contratante; lo anterior, sin perjuicio del cumplimiento por parte de éste último de las obligaciones que se establecen en el Contrato de Aporte con el fin de verificar el cumplimiento del modo.

En este sentido, resulta coherente que los riesgos de orden público derivados de la realización de las actividades que el Contratista deba desarrollar en virtud del Contrato de Aporte, sean asumidos por éste y no por la Entidad Contratante,.

Frente a la consideración concreta del interesado respecto a que la "seguridad es de responsabilidad exclusiva del Estado", la Entidad Contratante aclara que lo dispuesto en los Documentos del Proyecto y lo señalado con ocasión de



la presente Licitación Pública, se entenderá sin perjuicio de las obligaciones y cargas en cabeza del Estado Colombiano en materia de garantizar la seguridad dentro del territorio nacional, y en cada caso concreto, las responsabilidades que se deriven por la afectación del orden público, deberán ser debatidas en el ámbito extracontractual.

Lo anterior, no exonera al futuro contratista de asumir, de conformidad con la naturaleza del contrato, la obligación de generar los estudios y acciones preventivas correspondientes dentro del marco de legalidad, tendientes a mitigar todo tipo de riesgos.

8. A pesar que la ejecución del contrato se realizará por cuenta y riesgo del contratista, se considera pertinente la revisión del contrato cuando existan causas dentro del “contexto macroeconómico”, tanto internos como externos, como se define en los documentos de estudios previos (ítem 9.1.6), que definitivamente incidan en la ecuación financiera del proyecto y que sean de tal magnitud que ponen en una condición gravosa al contratista, que amerita en nuestro criterio, un análisis especial por parte del contratante para restablecer las condiciones económicas o se acepte la terminación del contrato con justa causa.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación número 1 numeral 2.

9. Solicita definir que riesgos son del estado y cuales son del contratista porque encuentra que hay riesgos que están sin asignación en la matriz.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Todos los riesgos están debidamente asignados en la matriz de riesgos que hace parte del documento de Estudios Previos y de la Minuta del Contrato; los cuales igualmente fueron expuestos en la audiencia definida para tal efecto, de acuerdo con lo establecido en la ley 1150 de 2007 en su artículo 4, llevada a cabo el pasado 2 de agosto de 2011, cuyo desarrollo se encuentra publicado en el portal www.contratos.gov.co.

10. Solicita revisar los planes de mitigación que se trasladan al contratista, ya que considera que se trasladan a un tema económico reflejado en constitución de seguros, que afecta considerablemente la economía del contratista y el costo del proyecto en construcción y operación

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación número 1 numeral 2. La implementación de los planes de mitigación del riesgo son responsabilidad del Contratista, ya que los que se encuentran planteados, lo son a



manera de ejemplo o posibilidad; sin que sean los únicos, de ahí que corresponde al Contratista verificar cuales, de acuerdo con las diferentes variables que involucra un proyecto de la magnitud propuesta dentro de la Licitación Pública, serían sus planes de mitigación frente a cada riesgo, como los aplicaría, y los costos que implicara su implementación. Los seguros o garantías contractuales obedecen a una exigencia legal, bajo el marco que impone la normatividad vigente y que en nada reemplazan el que se analicen e implementen acciones de prevención o mitigación de los potenciales riesgos.

11. Estima necesario que hay riesgos que no son del contratista porque muchos de esos factores de riesgo son de carácter externo y no pueden ser controlados únicamente por el contratista y se requiere participación de las entidades competentes que tienen una u otra incumbencia en el proyecto.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 3.

12. Frente al considerar dentro de la oferta el tema de los ingresos en la oferta, consideran que ello está plenamente ligado a una serie de incertidumbres y que no cuentan con información ya que se desconoce la capacidad y necesidades de los usuarios en cada región

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 4.

13. Frente a los permisos y autorizaciones como riesgos del operador, cree que se requiere apoyo de las autoridades porque estos van a depender de las autoridades municipales y regionales, y consideran que el contratista no podrá solo y que requerirá del apoyo del Ministerio Tic y demás autoridades. Considera necesario realizar la verdadera valoración del riesgo de permisos y autorizaciones frente a los plazos y costos y solicita compartir el riesgo y que haya coadyuvancia de las demás autoridades.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 5.

14. Considera que las acciones legales 9.4.1.2 en la etapa de operación que involucran servicios y otros gastos, no involucra arriendo de infraestructura y servicios que es un riesgo alto en costos e impactos

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 6.



15. Frente a los riesgos de clase a y b , y en específico frente al correspondiente al orden público, creen que indudablemente el estado tiene a cargo la seguridad y por consiguiente ese riesgo está a cargo del estado.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 7.

16. Por último indica que aun cuando el contrato y su ejecución es a cuenta y riesgo del contratista sugieren la revisión del contrato cuando existan causas de impacto macroeconómico que inciden en la ecuación del contrato

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 8.

OBSERVACIÓN 2. ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.S.

De la manera más atenta, me permito presentar las siguientes observaciones en relación con el “Soporte que estima la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato”, que aparece en el numeral 9 de los “Estudios previos”, los cuales forman parte – como anexos- del pliego de condiciones relativo la Licitación Pública No. 002 de 2011, denominada “Proyecto nacional de fibra óptica”. Lo anterior con el fin de que sean tenidas en cuenta para la audiencia de distribución y asignación de riesgos.

1. COMENTARIOS GENERALES

El Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante “FONDO TIC”), en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4º. De la ley 1150 de 2007, ha incluido en el pliego de condiciones de la presente licitación, particularmente en el anexo llamado “Estudios previos”, la estimación, la tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la presente contratación.

Los “estudios previos” del pliego identifican cuatro clases de riesgos, a saber:

. **Riesgo clase A:** aquellos derivados de cambios en los presupuestos y modelos que ilustran sobre el posible valor del contrato y el precio con el cual se suscriba el mismo, y que a su vez se han clasificado en 1) acciones legales, 2) tecnológicos y de infraestructura, 3) sociopolíticos, 4) actos de parte relacionada y subcontratos, 5) macroeconómicos, 6) actos de la naturaleza, 7) relaciones laborales, 8) hecho de las cosas, 9) vicios y 10) actos de



tercero. Según la tipificación general de los riesgos, “el valor del fomento que se ha destinado es una cifra absoluta, de la cual dispone el contratista para cumplir con las obligaciones a su cargo y será de su cuenta total cualquier valor adicional que requiera en desarrollo del proyecto”.

.Riesgos clase B: aquellos riesgos derivados de la operación y ejecución de las tareas propias del objeto contractual, distintas de las contempladas en los riesgos mencionados atrás, los cuales, según la tipificación general de los riesgos, tampoco dan lugar a reclamaciones ni solicitud de nuevos recursos de fomento, distintos al valor del aporte.

.Riesgos clase C: aquellos riesgos medio ambientales y de patrimonio cultural, que se originan sobre todo durante la fase de instalación. También se refieren a obligaciones emanadas de las licencias ambientales y de los planes de manejo ambiental.

.Riesgos clase D: aquellos riesgos denominados políticos y que tienen que ver con la calificación de nuestro país como un buen lugar para invertir.

Al revisar las **matrices de tipificación y asignación de los riesgos**, podemos decir, en términos generales, que **todos los riesgos previsibles involucrados en esta contratación** – con excepción del riesgo operativo denominado “*No adelantar las diligencias que correspondan como ente estatal para trámite de Licencias y permisos*”, identificado en la etapa de diseño e instalación y la etapa de operación, y asignado al Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones (en adelante “MINTIC” o el “Ministerio”), únicamente para aquellos trámites que son de exclusiva competencia del Ministerio-, **fueron asignados al contratista**.

Esa asignación y el tratamiento sugerido, para algunos riesgos particulares a los cuales me referiré a continuación, son **inadecuados**, tal como paso a explicar.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1.

2. CAMBIO DE MUNICIPIOS

Este riesgo, tipificado como operativo, de calificación alta y de consecuencias críticas, fue asignado al contratista para que sea tratado a través de la contemplación en la oferta de los costos que puede generar un cambio de municipio.



Los anexos 1, 2 y 3 del pliego, que hemos consultado en la página web <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.de?numConstancia=11-1-67650>, identifican los “municipios obligatorios a incluir en el proyecto” (anexo1), los “municipios opcionales a incluir en el proyecto” (anexo 2) y los municipios estimados que se encuentran conectados a redes de fibra óptica” (anexo3).

Ahora bien, según el “anexo técnico” de los pliegos, “La selección de los municipios a beneficiar deberá atender la priorización obligatoria de los primeros (400) municipios descritos en el Anexo 1. A partir de estos el Proponente podrá seleccionar libremente municipios adicionales del Anexo 2.”. También, de conformidad con el “Anexo técnico”, puede darse un **cambio o reemplazo de municipio**, que el contratista deberá realizar si se presenta al menos una de las siguientes situaciones:

- a) Que un (1) municipio previsto en el Anexo de municipios beneficiarios ya contara con redes activas de fibra óptica en el momento de realizar el estudio de campo de que trata el numeral 5.1.2.
- b) Que un (1) municipio relacionado en el anexo 3 como ya conectado, no contara con redes activas de fibra óptica en el momento de realizar el estudio de campo de que trata el numeral 5.1.2. Para lo cual el Contratista lo podrá proponer como reemplazo.
- c) Si por fuerza mayor, caso fortuito, orden público, hallazgos arqueológicos, minas o yacimientos, el Contratista no pudiera cumplir con la instalación de alguno o algunos de estos municipios.

El procedimiento de cambio de municipio, según aparece en el “Anexo técnico”, se surte mediante la presentación del contratista de una propuesta de traslado de municipio, con el fin de que la entidad contratante estudie dicha propuesta y entregue la aprobación de cambio de municipios, en un plazo no mayor de a quince (15) días hábiles. Según ese anexo, dentro del valor de fomento se encuentran incluidos los costos y gastos asociados a los traslados de municipios que puedan presentarse en el desarrollo de este proyecto hasta por el 10% del número total de municipios propuestos.

En relación con el cambio de municipios, consideramos de manera muy respetuosa, que dicho riesgo no puede radicarse exclusivamente en cabeza del contratista. En ese sentido, tampoco puede sugerirse, como medida de tratamiento del riesgo, que se contemplen los costos de dicho cambio en la oferta.

En efecto, deben existir reglas más claras y precisas para el procedimiento de cambio de un municipio, pues, si bien éste se inicia con una propuesta de reemplazo formulada por el propio contratista, lo cierto es que dicha



propuesta esta sujeta a la aprobación de la entidad contratante, la cual, en últimas, podría “imponer” un cambio cuyos costos económicos no sean comparables con los previstos inicialmente para aquel municipio al cual no pudo extenderse la cobertura. Además, tampoco es conveniente que dicho cambio pueda darse hasta por el 10% del número total de municipios propuestos, pues ello representa un riesgo previsible que puede aparejar desequilibrios económicos del contrato, de gran costo y magnitud para el contratista.

Así pues, la estimación en la oferta de un eventual cambio debe hacerse con fundamento en parámetros de comparación “similares”, de tal manera que, si, por ejemplo, el costo inicialmente previsto de extender la cobertura a un municipio A es X, y el costo Y de extender una cobertura a un municipio B, en reemplazo de A, debe ser igual o muy similar al costo X.

En esa medida, con base en unas reglas claras y precisas, la entidad contratante no podría imponer un cambio de municipio que sea excesivamente oneroso, en comparación con el costo del municipio al que inicialmente se pretendía extender la cobertura.

Por lo tanto, sería muy importante definir, en este aspecto, reglas que permitan comparar los costos de cambio de un municipio, en condiciones de “igualdad”. Para ello, podría tenerse en cuenta aspectos tales como la ubicación geográfica del municipio, la facilidad de acceso al mismo, etc.

Pero, en caso de que se entienda que no es necesario definir dichas reglas, sugerimos que dicho riesgo no sea asignado en su totalidad al contratista sino a las dos partes, con el fin de que sea la entidad contratante la que asuma el costo que inicialmente se tenía previsto para extender la cobertura a determinado municipio. Es decir, el contratista debería responder por el valor que en exceso a dicho valor inicial, llegue a costar le cambio de municipio.

RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación. Ver adenda número 1, en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

3. RESGUARDOS INDIGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS

Tal como lo advierten los “estudios previos” (págs. 78 y 79), nuestra Constitución y la OIT han otorgado una protección especial a los resguardos indígenas y a los grupos étnicos, al obligar al estado a realizar una consulta previa con dichos grupos respecto de cualquier decisión que eventualmente pueda afectarlos.



Dicha consulta previa, a nuestro juicio, se convierte en un riesgo previsible que no puede ser asignado al contratista, toda vez que es posible que un resguardo indígena o un grupo étnico se oponga a la implementación en su territorio de cualquier medida relacionada con el cumplimiento del contrato. Por tal motivo, dicho riesgo, que en estricto sentido correspondería a un acto culposo o doloso de terceros –calificado en los “estudios previos” como riesgo clase A-, debería tener un tratamiento especial o diferente, y, por lo tanto, no ser asignado en su totalidad al contratista, y, mucho menos, sugerir que sea tratado contemplando sus costos en la oferta.

De manera adicional, es claro que este tipo de consultas previas deben ser promovidas por el Gobierno y no por los particulares. De hecho, es la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, del Ministerio del Interior y de Justicia, la que debe encargarse de promover estas consultas previas. Por lo tanto, no puede asignarse al contratista un riesgo cuya prevención o mitigación corresponde al propio Estado, ni tampoco asignar los costos de dicho riesgo con cargo al presupuesto del contratista.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación 1 numeral 2 y 5.

Es necesario que no se pierda de vista la naturaleza del negocio jurídico propuesto y la responsabilidad que le asiste al futuro Contratista de tener en cuenta dentro de su planeación todas las variables que puedan incidir en la ejecución de su proyecto.

4. OBTENCION DE LICENCIAS, TRÁMITES Y PERMISOS

La obtención de licencias, trámites y permisos, según la tipificación y asignación de riesgos, fue tipificada como un riesgo operativo asignado al contratista, que debería ser tratado mediante la estimación en la oferta de sus costos. Sin embargo, dicho riesgo debería ser tratado desde dos perspectivas completamente distintas: (I) el costo del trámite para obtener la licencia, trámite o permiso, y (II) el costo de la negativa de la autoridad municipal a conceder la licencia, trámite o permiso, que influye en el cumplimiento del objeto del contrato.

En relación con la primera, consideramos que no hay problema en que el contratista asuma el valor económico de lo que cuesta obtener la licencia, trámite o permiso, y, en ese sentido, no habría problemas para que ese riesgo lo fuera asignado al contratista. Sin embargo, el riesgo derivado de la decisión de la autoridad municipal de no conceder la licencia, trámite o permiso, por razones diferentes a un incumplimiento del contratista de los requisitos para obtener la licencia, trámite o permiso, se convierte en un acto doloso o culposo de terceros que



también merece un tratamiento especial, al igual que sucede con los resguardos indígenas y grupos étnicos, con el fin de que el mismo no sea asignado al contratista.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 5.

Para la entidad no es viable aceptar ni prejuzgar que exista o pueda existir un acto doloso o culposo por parte de autoridad municipal, tendiente a denegar al futuro Contratista una autorización o permiso; y en el evento de presentarse tal hecho se cuenta con la garantía constitucional consagrada en la Constitución política en su artículo 6, en cuanto **“ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”**. En consecuencia, de presentarse un acto como el mencionado por el observante se deberá impetrar las acciones que conlleven a la aplicación del debido proceso y la consecuente imposición de las sanciones establecidas en el evento en que la autoridad competente declare probado los supuestos hechos.

En este sentido, las asignaciones de riesgos que se han hecho en cabeza del Contratista, se entenderán sin perjuicio de eventuales responsabilidades en las que puedan incurrir los diferentes agentes del Estado, lo cual deberá ser debatido en el ámbito extracontractual.

5. RIESGO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR NO TENER EN CUENTA DENTRO DEL PROCESO LICITATORIO EL COMPONENTE DE CONSTRUCCION (OBRA CIVIL)

Al revisar el pliego de condiciones de la presente licitación, hemos encontrado que no se ha tenido en cuenta la capacidad financiera, ni la experiencia, ni la capacidad de organización como constructor, a pesar de que los proyectos del pliego si tenían en cuenta tales elementos.

De hecho, al responder algunas observaciones a los proyectos de pliego, la entidad Contratante ha manifestado que el componente principal del proceso es el servicio y no la obra. Sin embargo no es así.

En efecto, consideramos que uno de los componentes más importantes de este proyecto tiene que ver con la construcción, pues es vital, para prestar el servicio, hacer todas las actividades tendientes al diseño e instalación de la red de fibra óptica; y por supuesto, para ello se requiere que en los pliegos se tenga en cuenta



la actividad de constructor, porque de lo contrario, se evidencia un riesgo de INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL que no se ha tipificado en los pliegos.

RESPUESTA: En torno a los requisitos habilitantes, atendiendo las sugerencias presentadas por diversos interesados y de conformidad con la finalidad de la contratación que se está surtiendo mediante la presente Licitación Pública, se ha dispuesto que el Contratista será seleccionado teniendo en cuenta exigencias que garanticen su capacidad y experiencia, no solo como proveedor, sino también como constructor, toda vez que, además de tener a su cargo la oferta a terceros de Servicios de Transporte y de acceso en los términos establecidos en el Contrato de Aporte, deberá previamente diseñar, instalar y poner en marcha una red de fibra óptica con sujeción a lo establecido en el Contrato de Aporte, ambas cosas como modo para adquirir los recursos de fomento que tiene como suyos desde el momento en que éstos le son asignados a través del respectivo desembolso.

Por ello, para la selección del Contratista, sin perjuicio de las demás exigencias que constan el Pliego de Condiciones, se resalta que se toma en consideración la calidad de constructor en los siguientes apartes:

- (iv) se exige experiencia como constructor según lo establecido en el numeral 3.3.7. de los Pliegos de Condiciones;
 - (v) de conformidad con la Adenda No. 1, y en estricta sujeción a los términos previstos en el numeral 3.3.4. de los Pliegos de Condiciones, se permitirá la acreditación de la Capacidad de Organización, por parte de Proponentes o Miembros de Proponente, bien sea en la actividad de Constructor o en la actividad de Proveedor (no como Consultor);
 - (vi) en plena concordancia con la posibilidad de acreditar la Capacidad de Organización, bien sea en la actividad de Constructor o de Proveedor, tal y como se dispuso en la Adenda No. 1, y en estricta sujeción a los términos previstos en el numeral 3.3.5.1. y 3.3.6. de los Pliegos de Condiciones, se permitirá la acreditación de la Capacidad Financiera y de la Capacidad Residual de Contratación respectivamente, por parte de Proponentes o Miembros de Proponente Plurales que estén inscritos en el RUP como Proveedores o como Constructores.
6. Manifiestan que es un riesgo para el proyecto, y para el estado el no solicitar o incluir la no calificación o el no puntaje del constructor de obra civil. Pide que se valore el riesgo de la no inclusión cuando se unen varias empresas y no hay peso del constructor y no se valora esa capacidad.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 5.



OBSERVACIÓN 3. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P TELEFÓNICA

De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.2.3 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2011, a continuación presentamos las observaciones y comentarios de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (En adelante TELEFÓNICA TELECOM) respecto de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato resultante de la mencionada licitación.

1. Anexo 6.2 (Riesgos y garantías) y numeral 3.2.3 del Pliego de Condiciones (Audiencia de Asignación y Distribución de Riesgos y Audiencia de Aclaraciones al Pliego)

Observación: En el anexo 6.2 se establece que de acuerdo con el artículo 4 de la ley 1150 de 2007 “...En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva...” (Subrayado fuera de texto).

En relación con el particular, solicitamos que la audiencia programada para el día 2 de agosto de 2011 se considere como preliminar dado que, hasta antes de la fecha de presentación de propuestas se pueden presentar por parte de los interesados, observaciones que pueden llegar a generar la expedición de adendas que modificarían las condiciones definidas en los documentos contractuales y que incidirían directamente en la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles.

En tal sentido, una vez expedidas las adendas correspondientes, si a esto hay lugar, solicitamos al Ministerio considerar la necesidad de efectuar una nueva audiencia de Asignación y Distribución de Riesgos en la que se efectúe la distribución definitiva de los mismos.

RESPUESTA: No se acepta la observación, la Entidad ha sido ampliamente garantista en la concesión de tiempos de análisis de los documentos objeto de publicación en la fase de proyecto de pliego, y ha surtido lo dispuesto por la ley 1150 de 2007 en su artículo 4, incluyendo en el Pliego de Condiciones la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación; y así mismo, se surtió en debida forma la instancia señalada para la correspondiente audiencia dentro del plazo determinado por la ley determinándose su distribución definitiva.



2. Numeral 3.2.3 del Pliego de Condiciones (Audiencia de Asignación y Distribución de Riesgos y Audiencia de Aclaraciones al Pliego)

Observación: De manera reiterada en el documento denominado “DOCUMENTO DE RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS SOBRE LOS DOCUMENTOS Y PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES DEL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA NO. 002 DE 2011” publicado el 28 de julio se indica que al contrato de aporte no le aplica el equilibrio financiero, predicable de los contratos estatales en general, en virtud de su naturaleza especial.

En tal sentido, solicitamos aclarar cuál es el objeto de la audiencia citada ya que tanto en el numeral 3.2.3 como en el anexo 6.2 se indica que se trata de “... revisar la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato...”.

Es necesario que se aclare si los riesgos identificados pueden afectar el equilibrio financiero del contrato o si en definitiva esta figura de la contratación estatal no aplica al contrato.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observaciones 1 numeral 2, y observación 3 numeral 2.

En relación con el primer comentario presentada por el interesado relacionado con el objeto de la audiencia de tipificación, estimación y distribución de riesgos, debemos remitirnos al artículo 4 de la ley 1150 que dispone claramente que “..En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”.

Por otra parte, debemos reiterar las consideraciones expuestas por la Entidad Contratante en varias oportunidades con ocasión de la presente Licitación Pública, en el sentido de señalar que, el Contrato de Aporte, ha sido establecido como la figura contractual idónea otorgar las asignaciones de recursos que con fines de fomento se realizaran al contratista, y que por virtud del mismo, este último se somete al “modo” o a las condiciones establecidas por la Entidad Contratante, esto con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines sociales con ello se pretenden alcanzar, y que de ninguna manera se constituyen como contraprestación o precio de las obligaciones que adquiere el Contratista.

De esta forma, es claro que el Contrato de Aporte no puede ni debe confundirse con otro tipo de figuras contractuales como con las que se pretende la adquisición e instalación de bienes, la prestación de servicios o la concesión para el servicio de telecomunicaciones, mediante las cuales, las entidades contratantes pagan un precio por el bien o por el servicio, siendo los recursos entregados por las mismas, una remuneración al contratista en condiciones de equivalencia por la ejecución de lo que se le ha contratado.



De acuerdo con la definido en los Documentos del Proyecto, los Recursos de Fomento que serán entregados por parte de la Entidad Contratante, serán tenidos por el Contratista como suyos desde el momento mismo del desembolso, sin perjuicio de los diferentes mecanismos establecidos como garantía, pero sometidos a condición resolutoria en caso de no cumplir el Contratista con lo dispuesto en el Contrato de Aporte. En este sentido, la previsión de que el Contratista recibe como propios los recursos, es exactamente la que pone de presente la función de fomento, en la medida en que en ésta, la valoración del elemento finalista, constituye la causa misma de la asignación. Por otra parte, es claro que el Contratista no tendrá la libre disponibilidad de los Recursos de Fomento dado el carácter finalista de la función y por ello debe cumplir ciertas obligaciones y condiciones establecidas en el Contrato de Aporte, sin que ello contradiga el hecho de que tendrá como suyos los recursos recibidos.

Dadas las consideraciones anteriormente expuestas, debe señalarse que éste instrumento jurídico acogido por la Entidad Contratante para asignar los Recursos de Fomento bajo las condiciones establecidas en los Documentos del Proyecto, se rige por la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, únicamente en lo que resulte pertinente, esto es, en lo que se refiere por ejemplo, a la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, pero en ningún caso a disposiciones tales como revisión de precios, o equilibrio financiero del contrato, dado que, como se ha explicado, no existe equivalencia entre los recursos entregados por la Entidad Contratante frente a las actividades que deberá ejecutar el Contratista como mecanismo de verificación del modo. Y es que lo anterior no puede entenderse de otra forma, si se tiene en cuenta que la Entidad Contratante no está pagando por un producto o por unos servicios y que no existen precios pactados, sino que se están entregando recursos para que el Estado pueda, a través del contratista, cumplir con el fomento de un servicio que el mismo Estado considera importante para el desarrollo del país. Por la misma razón, la evaluación del costo- beneficio, y por supuesto, la evaluación de pérdidas para el Estado, adquiere una dimensión diferente a la meramente económica. En estos casos, el cumplimiento de la finalidad es uno de los elementos esenciales del contrato.

3. Anexo 6.2 (Riesgos y garantías) numeral 1.4 (Valoración y asignación del riesgo)

Observación: En el documento denominado “DOCUMENTO DE RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS SOBRE LOS DOCUMENTOS Y PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES DEL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA NO. 002 DE 2011” publicado el 28 de julio se indica en respuesta a la observación de un interesado que:

“...6. Según el documento, el ministerio realizó un estudio de rutas factibles técnicamente como base para la elección de los 400 municipios, basados en información cartográfica del instituto Agustin Codazzi, es posible conocer esta información ¿?”.



RESPUESTA: Tal como en el numeral 5.2.2. del documento de estudios previos, Para establecer la ruta óptima se utilizaron herramientas informáticas de tratamiento de mapas, información geográfica del Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC, información de redes eléctricas y redes viales del país, la línea base de cobertura en Fibra óptica y la información socio-demográfica y técnica relevante descrita anteriormente. En este sentido se definieron los (mínimos) 400 municipios potenciales a beneficiar.

Bajo lo anterior, se tuvieron en cuenta varias consideraciones y el uso de herramientas cartográficas para el cálculo de la ruta óptima, teniendo alguna de estas protegidas bajo la ley de derechos de autor como es el caso de la información geográfica del Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC, lo cual impide su reproducción total o parcia.”

En tal sentido y con el objeto de lograr una efectiva valoración de los riesgos del proyecto solicitamos de manera respetuosa que dado el carácter público de la información mencionada en la respuesta, el MINTIC reconsidere su posición y permita a los interesados conocer el mencionado estudio de rutas factibles, lo cual estamos seguros redundará en beneficio del proyecto de cara a lograr el objetivo mencionado en el numeral 1.4 del anexo 6.2. En caso de que exista en dicho documento información que de acuerdo con la ley, tenga el carácter de confidencial, la misma puede ser protegida a través de los mecanismos que se definan, sin que esto sea óbice para que los interesados puedan conocer el resto del contenido del mismo.

RESPUESTA: No se acepta la observación, la entidad reitera la respuesta dada a la observación 12 numeral 6 del documento de preguntas y respuestas publicado en el portal www.contratos.gov.co el pasado 28 de julio de 2011. Siendo responsabilidad exclusiva del Contratista incluir dentro de sus análisis todos los elementos necesarios, incluido su propio estudio de rutas factibles, para la confección de su Propuesta, y la ejecución de todas las actividades a su cargo establecidas en los Documentos del Proyecto.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.1 ALCANCE DEL PROYECTO del Pliego de Condiciones, debe reiterarse que conforme a lo establecido en los Documentos del Proyecto, el Contratista deberá diseñar la configuración de la red de transporte óptico para operarla y conectar así los municipios propuestos, siendo de su responsabilidad exclusiva el diseño de la red, la selección de las infraestructuras de soporte, la realización de los estudios de mercado, de campo y de viabilidad técnica, entre otros. Dicha responsabilidad exclusiva del Contratista, se compadece con el hecho de que, tanto la construcción de la red de fibra óptica, así como la operación, mantenimiento y prestación de servicios de transporte, acceso a internet de banda ancha, y otros servicios que el contratista decida ofrecer, son actividades que el mismo Contratista realizará para sí o para terceros, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones que se establecen en el Contrato de Aporte, los cuales sirven de mecanismo de verificación del modo



mediante el cual se adquiere la asignación de los Recursos de Fomento, recursos que el Contratista tendrá como suyos desde el momento mismo en que ocurre el desembolso por parte de la Entidad Contratante.

4. Anexo 6.2 (Riesgos y garantías) numeral 1.3.1.1.1 Acciones legales.

Observación: Se establece en el anexo mencionado que el punto de acciones legales incluyen los permisos y autorizaciones requeridas. Es así como en los numerales 1.4.2.1 (Etapa de diseño e instalación), 1.4.2.1 (Etapa de operación) se establece respectivamente, que:

No adelantar las diligencias que correspondan como ente estatal para el trámite de Licencias y permisos	Remoto	Muy Grave	Medio Alto -	Mintic	El contratista dará aviso de los aspectos del trámite que sean exclusiva competencia del ministerio y para los cuales la delegación de tramites del Mintic no sea suficiente
Trámite de Licencias y permisos	Ocasional	Muy Grave	Alto -	Contratista	Considerarlo en sus costos

No adelantar las diligencias que correspondan como ente estatal para el trámite de Licencias y permisos	Muy remoto	Muy Grave	Medio -	Mintic	El contratista dará aviso de los aspectos del trámite que sean exclusiva competencia del ministerio y para los cuales la delegación de tramites del Mintic no sea suficiente
Actualizaciones y trámite de Licencias y permisos	Muy remoto	Insignificante -	Muy Bajo -	Contratista	Considerarlo en sus costos

- a. En relación con el particular, consideramos de manera respetuosa que la obligación de obtención de permisos, no debe ser considerada de resultado, sino de medio, toda vez que depende de las autoridades correspondientes su otorgamiento y tal circunstancia es conocida por la entidad contratante. De ahí que



consideramos necesario que dentro de la mitigación de los riesgos antes mencionados, asignados al MINTIC, se defina expresamente que en caso de su ocurrencia, el Ministerio deberá tomar las medidas del caso con el objeto de no afectar el plan de negocios del operador, entre estas, la ampliación de plazos, la modificación del contrato en lo que se vea afectado por la ocurrencia del hecho y que no habrá lugar a la imposición de sanciones por el retraso en el cronograma causado por la no obtención del permiso por falta de diligencia o actuación por parte del Ministerio, luego de que el contratista puso en su conocimiento las necesidades sobre el particular.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 5.

- b. Ahora bien, en relación con los riesgos atribuibles al contratista (Trámite de licencias y permisos y actualización de los mismos), reiteramos que se trata de una obligación de medio y no de resultado, ya que no depende exclusivamente de la actividad desarrollada por el contratista. En tal virtud, solicitamos que se defina expresamente que más allá de su mitigación a través de su consideración en los costos, la no obtención del permiso o su renovación en los casos que se demuestre la debida diligencia del contratista, no generará en ningún caso sanciones para éste en virtud de los consecuentes incumplimientos del cronograma y que el MINTIC velará por que este tipo de circunstancias no afecten el plan de negocios del operador, adoptando las modificaciones contractuales que se requieran.

RESPUESTA: No se acepta la observación Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 5; teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto, a la cual de manera reiterada hemos hecho referencia, y atendiendo que las obligaciones específicas aludidas por el observante son de resultado, dado que el contratista está obligado a ejecutar una prestación específica, precisa, determinada consistente en hacer, ejecutar y obtener los permisos licencias y autorizaciones, que dependerán de la ruta que sea propuesta a la Entidad contratante para cumplimiento del proyecto.

- c. Finalmente solicitamos reconsiderar las observaciones que en su momento presentamos en relación con la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa con las comunidades étnicas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social (numeral 9.1.4.2 Documento de estudios previos) de tales pueblos, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación, que en recientes fallos ha sido tutelado por la Corte Constitucional. Sobre el particular solicitamos adicionalmente dar respuesta a las siguientes inquietudes: i) el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y/o Fondo de



Tecnologías de la Información y las Comunicaciones han desarrollado consultas previas con las autoridades indígenas ubicadas en los territorios definidos en el numeral 9.1.2 Contexto Ubicación Geográfica del Documento de estudios previos?, ii) De qué forma el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y/o Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones colaborará con el contratista en el desarrollo del proceso de consulta previa con las comunidades indígenas?

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación 2 numeral 3.

- d. Adicionalmente, solicitamos que este punto específico sea incluido en la matriz de distribución de riesgos como un riesgo previsible, de alto impacto, asignado de manera conjunta al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y al contratista y que se prevea un tratamiento sugerido diferente a que el contratista lo contemple en sus costos, ya que en el ámbito de la legalidad contemplarlo en los costos no mitiga el riesgo, ya que se reitera, se trata de una facultad de la autoridad, en este caso, de las comunidades indígenas.

RESPUESTA: No se acepta la observación. El riesgo ya está incluido con toda claridad en la matriz, tal como el mismo observador lo ha citado en su observación anterior.

La valoración de este riesgo está estimada para la etapa de diseño e instalación como riesgo alto y en la etapa de operación como riesgo medio; el tratamiento sugerido no es una medida de mitigación, anterior al riesgo, sino una medida de contingencia, que opera con posterioridad al evento.

- e. Por otra parte, en este numeral se señala que el riesgo asignado al contratista también incluye todos los permisos y autorizaciones de infraestructura existe para uso como soporte a la red. En relación con este tema se debe tener en cuenta que en la Ley 1450 de 2011 se establecieron unas obligaciones para las autoridades del sector de las TIC, que deberían ser consideradas para que el proyecto pueda llevarse a cabo y que por lo tanto, de no ser ejercidas se generan riesgos frente a la ejecución del contrato. El artículo 53 hace referencia al despliegue de redes haciendo uso de infraestructuras públicas de transporte, de aquí el Ministerio deba informarle a quienes formulan este tipo de proyectos, las necesidades del sector. Luego de eso el Ministerio deberá en la estructuración del proyecto pudiendo incluso financiar la infraestructura requerida:

ARTÍCULO 53. APROVECHAMIENTO DE OTRAS INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS DE TRANSPORTE



TERRESTRE PARA TIC. Las entidades públicas nacionales, formuladoras de proyectos de infraestructura pública de transporte terrestre financiados o cofinanciados con recursos de la Nación y/o concesionados, deberán coordinar con el Ministerio de TIC la pertinencia de incorporar como parte de sus proyectos la infraestructura para el despliegue de redes públicas de TIC o de elementos que soporten el despliegue de dichas redes, de acuerdo con las necesidades de telecomunicaciones que establezca el Ministerio de TIC.

Para tales efectos, las entidades públicas nacionales, formuladoras enviarán una comunicación al Ministerio de TIC con información relevante en relación con los nuevos proyectos a desarrollar. A partir de la recepción de esta comunicación, el Ministerio de TIC contará con un plazo máximo de diez (10) días hábiles para oficializar su interés para acordar los proyectos en donde se pueda desarrollar infraestructura para el despliegue de redes públicas de TIC, de acuerdo con las necesidades de telecomunicaciones.

Una vez acordados los proyectos en donde sea pertinente el desarrollo de dicha infraestructura, las entidades formuladoras establecerán en una etapa temprana de la estructuración de estos proyectos, en coordinación con el Ministerio de TIC, las condiciones técnicas, legales, económicas y financieras bajo las cuales se incorporará a los citados proyectos aquella infraestructura para el tendido de redes públicas de telecomunicaciones o de elementos que soporten su despliegue.

Dicha estructuración deberá contar con el previo acuerdo entre las partes sobre los mecanismos y fuentes de financiación y/o la contraprestación económica a que haya lugar para el desarrollo de dicha infraestructura, así como las condiciones de uso, las cuales no podrán ir más allá de las exigencias contempladas en la normatividad vigente, incluida la técnica o ambiental aplicable, y en las prácticas de buena ingeniería. El Ministerio de TIC, para este efecto, a través del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá financiar o cofinanciar, según sea el caso, la infraestructura requerida.

El proceso de coordinación entre el Ministerio de TIC y las entidades públicas nacionales, formuladoras de proyectos de infraestructura pública de transporte terrestre, que incorporen el despliegue de redes públicas de TIC o de elementos que soporten el despliegue de dichas redes, no puede generar sobrecostos ni demoras en la formulación y desarrollo de dichos proyectos.

El artículo 55 estableció para la CRC la facultad de establecer parámetros para que las autoridades territoriales promuevan el despliegue de infraestructura pasiva:



“ARTÍCULO 55. ACCESIBILIDAD A SERVICIOS DE TIC. Las entidades del Estado de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, promoverán el goce efectivo del derecho de acceso a todas las personas a la información y las comunicaciones, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley a través de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y se abstendrán de establecer barreras, prohibiciones y restricciones que impidan dicho acceso.”

Con el fin de implementar lo establecido en el presente Plan Nacional de Desarrollo, corresponde a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de conformidad con las normas, establecer parámetros para que estas, en el ámbito de sus competencias, promuevan el despliegue de los componentes de infraestructura pasiva y de soporte de conformidad con los principios de trato no discriminatorio, promoción de la competencia, eficiencia, garantía de los derechos de los usuarios y promoción del acceso de las personas que habitan en zonas donde tales servicios no se están prestando, en aras de superar las condiciones de desigualdad, marginalidad y vulnerabilidad.”

Así mismo la CRC en conjunto con la CREG deberán definir las condiciones de utilización y/o remuneración de infraestructura o redes eléctricas, así lo señala el artículo 57:

“ARTÍCULO 57. CONDICIONES EFICIENTES PARA EL USO DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA PARA LA PROVISIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES. Con el objeto de que la Comisión de Regulación de Comunicaciones dé cumplimiento a lo establecido en el numeral 5 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, específicamente en lo relacionado con el sector eléctrico, esta entidad deberá coordinar con la Comisión de Regulación de Energía y Gas la definición de las condiciones en las cuales podrá ser utilizada y/o remunerada la infraestructura y/o redes eléctricas, en la prestación de servicios de telecomunicaciones, bajo un esquema de costos eficientes.”

RESPUESTA: No se acepta la observación. La motivación expuesta en el CONPES 3670 de 2010 en relación con el aprovechamiento de infraestructura de vías terrestres, fue plasmada en el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014: Prosperidad para Todos, dejando a las entidades públicas nacionales que formulan proyectos que involucran vías terrestres, la obligación de coordinar con el Ministerio TIC el análisis de incorporar elementos que soporten redes de telecomunicaciones. Lo cual está contemplado igualmente en el transcrito artículo 53 de la Ley 1450 de 2011. Y en el caso que nos ocupa no estamos formulando ningún proyecto de infraestructura pública de transporte terrestre, y en



consecuencia el observante persiste en darle a esta obligación una interpretación contraria a lo establecido normativamente. Siendo en todo caso claro que esas tareas de coordinación dispuestas por la ley frente a ese tipo de proyectos de transporte terrestres que involucren redes de telecomunicaciones o de elementos que soporten el despliegue de dichas redes, no puede generar sobrecostos ni demoras en la formulación y desarrollo de los mismos.

Respecto a la remuneración y actividades de coordinación con el sector minero, a que hace alusión el artículo 57 de la ley 1450 de 2011 aludido por el observante, ha de tenerse en cuenta lo definido en forma reiterada y que hoy se plasma como respuesta a la observación 1 numeral 2.

5. Parágrafo segundo de la Cláusula Tercera de la Minuta del Contrato de Aporte (Anexo 6) y Anexo 6.2 (Riesgos y garantías) numeral 1.3.1.1.1 Acciones legales.

Observación: Consideramos que dejar a cargo del contratista la adquisición de tierras, servidumbres, propiedad, permisos, incluyendo los impuestos por tal adquisición representan una pérdida de las oportunidades por las competencias y facultades que tiene el Estado.

En relación con este tipo de riesgos, el Documento CONPES 3107 de 2001 determina que:

“...H. Riesgo de adquisición de predios

Este riesgo está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos.

*El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, **dado que ésta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos.** No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista **sobre la gestión** para la adquisición y de compra de los predios...”* (Negrilla fuera de texto)

Hace sentido lo indicado por el CONPES en la medida que la entidad administrativa es quien tiene la facultad de adelantar procesos de expropiación y por lo tanto cuenta con facultades que tiene el contratista, dada su condición de particular.



Adicionalmente es claro que si la entidad decide asignar el riesgo mencionado al contratista, lo cual debe estar considerado en el valor del aporte, esto es en la posibilidad de asumir los costos relacionados con cargo al valor de aporte, este riesgo debe limitarse a la gestión, es decir, incluirse como una obligación de medio y no de resultado.

Ahora bien, la ley 1341 de 2009 en su artículo 2 al definir los principios orientadores establece que: “...3. *Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos. El Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. **Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general...**” (Negrilla fuera de texto)*

Adicionalmente dicha ley, establece en su artículo 5 que: “... **Las entidades del orden nacional y territorial promoverán, coordinarán y ejecutarán planes, programas y proyectos tendientes a garantizar el acceso y uso de la población, las empresas y las entidades públicas a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Para tal efecto, dichas autoridades incentivarán el desarrollo de infraestructura, contenidos y aplicaciones, así como la ubicación estratégica de terminales y equipos que permitan realmente a los ciudadanos acceder a las aplicaciones tecnológicas que beneficien a los ciudadanos, en especial a los vulnerables y de zonas marginadas del país...**” (Negrilla fuera de texto)

Es por lo anterior que consideramos que las labores relacionadas con la adquisición de tierras, servidumbres, propiedad, permisos, deben trabajarse de manera coordinada entre el contratista y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, este último haciendo uso de sus facultades legales como entidad pública (coordinación con entidades territoriales, imposición de servidumbres, procesos de expropiación, etc.) para facilitar y evitar retrasos en el cronograma del proyecto, que sean atribuibles a los obstáculos que puedan llegar a crear las entidades territoriales o los particulares dueños de los predios por los cuales debe pasar la infraestructura a instalar en el marco del proyecto.



Finalmente, de acuerdo con lo antes expuesto, reiteramos nuestra solicitud en el sentido que se permita al contratista el uso de los recursos del aporte para el pago de lotes, servidumbres, derechos de paso, permisos y sus impuestos asociados.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación 1 numeral 2.

Con base en lo anterior no es coherente pretender ligar el valor del aporte con el costo de adquisición de tierras, servidumbres y predios para el proyecto.

El literal H del documento CONPES 3107 que ha citado el observante, tiene aplicación en los proyectos de infraestructura vial, donde el manejo de los predios se realiza de forma muy distinta a lo que corresponde para este caso del proyecto de fibra óptica, donde la infraestructura vial por la cual puede hacer el tendido ya está construida. Tal como se indica en el anexo 4 – Anexo técnico, numeral 2.2.1.3 El Contratista deberá garantizar en cada uno de los municipios a conectar la disposición de un Nodo de Fibra Óptica, el cual alojará la infraestructura de telecomunicaciones y sus sistemas de soporte. El Contratista podrá utilizar un espacio físico nuevo o existente que en todo caso permita el acceso a coubicación de quien lo solicite, en las condiciones descritas en el numeral 2.2.1.3. No se reconocerán recursos para compra de lotes o arrendamientos de áreas físicas. Y los costos correspondientes al desarrollo de obras civiles están contenidos dentro del presupuesto del proyecto.

6. Anexo 6.2 (Riesgos y garantías) numeral 1.3.1.1.1 Acciones legales.

Observación: Consideramos que dada la especial naturaleza de este proyecto, en lo que tiene que ver con los cambios de la legislación, la entidad contratante debería asumir la responsabilidad en los cambios de la legislación o reglamentación que la misma expida y que impacte el proyecto. Si bien compartimos que debe propenderse por la autonomía del Estado en sus facultades de regulación y reglamentación, teniendo en cuenta que este proyecto involucra de manera directa actividades objeto de regulación por parte del Ministerio sí debería existir una cláusula en la cual se haga esa salvedad y se asuma como riesgo a cargo de la entidad contratante dicha situación.

Se establece que el Contratista declara conocer y que asume el riesgo de los cambios de la regulación del sector. Adicionalmente, se establece la obligación de cumplir con los niveles de calidad fijados en el anexo técnico. En este



sentido, solicitamos aclarar expresamente si en caso de que la regulación imponga a futuro condiciones de calidad diferentes, estas sustituirán las del anexo técnico?

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación 1 numeral 2.

El factor de riesgo que es objeto de observación no hace referencia a todo cambio legal. En este numeral se cita como factor de riesgo la normatividad vigente o en desarrollo. No se trata de normas que lleguen de súbito al proyecto. Las modificaciones unilaterales o el hecho del príncipe que pueda darse en desarrollo del contrato, no son objeto de estudio en la matriz de riesgos por cuanto se trata de riesgos imprevisibles y los que se han señalado en la matriz son únicamente los riesgos previsibles. Respecto a las condiciones de calidad que se exigen, si estas llegasen a ser modificadas, el caso deberá ser estudiado bajo categoría de riesgos imprevisibles, pues hoy no hay forma de establecer cuáles serían esos cambios.

7. Anexo 6.2 (Riesgos y garantías)

Observación: En relación con los daños y pérdidas de infraestructura se contempla como tratamiento sugerido contemplarlos en los costos de la oferta, toda vez que los bienes son de propiedad del patrimonio autónomo. Sin embargo solicitamos considerar que en algunos casos, el contratista puede definir la necesidad de contar con seguros que cubran dichas posibles pérdidas y dado que la propiedad de los bienes adquiridos con cargo a los recursos del aporte está en cabeza del patrimonio autónomo constituido, dichas pólizas deberían ser adquiridas con los recursos del mismo.

Por lo anterior solicitamos que se defina expresamente que el contratista podrá, si lo considera pertinente y necesario, contratar seguros que amparen los bienes del fideicomiso en caso de pérdidas, con cargo a los recursos del aporte.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación 1 numeral 2.

Respecto a los daños y pérdida de la infraestructura el futuro contratista es libre de elegir la forma como hará el tendido de la red, siendo de su entera y total autonomía escoger si se apoya o no en servidumbres, redes existentes de otros servicios, infraestructura vial, de hidrocarburos o cualquier otro medio. Es previsible que en el plazo de contrato estas redes vayan a sufrir colapsos, rupturas e interrupciones por diversas circunstancias, incluidos los mantenimientos propios de cada tipo de red, y será de su total responsabilidad los efectos patrimoniales que ello tenga sobre intereses y bienes propios o bajo su responsabilidad. Solo en caso de que se trate de circunstancias que la ley califique de



fuerza mayor podrá excusarse de cumplir en la oportunidad inicialmente prevista, con la obligación de prestar los servicios a que se compromete en virtud del contrato

Frente a que los recursos de fomento del contrato de aporte puedan ser utilizados para la constitución de seguros, absolutamente no están establecidos para ello y por el contrario deberán ser contemplados por el contratista dentro de su modelo de negocio, tanto las garantías que respaldan la celebración del futuro contrato como ocurre en todos los contratos del estado en que los costos atinentes a las garantías contractuales son por cuenta y riesgo del contratista y no con cargo a los recursos públicos, así como los seguros que frente a la infraestructura deba asumir el contratista para garantizar el cumplimiento de los cometidos fijados para el proyecto en todas sus variables.

8. Acceso a redes de terceros

Observación: En el numeral 5.4.1 del documento de estudios previos se establece que: “...En el caso que el Contratista requiera la utilización de redes de terceros, y por causas imputables a éstos terceros no pueda garantizar el servicio de transporte desde y/o hacia el municipio beneficiado, deberá acudir a las instancias que apliquen según normatividad y regulación vigente. En este caso la Entidad Contratante podrá evaluar la aplicación de una suspensión de obligaciones de manera exclusiva para dicho municipio...”.

En relación con el particular, solicitamos aclarar expresamente cuales son las instancias de resolución de conflictos a que se hace referencia y que la previsión sobre la aplicación de suspensión por dicha causa, se contemple expresamente en la cláusula de suspensión del contrato y en el análisis de riesgos atribuibles al contratista.

Al no constituir el servicio de portador una instalación esencial, el contratista no podría, explícitamente, garantizar el acceso a un tramo óptico de una red existente de un operador tercero, por lo tanto el contratista no tendría la posibilidad de garantizar una capacidad entre un nodo existente de un operador tercero y un nodo de la nueva red de fibra óptica. Tampoco podría tenerse certeza, dada la regulación actual sobre cuánto tiempo llevaría un proceso de declaración de instalación esencial y fijación de condiciones ante la falta de acuerdo. Es necesario que conociéndose ese hecho se estime el riesgo ya conocido, en cuanto a falta de acuerdo para acceso a las fibras ya instaladas y falta de capacidad en las mismas. Por lo anterior, solicitamos excluir la obligación de garantizar la conexión entre los municipios a conectar y las redes existentes.

RESPUESTA: No se acepta la observación ver respuesta observación 1 numeral 2.



Tal como se indica en el anexo 4 – anexo técnico, numeral 2.2, las tecnologías a utilizar sobre estas redes (Transporte y acceso), serán de libre elección por el Proponente, siempre y cuando éstas cumplan con lo dispuesto en el Anexo Técnico.

OBSERVACIÓN 4. ARGUS S.A.

1. valorar / adicionar como riesgos de operación cumplimiento en la cobertura de Municipios: mínimos + adicionales por factores externos ajenos al contratista, lo cual es grave y probable: medio alto, asignado al MINTIC, tratamiento: adicionar metodología para regular el cambio de municipios ofrecidos.

RESPUESTA: No se acepta la observación ver respuesta observación 1 numeral 2.

Los factores externos que afectan el contrato y que corresponden con prospecciones y pronóstico de variables v.g. macroeconómicas, sociales y de consumo, son externas pero le corresponde solo al oferente hacer su estimación y las desviaciones que estas tengan y le afecten favorable o adversamente.

2. validar/adicionar como riesgo de operación la capacidad operativa de construcción de la red grave y probable: alto; contratante asignado. tratamiento: calificar y valorar la valoración incluir la obligación de acreditación de la capacidad del contratista como constructor: financieramente, técnicamente, organizacionalmente, para mitigar las consecuencias de un incumplimiento por no cumplir operativamente con la construcción de la red en el tiempo establecido en los pliegos de condiciones.

RESPUESTA: No se acepta la observación ver respuesta observación 1 numeral 2 y observación 2 numeral 5. Los requisitos de inscripción en el RUP no constituyen riesgos previsibles sino características habilitantes para participar y ejecutar el contrato.

3. Los recursos del contrato de aporte están orientados a la inversión en infraestructura en el tendido y montaje de la red. Pide coherencia sobre el tipo de proveedor que se quiere contratar, un proveedor de servicio de telecomunicaciones, ya que considera que no existe firma en Colombia que tenga trayectoria para poder hacer un tendido de fibra de las condiciones técnicas solicitadas para el proyecto, pide se tenga en cuenta el riesgo de la no inclusión de constructores.



RESPUESTA: No se acepta la observación ver respuesta observación 1 numeral 2 y observación 2 numeral 5.

OBSERVACIÓN 5. FERREIRA RUAN & ASOCIADOS LTDA

1. Valorar el tema de cambio de municipios garantizando la selección objetiva. Solicita analizar que el cambio de municipios, cualquier modificación que se haga debe contemplar que esos municipios es un cambio de puntaje y ello genera un riesgo frente a los criterios objetivos que deben regir el proceso de selección objetiva.

RESPUESTA: No se acepta la observación. La metodología de cambio de municipios planteada para el proyecto no implica trasgresión al principio de selección objetiva, y obedecerá a circunstancias excepcionales que puedan surgir en la ejecución del proyecto.

Ver respuesta observación 2 numeral 2.

OBSERVACIÓN 6. INTERNATIONAL GEOSPATIAL SOCIETY

1. Cómo se caracterizarán, tipificarán y establecerán los riesgos asociados a ACTOS DE GUERRA? Estos riesgos deberían ser asumidos por el MINTIC en representación del gobierno Colombiano. El estado es responsable de la seguridad.

RESPUESTA: No se acepta la observación, ver respuesta observación 1 numerales 2 y 7. La guerra no es un factor de riesgo previsible y por ello no hace parte de la matriz de riesgos.

2. Es necesario reconocer el riesgo asociado al proceso de construcción de las obras requeridas para la instalación de la Red, cuando no se cuenta con la capacidad organizacional suficiente, como constructor. Dados los antecedentes que hemos visto en el distrito, si no se garantiza la seriedad en este tema se puede comprometer de manera significativa el cumplimiento del alcance y objetivos del proyecto, con las condiciones de cronograma y presupuesto establecidos. Se propone incluir en los requisitos del RUP la capacidad operacional como constructor.



RESPUESTA: No se acepta la observación ver respuesta observación 1 numeral 2 y observación 2 numeral 5. Los requisitos de inscripción en el RUP no constituyen riesgos previsible sino características habilitantes para participar y ejecutar el contrato; y los plasmados como exigencia para el futuro contratista garantizan la idoneidad y capacidad en la ejecución del contrato. Y de presentarse circunstancias que configuren incumplimiento en la ejecución del contrato a estos se les dará el tratamiento contemplado claramente en la minuta del contrato y las disposiciones legales vigentes.

3. Es necesario reconocer el riesgo de no contar con una metodología de cambio de municipios, que involucre la variable del costo de instalación. En tal sentido se debe garantizar el abastecimiento de criterios, objetivos que permitan compartir con el MINTIC la definición de los nuevos municipios.

RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación. Ver adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

Ver respuesta observación 2 numeral 2.

4. El riesgo asociado al cambio de municipios se debe compartir con el MINTIC, debido a que a pesar de que la ley de TIC establece que el Ministerio debe tener el registro de la cobertura nacional con fibra óptica, el MINTIC no se ha comprometido a establecer cuáles de los municipios del país tienen fibra óptica. Solo plantean en el anexo correspondiente del pliego como: Municipios “estimados” con fibra óptica. Teniendo en cuenta que es evidente que en las diferentes etapas de este proceso han cambiado los anexos 1, 2, y 3, es de un alto riesgo tener que modificar los diseños de la red, debido a que el MINTIC no cuenta con el dato oficial de municipios con fibra óptica.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros. Como riesgo previsible está establecido que los cambios de municipios se deben considerar hasta un 10% del número de municipios que hagan parte de la oferta.

5. Dadas las características de nuestras regiones y culturas en particular de nuestras comunidades indígenas y afrocolombianas, existe el riesgo de retraso en la implementación del proyecto debido a la dinámica de las



gestiones que se deben adelantar y los periodos de respuesta, de dichas comunidades. En tal sentido, se debe contar con el acompañamiento del Ministerio del Interior y de Justicia para agilizar el procedimiento y cumplir con los requerimientos de la ley.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación 1 numeral 2 y 5 y observación 2 numeral 3.

OBSERVACIÓN 7. UNE EPM TELECOMUNICACIONES

1. Teniendo en cuenta que el riesgo de orden público es muy alto y que no debe, ni puede estar en cabeza del contratista, se solicita que quede incluido el riesgo citado a cargo del estado por intermedio del contratante.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 7

2. En atención a la facultad de interpretación unilateral del contrato que tiene la entidad contratante, es un riesgo para el contratista la falta de claridad en la posibilidad de cambio de un municipio de los "obligatorios" sin que le cobren multas (ya que son causas externas al contratista) se debe dar un procedimiento claro y reconocer los valores que se inviertan aunque el municipio se cambie.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación 1 numeral 2, respuesta observación 2 numeral 2 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros. Como riesgos previsible está establecido que los cambios de municipios se deben considerar hasta un 10% del número de municipios que hagan parte de la propuesta.

Los eventos de imposición de clausula penal pecuniaria o multas conminatorias están claramente definidas en el Contrato y la ley, así como en esta ultima, las condiciones que conllevarían a una potencial aplicación de cláusulas exorbitantes que no se mitigan ni reemplazan a través de la matriz de riesgos, sino simplemente, con el cumplimiento y la debida diligencia en todas las actuaciones por parte del Contratista.

OBSERVACIÓN 8. MEDIA COMMERCE



1. Asignación de riesgos – a la entidad contratante y al contratista.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 numeral 1.

2. Cambios en los municipios, por ser riesgo que no puede ser imputable al contratista en un 100%, se sugiere que la responsabilidad sea compartida y no solo asumida por el contratista.

RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación. Ver respuesta observación 1 numeral 2, observación 2 numeral 2 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

3. Como se certifican los riesgos de Orden Público?

RESPUESTA: A través de los mecanismos que la ley define para tal efecto en cuanto a competencia y contenido para la validez de los medios probatorios.

4. El riesgo en los casos de afectación a la fibra óptica cuando es por un acto de un tercero, consideramos que el MINTIC deberá reconocer parte de las pérdidas que se pueda ocasionar al contratista.

RESPUESTA: Ver respuestas observación 1 numeral 2 y observación 3 numeral 7.

OBSERVACIÓN 9. CARRETERAS INTELIGENTES

1. Puntualiza que definitivamente no está contemplado el riesgo de los actos de guerra, que pueden afectar las fases de operación y construcción del proyecto y no necesariamente deben ser actos desarrollados por terroristas sino por el propio Estado y que deben ser asignados al Estado.

RESPUESTA: Ver respuestas observación 1 numerales 2 y 7 y observación 6 numeral 1.



2. Solicita se le defina cómo determinar si un municipio está o no cubierto por fibra, y se revise el riesgo por cambio de municipios el cual debe estar en cabeza del FONDO Tic; en virtud de la obligación legal de tener un inventario de las redes del país y no puede incumplir su obligación legal y trasladársela a un contratista.

RESPUESTA: Ver respuestas observación 1 numeral 2, observación 6 numeral 4 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

3. Por otro lado indica que no se está exigiendo capacidad de organización y contratación para los proponentes en construcción y el riesgo lo asume el fondo tic por contratar solo proveedores y sin capacidad en construcción, debiéndose mitigar el riesgo sencillamente buscando objetivamente un proponente que tenga esas habilidades.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas a observación 1 presentada antes de la audiencia de tipificación, asignación y distribución de riesgos; observación 1 numeral 2 y 2 numeral 5 de las recibidas en la audiencia determinada por el artículo 4 de la ley 1150 de 2007.

OBSERVACIÓN 10. TELBROAD

1. Como se maneja el riesgo de que la suma máxima de \$ 1,800,000/mega por mes resulte insuficiente en el futuro?
No es mejor eliminar ese valor?

RESPUESTA: El riesgo comercial es un riesgo totalmente asignado al contratista. Esta suma es una tarifa de referencia para solo uno de los planes de uno de los muchos servicios que puede prestar el contratista, y será su responsabilidad determinar la suficiencia y los elementos que puede emplear para hacer viable el servicio asociado a ella.

2. Quien asume el riesgo de que durante los dos años de implementación de la red no se logre a tiempo la interconexión con las redes existentes por actuaciones dilatorias de los operadores establecidos? Hay que tener en cuenta que esta interconexión se dará aproximadamente a partir del mes 20, mostrando la práctica que en muchas ocasiones una interconexión tan compleja no se da en 4 meses.



RESPUESTA: La obligación de lograr la interconexión es del Contratista y los tramites y acuerdos que deba adelantar son circunstancias tipificadas como riesgo en el acápite de actos de parte relacionada.

3. El fondo TIC asume el riesgo frente a la existencia de las vigencias futuras para los desembolsos de los pagos frente a los contratistas?

RESPUESTA: Se acepta la observación, ver adenda número 1. El trámite de vigencias futuras es de entera responsabilidad del ente contratante, esta adicionado en la matriz de riesgos dentro del riesgo tipo B que se incorpora.

OBSERVACIÓN 11. BT LATAM COLOMBIA.

1. Frente a los riesgos inherentes al cambio de municipios, consideran que no existe una metodología ni un procedimiento de cambios, que indique como va a determinar el Ministerio si debe o no cambiarse un municipio y q pasos deben seguirse y cómo se asumen los costos frente a esos eventuales cambios, teniendo en cuenta que será diferente llegar a unos municipios que a otros, por las condiciones de ubicación, dificultad de acceso y demás condiciones de la topografía nacional. Solicita que se aclare el pliego

RESPUESTA: Ver respuestas observación 1 numeral 2, observación 6 numeral 4 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

2. Frente a los riesgos derivados del orden público, deben como riesgos ser asignados y asumidos al Gobierno Nacional a través del Ministerio, ya que es el mismo gobierno el que reconoce la existencia de actos de guerra internos.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuestas observación número 1 numerales 2 y 7, Observación 6 numeral 1.

3. Menciona que se está pidiendo el establecimiento de las pólizas para los diferentes riesgos, no obstante el ministerio está pidiendo pólizas a 15 años, lo cual no es usual ni operativo en el mercado.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Las vigencias de las pólizas pueden ser suscritas en forma bienal tal como lo señala el numeral 10 del estudio previo que contiene el ANÁLISIS QUE SUSTENTA LA EXIGENCIA DE GARANTÍAS Y



PÓLIZAS, contempla la suscripción por vigencias asociadas a las etapas del proyecto. Para la etapa de ejecución se plantea un esquema de garantías por etapas, de acuerdo con los plazos para la ejecución del mismo. Se tuvo en cuenta la forma de pago y las fechas de los desembolsos para estimar cada una de las coberturas, Durante los quince años de la etapa de operación se divide la ejecución, para efectos e vigencia de las garantías, en periodos bienales

4. Otro riesgo operativo es ¿cómo se va a determinar cómo es el mecanismo para identificar si está o no cubierto un municipio por fibra?, considera que no es claro en el pliego porque está abierta la puerta a que esos municipios puedan ya tener o no fibra óptica. Pide se explique cómo se mitiga ese riesgo de inversión y mitigación frente a donde ya hay cobertura dado el despliegue en recurso humano y ejecución de inversión de recursos.

RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación. Ver respuesta observación 1 numeral 2, observación 7 numeral 2 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

OBSERVACIÓN 12. MEDIACOMERCE.

1. Consideran que el cambio de municipios, es la mayor preocupación en cuanto se requiere que haya un procedimiento claro, porque se pueden presentar riesgos por inversiones y en personal y otras. Pide revisar el riesgo compartiéndolo o asumiéndolo el Ministerio Tic.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 numeral 2, observación 7 numeral 2 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

2. Frente al riesgo de orden público por alteración en ciertos municipios, pide se especifique quien certifica a los contratistas que hay orden público o quien emite una certificación para que dicho riesgo pueda ser verificado.

RESPUESTA: Ver respuestas observación 1 numerales 2 y 7 y observación 6 numeral 1

3. Por ultimo manifiesta que si los mapas de la exposición son fuente de información en la que los interesados se deban basar.

RESPUESTA: Los mapas que ilustran el contexto del proyecto que fueron empleados para sustentar la matriz de riesgos, tiene el carácter de informativo, y para su actualización y uso cada contratista debe acudir a las fuentes y



proveerse de los detalles que requiera para hacer una oferta adecuada y responsable, contemplando todas las variables que pueden afectarle en el desarrollo del proyecto

OBSERVACIÓN 13. FRANCISCO CASTRO- PROAND y CIA LTDA. EN REPRESENTACION DE VALTELLINA S.P.A.

1. Que sucede si el contratista va a algún municipio opcional y ese municipio ya tiene fibra? El contratista no tiene la certeza de que los municipios señalados como opcionales no tiene fibra; dejan constancia de la necesidad de definir que sucede en la práctica si por pliego se dice que no tiene fibra y en la realidad si la tienen.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 numeral 2, observación 7 numeral 2 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS DURANTE LA AUDIENCIA DE ACLARACIONES DISPUESTA POR LA LEY 80 DE 1993 EN SU ARTÍCULO 30 NUMERAL 4.

OBSERVACIÓN 1. JOSE IVAN MANZANO RODRIGUEZ DE ALCATEL- LUCENT

1. Como tramo óptico se especifica la unión mediante Fibra Óptica de dos (2) municipios adjuntos ya sean estos con Fibra Óptica existente (ya conectado) y un municipio nuevo, o entre dos (2) municipios nuevos. No es claro aún, y se han preguntado en varias ocasiones por diferentes entidades, si a cada uno de los municipios deben llegar 2 Gbps de forma exclusiva para él, o si dentro de una serie de municipios conectados, por ejemplo en forma de bus y que tenga diez (10) municipios (que representan varios tramos ópticos), se puede compartir entre ellos 2 Gbps que no los usa de forma exclusiva.

Recomendaciones: se permita que los 2 Gbps se compartan entre varios municipios.



RESPUESTA: De conformidad con el numeral 2.2.1.5 del anexo 4, Anexo Técnico, cada tramo óptico deberá garantizar una capacidad mínima instalada de 2 Gbps; es decir, que la capacidad es la asignada a cada tramo óptico siendo este, entre 2 municipios a conectar ó un municipio ya conectado y otro a conectar.

2. Se debe llegar a cada uno de los municipios con Fibra Óptica de veinticuatro (24) hilos inclusive hasta el último municipio de una serie de municipios conectados? Por ejemplo si existe una bifurcación desde un municipio A y llega a dos (2) municipios B y C, en ese municipio cabecera A deberían tenerse dos (2) grupos de Fibra Óptica cada uno de veinticuatro (24) hilos.

RESPUESTA: La interpretación es correcta.

OBSERVACIÓN 2. PAULO CÉSAR MARTINEZ GARCIA DE OPERADORES NACIONALES

1. Respetuosamente solicito que la entidad contratante revise y modifique algunos de los requisitos habilitantes, financieros y técnicos que los proponentes deben cumplir para hacer parte de la licitación, en forma específica consideramos que los requisitos limitan la participación de la empresa nacional y los postulantes de la ley 826 de 2003 y por ende la constitución política.

La primera consideración recae sobre el hecho de garantizar la participación de la empresa nacional, pues como están plasmadas las condiciones de la licitación, los operadores nacionales no podrían cumplir con los requisitos habilitantes en contradicción de las empresas extranjeras con mayor experiencia. De antemano, debe tenerse en cuenta que la capacidad de organización de algunas empresas no alcanzaría a cumplir los trescientos mil (300.000) SMMMV exigidos, en esta condición la empresa nacional estaría en desigualdad con una empresa extranjera, en este sentido, la capacidad de organización podría ser reducida por la entidad contratante.

La segunda consideración, y siguiendo con la línea de defensa de la empresa nacional, es preciso indicar que se hace necesario que en el evento de pluralidad de proponentes que presenten una oferta ajo la figura de consorcio, unión temporal o sociedad futura, es necesario que en el evento de pluralidad de proponentes que presenten una oferta bajo la figura de consorcio, unión temporal, o sociedad futura, es necesario que su conformación tenga un porcentaje de participación de la empresa nacional estimado que podría ser de al menos de un 30%. Debe tenerse en cuenta que las empresas extranjeras desconocen los componentes



geográficos, sociales, legales climáticos, entre otros, por lo cual, los operadores nacionales tienen una ventaja frente a ellas, representa en el conocimiento de estas condiciones especiales de nuestro país, así las cosas para dar un enfoque integral a la presentación de la propuesta es necesario que se exija la participación de la empresa nacional en asociación con la empresa extranjera en un porcentaje establecido en las condiciones de los pliegos.

La tercera consideración, tiene que ver con la dificultad que podrían presentar algunos proponentes para cumplir la capacidad financiera mínima de ciento treinta (130) puntos exigidos a los proponentes; esta es una capacidad muy alta y solicitamos que esta, sea reducida para dar participación a una mayor número de empresas que a pesar de su gran experiencia y reconocimiento solicitamos que se reduzca a sesenta (60) puntos.

La cuarta consideración hace referencia a la condición exigida a los proponentes de contar con una experiencia técnica de contar con mil (1.000) kilómetros instalados de fibra óptica, condición que algunos proponentes no podrían cumplir, pues si bien podrían tener una capacidad instalada de más de mil (1.000) kilómetros, pero no por proyectos, sino la suma de varios proyectos de instalación en una limitación de entrada para ser proponente. Solicitamos que la condición de contar con estos mil (1.000) kilómetros sea la suma de varios proyectos, o en su defecto reducir esta cifra.

RESPUESTA: Las inquietudes propuestas por el interesado corresponden realmente a sus apreciaciones sobre la eventual capacidad de acreditación de los requisitos habilitantes por parte de proponentes nacionales, así como a solicitudes de modificación de algunos de los requisitos habilitantes previstos en el Pliego.

En primer lugar, es pertinente señalar que en la estructuración de los requisitos habilitantes, los criterios de evaluación, y en todas las actuaciones surtidas en la presente Licitación, se ha garantizado, en atención de los principios de selección objetiva, los derechos de los interesados y potenciales proponentes de origen nacional tal y como lo ordenan la Ley 816 de 2003 y el Decreto 2473 de 2010.

Con relación a sus inquietudes sobre las condiciones de los requisitos habilitantes, se aceptan parcialmente en cuanto a que se modificarán las condiciones de algunos de los requisitos habilitantes - Ver agenda número 1.



2. Solicitamos que en los criterios de desempate se tengan en cuenta en primer lugar los factores establecidos por la ley como son: la protección a la industria nacional, la protección a la población vulnerable, posteriormente se apliquen los criterios establecidos en los decretos reglamentarios del estatuto de contratación estatal y luego si dar paso a los criterios específicos determinados por la entidad contratante.

RESPUESTA: Como se advierte de la lectura del numeral 5.6. del Pliego de Condiciones, los criterios de desempate establecidos en el mismo se sujetan en forma estricta con lo previsto al respecto en la ley 1150 de 2007, la ley 816 de 2003 y el Decreto 2473 de 2010, cuyo artículo 2º dispone que en el Pliego de Condiciones se deberán aplicar las siguientes reglas sucesivas y excluyentes de desempate:

1. *En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.*
2. *En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.*
3. *Si se presenta empate o este persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.*
4. *Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, este se preferirá.*
5. *Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios".*

De igual forma, en atención a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, se planteó como un criterio de desempate adicional, el hecho que un Proponente tenga en su nómina por lo menos un mínimo del diez por ciento (10%) de sus empleados en condiciones de discapacidad.

OBSERVACIÓN 3. LIBARDO SANCHEZ AGREDO DE EMCALI E.I. C.E

EMCALI EICE ESP fue creada mediante Acuerdo Municipal No. 034 del 15 de Enero de 1999, el cual adopta el Estatuto Orgánico para la empresa Industrial y Comercial del Estado, EMCALI EICE ESP, siendo del orden municipal,



prestadoras de servicio públicos domiciliarios, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, e independiente, autonomía administrativa y de objeto social múltiple. De acuerdo con la Ley, Decreto 1464 de 29 de abril de 2010, no está obligada a inscribirse en la Cámara de Comercio y por ende a obtener el RUP. En razón de lo anterior, surgen las siguientes inquietudes:

1. Para que EMCALI EICE ESP demuestre su existencia, representación, capacidad legal y objeto, se pueden hacer mediante copia de Acuerdo Municipal No. 034 del 15 de enero de 1999?

RESPUESTA: Ver respuesta observación 7 numeral 1 a las preguntas recibidas antes de la audiencia de riesgos.

2. Al no poseer RUP, como se podría certificar la calificación como proveedor y/o constructor?Cuál sería el mecanismo, a fin de tener condiciones de igualdad con los demás competidores que se están obligados a estar inscritos en la Cámara de Comercio u por ende a tener RUP, para acreditar la calificación y requisitos que aplican a partir del RUP, tales como K de contratación y el K Residual?

RESPUESTA: Ver respuesta observación 7 numeral 1 a las preguntas recibidas antes de la audiencia de riesgos.

3. En las condiciones jurídicas ítem 3.3.1, se señala que las “Personas jurídicas nacionales o extranjeras, que representen Propuestas a título individual, u quienes dentro de su objeto social tengan la prestación de servicios de telecomunicaciones...” Preguntamos que tipo de proveedores pueden participar en la convocatoria? (proveedores de Hardware, Software, contenidos, cableros, etc.).

RESPUESTA: Ver respuesta observación 7 numeral 3 a las preguntas recibidas antes de la audiencia de riesgos.

OBSERVACIÓN 4. CARLOS A. SANCHEZ DE ALLIANCE UNABATED S.A.

1. Solicitamos que en los factores de desempate se de aplicación en respectivo orden a la constitución política, las leyes, los decretos y luego a los factores particulares que determine el Ministerio. Los factores particulares que termine deben ser en el mismo orden antes expuestos.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 2.



2. Solicitud que en los requisitos habilitantes se de una ponderación porcentual en particular frente a la experiencia a los proyectos realizados en Colombia. Dicha experiencia nacional debe ser de por lo menos el 40% de la solicitada.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 1.

3. Solicitud que se de ponderación en la experiencia de empresas nacionales, toda vez que como están establecidos los pliegos no se permitiría la participaciones empresas nacionales dentro de posibles consorcios o uniones temporales se debe proteger la participación de la industria nacional y esto se logra solicitando un porcentaje de la experiencia en proyectos de fibra óptica realizados en Colombia. Lo anterior también se respalda en el hecho de que las empresas nacionales conocen la geografía, la normatividad, la idiosincrasia, las condiciones sociales y políticas de los municipios en el Territorio Nacional.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 1.

4. Solicitamos se revisen los factores financieros pedidos en el RUP, pues consideramos que son muy altos y excluyen la participación de empresas nacionales. En especial solicitamos se revise el indicador de capacidad financiera, el cual sugerimos que el puntaje solicitado sea de sesenta (60).

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 1.

5. Respecto a los Kilómetros como requisitos habilitante solicitamos que parte de esos Kilómetros deben exigirse en proyectos desarrollados e Colombia, con el fin de poder permitir la participación de empresas constructoras colombianas.

RESPUESTA: No se acepta la observación, las condiciones de la experiencia acreditada se mantienen.

6. Solicitamos al Ministerio, en atención a procesos anteriores, determinar un techo a los factores de evaluación, con el fin de evitar que se puedan presentar precios artificialmente bajos, por parte de algunos proponentes.

RESPUESTA: Los criterios de evaluación establecidos en el Pliegos de Condiciones para la selección del Contratista se construyeron con base en los principios de selección objetiva previstos en el artículo 5° de la ley 1150 de 2007, todo con miras a garantizar la pluralidad de oferentes y la selección de un proponente que de acuerdo con su modelo de



negocio presente la propuesta más favorable a la Entidad Contratante y a los fines que se persiguen, sin tener en consideración factores subjetivos.

Como consecuencia de lo anterior, y ante la inexistencia de circunstancias objetivas de las cuales se pueda desprender la vulneración de los principios de selección objetiva, nos abstendremos de acceder a las solicitudes planteadas.

OBSERVACIÓN 5. HUGO BERMÚDEZ DE ETB SA ESP

1. ETB solicita ampliación del plazo de entrega de la oferta

RESPUESTA: Se acepta la observación ver adenda número 1.

2. ETB solicita ampliación de plazo de instalación y puesta en servicio del proyecto, dos (2) años es insuficiente dado los riesgos en consecución de premisos, licencias, autoridades, negociaciones necesarias para poder instalar la red.

RESPUESTA: Se acepta la observación ver adenda número 1.

3. Referente a la capacidad por municipio, en qué momento se debe ampliar la capacidad de 2 Gbps a 10 Gbps.

RESPUESTA: La obligación de capacidad de ampliación está referida a que los equipos activos deberán permitir una ampliación mínima a 10Gbps sin un tiempo específico para hacer efectiva la ampliación.

4. Referente al requisito de experiencia a acreditar, por favor aclara si se deben cumplir las dos condiciones de la red sobre la cual se prestan servicios: extensión de más de mil (1.000) Kilómetros y tener cuarenta (40) nodo. Que se considera o debe contener como mínimo un nodo.

RESPUESTA: Las condiciones en kilómetros deben soportarse en una misma red, las condiciones de número de nodos deben ser una misma red; uno y otro requisito pueden soportarse en una misma red. No se admiten sumas de kilómetros ni nodos de diferentes redes.

5. El requisito de permitir coubicación a terceros debe tener un límite, de otra manera, como esta en el pliego, queda indefinido y representa un riesgo en la construcción de nodos.



RESPUESTA El diseño y la dimensión del nodo de fibra óptica deberá estar alineado con la potencial demanda y el modelo de negocios que haga el proponente en cada uno de los municipios a conectar y para la prestación del servicio de coubicación se aplicaran las normas y regulación aplicable en lo que respecta a instalaciones esenciales.

6. Debe entenderse que coubicación es cualquiera?

RESPUESTA: Tal como lo define el anexo 4, numeral 2.2.1.3 el contratista tendrá la obligación de prestar servicio de coubicación a quien lo solicite, bajo las normas y regulación aplicable, como en la que respecta a instalaciones esenciales.

OBSERVACIÓN 6. JUAN MANUEL DÍAZ DE INFORMÁTICA EL CORTE INGLES COLOMBIA S.A.S.

1. Solicitamos que la capacidad de organización establecida en el numeral 3.3.4. sea revisada pues es muy alta y limita la participación de empresas nacionales que están interesada en presentarse como empresas extranjeras, en la modalidad de consorcio o uniones temporales. Solicitamos puntualmente que el puntaje sea de sesenta (60) puntos, para poder permitir la participación de las empresas nacionales.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 1.

2. Solicitamos que la capacidad financiera según el RUP establecida en el número 3.3.5.1. sea revisada pues es muy alta y limita la participación de empresas nacionales que están interesadas en presentase como empresas extranjeras, en la modalidad de consorcio o uniones temporales. Solicitamos puntualmente que el puntaje solicitado sea de sesenta (60) puntos, para poder permitir la participación de las empresas nacionales.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 1.

3. Solicitamos que la experiencia acreditada establecida en el número 3.3.7. tenga un porcentaje de participación de al menos el 40% en proyectos desarrollados en Colombia, es decir que los mil (1000) kilómetros que se solicitan acreditar como mínimo, que el 40% es decir 400 kilómetros sean en proyectos realizados en Colombia. Lo anterior para que las empresa extranjeras permitan que las empresas nacionales o que hayan desarrollado proyectos de esta naturaleza en Colombia puedan hacer parte de los consorcios o uniones



temporales, pues de lo contrario se estaría excluyendo a la industria nacional, lo cual podría viciar el proceso de selección.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 1.

4. Es importante que se fomente la participación de las empresa nacionales, pues como están establecidos los requisitos habilitantes, ninguna empresa colombiana seria tenida en cuenta por las empresas extrajeras, para conformar consorcios o uniones temporales, y además por las condiciones geográficas, políticas y legales del país, es necesario que dentro de los proponente se permita la participación de empresas que se han realizado proyectos de fibra óptica en Colombia.

RESPUESTA: No se acepta la observación. La inquietud planteada por el interesado corresponde a su apreciación sobre la eventual posibilidad de conformación de Proponentes Plurales entre nacionales y extranjeros en razón del cumplimiento de los requisitos habilitantes establecidos en los Pliegos de Condiciones.

Al respecto, es pertinente reiterar que en la estructuración de los requisitos habilitantes, los criterios de evaluación, y en todas las actuaciones surtidas en la presente Licitación, se ha garantizado, en atención de los principios de selección objetiva, los derechos de los interesados y potenciales proponentes de origen nacional tal y como lo ordenan la Ley 816 de 2003 y el Decreto 2473 de 2010. Las condiciones de participación establecidas en el presente proceso licitatorio pueden ser ampliamente cumplidas por nacionales y extranjeros.

5. Solicitamos que FonTic no exija demasiados kilómetros de experiencia en proyectos de fibra óptica, pues esto también excluiría a los proponentes nacionales.

RESPUESTA: Con base en los estudios realizados por la entidad contratante respecto al despliegue de redes de fibra óptica en los últimos diez (10) en Colombia y teniendo en cuenta la implementación del proyecto nacional de fibra óptica, se ha establecido que los kilómetros exigidos están acorde con la magnitud del proyecto, de conformidad con lo consignado en el documento de estudios previos.



OBSERVACIÓN 7. REALIZADA POR FERNANDO LOPEZ DE ARGUS S.A.

1. Solicitud de reducción del requisito de capacidad de organización, de forma coherente con el requisito de capacidad de contratación (residual) solicitada, ya que es inconsistente de conformidad con el decreto 1464 de 2010, ya que es superior (CO) > KRC lo cual es asimétrico ya que la capacidad de organización es superior a la capacidad de contratación solicitada (25 % PPTO) (194999 SMMMLV) lo cual es inferior a los trescientos mil (300.000) SMMV solicitados como (CO).

Solicitud: Reducir la capacidad de organización como una fracción de la capacidad residual de contratación (80%), haciendo consistentes los requisitos exigidos.

RESPUESTA: En atención del objeto del Contrato que habrá de adjudicarse en la presente licitación, la Entidad Contratante procederá a ajustar el alcance del requisito habilitantes relativo a la Capacidad de Organización exigido en el Pliego de Condiciones. Al respecto, es pertinente señalar que los requisitos habilitantes previstos en el presente proceso se han definido en consonancia con el tamaño del Contrato que habrá de adjudicarse, de tal forma que eventuales Proponentes que no puedan cumplir de manera individual puedan sumar esfuerzos para el cumplimiento de estos requisitos a través de las figuras de Proponentes Plurales. Ver adenda No. 1.

2. Sumar la capacidad de organización a partir de la sumatoria de las capacidades como proveedor, consultor y constructor del proponente, ya que esta capacidad está dada por los ingresos reportados por el proponente.

RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación. Ver adenda número 1. La Entidad Contratante procederá a ajustar las exigencias por concepto de Capacidad de Organización.

3. Incluir nuevo criterio de evaluación de municipales adicionales que actualmente están conector y tengan una puntuación independiente dentro de la evaluación permitiendo ampliar el alcance del proyecto con los ANS cubiertos en el proceso, entre ellas las entidades públicas potencialmente beneficiadas.

RESPUESTA: No se acepta la observación, ver respuesta observación 6 numeral 4:

4. Como se garantiza que los cambios de los municipios por fuerza mayor, tengan las mismas condiciones técnico-económicas, establecidas para el municipio que se necesita cambiar.



RESPUESTA: Se acepta la observación. Ver Adenda número 1.

Consideraciones:

- El gobierno, a través de sus instituciones, debe garantizar la ejecución de los recursos públicos, con transparencia y objetividad, para cumplir con los programas que benefician a la sociedad colombiana.
 - El Proyecto Nacional de Fibra Óptica constituye un proyecto de infraestructura que integra componentes de diseño construcción, operación, mantenimiento y la administración de recursos, en un marco de calidad y oportunidad
 - Más del 70% de los recursos de fomento se invertirán en la construcción de la red
 - El ministerio TIC y en FONDOTIC tienen la obligación de garantizar que se cumpla el objeto del contrato entre otro a través de la selección de un contratista que tenga la capacidad organizacional y la experiencia para implementar el proyecto y cumplir con las condiciones establecidas en términos de los procesos de construcción, operación, mantenimiento y administración entre otros.
5. Por lo anteriormente expuesto, se solicita al MINTIC que en el criterio de capacidad organizacional, se tengan en cuenta, también los parámetros como consultor y constructor, no solo el puntaje como proveedor. Es decir que se puedan sumar los tres puntajes.

RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación. Ver adenda número 1. La Entidad Contratante procederá a ajustar las exigencias por concepto de Capacidad de Organización.

6. Teniendo en cuenta la envergadura del proyecto y su impacto en la transformación del país, gracias al impulso que dan las TIC al desarrollo, se evidencia que existen múltiples modalidades de asociación que las compañías interesadas pueden establecer, para cumplir con los objetivos del proyecto. Por lo tal razón, establecer un valor mínimo del 20%, que representa la participación de las compañías genera licitaciones en la visión, integral del proyecto. Se solicita disminuir el porcentaje mínimo de cada compañía dentro de las asociaciones para participar, al 5% (cinco por ciento).

RESPUESTA: El Pliego de Condiciones no exige que el porcentaje de participación de todos los Miembros de un Proponente Plural deba ser superior al 20% del mismo.



Al respecto, es pertinente advertir, que los porcentajes mínimos en los Proponentes Plurales a que se refieren los numerales 3.3.4., 3.3.5.1 y 3.3.6. de los Pliegos de Condiciones, no tienen por propósito limitar la participación de personas que tengan una participación inferior al 20% dentro de un Proponente Plural, pues como se advierte de la lectura de los referidos apartes, los mismos son exigidos solamente con miras a surtir el cálculo para la acreditación de la Capacidad de Organización, la Capacidad Financiera y la Capacidad Residual de Contratación de los respectivos Proponentes Plurales.

En atención de lo anterior, la entidad contratante se permite aclarar que como Miembro de un Proponente Plural podrán concurrir personas con una participación inferior al 20% del respectivo proponente, sin embargo, los indicadores de los mismos no serán tomados en consideración para la acreditación de los requisitos habilitantes a que se refieren los numerales 3.3.4., 3.3.5.1 y 3.3.6. del Pliegos de Condiciones.

7. Dadas las condiciones geográficas ambientales y de orden público de muestras regiones, existen un alta probabilidad de que se presente un numero de cambios de municipios >10% establecido por el MINTIC. Se solicita establecer en los parámetro de decisión, de cambios de municipios, la evaluación de las variables técnicas y económicas que garantizan que el nuevo municipio cumpla con características similares (en lo técnico y económico) al municipio que está reemplazando.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 numeral 2 de la audiencia de riesgos y adenda número 1.

8. La experiencia general ni la acreditada, solicitadas no están acordes con el objeto del futuro contrato.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 de las **“RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS ANTES DE LA AUDIENCIA DE TIPIFICACIÓN, ASIGNACION Y DISTRIBUCION DE RIESGOS”**.

OBSERVACIÓN 8. MAURICIO RODRIGUEZ ECHEVERRY DE ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.S.

1. DEL CONTRATO ESTATAL DE APORTE

De conformidad con el pliego de condiciones, el contrato que se celebraría en desarrollo de la presente licitación, es el denominado “contrato de aporte”, como un medio para *“instrumentar la forma en que un operador debe atender actividades cuya realización se le exige, por virtud de una asignación de recursos que*



*recibe de la Entidad Contratante y con base en la cual, el Estado **busca fines de especial alcance y envergadura, no siempre evaluables de manera simple y con frecuencia imposibles de cuantificar, pues son de índole estrictamente social o de proyección económica del país.***

El contrato de aporte, según el pliego, funciona a través de lo que jurídicamente se conoce como asignación modal, de tal manera que el asignatario (el contratista) recibe unos recursos o bienes para que los tenga como propios, pero sometidos a condición resolutoria, en caso de que el asignatario no cumpla con lo indicado por quien decide y entra la asignación (la entidad contratante). Dichos recursos, según el pliego, de fomento, no pueden entenderse como el pago del precio por un bien o por la prestación de un servicio. En ese orden de ideas, el contrato de aporte de la presente licitación, según el pliego, no puede confundirse con contratos de adquisición e instalación de bienes, prestación de servicios o concesión para el servicio de telecomunicaciones.

En la audiencia de distribución y asignación de riesgos, que tuvo lugar el pasado 2 de agosto de 2011, la entidad contratante manifestó que el contrato de aporte, por ser una especie de contrato de colaboración, a través del cual la entidad contratante simplemente entrega unos recursos, para que el contratista asuma todos los riesgos derivados de la realización del proyecto, no es un contrato conmutativo. Con base en dicha argumentación, la entidad contratante sostuvo que el contrato relativo a esta licitación implica unos riesgos que, salvo uno a cargo de la entidad contratante que parece demasiado obvio, deben ser asumidos en su totalidad por el contratista. Tal argumentación no es correcta, según paso a explicar a continuación, además de los siguientes comentarios que me permito realizar en relación con ciertas dudas que me surgen respecto de la legalidad y conveniencia de que el contrato relativo a la presente licitación pretenda denominársele “de aporte”, debido a que, como mostraré enseguida, el “contrato de aporte” tiene un origen constitucional y una regulación especial.

RESPUESTA: En primer lugar es pertinente señalar que, de conformidad con la naturaleza del Contrato que resultará adjudicado en la presente licitación, no es admisible la interpretación del interesado, encaminada a confundir estos acuerdos o convenciones con contratos de adquisición e instalación de bienes, prestación de servicios o concesión para el servicio de telecomunicaciones, en los cuales las entidades contratantes – que no son operadoras y por lo tanto no podrían actuar como tales en el sector- pagarían un precio por el bien o por la prestación del servicio, vale decir, estarían remunerando en condiciones de equivalencia al contratista por la ejecución de lo que se le ha contratado.



Al respecto, y como se ha advertido en anteriores oportunidades, incluyendo en la respectiva Audiencia de Tipificación, Asignación y Distribución de Riesgos de la Licitación Pública, el Contrato que resultará adjudicado es un instrumento contractual atípico, mediante el cual las entidades contratantes en cumplimiento de su función de fomento realizan o perfeccionan lo que jurídicamente se conoce como una asignación modal regulada en el Capítulo 4º, Libro 3º artículos 1147 y ss. del código civil, normas que son aplicables a los contratos, por disponerse así en el artículo 1550 del mismo ordenamiento.

Entonces, dentro de este marco conceptual, la entidades estatales (incluyendo la Entidad Contratante) han suscrito y ejecutado estos acuerdos que se rigen por la Ley 80 de 1993 únicamente en lo que resulte pertinente esto es, en lo que se refiere por ejemplo a la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, pero en ningún caso a disposiciones tales como revisión de precios, o equilibrio financiero del contrato y por supuesto, por las normas civiles señaladas.

2. LA DENOMINACIÓN DEL CONTRATO COMO “DE APORTE”, NO ES LA MÁS CONVENIENTE

Tal como se advierte en el pliego de condiciones, el contrato de aporte está regulado en el artículo 96 de la ley 489 de 1998, y en los decretos 777 y 1403 de 1992. El contrato de aporte, como bien lo explica el pliego, se ha utilizado de manera especial en temas relativos a protección de menores.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico no contiene una lista taxativa de los distintos contratos que pueden celebrar las entidades estatales, y, bajo ese supuesto, no habría ningún inconveniente legal para que una entidad estatal celebre un contrato de los denominados “atípicos” o “innominados”. Sin embargo, para el caso que ahora nos ocupa, aun cuando el contrato de aporte es un contrato que podría llamarse “atípico”, lo cierto es que éste tiene un origen constitucional que no puede desconocerse, y sí está regulado de manera expresa en la ley y en el reglamento. En esa medida, discrepo de lo afirmado por el pliego cuando éste advierte que carece de relevancia tener en cuenta, para el presente proceso licitatorio, la regulación especial del contrato de aporte.

Existen diferentes opiniones en torno al origen del contrato aporte, pues algunos consideran que el mismo obedece al artículo 355 de la Constitución, mientras que otros no: en efecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) considera que el contrato de aporte no tiene origen en dicho artículo constitucional, y manifiesta



que éste tiene una regulación propia, contenida en las leyes sobre protección a los menores³; mientras que la Contraloría General de la República considera que el contrato de aporte sí tiene origen en el artículo 355.

La Contraloría General de la República, en relación con el contrato estatal de aporte, ha señalado⁴:

*“El artículo 355 de la Constitución Política señala: **ARTÍCULO 355.** Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

Los contratos estatales “de aporte”, como usted los denomina, se encuentran regulados constitucionalmente por el segundo inciso del artículo atrás transcrito. Mediante ese tipo de contratación puede el gobierno, en sus diferentes niveles, celebrar contratos con las entidades sin ánimo de lucro siempre que se cumplan unos requisitos:

-Reconocida idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro contratista. Desde luego, esta reconocida idoneidad debe atender criterios objetivos y los principios de igualdad, moralidad,

³ En respaldo de la tesis del ICBF, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Consejo de Estado, en concepto del 2 de diciembre de 1996, M.P. Luis Camilo Osorio, señaló:

Los contratos de aportes establecen la obligación del ICBF de proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes necesarios para la prestación total o parcial del servicio (Decreto 2388 / 79, art. 128), su naturaleza es la de contratos administrativos; de otro lado este contrato no corresponde a la enumeración prevista en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, la cual tiene por objeto regular los correspondientes a las entidades estatales, entre las que se encuentran los establecimientos públicos; sin embargo siendo un contrato atípico, se enmarca en el texto de los artículos 32 y 40 de esta ley a cuyo régimen se sujetan. (He subrayado).

⁴ Ver:

http://docs.google.com/a/palacioslleras.com/viewer?a=v&q=cache:z9Xe4etovTcJ:www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/get_file?uuid%3Dcba0528a-56fe-48b2-b75c-ea73ae76eefe%26groupId%3D10136+contrato+estatal+de+aporte&hl=es&gl=co&pid=bl&srcid=ADGEE5iBJUmQb6t9jKAWXmeS1j_beG5c9t590bnqj7RmsEobRFXBWFbVvQZ-mQZQRhFMEe62shxtei6ebT0ne7aw75MEL0UBHzp_OeioqRlm7dEOC7wfUGnR1MNV_da2acrI3Q41viEz&sig=AHIEtbRj6rXON2-WbDJTGVKU_p78JI5ncq&pi=1



eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que debe surtir la función administrativa de acuerdo a lo consagrado en el artículo 209 de la Carta Política.

- Un segundo requisito tiene que ver con la teleología de este tipo de contratos. La finalidad única puede ser impulsar programas y actividades de interés público que se compadezcan con los fines esenciales del Estado.

- La tercera precisión constitucional demarca los límites y alcances sobre los cuales se pueden celebrar los contratos mentados. El requisito de planificación con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo despliega un principio de la formación y ejecución presupuestal en la Contratación con este tipo de entidades.

Como se desata del aparte final en el segundo inciso de la norma constitucional, corresponde al Gobierno Nacional reglamentar la materia. Según lo anterior, y como lo sostiene la doctrina contractual, esta atribución constitucional de competencias excluye al órgano congresional, no obstante su naturaleza reguladora, y por lo tanto, no se aplica en este tipo de contratos el Estatuto Contractual.⁵

El Presidente de la República, en uso de las facultades constitucionales reglamentarias expidió los Decretos 777 del 16 de mayo de 1992, 1403 del 26 de agosto de 1992, y, finalmente, el Decreto 2459 del 9 de diciembre de 1993. Justamente, el artículo 14 del Decreto 777 de 1992 establece: “Los contratos a que se refiere el presente decreto estarán sujetos al respectivo registro presupuestal y al control fiscal posterior por parte de las respectivas contralorías en los términos establecidos en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política”.

También podría decirse, para dar crédito a las dos posiciones, que existe un contrato de aporte especial, en materia específica de protección de menores; y que existen otros contratos de aporte con fundamento en el artículo 355 de la Constitución, también regulados. Pero como es obvio que no se trata de un contrato relativo a protección de menores, yo comparto la posición de la Contraloría General de la República, y esa es la que debería tenerse en cuenta para el presente proceso licitatorio, pues, como lo ha reconocido dicha autoridad en el concepto que cité atrás, por razones

⁵ PINO Ricci Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. Pág. 33



propias de sus funciones constitucionales y legales, ésta tiene un control fiscal respecto del “contrato de aporte” al que se refiere el artículo 355 constitucional.

En esa medida, sea que el “contrato de aporte” sea propio del ICBF, o de que existan otros “contratos de aporte” con fundamento en el artículo 355 de la Constitución, recomendaría, en todo caso, **no** denominar el contrato de esta licitación como “de aporte”, porque, así sólo se trate de una cuestión de nombre o denominación, eventualmente puede correrse el riesgo de que se interprete que este contrato obedece al artículo 355 de la Carta, lo cual no es así.

RESPUESTA: Se reitera que el Contrato de Aporte que habrá de suscribirse entre la Entidad Contratante y el Proponente adjudicatario de la Licitación Pública No. 002 de 2011 del FONDO TIC, es un instrumento atípico mediante el cual las entidades contratantes, en cumplimiento de su función de fomento, realizan o perfeccionan lo que jurídicamente se conoce como una asignación modal regulada en el Capítulo 4º, Libro 3º artículos 1147 y ss. del código civil, normas que son aplicables a los contratos, por disponerse así en el artículo 1550 del mismo ordenamiento.

3. LA JUSTIFICACIÓN LEGAL DEL “CONTRATO DE APORTE”, A TRAVÉS DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN MODAL DEL CÓDIGO CIVIL, NO ES LA MÁS ADECUADA. EL CONTRATO, EN LA REALIDAD, SÍ PARECE IMPLICAR PAGOS COMO CONTRAPRESTACIÓN POR EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO

Al revisar el pliego de condiciones, en lo atinente a la explicación del “contrato de aporte”, se dice que el mismo se perfecciona a través de lo que se conoce como una asignación modal regulada en el Código Civil. En esa medida, el pliego señala que los recursos o bienes son entregados al asignatario (contratista) o instituido para que los tenga como propios, pero sometidos a condición resolutoria, en caso de que no cumpla con lo indicado por quien decide y entrega la asignación (entidad contratante).

Sin embargo, nada de lo que se dice en el pliego sobre la asignación modal es cierta, particularmente si se revisa la constitución de un patrimonio autónomo como vehículo para canalizar los recursos, y la forma como se efectúan los desembolsos.

En efecto, el artículo 1147 del Código Civil dispone:



ART. 1147.- Si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada. (He subrayado).

A su turno, el artículo 1148 del Código Civil señala:

ART. 1148.- En las asignaciones modales, se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo.

No se entenderá que envuelve cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa. (He subrayado).

Según estas dos disposiciones, en las asignaciones modales, la propiedad de la cosa se transfiere desde el inicio al asignatario, con el fin de que éste cumpla el modo que se le impuso, so pena de verse obligado a restituir la cosa y sus frutos, en caso de no cumplir el modo.

En el “contrato de aporte” al que se refiere esta licitación, es importante precisar que, en la realidad, no se produce desde el inicio la transferencia al contratista de la totalidad de los denominados recursos de “fomento”.

En efecto, por la forma como se ha previsto en el pliego y sus anexos, los recursos que suministra la entidad contratante son transferidos inicialmente a un patrimonio autónomo, el cual se constituye mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, para que se vayan efectuando desembolsos parciales de recursos, en la medida en que el contratista vaya cumpliendo ciertas actividades o etapas previstas en el contrato.

Así pues, nótese que los recursos de la entidad contratante se están transfiriendo, en un primer momento, a un patrimonio autónomo y no al contratista, lo cual, de entrada, ya permite suponer que no se está ante una figura jurídica de asignación modal. Es bien sabido, y no es necesario profundizar en estos temas, que los contratos de fiducia mercantil implican la transferencia de la propiedad a un patrimonio autónomo, el cual, por una ficción legal, puede ser titular de derechos y obligaciones. De igual forma, también puede verse que los recursos no son entregados en su totalidad al contratista –como sí sucede en las asignaciones modales–, sino que los mismos se van desembolsando poco a poco, a medida que el contratista va cumpliendo ciertas etapas o actividades del contrato.



No existe en este contrato, pues, ninguna cláusula resolutoria que obligue al contratista a restituir algo que en realidad no ha sido suyo desde el inicio. Por el contrario, por la forma como se efectúan los desembolsos, en este contrato estaría ocurriendo algo totalmente distinto de lo que debería ocurrir en una asignación modal, porque, en vez de producirse primero el desembolso de los recursos al contratista –recuérdese que según el art. 1147 del Código Civil, el modo no suspende la adquisición de la cosa-, aquí se verifica primero el cumplimiento del objeto del contrato –el supuesto “modo”-, por fases o etapas, y después sí se procede al desembolso parcial de recursos, según la respectiva fase o etapa. En ese sentido, uno encuentra que, en la práctica, lo que está efectuando la entidad contratante no es nada distinto a un pago al contratista –a través de un patrimonio autónomo-, como contraprestación por el cumplimiento de cierta etapa o actividad del objeto del contrato. De esa manera, la entidad contratante, cuando verifica que el contratista ha surtido cierta etapa o que ha cumplido cierta actividad, instruye a la fiduciaria para que, con cargo a los recursos transferidos al patrimonio autónomo, efectúe el desembolso de cierta suma –no toda- de dinero a favor del contratista.

Por lo tanto, si en el pliego quiso dársele un sustento legal al “contrato de aporte” mencionado en esta licitación, con el fin de darle un ropaje jurídico que lo hiciera ver como un contrato autónomo y distinto a los contratos de aporte en materia de protección de menores, o a los contratos de aporte basados en el artículo 355 de la Constitución Política, considero que la figura jurídica de la asignación modal no es la mejor explicación del contrato, ni la forma más correcta de entenderlo.

Así las cosas, este contrato no implica nada distinto a un pago que efectúa la entidad estatal al contratista, como contraprestación a éste último por la realización de una obra o la prestación de un servicio.

RESPUESTA: La observación propuesta está fundada en un indebido entendimiento del mecanismo establecido a través del cual se utilizará la fiducia y el patrimonio autónomo como instrumentos para el recibo de los Recursos de Fomento.

Se debe aclarar que en ejecución de los Contratos de Aporte, los Recursos de Fomento sí son transferidos al Contratista, razón por la cual, el simple hecho de que éste tenga la obligación contractual de recibirlos a través de un patrimonio autónomo -que él mismo constituye al contratar una fiduciaria para tal fin-, no desvirtúa la transferencia patrimonial sujeta a condición resolutoria de los Recursos de Fomento en los términos de las asignaciones modales

El Patrimonio Autónomo, del cual es fideicomitente el Contratista, se constituye con el propósito de recibir los Recursos de Fomento, los cuales, como se ha reiterado en múltiples oportunidades anteriores, son entregados a título de



asignación modal por la Entidad Contratante y recibidos por el Contratista, quien disputa al Patrimonio Autónomo, mediante la suscripción del Contrato de Fiducia, para que los reciba y administre las utilidades que se hagan de los mismos.

Valga la pena mencionar que el observante está confundiendo una herramienta comúnmente utilizada en contratación estatal (incluso también para el manejo de recursos dados a título de anticipo) como lo es un Patrimonio Autónomo, con el título al que el Contratista recibe los Recursos de Fomento, que claramente es un título traslativo de dominio, bajo el esquema de asignación modal, lo cual lo somete a condición resolutoria, de manera que el modo, consistente en compromisos de aplicación de los Recursos de Fomento al desarrollo de infraestructura y la prestación de los Servicios, “no suspende la adquisición de la cosa asignada”, como explícita y claramente lo dispone el artículo 1147 del Código Civil colombiano.

4. EL “CONTRATO DE APOORTE” SÍ GENERA RIESGOS PARA AMBAS PARTES: ES CONMUTATIVO

En el pliego de condiciones se manifiesta que la entidad contratante no está pagando por un producto o por unos servicios, sino que simplemente está entregando unos recursos para extender un servicio que se considera importante para el desarrollo del país. Bajo ese argumento, el pliego señala que los interesados en participar en este proceso deben asumir las responsabilidades derivadas de dicha participación, y deben realizar los análisis y estudios que consideren relevantes para desarrollar el objeto propuesto. En esa medida, según el pliego, los participantes deben asumir bajo su exclusiva responsabilidad todos los riesgos derivados de la ejecución del proyecto.

Como manifesté atrás, en la audiencia de distribución y asignación de riesgos se manifestó que el contrato relativo a esta licitación no es conmutativo y que, por lo tanto, el contratista debe asumir todos los riesgos relativos a la ejecución del proyecto. Tal afirmación es inconstitucional e ilegal, como paso a explicar.

En efecto, es preocupante que se haga una afirmación en ese sentido, pues la entidad contratante estaría manifestando, en contra de la expresa prohibición constitucional del artículo 355, que el contrato relativo a la presente licitación es gratuito.

En efecto, el artículo 1497 del Código Civil dispone:



ART. 1497.- El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

A su turno, el artículo 1498 del Código Civil señala:

ART. 1498.- El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Según las dos disposiciones citadas, si un contrato no es conmutativo, en los términos como lo ha planteado la entidad contratante en la audiencia de distribución y asignación de riesgos, debería concluirse que el mismo es gratuito, o, a lo sumo, aleatorio.

Pero el contrato estatal tampoco podría entenderse como aleatorio, pues, por expresa disposición del artículo 28 de la ley 80 de 1993, el contrato estatal es conmutativo:

Art. 28.- En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. (He subrayado)

La afirmación de la entidad contratante, en consecuencia, también iría en contravía del artículo 28 de la ley 80 de 1993.

La entidad contratante no puede señalar, bajo el argumento de que la red de fibra óptica no es para ella, o de que el servicio que se prestará tampoco es para ella, que no está recibiendo ninguna contraprestación a cargo, con ocasión de la celebración del contrato. La utilidad, que en estos casos no puede mirarse como si se tratara de la simple relación de dos particulares, no sólo debe cuantificarse en términos económicos, sino en otros como aquellos referentes al **beneficio social** tendrán los municipios a los cuales se les extienda la cobertura de fibra óptica. El beneficio que reciban dichos municipios, es también la utilidad de la entidad contratante.



Como consecuencia de lo anterior, y aun cuando ya se presentaron observaciones durante la audiencia de distribución y asignación de riesgos, lo cierto es que el pliego, los anexos, y los estudios previos, están diseñados sobre la base de que el contratista debe asumir todos los riesgos inherentes a esta contratación, cuando, en realidad, por la naturaleza misma del contrato, que no puede considerarse bajo ningún aspecto gratuito, so pena de violar la Constitución, por ser una especie de donación, si existen riesgos que los debe asumir únicamente la entidad contratante, y también existen riesgos que deberían ser compartidos por ambas partes.

En todo caso, basta decir que el Consejo de Estado, al referirse al “contrato de aporte” que celebra el ICBF, manifestó⁶:

Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia. (He subrayado).

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, “Sentencia del 11 de agosto de 2010”, Rad. 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941), ponente: Enrique Gil Botero.



RESPUESTA: El Contrato que resultará adjudicado con ocasión de la Licitación Pública No. 002 de 2011 de FONDO TIC, no corresponde a un negocio jurídico de contraprestación, en el sentido en que, como ya se señaló, esta figura contractual desecha toda interpretación encaminada a confundirla con contratos de adquisición e instalación de bienes, prestación de servicios o concesión para el servicio de telecomunicaciones, en los cuales las entidades contratantes – que no son operadoras y por lo tanto no podrían actuar como tales en el sector- pagarían un precio por el bien o por la prestación del servicio, vale decir, estarían remunerando en condiciones de equivalencia al contratista por la ejecución de lo que se le ha contratado.

Así las cosas, se recuerda que el Contrato de Aporte es un instrumento contractual atípico, mediante el cual las entidades contratantes en cumplimiento de su función de fomento realizan o perfeccionan lo que jurídicamente se conoce como una asignación modal regulada en el Capítulo 4º, Libro 3º artículos 1147 y ss. del código civil, normas que son aplicables a los contratos, por disponerse así en el artículo 1550 del mismo ordenamiento. Entonces, estos contratos son el medio para instrumentar la forma en que un operador debe atender actividades cuya realización se le exige, por virtud de una asignación de recursos que recibe de las entidades contratantes y con base en la cual, el Estado busca fines de especial alcance y envergadura, no siempre evaluables de manera simple y con frecuencia imposibles de cuantificar, pues son de índole estrictamente social o de proyección económica del país.

Dentro de este marco conceptual ajustado a las condiciones especiales del Programa se suscribieron estos acuerdos que se rigen por la Ley 80 de 1993 únicamente en lo que resulte pertinente esto es, en lo que se refiere por ejemplo a la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, pero en ningún caso a disposiciones tales como revisión de precios, o equilibrio financiero del contrato. y, por supuesto, por las normas civiles señaladas.

En ese sentido se ratifica lo señalado en la Audiencia de Riesgos, según lo cual, el Contrato de Aporte no es de contraprestaciones equivalentes, y en tal virtud "(...) es indispensable que el análisis de riesgos del proyecto parta de la realidad jurídica de que la red no se construye para el ente estatal y que los servicios no serán prestados por el Estado, ni para el Estado, ni en nombre de éste; por lo cual debe tenerse presente que el contrato que es objeto de esta licitación no es de adquisición, obra o instalación de bienes, ni de prestación de servicios ni de concesión para el servicio de telecomunicaciones, puesto que la entidad contratante mediante el aporte de recursos de fomento NO está pagando un precio por el bien o por la prestación del servicio, es decir, no está remunerando ni entregando la contraprestación correlativa a las actividades desplegadas por el contratista para la ejecución del proyecto. La entidad hace el aporte bajo la figura de la asignación modal, por lo que el adecuado cumplimiento de las cargas relacionadas con la debida aplicación de los recursos por parte del contratista y la adecuada prestación a terceros de los servicios



por parte del contratista, constituyen el modo con el que se perfecciona la asignación, dado el interés social y de fomento que el Estado tiene en el proyecto. Así que, de ninguna manera pueden evaluarse los riesgos ni considerarse partiendo de la existencia de una contraprestación o precio en los recursos de fomento aportados bajo la figura de asignación modal. El proyecto lo ha desarrollar el operador para sí, y los servicios serán prestados bajo su responsabilidad, atendiendo parámetros técnicos, de cobertura y de niveles de exigencia, de cuyo cumplimiento depende que se concrete o no el modo de la asignación de los recursos de fomento. Por ello, los riesgos asociados al proceso de instalación de la red y operación de la misma, y todas sus actividades previas, conexas o accesorias corresponden al contratista, quien deberá sopesarlas para la elaboración de su oferta con base en la asignación de recursos de fomento presupuestada y propuesta en la presente licitación⁷.

5. EL CONTRATO INVOLUCRA UN COMPONENTE FUNDAMENTAL DE CONSTRUCCIÓN, QUE DEBE CONTEMPLARSE AL MOMENTO DE EXIGIR Y EVALUAR REQUISITOS PARA PARTICIPAR EN LA LICITACIÓN

La entidad contratante ha manifestado, de alguna manera, que este contrato no es de obra, porque la red de fibra óptica la construye el contratista para sí, y no para la entidad contratante. Por lo tanto, las actividades relativas al diseño, construcción e instalación de la red, no son actividades, a juicio de la entidad contratante, que deban tener importancia o peso en la presente licitación. Y es por ello que la entidad contratante, en el pliego, no ha exigido requisitos relativos a la actividad de constructor.

En relación con lo anterior, debo manifestar que, por el hecho de que un contrato no pueda calificarse, en estricto sentido, como de obra, ello no quiere decir que un contrato no pueda involucrar diversas actividades, y, entre ellas, las relativas a la obra; y de que, en consecuencia, además de los requisitos para la actividad de proveedor (prestación de servicios), también puedan exigirse requisitos relativos a la actividad de constructor.

Es curioso que en los proyectos de pliego sí se hubiera permitido el registro, capacidad y experiencia para la actividad de constructor, y de que, ahora, en el pliego definitivo, se hayan eliminado tales requisitos. De hecho, el pliego sólo exige, en cuanto al registro único de proponentes (RUP), capacidad de organización y experiencia, acreditar la actividad de proveedor.

⁷ ACTA DE LA AUDIENCIA DE TIPIFICACION, DISTRIBUCION Y ASIGNACION DE RIESGOS DE LA LICITACION PÚBLICA No.002 DE 2011.



La entidad contratante, aun cuando manifestó que esta cuestión debía debatirse en las observaciones al pliego, dejó entrever que a ella supuestamente no le interesaba la construcción de la infraestructura, que era cuestión de los participantes ver cómo adelantaban las obras para la construcción e instalación de la red, y que lo único que le interesaba era la prestación del servicio. Sin embargo, olvida la entidad contratante que la red es fundamental para la prestación del servicio. Un servicio público, como el que pretende la entidad contratante, no puede prestarse en el “aire”. La red es el medio físico que resulta esencial para la prestación del servicio. Es más, me atrevo a decir que el diseño, construcción e instalación de la red, al evaluar todo el proyecto en su conjunto, pueden representar un peso cercano al 70%.

Es claro que la prestación del servicio, que es lo que finalmente se desea llevar a los municipios e instituciones públicas, es el objetivo final de la presente licitación. Sin embargo, también es claro que para prestar el servicio, en condiciones de eficiencia, continuidad y buena calidad, se requiere de una infraestructura que, además, debe reunir unos requisitos técnicos mínimos.

Es más, si fuera cierto que a la entidad contratante no le interesara el diseño y la construcción de la red, no contemplaría, como lo hace el “anexo técnico” del pliego, varias fases o etapas en las cuales se prevén actividades relativas a la obra, tales como la entrega de un “informe detallado de ingeniería y operación”, o la entrega de un “plan de instalación y puesta en servicio”, o la entrega de un “plan de mantenimiento”, o la entrega de un “plan de gestión ambiental del proyecto”; ni tampoco fases relativas al “tendido de la red de fibra óptica”, o a la “instalación de equipos activos y puesta en servicio”, o a la “instalación de solución de acceso en municipios y entidades públicas”.

De manera adicional, el “anexo técnico” expresa que se podrán reconocer recursos de fomento para las actividades asociadas a diseños, planeación, estudios de campo, logística, despliegue, configuración y puesta en servicio de la infraestructura a desplegar. Y también, entre otras cosas, el “anexo técnico” se refiere a aspectos propios de la actividad de obra, cuando señala las características mínimas del cable de fibra óptica que debe utilizarse. Por lo tanto, tampoco se entiende cómo ahora el pliego no le da peso o valor a tales actividades.

Finalmente, de conformidad con los “estudios previos” y el “anexo financiero” del pliego, se prevén desembolsos a medida que se la entidad contratante vaya aprobando ciertos informes y documentos de planeación, ingeniería y operación. Y también se harán algunos desembolsos cuando la entidad contratante apruebe ciertos informes de ingeniería, planeación, plan de instalación, puesta en servicio, mantenimiento, entre otros. Así pues, en términos generales, las actividades de obra sí son relevantes para este proyecto.



Teniendo en cuenta lo anterior, con todo respeto solicito que sea tenida en cuenta y valorada, dentro del presente proceso licitatorio, el registro, capacidad de organización y la experiencia dentro de la actividad de **constructor**.

RESPUESTA: Como se ha advertido en anteriores oportunidades, el Contrato de Aporte no es ni de prestación de servicios, ni de obra o instalación de bienes, ni de concesión para el servicio de telecomunicaciones, sin perjuicio de lo cual, y dadas las cargas que se desprenden para el Contratista de la aplicación adecuada de los Recursos de Fomento al desarrollo y ejecución del Proyecto, se ha considerado en el Pliego de Condiciones un esquema de requisitos habilitantes en el que se combina la herramienta legal del Registro Único de Proponentes con otras exigencias adicionales de Experiencia Acreditada (numeral 3.3.7. de los Pliegos), para permitir la pluralidad de oferentes en el marco de la obtención de ofertas que satisfagan los fines de la contratación y garanticen la debida y eficiente aplicación de los Recursos de Fomento.

Por consiguiente, en torno a los requisitos habilitantes, atendiendo las sugerencias presentadas por los interesados y de conformidad con la finalidad de la contratación que se está surtiendo mediante la presente licitación pública, se ha dispuesto que el contratista será seleccionado teniendo en cuenta exigencias que garanticen su capacidad y experiencia, no solo como proveedor, sino también como constructor, toda vez que, además de tener a su cargo la oferta a terceros de Servicios de Transporte y de acceso en los términos establecidos en el Contrato de Aporte, deberá previamente diseñar, instalar y poner en marcha una red de fibra óptica con sujeción a lo establecido en el Contrato de Aporte, ambas cosas como modo para adquirir los recursos de fomento que tiene como suyos desde el momento en que éstos le son asignados a través del respectivo desembolso.

Por ello, para la selección del Contratista, sin perjuicio de las demás exigencias que constan en el Pliego de Condiciones, se resalta que se toma en consideración la calidad de constructor en los siguientes apartes:

- (vii) se exige experiencia como constructor según lo establecido en el numeral 3.3.7. de los Pliegos de Condiciones;
- (viii) de conformidad con la Adenda No. 1, y en estricta sujeción a los términos previstos en el numeral 3.3.4. de los Pliegos de Condiciones, se permitirá la acreditación de la Capacidad de Organización, por parte de Proponentes o Miembros de Proponente, bien sea en la actividad de Constructor o en la actividad de Proveedor (no como Consultor);
- (ix) en plena concordancia con la posibilidad de acreditar la Capacidad de Organización, bien sea en la actividad de Constructor o de Proveedor, tal y como se dispuso en la Adenda No. 1, y en estricta sujeción a los



términos previstos en el numeral 3.3.5.1. y 3.3.6. de los Pliegos de Condiciones, se permitirá la acreditación de la Capacidad Financiera y de la Capacidad Residual de Contratación respectivamente, por parte de Proponentes o Miembros de Proponente Plurales que estén inscritos en el RUP como Proveedores o como Constructores.

6. NO DEBE EXIGIRSE UN PORCENTAJE MÍNIMO DE PARTICIPACIÓN (20%) PARA ACREDITAR CAPACIDAD DE ORGANIZACIÓN

En el numeral 3.3.4 del pliego, que se refiere a la capacidad de organización de los proponentes, como uno de los requisitos habilitantes para participar en la licitación, se afirma:

La Capacidad de Organización que se exige en este numeral 3.3.4. puede acreditarse, en caso de participación de Proponentes Plurales, mediante la suma simple de los indicadores de Miembros del Proponente, siempre y cuando todos y cada uno de los Miembros del Proponente que concurra a la acreditación de esta Capacidad de Organización, tengan una participación en la respectiva forma asociativa (Consortio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura) no inferior al 20%, y entre ellos estén el Miembro del Proponente que acredita la Experiencia Probable a la que se refiere el numeral 3.3.3. y el(los) Miembro(s) del Proponente (todos) que ostente(n) la inscripción en el RUP en la Actividad 3 Proveedor, Especialidad 33, Grupo 2.

El pliego, por lo menos para efectos de sumar los indicadores de los miembros del proponente plural, para acreditar la capacidad de organización de 300.000 SMMLV como proveedor, está “imponiendo”, de alguna forma, un porcentaje mínimo de participación (20%) que debe tener cada uno de los miembros de una forma asociativa (consorcio, unión temporal, promesa de sociedad futura). A mi juicio, el porcentaje de participación de cada uno de los miembros de una forma asociativa es un elemento del acuerdo de asociación que, al momento de constituirse, debe obedecer a la decisión libre y voluntaria de cada uno de los miembros. Situación muy distinta es que, una vez constituida la forma asociativa, no se pueda modificar la extensión y forma de participación de cada uno de sus miembros, sin la previa autorización de la entidad contratante.



Al revisar los “estudios previos”, no encontré nada distinto a lo que se dice en el pliego, que justifique porqué la entidad contratante exige un porcentaje de participación mínimo del 20%, para sumar indicadores de cada miembro del proponente plural –que es lo que usualmente ocurre-, para acreditar capacidad de organización.

Por lo tanto, con el mayor respeto, solicito que no se exija en el pliego ningún porcentaje mínimo de participación para aquellos miembros de proponentes plurales. En todo caso, de considerarse que sí debe exigirse un porcentaje mínimo de participación, atentamente solicito que se explique, de manera adecuada, la justificación de dicha.

RESPUESTA: Al respecto se debe aclarar que, en la medida en que el Pliego de Condiciones permiten la suma simple para la acreditación de algunos requisitos habilitantes por parte de los Proponentes Plurales (y en concreto por parte de sus Miembros), a juicio de la Entidad Contratante no es factible permitir que el respectivo Miembro del Proponente Plural que pretenda acreditar alguno de los requisitos habilitantes tenga una participación apenas nominal en la respectiva forma asociativa, pues ello acarrearía dejar abierta la posibilidad de vinculación como Miembros de personas que solamente concurrirán a la exhibición de los requisitos pero que no tendrán ninguna vinculación efectiva con la ejecución del Proyecto Nacional de Fibra Óptica. Por consiguiente, la exigencia del 20%, la cual no se constituye como un límite para la participación, sino a la posibilidad de acreditación de algunos requisitos habilitantes, pretende garantizar la vinculación efectiva y relevante de quienes concurren a la respectiva acreditación, pues con ello se pretende lograr que el Proyecto Nacional de Fibra Óptica sea efectivamente ejecutado por aquellas personas que tienen la verdadera capacidad para hacerlo.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que en la definición de los requisitos habilitantes se contemplaron criterios que fueran proporcionales con el objeto del Contrato de Aporte que habrá de adjudicarse, pero a la vez fueran incluyentes en cuanto a la posibilidad de participar en el presente proceso licitatorio. Al respecto, el Pliego de Condiciones contempla, respecto de algunos requisitos habilitantes, la posibilidad de acreditarlos a través de sumas simples de los requisitos acreditados por algunos de sus Miembros, todo con la intención de que eventuales Proponentes que no cumplan con los requisitos de manera individual puedan unir esfuerzos con miras a participar en la Licitación.

No obstante, entre los criterios considerados se contempló la necesidad de que hubiera una verdadera correspondencia entre quienes concurren a la acreditación de los requisitos habilitantes y quienes eventualmente participarán y ejecutarán el Contrato de Aporte como Miembros de un Proponente Plural, razón por la cual, respecto de los Proponentes Plurales, aquellos miembros que concurren a la acreditación de los requisitos habilitantes en los cuales se permita la suma simple de las condiciones de los mismos, deben tener una participación no inferior al 20%.



OBSERVACIÓN 9. DISICO S.A.

1. La oferta básica estable un unidad de transporte mínima de 1 Mbps, asigne un tope máximo de venta de este servicio de \$1'800.000 millones por mes, solicitamos cambiar la unidad a mínimo 100 Mbps, dado que las redes de última generación y un particular la razón de ser de un operador de redes de alta velocidad no contempla desagregación a estos ni valor tan mayor.

RESPUESTA: No se acepta la observación. La oferta básica establecida en el anexo técnico hace parte del análisis de mercado consignado en el documento de estudios previos, donde se establece la unidad mínima de transporte (1Mbps) al igual que el valor establecido para este (\$1'800.000).

2. Si el proyecto no permite la utilización de recursos para pagar de arrendatarios de áreas, quiere decir que el arrendador fabricado debe tener una infraestructura en esos sitios, lo que representa un favorecimiento manifiesto a los arrendadores dominantes.

RESPUESTA: No se acepta la observación. Ver respuesta observación 1 numeral 2 y observación 3 numeral 6 de la audiencia de riesgos.

3. En el numeral 3.3.6 Capacidad residual de contratación (Kr) se establece: “La capacidad residual de contratación de los Proponentes Plurales resultará de la suma simple de las capacidades de contratación residuales de sus integrantes, siempre y cuando todos y cada uno de los Miembros del Proponente que concurren a la acreditación de la respectiva condición, tengan una participación en la respectiva forma asociativa (Consortio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura) no inferior al 20%, y entre ellos esté el Miembro del Proponente que acredita la Experiencia Probable a la que se refiere el numeral 3.3.3. y el(los) Miembro(s) del Proponente (todos) que ostente(n) la inscripción en el RUP en la siguiente actividad, en la Actividad 3 Proveedor, Especialidad 33, Grupo 2.”, el mismo numeral también establece “Para el caso de sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia que pretendan participar en la Licitación a cualquier título, no será exigible la capacidad de contratación en virtud al artículo 53 del Decreto 1464 de Abril de 2010 que textualmente expone: (...)”, **solicitamos aclarar cómo se realizará el cálculo de la capacidad Residual de contratación** en caso de presentarse un proponente plural conformado por un proponente nacional y un



proponente extranjero sin domicilio en Colombia. De conformidad con los términos del Decreto 1464 antes referido, y teniendo en cuenta que a las sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia no les es exigido k residual alguno, nuestra apreciación frente a la aplicación del k residual en relación con éste tipo proponentes plurales (integrado por sociedades colombianas y extranjeras sin domicilio en Colombia) es que sea calculado de acuerdo al porcentaje de participación de la empresa colombiana dentro de la asociación.

A manera de ejemplo, una empresa nacional con un porcentaje de participación del 50% conforma una UT con una sociedad española con una participación del 50%. Teniendo en cuenta que el k residual mínimo es del 25% del presupuesto oficial, es decir de 194.098,98 SMLMV, y aplicando el porcentaje de participación de la sociedad colombiana (50%) el k residual de ésta debe ascender a mínimo 97.049,49 SMLMV para así cumplir con lo exigido en el Pliego de Condiciones y dar a su vez aplicación a la no exigencia del K residual frente a las sociedades extranjeras no domiciliadas en Colombia.

De no existir una metodología clara en cuanto a la forma en la cual será calculada la capacidad residual de contratación de las sociedades extranjeras se estaría limitando de manera indebida la participación plural de proponentes dentro del proceso de la referencia. Lo anterior cobra sentido si se tiene en consideración que de no asignarse un valor al k residual de la sociedad extranjera la misma solo podría presentarse de manera individual o con una empresa colombiana que tenga la capacidad residual por sí misma, generando una discriminación innecesaria para las demás empresas colombianas.

RESPUESTA: La Entidad Contratante procederá a ajustar la forma de cálculo de la Capacidad Residual de Contratación en el numeral 3.3.6. de los Pliegos de Condiciones, con miras a garantizar que ésta se calcule solamente con base en los indicadores de los Miembros nacionales de Proponentes Plurales. Ver adenda No. 1.

4. Solicitamos que el objeto social de la Promesa de Sociedad Futura no sea único, ya que los mismos pliegos de condiciones y el contrato de aportes habilitan la posibilidad para que el contratista preste servicios diferentes a aquellos objetos del presente proceso licitatorio.

RESPUESTA: En razón de la naturaleza del Contrato que resultará adjudicado, la Entidad Contratante estableció los requisitos habilitantes que deberán acreditar los eventuales Proponentes, dentro de los cuales, para el caso de las Promesas de Sociedad Futura, se encuentra la necesidad de contar con un objeto único en los términos previstos en el Pliego de Condiciones, el cual, como se advierte a partir de la modificación incluida en la Adenda No. 1, comprende la ejecución del Contrato de Aporte y la prestación de los Servicios (tal y como estos están definidos en el Anexo



Técnico), incluyendo la posibilidad de “proveer y comercializar los servicios de telecomunicaciones bajo su riesgo y responsabilidad con la infraestructura instalada, atendiendo la normatividad y regulación aplicable vigente”⁸.

Así mismo, es pertinente advertir que, en razón del régimen de responsabilidad solidaria que se aplica para los miembros de las Promesas de Sociedad Futura que pretendan participar en la presente licitación, el requisito habilitante guarda coherencia con lo previsto en el Parágrafo 3° del artículo 7° de la ley 80 de 1993, según el cual, “En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios”.

No se procederá a eliminar la condición de Promesa de Sociedad Futura con Objeto Único. Sin perjuicio de lo anterior, mediante la Adenda No. 1 se procederá a aclarar en la exigencia del Objeto Único de las Promesas de Sociedad Futura, que el Contratista deberá prestar aquellos Servicios, en los términos previstos en los Documentos del Proyecto.

5. Teniendo en cuenta que los plazos dentro de los cuales se deben ejecutar las fases de Planeación implementación y puesta en funcionamiento del proyecto son más cortos que la entrega de los recursos de fomento, puede servir la fiducia que se constituye para el manejo de los mismos de garantía y fuente de pago de los recursos de crédito que obtenga el Contratista para financiar la construcción de la infraestructura?

RESPUESTA: No se acepta la observación. El anexo 4 anexo técnico define en que podrán ser invertidos los recursos de fomento

6. Solicitamos modificar la cláusula vigésima segunda del contrato de fiducia relacionada con la cesión del mismo, en tanto para realizar ésta se requiere no solo la autorización del FONDO TIC (como es lógico) sino también de la Fiduciaria, lo cual carece de justificación legal y técnica alguna y por el contrario coarta las posibilidades del contratista. Sugerimos respetuosamente la siguiente redacción. **CESIÓN:** *La Fiduciaria no podrá ceder este Contrato salvo autorización previa, expresa y escrita del Fideicomitente y del Fondo TIC. El FONDO TIC sólo podrá objetar la cesión del contrato de fiducia si en la misma se establecen modificaciones que contradigan o interpreten lo previsto en el Contrato de aportes. En caso que se establezcan estipulaciones que contradigan o interpreten lo previsto en el Contrato de Aportes, estas se tendrán por no escritas.*

⁸ Numeral 2.1. del Anexo Técnico.



7. *La autorización dada por el FONDO TIC a la Fiduciaria para ceder todo o parte de este Contrato, deja vigente, en todo caso, la responsabilidad de la Fiduciaria respecto a la parte que ella haya ejecutado en términos de este Contrato.*

RESPUESTA: De conformidad con lo previsto en el artículo 887 del Código de Comercio, en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. En atención de los términos previstos por el estatuto mercantil, no se procederá a modificar el Contrato de Fiducia, toda vez que el contenido de su cláusula vigésima segunda guarda coherencia con lo previsto en el Código de Comercio, pues se está limitando contractualmente la posibilidad de cesión del mismo contrato.

8. Por favor aclarar Cuantos son los representantes del Fideicomitente que participarán en el Comité Fiduciario, teniendo en cuenta que el contrato de fiducia refiere que será uno mientras que el numeral 1.9 Comité Fiduciario del Anexo 8 (Anexo Financiero: Fiducia, Desembolsos y Utilizaciones) establece que el Comité Fiduciario estará integrado por dos representantes del fideicomitente..

RESPUESTA: Se acepta la observación. Ver Adenda número 1.

9. Por favor aclarar lo consignado en el numeral 2.1.1 Consideraciones Generales del Anexo 8 en tanto dentro del mismo se señala que los desembolsos se efectuarán dentro de los treinta (30) días calendario siguiente a **la fecha de presentación de la cuenta de cobro correspondiente por parte de la fiduciaria**. Lo anterior porque si bien a la fiduciaria se le ceden los derechos económicos del contrato de aportes no así la posición contractual dentro del mismo, por lo que el llamado a presentar la cuenta de cobro o su equivalente es el contratista.

RESPUESTA : No se acepta la observación, la única cuanta de cobro que se tramita dentro del proceso tiene lugar frente a los recursos que se giren por concepto de anticipo, los demás deberán sr tramitados como ordena la ley, mediante factura atendiendo el régimen contributivo de los potenciales proponentes. Con las prevenciones de ley de que ese anticipo que mediante desembolso se requiera se girara a la fiduciaria quien le dara el manejo del patrimonio autónomo irrevocable tal como lo dispone la ley.



10. Numeral 3.3.1 Condiciones Jurídicas. Registro TIC. “En Respecto de Proponentes o miembros del Proponente Plural que aún no cuenten con una habilitación para la prestación de los servicios propios de la Licitación (concesión, licencia o título habilitante convergente), es necesario que éstos estén incluidos en el registro de TIC de conformidad con la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4948 de 2009. Esta circunstancia deberá ser señalada en la carta de presentación de la Propuesta.” Solicitamos amablemente se acepte que por lo menos uno de los miembros del proponente plural cuente con el registro TIC, y que los demás miembros se comprometan a adelantar y concluir el trámite de registro de TIC de conformidad con la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4948 de 2009 con anterioridad a la firma del Contrato, en caso de resultar Adjudicatarios del mismo.

RESPUESTA: Se acepta la observación. Ver adenda número 1. El Registro TIC será una condición de capacidad previa a la suscripción del contrato y se hará la manifestación o compromiso de su consecución de conformidad con las normas que lo reglamentan.

11. Numeral 3.3.4 Capacidad de Organización. Si el proponente se presenta en asociación, se debe presentar algún formato refleje la suma simple de los indicadores de capacidad de organización de los Miembros del Proponente o la Entidad procederá a realizar los cálculos con la información que suministren los proponentes de acuerdo a la documentación requerida en el numeral 3.3. .4.?

RESPUESTA: En el caso de Proponentes Plurales el Formato Anexo 5I deberá ser diligenciado de manera individual por cada uno de los Miembros. El valor de las capacidades organizacional del Proponente Plural será la suma simple de la de los Miembros el que concurran a la acreditación de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3.3.4

12. Numeral 3.3.5.1. Capacidad Financiera según el RUP. “El Proponente deberá acreditar una Capacidad Financiera de acuerdo al RUP como Proveedor de mínimo 130 puntos. La información financiera deberá ser con corte a 31 de diciembre de 2010 y deberá ser presentada en moneda legal colombiana, sin perjuicio de lo establecido para los Proponentes o miembros de Proponentes Plurales extranjeros en el Anexo 5B. En caso de participación plural la Capacidad financiera Cf será obtenida según lo establecido en el artículo 37, del decreto 1464 de 2010 y resultante de la suma de los puntajes obtenidos por concepto de i) Patrimonio, ii) Liquidez y iii) Endeudamiento. Sin embargo el puntaje de cada concepto se obtendrá de derivar el puntaje asociado del valor resultante de la suma simple en los siguientes rubros financieros: i) Activo total, ii) Pasivo Total, iii) Activo corriente, iv) Pasivo corriente y v) Patrimonio expresado en SMMLV, (...)”, con relación a este numeral solicitamos aclarar: a) En el caso de presentar la propuesta en asociación el Anexo 5B se debe



diligenciar por cada firma de la sociedad?. b) ¿Se debe diligenciar el Anexo 5B con la información consolidada de las empresas que conforman la sociedad o la Entidad realizará el cálculo del puntaje de la sociedad con base a la información diligenciada en el Anexo 5B por cada empresa?

RESPUESTA: Lo invitamos a consultar la Adenda No.1, por la cual se realizaron modificaciones al alcance del numeral 3.3.5.1. del Pliego de Condiciones. El Anexo 5B, en caso de Proponentes Plurales, se deberá diligenciar de manera individual por todos los Miembros del Consocio, sin perjuicio de que, de conformidad con lo previsto en el numeral 3.3.5.1. del Pliego de Condiciones, la Capacidad Financiera de los proponentes Plurales será obtenida según lo establecido en el artículo 37 del decreto 1464 de 2010, como resultado de la suma simple de los siguientes rubros financieros consignados en el RUP respecto de aquellos Miembros de Proponente Plural que sean señalados por el Proponente para la acreditación de la respectiva Capacidad Financiera, siempre y cuando todos y cada uno de los Miembros del Proponente que concurren a la acreditación de la Capacidad Financiera, tengan una participación en la respectiva forma asociativa (Consortio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura) no inferior al 20%, y deberán estar inscritos en el RUP en la actividad de Constructor o de Proveedor.

No existe ningún formato para que los Proponentes Plurales realicen directamente los cálculos de la Capacidad Financiera del respectivo Proponente Plural, por lo que los mismos serán realizados dentro del proceso de evaluación por parte de la Entidad Contratante.

- 13. Numeral 3.3.5.1. Capacidad Financiera según el RUP** “Los puntajes serán obtenidos así: El puntaje de patrimonio será el asociado al valor resultante de la suma simple del patrimonio en SMMLV. El puntaje de liquidez será el asociado al valor resultante de la suma simple del activo corriente sobre la suma simple del pasivo corriente. El puntaje de endeudamiento será el asociado al valor resultante de la suma simple del pasivo total sobre la suma simple del activo total. Las sumas simples se aplicarán solamente en aquellos miembros del Consortio o Unión Temporal que apliquen a proveedores (capacidad financiera proveedores).” Solicitamos aclarar: a) Para el caso de proponentes plurales la suma simple a la que hace referencia este numeral se realizará solo para las empresas nacionales que se encuentren registradas en el RUP en la actividad 3 Proveedor? b) En caso que alguna de las empresas de una asociación no esté inscrita **como proveedor** cómo se evaluará la capacidad financiera?. c?) Para una asociación conformada por una empresa nacional registrada en el RUP en la actividad 3 Proveedores y una empresa extranjeras sin sucursal en Colombia, cómo se realizará el cálculo con la suma simple?



RESPUESTA: Lo invitamos a consultar la Adenda No.1, por la cual se realizaron modificaciones al alcance del numeral 3.3.5.1. del Pliego de Condiciones.

De conformidad con lo previsto en el numeral 3.3.5.1. de los Pliegos de Condiciones, la suma simple a la que se refiere el mismo numeral para el cálculo de la capacidad financiera de los Proponentes Plurales se hará respecto de aquellos Miembros de Proponente Plural que sean señalados por el Proponente para la acreditación de la respectiva Capacidad Financiera, siempre y cuando todos y cada uno de los Miembros del Proponente que concurran a la acreditación de la Capacidad Financiera, tengan una participación en la respectiva forma asociativa (Consortio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura) no inferior al 20%, y estén inscritos en el RUP en la actividad de Constructor o de Proveedor.

14. ANEXO 5B – Capacidad Financiera. “LA INFORMACION FINANCIERA QUE APORTEN LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS SIN DOMICILIO EN COLOMBIA, SERA CONVERTIDA A PESOS COLOMBIANOS UTILIZANDO LA TASA REPRESENTATIVA DE MERCADO (TRM) VIGENTE AL 31 DE DICIEMBRE DE 2010. “ Solicitamos aclarar: a) Las empresas extranjeras sin sucursal en Colombia deben presentar los estados financieros apostillados en la **moneda del país de origen?**, b) En caso de requerir los estados financieros en pesos colombianos solicitamos aclarar si se deben firmar por un contador colombiano ó cómo debe ser esta documentación dado que en el Decreto 1464 no se establece la forma de presentación de este requisito solo trata el tema de la conversión. c) El anexo 5B para empresas extranjeras sin sucursal en Colombia se debe presentar convertida a pesos colombianos por el proponente ó en la moneda del país de origen?, d) El Anexo 5B para empresas extranjeras sin sucursal en Colombia lo debe presentar el proponente con la firma representante legal o con la firma del apoderado en Colombia?, e) ¿El Anexo 5B para empresas extranjeras sin sucursal en Colombia lo debe firmar un contador en Colombia o un contador del país de origen? Agradecemos sean más explícitos en estos temas dado que en los pliegos no se define y como se conoce estos temas son habilitantes.

a) **RESPUESTA:** De conformidad con lo previsto en el Anexo 5B, la información financiera que pretendan acreditar los Proponentes o Miembros de Proponentes Plurales deberá ser convertida a pesos colombianos para el diligenciamiento del respectivo formato, utilizando la Tasa Representativa del Mercado vigente al 31 de diciembre de 2010.



b) RESPUESTA: De conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la ley 222 de 1995, “El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros”. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente advertir que, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 43 de 1990, se entiende por contador público “la persona natural que, mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente ley, está facultada para dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, dictaminar sobre estados financieros, y realizar las demás actividades relacionadas con la ciencia contable en general”.

c) RESPUESTA: Ver respuesta a) anterior.

d) RESPUESTA: El Anexo 5B debe ser suscrito por el Representante Legal del Proponente o Miembro del Proponente Plural extranjero.

e) RESPUESTA: Ver respuesta d) anterior.

15. Numeral 4.1.1 Idioma y Documentos expedidos en el exterior “Todos los documentos públicos otorgados en países no miembros del Convenio de La Haya de 1961 y los privados otorgados en cualquier país extranjero, tendientes a acreditar cualquiera de los requisitos exigidos en los presentes Pliegos de Condiciones, deberán presentarse consularizados y legalizados en la forma prevista en los Artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil y el Artículo 480 del Código de Comercio. En el evento de documentos públicos, expedidos por autoridades de países miembros del Convenio de La Haya de 1961, se requerirá únicamente la Apostilla.” Solicitamos aclarar si los **documentos privados** para el caso de países que hacen parte del convenio de la Haya pueden apostillarse y no ser consularizados.

RESPUESTA: De conformidad con lo previsto en el numeral 4.1.1. de los Pliegos de Condiciones, los documentos privados otorgados en cualquier país extranjero tendientes a acreditar cualquiera de los requisitos exigidos en el Pliegos de Condiciones, deberán presentarse consularizados y legalizados en la forma prevista en los Artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil y el Artículo 480 del Código de Comercio.

16. Numeral 4.2.2.4 Documentación para demostrar el Cumplimiento de la experiencia acreditada: en este numeral requieren entre otra información la siguiente: ? Datos generales del beneficiario del servicio de transporte de señales acreditado (Nombre ó razón social, dirección, teléfono, fax). ? Objeto y/o alcance del



contrato mediante el cual se presta el servicio de transporte de señales acreditado. ? Plazo o duración de la ejecución del contrato dado en meses. (especificar las prórrogas) ? Fecha de suscripción y/o iniciación y terminación del contrato, expresadas en día, mes y año. ? En el evento de que la experiencia que se pretende acreditar se haya obtenido por el Proponente o miembro del Proponente Plural como resultado de su participación en un consorcio, unión temporal, o cualquier otra forma asociativa, la certificación deberá indicar el porcentaje de participación del Proponente o miembro del Proponente Plural en la respectiva forma asociativa.; solicitamos aclarar si en caso de ser una red propia se deben certificar los ítems descritos anteriormente dado que esta información que solicitan es para acreditar contratos de telecomunicaciones con un cliente específico. cliente específico.

RESPUESTA: Ver Adenda No. 1 por la cual se modificó el numeral 4.2.2.4 de los Pliegos de Condiciones.

17. Numeral 4.2.2.6 Documentación para demostrar el Cumplimiento de la experiencia probable para Proponentes extranjeros sin domicilio en Colombia. ¿La certificación a la que hace referencia este numeral debe ser firmada por el apoderado en Colombia o por representante legal de la empresa en el país de origen?

RESPUESTA: La certificación a que se refiere el numeral 4.2.2.6. debe ser suscrita por el Representante Legal del Proponente o Miembro del Proponente Plural extranjero.

18. ANEXO 5A. CARTA DE PRENTACIÓN DE LA PROPUESTA “18. Que con esta Carta pone a disposición del FONDO TIC los documentos que se detallan a continuación, declarando que se hace responsable de su contenido y veracidad” solicitamos aclarar a que documentos se refieren con este numeral.

RESPUESTA: El numeral 18 del anexo 5A del Pliego de Condiciones, hacen referencia a los documentos de la propuesta presentada.

19. Dentro de la asignación de riesgos nada dice respecto de las demoras en la entrega/desembolso de los recursos de Fomento por parte del Fondo TIC. Debe ser un riesgo asumido por el Fondo TIC y excluyente de responsabilidad en la ejecución de Fibra óptica. Pide se incluya y asigne el riesgo y las consecuencias de no generarse los desembolsos y los pagos por parte de la entidad en forma oportuna.

RESPUESTA: Se acepta la observación parcialmente. Ver respuesta observación 1 numeral 2 y adenda número 1.



Los riesgos de traslado oportuno de los recursos y pagos son un riesgo de la entidad. Referente a que esto se constituya un eximente de responsabilidad en la ejecución del proyecto; se tiene que los recursos serán desembolsados al patrimonio autónomo, pero solo podrá accederse a ellos a través de las utilizaciones sujetas al cumplimiento total, real y efectivo de las condiciones contractuales

OBSERVACIÓN 10. RICADRO TOBÓN DE ISA-INTERNEXA

1. Solicitamos ampliación para la presentación de la oferta, la fecha prevista es muy corta

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 1 y adenda 1.

2. El proyecto no es viable ejecutarlo en dos (2) años, mínimo se necesita cuatro (4) años para la construcción.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 1 y adenda 1.

3. No se deben considerar fibra de 24 hilos, se debe hablar solo de capacidad esta exigencia da lugar a que en algunos tramos de red por la topología se tenga que instalar fibras de 48, 96,... hilos.... Esto sería una ineficiencia para el proyecto.

RESPUESTA: No se acepta la observación. La cantidad de hilos requeridos para el cable de fibra óptica a instalar en el proyecto será el definido en el anexo 4 - anexo técnico, numeral 2.2.1.2.

OBSERVACIÓN 11. MARTHA BAHAMÓN DE RESTREPO DE TELEDIFUSION S.A.

1. Nos parece pertinente, se revise el objeto contractual en la minuta – ANEXO 6- que no obstante tiene un alcance principal, deja muy genérico dicho objeto. ¿ es la prestación a terceros del servicio de telecomunicaciones, en los municipios e instituciones públicas definidas contractualmente? Ello implica que es obligatorio prestarle todos los servicios de telecomunicaciones a los dos mil (2.000) entidades extendidas que no, pero conforme lo redacción del objetivo, pareciera que sí. Es necesario se aclare para que no haga interpretaciones de similares que quede propuestas.



RESPUESTA: De conformidad con lo previsto en la cláusula primera del Contrato de Aporte, es pertinente señalar que el mismo tiene por objeto la prestación a terceros del Servicio (tal y como está definido en el Anexo 9 de los Pliegos de Condiciones en consonancia con el Numeral 2.1. del Anexo Técnico) en los municipios y a las instituciones públicas definidos contractualmente, para lo cual el FONDO TIC aportará unos Recursos de Fomento y el Contratista desarrollará para sí una red de fibra óptica, la operará y mantendrá y asumirá la gestión de los servicios en los términos y condiciones establecidos en el presente Contrato.

Con el propósito de definir el alcance de los servicios que deberán o podrán ser prestados por el Contratista, es pertinente también hacer referencia al contenido de la cláusula segunda del Contrato de Aporte, en donde de manera expresa se señaló que, durante la Fase 3 del Proyecto, denominada “Operación”, “(...) el Contratista destinará sus medios, recursos, personal, experiencia y conocimientos suficientes y necesarios para operar la red de fibra óptica objeto del presente Contrato y para prestar los Servicios (tal y como está definido) sobre la misma red de conformidad con lo previsto en el presente Contrato y su Anexo Técnico (...)”. Así mismo es menester referirse a la definición que del término “Servicios” se incluyó en el Anexo No. 9 de los Pliegos de Condiciones, en donde se dispone que por tales se entenderán el “Servicio de Transporte, y servicio de acceso a Internet de banda ancha para las instituciones públicas bajo los Aspectos de Calidad, Niveles de Servicio y demás requisitos establecidos en el contrato y en el anexo técnico”.

En atención de anterior, y con el propósito de absolver la inquietud propuesta, es pertinente reiterar que el objeto del Contrato comprende la prestación de los Servicios de conformidad con la definición que de los mismos se incluyó en el Anexo No. 9 de los Pliegos de Condiciones, y en plena consonancia con el alcance que de ellos se incluyó en el Anexo Técnico, y en concreto en su numeral 2.1., sin perjuicio de lo cual, el Contratista tendrá “(...) *plena libertad de proveer y comercializar los servicios de telecomunicaciones bajo su riesgo y responsabilidad con la infraestructura instalada, atendiendo la normatividad y regulación aplicable vigente*”.

Con el propósito de limitar el alcance de los Servicios que habrá de prestar el Contratista, mediante adenda se modificará el texto del objeto del Contrato de Aporte para hacer referencia a lo aquí contestado.

2. Tienen que existir obligatoriamente un miembro del proponente plural inscrito en el RUP, esto me lo pone en el pliego. La experiencia probable la debe acreditar el que esa inscrito en el RUP? O puede otro miembro del proponente plural? (3.3.3). es necesario aclarar porque parece que la EP lo debe acreditar el del RUP.



Adelante en los numerales 3.3.4. y 3.3.5.1 se dice claramente que pueden su destrates el que acredite el registro con el RUP y el acredite la experiencia portable.

RESPUESTA: De conformidad con el numeral 3.3.2. de los Pliegos de Condiciones, todas las personas jurídicas nacionales o extranjeras que pretenden participar en la presente Licitación como miembro de un Proponente Plural, deberán acreditar que están inscritos en el Registro Único de Proponentes. Adicionalmente, al menos uno de los miembros del Proponente Plural deberá estar inscrito en el RUP en la Actividad 3 (Proveedor), Especialidad 33.

El puntaje exigido por concepto de Experiencia Probable como Proveedor en los términos del numeral 3.3.3., en los casos de Proponentes Plurales, podrá ser acreditado por uno solo de los miembros del Proponente respectivo, sin perjuicio de que el miembro que pretenda acreditar dicho requisito sea el mismo que acreditó la inscripción en el RUP en la Actividad 3 (Proveedor), Especialidad 33, u otro que también esté inscrito en el RUP en la Actividad 3 (Proveedor), Especialidad 33 y así lo acredite.

3. Solicitamos ampliar el plazo de la construcción de la red

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 2 y adenda 1.

4. Modificar el plazo de cierre -> frente a las adendas. No es fiable ajustar y terminar la oferta en el tiempo tal edicto después de la última adecuación.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 1 y adenda 1. En el evento que al momento de emitirse una adenda que implique modificación sustancial de lo establecido en el pliego de condiciones, igualmente se validara si es necesario o no ampliar el cronograma y la fecha definida para el cierre del proceso y recepción de propuestas.

5. Solicita mayor claridad en la descripción y exigencia de los requisitos habilitantes del numeral 3.3.3 en cuanto a la experiencia probable, pareciera que quien tiene que acreditar es el que está inscrito en el RUP cuando hablamos del proponente plural.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 11 numeral 2



6. Frente al requisito de la capacidad de organización, quien la acredite no tiene que acreditar experiencia probable.

RESPUESTA: Ver Adenda No. 1, por la cual se modificó el alcance del numeral 3.3.4. de los Pliegos de Condiciones. De conformidad con lo previsto en el nuevo texto del numeral 3.3.4 del Pliego de Condiciones, en caso de participación de Proponentes Plurales, la Capacidad de Organización se podrá cumplir mediante la suma simple de las Capacidades de Organización que ostenten aquellos Miembros del Proponente con los que se pretenda acreditar dicha Capacidad de Organización, los cuales, deberán tener una participación en la respectiva forma asociativa (Consortio, Unión Temporal o Promesa de Sociedad Futura) no inferior al 20%.

OBSERVACIÓN 12. MARÍA DEL PILAR CUELLAR S. DE COMCEL S.A.

1. Se solicita se aclare si el requisito legal del registro TIC previsto en el pliego como requisito habilitantes para presentar propuesta se cumpla con los títulos habilitantes expedida en la de la vigencia de la ley 1341 de 2009 aun cuando estos tengan vigencia inferior a la del contrato y el registro.

RESPUESTA: Se acepta la observación. Ver adenda número 1. El Registro TIC será una condición de capacidad previa a la suscripción del contrato y se hará la manifestación o compromiso de su consecución de conformidad con las normas que lo reglamentan.

2. Igualmente se solicita se aclare el alcance de la fase:” No obstante los criterios, en caso de que dicho título tenga una urgencia inferior a la del contrato que se derive de la licitación, el contratista deberá contar con la habilitación general establecida en el arti. 10 de la ley 1341 2009 durante el tiempo de ejecución del contrato”.

- En qué momento se debe cumplir con dichas premisas?
- Son suficientes para presentarse los títulos vigentes hoy, y el registro?



RESPUESTA: Se acepta la observación. Ver adenda número 1. El Registro TIC será una condición de capacidad previa a la suscripción del contrato y se hará la manifestación o compromiso de su consecución de conformidad con las normas que lo reglamentan.

OBSERVACIÓN 13. FRANCISCO CASTRO DE TELBROAD S.A.S.

1. Es necesario ampliar el plazo de presentación de ofertas, toda vez que las adendas aclaratorias tan solo se expedirán hasta el cinco (5) de septiembre, siendo imposible prepara una oferta en 4 días

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 1 y adenda 1.

2. Es necesario expedir normativa especial en materia de interconexión de redes. La red del proyecto estará lista en el mes 24, siendo imposible interconectar la red en un plazo no inferior a 6 meses. in.

RESPUESTA: Se acepta la observación ver adenda número 1.

3. Se debe contar con norma especial para analizar la interconexión para este proyecto pues los operadores establecidos generalmente demoran 6 meses una interconexión.

RESPUESTA: Para la prestación de servicios de transporte el contratista deberá cumplir con lo reglado en el numeral 2.1.1 del anexo 4 – Anexo Técnico del Pliego de Condiciones; sin embargo, *“...En el caso que el Contratista requiera la utilización de redes de terceros, y por causas imputables a éstos terceros no pueda garantizar el servicio de transporte desde y/o hacia el municipio beneficiado, deberá acudir a las instancias que apliquen según normatividad y regulación vigente. En este caso la Entidad Contratante podrá evaluar la aplicación de una suspensión de obligaciones de manera exclusiva para dicho municipio...”*

4. Ampliar el plazo de construcción de la red a 36 meses. Todos los operadores establecidos han señalado la imposibilidad de hacerlo en 24 meses.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 2 y adenda número 1.

5. El objeto del contrato no puede ser la prestación de servicios de Telecomunicaciones, pues en este caso solo se prestara el servicio portador y no servicios hasta el usuario final.



RESPUESTA: Ver respuesta observación 11 numeral 1.

6. Adicionalmente la habilitación para prestar servicios de Telecomunicaciones la hace la ley 1341 por lo cual no es necesario dar esa autorización por contrato estatal.

RESPUESTA: No es correcta la interpretación. La ley de telecomunicaciones citada por el observante define taxativamente las condiciones que deben cumplir los prestatarios de servicios TIC, requisito que debe cumplirse además de los habilitantes exigidos por la ley a quienes pretendan contratar con el estado y los demás requisitos definidos por el artículo 1502 del Código Civil.

7. Manifiesta que el plazo dado para interconexión de cuatro meses es imposible cumplirlo.

RESPUESTA: Ver respuesta a la observación 13, numeral 3.

8. Para ellos no es claro que se trate de un contrato de prestación de servicios, requieren que se explique en que consiste el tema hasta usuario final.

RESPUESTA: Ver respuesta a la observación 1 presentada antes de la audiencia de riesgos y a la observación 11 numeral 1 de la audiencia de aclaraciones.

OBSERVACIÓN 14. JORGE ALBERTO DÍAZ GOMEZ DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A

De acuerdo con lo establecido en el numeral 3.2.3 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 2011, a continuación presentamos las observaciones y comentarios de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (En adelante TELEFÓNICA TELECOM) respecto del Pliego de Condiciones y los anexos de la mencionada licitación pública.

Para exponer de una manera ordenada y debidamente sustentada los planteamientos que siguen nos referiremos, en primer lugar, a la observación que nos merece reparo para luego, en un segundo tramo, desarrollar los argumentos jurídicos que sustentan nuestra objeción. Concluirá nuestro razonamiento con la solicitud que, de atenderse favorablemente, le asegurará al proceso de selección proyectado su entera conformidad, con el ordenamiento jurídico vigente y la realidad del mercado de las telecomunicaciones.



1 (Números 3.2 y 3.2.1 del Pliego de Condiciones)

La Observación:

“3.2.1 Plazo de la Licitación

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el plazo de la presente Licitación, se entiende como el término que transcurrirá entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la del cierre de la Licitación, de acuerdo con la Tabla 2 - Duración y plazos del proceso de la Licitación Pública.”

El análisis:

De acuerdo con la Tabla No. 2 y el numeral 3.2.1 el Plazo de la Licitación está comprendido entre el 3 de agosto y el 9 de septiembre de 2011. Teniendo en cuenta la complejidad del proceso y de la elaboración de la propuesta a presentar por los interesados, consideramos necesario que en aplicación del inciso segundo del numeral 5 del artículo 30 de la ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 89 de la Ley 1474 de 2011) se prorrogue el plazo mencionado, por el término máximo definido en la citada norma, esto es, hasta por un término equivalente a la mitad del inicialmente fijado.

La solicitud:

Con fundamento en las consideraciones expuestas, respetuosamente solicitamos modificar los numerales 3.2 y 3.2.1 del Pliego de Condiciones con el objeto de ampliar el plazo de la licitación hasta por el máximo término permitido por la ley y en consecuencia las fechas ciertas posteriores a la misma que se incluyen en la Tabla No. 2 Duración y plazos del proceso de la licitación pública.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 1 y adenda número 1.

2 (Números 2.1 y 2.3 del Pliego de Condiciones, Anexo 8 numerales 1.1, 1.3, 2., 2.1.2, Anexo 6 Cláusula 15 y Documento de Estudios previos Numeral 4.6)



La Observación:

“2.1 ALCANCE DEL PROYECTO

(...) El Proyecto contempla una etapa de planeación, instalación y puesta en servicio, y posteriormente una etapa de operación. Ver tabla 1, correspondiente al Cronograma donde se detallan las fases del Proyecto.

(...)

Una vez instalada la infraestructura en los municipios, ésta entrará en una etapa de operación y administración durante 15 años en condiciones de libertad de empresa y libre competencia, es decir, sin ninguna garantía o expectativa de exclusividad en la cobertura de fibra óptica y en la prestación de los servicios...”

El análisis:

De acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones el proyecto tiene claramente definidas 3 etapas que pueden para efectos contractuales reducirse a 2: una compuesta por las fases de Planeación e instalación y la segunda correspondiente a la operación de la red.

De acuerdo con el análisis efectuado, esta realidad en cuanto a las etapas del proyecto, es reconocida en los documentos contractuales, salvo en lo relacionado con la utilización de los recursos del aporte y la vigencia del fideicomiso. A esta conclusión llegamos cuando, a pesar de que se indica que la totalidad de los recursos del aporte podrán ser utilizados por el contratista al finalizar el mes 28 de ejecución del proyecto, se obliga a que la duración del contrato de fiducia y por tanto del fideicomiso sea igual a la del contrato de aporte, esto es, 17 años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio.

Adicional a lo anterior, la entidad contratante ha manifestado que con los recursos del aporte no pueden cubrirse gastos de operación del proyecto, lo que desde nuestro punto de vista no es coherente con la duración definida para el contrato de fiducia y del fideicomiso y con el cronograma de utilidades del aporte.

A diferencia de anteriores programas y proyectos del Programa Compartel, en los cuales se consideraban utilidades durante la etapa de operación de los mismos, ya que con los recursos del aporte se permitía cubrir este tipo de costos, en el presente proyecto se establece que las utilidades sólo se dan hasta el mes 28, lo que en nuestro concepto



debe armonizarse con lo definido en el numeral 2.1 (Alcance del Proyecto) cuando se indica que: “... Una vez instalada la infraestructura en los municipios, ésta entrará en una etapa de operación y administración durante 15 años en condiciones de libertad de empresa y libre competencia...” (Subrayado fuera de texto).

Dicha armonización se logra en nuestro concepto, bien sea: i) permitiendo la utilización de los recursos del aporte para cubrir OPEX del proyecto o ii) modificando los documentos del proceso contractual para establecer que la exigencia del fideicomiso y por tanto la duración del contrato de fiducia sería máximo hasta la fecha máxima definida para la utilización de los recursos del aporte (mes 28).

Adicionalmente consideramos que debe establecerse de manera clara y expresa en el contrato de aporte, en el Pliego de condiciones y en el anexo 8 del mismo, que una vez el contratista cumpla con los requisitos definidos para la última utilización de recursos del aporte (Certificación de Estabilización de la Red Grupo 3 y Aprobación del Informe Final de Implementación del Proyecto), este tendrá derecho a solicitar al a la fiduciaria que se le entregue el saldo remanente de los recursos del aporte disponibles en el FIDEICOMISO ya que estarían cumplidas las condiciones exigidas por el Ministerio y no tendría razón de ser que se deba esperar hasta finalizar los 17 años del proyecto para poder recibir dicho remanente. Lo anterior obviamente sin perjuicio de lo definido en el numeral 1.8 del Anexo 8 sobre los rendimientos que se generen con los recursos de fomento desembolsados por EL FONDO TIC.

RESPUESTA: Las actividades comprendidas en la ejecución del Proyecto, tales como el diseño, instalación y puesta en marcha de una red de fibra óptica, así como la operación, mantenimiento y gestión de la red y el Servicio de Transporte y de acceso a Internet de banda ancha para entidades públicas, son actividades que el Contratista realizará para si o para terceros, y en ningún caso para corresponder a manera de contraprestación o precio al aporte de Recursos de Fomento hecho por la Entidad Contratante.

En el presente Proyecto los Recursos de Fomento están destinados a la adquisición de infraestructura nueva que se requiera para cumplir con el objeto del mismo. En plena concordancia con lo anterior, en el numeral 2.1. del Pliego de Condiciones se advierte que es responsabilidad exclusiva de cada Proponente, la elaboración del plan de negocio que prevea el análisis de todos los costos y gastos, incluyendo el capital, costos financieros y de financiación, gastos de operación y mantenimiento, costos de operación, impuestos, imprevistos y utilidades derivados de la ejecución del Proyecto; considerando las condiciones operacionales, sociales, políticas, económicas, topográficas, meteorológicas, ambientales, geográficas, así como las condiciones de las carreteras, las vías de acceso, las relaciones con las comunidades, y la disponibilidad y calidad de materiales e instalaciones temporales, servicios públicos, equipos,



transporte, mano de obra, etc., en cuanto el Proponente entiende que sus actividades de diseño, instalación, operación y mantenimiento serán enteramente de su cuenta y riesgo, salvo lo que explícitamente se exceptúe de dicha regla en el Pliego de Condiciones y en la Minuta del Contrato. En ese orden de ideas, es responsabilidad también del Proponente tomar en consideración, dentro de su modelo de negocios, aquellos posibles ingresos que se puedan generar con ocasión de la prestación a terceros de los Servicios (tal y como está definido). Así mismo es menester recordar que el plan de negocios de los Proponentes no será conocido por el FONDO TIC, razón por la cual, la Entidad Contratante no tendrá responsabilidad alguna por cualquier disparidad que pueda presentarse entre el mismo y los resultados reales de la ejecución del Contrato.

El presupuesto oficial de la Licitación, es el valor total que puede aportar el Estado para la ejecución del proyecto, considerándose con ello cumplida su obligación de fomento determinada legalmente.

En atención a la segunda inquietud planteada en el presente numeral, es pertinente señalar que la duración del Contrato de Fiducia está necesariamente ligada con la duración de ejecución del Proyecto Nacional de Fibra Óptica, toda vez que en el Patrimonio Autónomo que se constituya se mantendrá la propiedad de la infraestructura necesaria para la debida prestación de los Servicios hasta la expiración del plazo del Contrato de Aporte, sin perjuicio de que haya ciertos segmentos de la misma que vayan siendo liberados de conformidad con lo establecido en los Documentos del Proyecto. En ese orden de ideas, durante la vigencia del Contrato de Aporte, es necesario mantener vigente el Patrimonio Autónomo encargado de administrar la infraestructura para la ejecución del objeto contractual, la cual, por otra parte, también sirve de garantía para la Entidad Contratante en los eventos de terminación del Contrato de Aporte de conformidad con lo allí previsto.

3 (Numeral 2. Aspectos Técnicos. Anexo Técnico)

La Observación:

En el documento se lista la infraestructura que se podría adquirir con cargo al Aporte: cables y nodos de fibra óptica, obras civiles, elementos activos y pasivos, sistema de soporte, redes de acceso, entre otros.

El análisis:



Para capturar eficiencias en el uso de recursos y así, maximizar el número de poblaciones beneficiadas por el proyecto, los tendidos de fibra óptica para la conexión de al menos 400 municipios podrían usar infraestructura existente de tipo vial, eléctrica, férrea, de oleoductos o gasoductos.

La solicitud:

Sin perjuicio de la solicitud que hemos reiterado en el sentido de dar libertad al adjudicatario para incluir en su plan de negocios el pago de otros gastos no contemplados hasta ahora con los recursos del aporte, se solicita al MINTIC autorizar al adjudicatario para destinar parte del Aporte al pago de derechos de uso o de paso de infraestructura existente para el tendido de la fibra óptica.

Excluir el uso de los recursos para tal fin, fomenta la duplicidad de infraestructura, generando una ineficiencia que se traduce, a la postre, en un menor número de municipios y hogares cubiertos por la red nacional de fibra.

RESPUESTA: [Ver respuesta numeral anterior](#)

4. (Numeral 2.1. Servicios. Anexo Técnico)

La Observación:

“Para el servicio de transporte, el Contratista deberá definir una oferta básica para la capacidad de un (1) Mbps/mes en un contrato a 12 meses, entre cualquiera de los municipios conectados por el proyecto y cada una de las 4 principales¹ ciudades del país, que no podrá exceder el siguiente valor:

Valor Máximo Mbps/mes = COP 1.800.000

Este valor será ajustado por IPC menos el Factor de Productividad definido en el literal 1 del Anexo 01 de Resolución CRT 1763 de 2007 (y las normas que lo modifiquen), que corresponde al 2%. Este ajuste se aplicará a partir del año 2012.



El Contratista tendrá libertad para definir ofertas comerciales diferentes en capacidad, plazos, etc. a la citada anteriormente, las cuales se regirán por la regulación y normatividad que aplique.”

El análisis:

Telefónica llama la atención sobre los riesgos asociados al alcance de ésta oferta básica. Al definir el servicio de transporte correspondiente a la oferta básica como aquel que se presta entre cualquiera de los municipios conectados por el proyecto y cada una de las 4 principales ciudades del país, cuyo precio máximo es de COP \$1'800.000, ésta remuneración cubriría no sólo la infraestructura desarrollada con recursos del proyecto para conectar al municipio nuevo a la red de fibra óptica existente, sino también, cualquier tramo de la fibra existente que sea utilizado para comunicar a este municipio nuevo con Bogotá, Cali, Medellín o Barranquilla.

De implementarse esta definición de la Oferta Básica se corren dos riesgos:

- Que el precio de referencia resulte insuficiente para remunerar tanto la infraestructura nueva (cofinanciada por el proyecto), como la existente.
- Que el precio regulado de la Oferta Básica se convierta, de manera tácita, en el referente de precios del mercado portador, que, como se ha argumentado desde 2008 a la Comisión, es un mercado con competencia suficiente en las rutas de mayor demanda, y caracterizado por la negociación de paquetes de rutas y no de tramos aislados. Esto generaría una distorsión inmediata en el mercado.

La solicitud:

Por lo anterior, se solicita al MINTIC que la Oferta Básica corresponda al servicio de transporte que se preste entre cualquiera de los municipios conectados por el proyecto **y su punto de conexión a la red existente**, garantizando que ese punto de conexión con la red existente permite la comunicación entre el municipio nuevo y alguna de las cuatro principales ciudades del país.

RESPUESTA: No se acepta la observación. La entidad se ratifica en los requerimientos descritos en el numeral 2.1.1 del anexo 4 – Anexo Técnico, del Pliego de Condiciones.



5. (Numeral 2.1.2 Utilización de los recursos de fomento. Anexo 8)

La Observación:

“Las obligaciones del operador para la obtención de los respectivos pagos son, entre otras:

- i) Entrega del Documento General de Planeación*
- ii) Entrega del Informe Detallado de Ingeniería y Operación, Plan de Instalación y Puesta en Servicio, Plan de Mantenimiento, Plan de Gestión Ambiental de Proyecto Grupo 1, 2 y 3.*
- iii) Adquisición de Infraestructura Grupo 1, 2 y 3*
- iv) Tendido de la red de fibra óptica, Instalación de equipos activos y Comisionamiento, Instalación de solución de acceso en municipios y entidades Públicas, Verificación de la Puesta en Servicio Grupo 1,2 y 3*
- v) Estabilización de la Red Grupo 1, 2 y 3.*
- vi) Entrega de Informe Final de Implementación del Proyecto”*

El análisis:

Dentro del desarrollo del proyecto, muchas de las actividades serán ejecutadas directamente por el Contratista, es decir, sin la intervención de terceros que provean directamente bienes o servicios y con los que se tendrían contratos específicos. Así, se entiende que el Adjudicatario del proceso puede facturar directamente a la fiducia por las actividades que él mismo desarrolle.

La solicitud:

Agradecemos confirmar si el Contratista puede presentar a la fiducia cuenta de cobro, previamente autorizada por la interventoría / entidad contratante, para que sean remunerados bienes y servicios que el mismo provea para el desarrollo del proyecto.



RESPUESTA: Los recursos de fomento podrán ser utilizados en las condiciones que se describen en el Anexo Técnico Numeral 2, sujeto a las condiciones del Anexo Financiero, y en general, de acuerdo a las disposiciones incluidas en los documentos del proceso en cuanto a utilidades e inversiones del proyecto.

6. (Numeral 2.3 Plazo de Ejecución. Pliego de Condiciones; Numeral 1.1. Alcance. Anexo Técnico)

La Observación:

“El Contratista tendrá hasta dos (2) años, a partir de la firma del acta de inicio, para la planeación, diseño, instalación y puesta en servicio de la infraestructura en todos los municipios.”

El análisis:

La dispersión y dificultades en el acceso de las localidades incluidas en el proyecto, la insuficiencia de mano de obra calificada en el país para realizar el despliegue previsto de los tendidos de fibra, los tiempos asociados a la importación y nacionalización de equipos, los tiempos para realizar la consecución de permisos, autorizaciones de índole nacional y municipal, negociación de servidumbres y derechos de uso de infraestructura de terceros, consultas previas que se tienen que realizar con el Ministerio del Interior y Justicia para conseguir la aprobación del paso de la red por territorios de comunidades indígenas y las correspondientes negociaciones con las mismas, serían solo algunos factores que impedirían la construcción de red en 18 meses.

Por lo anterior, Telefónica, al igual que muchos operadores con amplia experiencia en el tendido de redes de fibra óptica en el país, ha manifestado reiteradamente que considera que un tiempo de 2 años es insuficiente para el despliegue y puesta en servicio de la red según las condiciones del proceso. Asumir la responsabilidad de conectar al menos 400 municipios con fibra Óptica en este plazo es riesgoso para cualquier interesado en el proceso.

La solicitud:

A la solicitud de ampliar el plazo de 2 años, el MINTIC en su documento de respuestas a inquietudes del sector responde: *“La experiencia del FONDO TIC en proyectos de infraestructura de fibra óptica desarrollados en los últimos años, permiten asegurar que el tiempo contemplado para las fases de planeación, instalación y puesta en servicio es*



prudente. Adicionalmente, los tiempos han sido ratificados por varias compañías del sector, durante el proceso de análisis y estructuración del proyecto”. Agradecemos aclarar cuál es la experiencia a que hace referencia el ministerio y quienes son las compañías del sector que confirman que el proyecto puede desarrollarse en este período.

Lo anterior, considerando que los operadores con experiencia en el despliegue de redes de fibra y con amplio conocimiento en la geografía nacional y todas las particularidades que inciden en los tendidos de fibra tanto por carreteras como por redes eléctricas, como son Telefónica, Edatel, Internexa, UNE, Telmex, entre otras, son precisamente quienes han manifestado que el tiempo sería insuficiente.

Así, Telefónica solicita nuevamente reconsiderar este plazo para el despliegue y puesta en servicio, y ampliarlo un año más.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 2 y adenda número 1.

7. (Numeral 2.2.1.3. Nodo de Fibra Óptica. Anexo Técnico)

La Observación:

“El contratista será el único responsable del diseño y del dimensionamiento del nodo de fibra óptica, para lo cual deberá tener en cuenta la potencial demanda que pueda existir en cada municipio sin que esto lo exima de la obligación de prestar servicio de coubicación a quien lo solicite, bajo las normas y regulación aplicable, como en la que respecta a instalaciones esenciales.”

El análisis:

Tal como está definida la obligación de coubicación parecería ser una obligación de carácter ilimitado, esto es, que en todos los casos se debe prestar dicho servicio a quien los solicite. Ahora bien, en el documento denominado “DOCUMENTO DE RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS SOBRE LOS DOCUMENTOS Y PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES DEL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA NO. 002 DE 2011” (Página 164) se estableció por parte de la entidad contratante que “...La disponibilidad de espacio requerido para prestar el



servicio de coubicación, deberá estar alineado con el plan de negocio que tenga el operador para cada uno de los municipios a beneficiar con el proyecto...” y en otra de las respuestas del mismo documento (página 184) se indica que: “... Con base en lo definido en el anexo 4 – anexo técnico, se deberá permitir el acceso a coubicación a quien lo solicite, atendiendo regulación y normatividad referente a instalaciones esenciales...”

Ahora bien, de acuerdo con la regulación vigente para el caso del servicio portador, la coubicación no es considerada como una instalación esencial, por lo tanto no entendemos el condicionamiento que se define en el Pliego sobre este tema, puesto que se estaría yendo más allá de lo definido en la regulación.

Esta obligación de coubicación limita o por lo menos condiciona la solución técnica que pretenda definir el interesado en su plan de negocios, puesto que es claro que no es posible técnicamente brindar coubicación, por ejemplo, en un armario tipo gabinete pasivo MDF sobre espacio público. En este sentido, consideramos que debe darse libertad al operador para definir el diseño de su solución y solo en caso que sea viable desde el punto de vista técnico y económico, deba garantizarse la coubicación.

La solicitud:

De acuerdo con las anteriores consideraciones, solicitamos acotar el alcance de la obligación de coubicación a los casos en que sea técnica y financieramente viable para el adjudicatario, de acuerdo con su plan de negocios y la solución técnica implementada.

RESPUESTA: [Ver respuesta observación 5 numeral 6](#)

OBSERVACIÓN 15. REALIZADA POR DIANA ROJAS DE UNE EPM TELECOMUNICAICONES S.A.

1. Se modifique el cronograma propuesta ampliada sus fechas, sobre todo la fecha de presentación de la propuesta.



RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 1 y adenda número 1.

2. Se modifique el termino propuesta, para la etapa de implementación del proyecto de 2 años a un mínimo de 3 años

RESPUESTA: Se acepta la observación ver adenda número 1.

3. Se incluyan en el capex, los derechos de uso de infraestructura.

RESPUESTA: Las actividades comprendidas en la ejecución del Proyecto, tales como el diseño, instalación y puesta en marcha de una red de fibra óptica, así como la operación, mantenimiento y gestión de la red y el Servicio de Transporte y de acceso a Internet de banda ancha para entidades públicas, son actividades que el Contratista realizará para sí o para terceros, y en ningún caso para corresponder a manera de contraprestación o precio al aporte de Recursos de Fomento hecho por la Entidad Contratante.

En el presente Proyecto los Recursos de Fomento están destinados a la adquisición de infraestructura nueva que se requiera para cumplir con el objeto del mismo. En plena concordancia con lo anterior, en el numeral 2.1. del Pliego de Condiciones se advierte que es responsabilidad exclusiva de cada Proponente, la elaboración del plan de negocio que prevea el análisis de todos los costos y gastos, incluyendo el capital, costos financieros y de financiación, gastos de operación y mantenimiento, costos de operación, impuestos, imprevistos y utilidades derivados de la ejecución del Proyecto; considerando las condiciones operacionales, sociales, políticas, económicas, topográficas, meteorológicas, ambientales, geográficas, así como las condiciones de las carreteras, las vías de acceso, las relaciones con las comunidades, y la disponibilidad y calidad de materiales e instalaciones temporales, servicios públicos, equipos, transporte, mano de obra, etc., en cuanto el Proponente entiende que sus actividades de diseño, instalación, operación y mantenimiento serán enteramente de su cuenta y riesgo, salvo lo que explícitamente se exceptúe de dicha regla en este Pliego de Condiciones y en la Minuta del Contrato. En ese orden de ideas, es responsabilidad también del Proponente tomar en consideración, dentro de su modelo de negocios, aquellos posibles ingresos que se puedan generar con ocasión de la prestación a terceros de los Servicios (tal y como está definido). Así mismo es menester recordar que el plan de negocios de los Proponentes no será conocido por el FONDO TIC, razón por la cual, la Entidad Contratante no tendrá responsabilidad alguna por cualquier disparidad que pueda presentarse entre el mismo y los resultados reales de la ejecución del Contrato.

El presupuesto oficial de la Licitación, es el valor total que puede aportar el Estado para la ejecución del proyecto, considerándose con ello cumplida su obligación de fomento determinada legalmente.



OBSERVACIÓN 16. TELMEX

Como es de su conocimiento, es de gran importancia para TELMEX poder participar en el proceso de la referencia. Sin embargo con preocupación observamos que nuestros comentarios al borrador de pliegos del proceso no fueron tenidos en cuenta, lo que a nuestro juicio y de manera injustificada impide que una empresa con la solidez financiera de TELMEX pueda hacer parte de dicho proceso.

El objetivo de los cometarios presentados en diferentes oportunidades, ha sido de buscar la participación de empresas con capacidad financiera demostrable para soportar un proyecto como el pretendido. Sin embargo, aunque la RESPUESTA dada por el programa COMPARTEL frente al índice de endeudamiento, se soporta en la garantía de la participación plural de oferentes, se está generando un trato discriminatorio para las empresas con eficiencia financiera como índice de endeudamiento inferior al 40% y se traduce en el favorecimiento de proveedores con un mayor endeudamiento.

Por lo anterior se solicita que el puntaje mínimo solicitado para evaluar la capacidad financiera de los participantes sea de 80 puntos de forma que Empresas como TELMEX COLOMBIA, que tienen un endeudamiento menor y una sólida situación financiera puedan participar en el proceso licitatorio, sin eliminar la posibilidad de participación de empresas con el nivel de endeudamiento mayor, si bien, Telmex no cuenta con los indicadores exigidos en el pliego de condiciones de la Licitación, esta situación no refleja una debilidad o menos capacidad de operación ya que como se explica en el Documento Anexo, este comportamiento se debe características inherentes de la operación del negocio y los proyectos que permitieron fortalecer a la empresa operativa y financiera en el 2010.

Los indicadores financieros de TELMEX COLOMBIA S.A. son el reflejo de su dinámica de crecimiento en cuanto a inversión, cobertura y clientes, y su política corporativa para el manejo de los recursos financieros. Según los Estados financieros con el corte a 31 de diciembre de 2010 nuestros indicadores son los siguientes:

INDICADOR	TELMEX COLOMBIA S.A., s 31-Dic-2010
Capital de Trabajo (Millones de Col S)	(\$290.343.7)
Índice de Liquidez	0,45
Nivel de Endeudamiento Total	0,25

Con estos indicadores el puntaje obtenido por TELMEX según el Artículo 37 del Decreto 1464 de 2010 atinentes al puntaje de capacitación financiera para proveedores es el siguiente:



INDICADOR	Formula	Decreto 1464/2010		Puntaje Telmex
		Desde	Hasta	
Índice de Liquidez	Activo Corriente/ Pasivo Corriente	0	0,49	-40
Índice de Endeudamiento	Pasivo Total/ Activo Total	20	39,99	20
Patrimonio	SMMLV	51.673	Mayores	100
TOTAL PUNTOS				80

Las circunstancias de negocio especifican que determinan estos indicadores en los Estados Financieros de TELMEX COLOMBIA S.A. se describen a continuación:

1. Durante el año 2010 se llevó a cabo una inversión de Col\$410.493 millones en adquisición de equipos para la ampliación de infraestructuras de res y la atención de servicio a los clientes finales. Las obligaciones generadas por estas inversiones sean pagadas en menos de un año, aumentado así el Pasivo Corriente. Sin embargo, la contraparte de este valor se clasifica dentro el Activo Fijo por lo que el Capital de Trabajo Neto y el Índice de Liquidez se ven afectados en forma directa. A manera ilustrada al incluir la inversión de 2010 en el activo corriente se obtiene un Capital de Trabajo Neto de Col\$120.149 millones y un Índice de Liquidez de 1,23. Es importante mencionar que el Pasivo Corriente corresponde a conceptos relacionados solamente con la inversión y operación de infraestructuras de la red.
2. Para el año 2010 se logró un nivel de EBITDA de Col\$371.771 millones, 72% superior al año inmediatamente anterior, demostrando que la compañía cuenta con la suficiente capacidad para generar un flujo de caja positivo y llevar a cabo proyectos de inversión de gran envergadura.
3. La compañía cuenta con el nivel de endeudamiento del 25% debido a que las inversiones se han ejecutado con recursos propios gracias a la generación de flujo de caja propio y al respaldo de sus accionistas.
4. Actualmente, no se tiene ningún tipo de obligaciones con el sistema financiero nacional o internacional, con lo que en caso de ser necesario para la ejecución de grandes proyectos se podrá hacer uso de los cupos aprobados para las entidades financieras.



5. Como políticas de la compañía se tiene estipulado que solo se deben mantener recursos líquidos suficientes para la operación normal y los recursos adicionales deben ser utilizados en inversiones que permitan el crecimiento de la red, siempre en busca de ofrecer más y mejores servicios a nuestros clientes.

RESPUESTA: Ver respuesta al Numeral 4 de la Pregunta No. 2 y adenda número 1.

OBSERVACIÓN 17. MEDIACOMERCE.

1. Solicita se le explique porque no se tienen en cuenta ciudades con infraestructura existente, y se incluyen municipios.

RESPUESTA: El proyecto nacional de fibra óptica prevé la ampliación de la infraestructura actual de redes de fibra óptica, con el objetivo de alcanzar al menos 700 municipios conectados con fibra óptica.

2. Solicita que los municipios propuestos queden de alguna manera como definitivos y en firme

RESPUESTA: Se acepta la observación, ver adenda número 1.

1. Que con base en los IRUS se contemple el pago de derechos de usos a cargo de los recursos de fomento.

RESPUESTA: Ver observación 15 numeral 3.

2. Que se le explique la razón por la cual el proponente debe asumir todos los casos de fuerza mayor dentro del contrato.

RESPUESTA: En atención a la inquietud planteada por el interesado, es pertinente señalar que en ejecución del Proyecto, no serán a cargo del Proponente los efectos de los Eventos de Fuerza Mayor que se presenten e impidan su ejecución.

Al respecto, el Estado asume los efectos de algunos Eventos de Fuerza Mayor en el sentido en que no retirará ni adquirirá derecho a la restitución de los Recursos de Fomento cuando el Contratista esté impedido para cumplir sus obligaciones por el acaecimiento de un Evento de Fuerza Mayor. En ese orden de ideas, en el Contrato de Aporte y el Anexo Técnico, se procederán a regular aquellas consecuencias del acaecimiento de un Evento de Fuerza Mayor con miras a minimizar los efectos de los mismos.



De acuerdo con lo anterior, mediante la Adenda No. 1 se reglamentarán mecanismos de mitigación de los efectos de los Eventos de Fuerza Mayor durante las distintas Fases del Proyecto.

OBSERVACIÓN 18. BT LATAM.

1. Solicita que los requisitos habilitantes sean coherentes con la capacidad de organización exigida.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 a las preguntas recibidas antes de la audiencia de riesgos.

2. Pide sea reconsiderada la participación y evaluación de constructores.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 a las preguntas recibidas antes de la audiencia de riesgos.

3. Solicita se prorrogue el tiempo definido para la construcción.

RESPUESTA: Se acepta la observación ver adenda número 1.

4. Solicita que las garantías de cubrimiento sean requeridas en fracciones de cubrimiento en tiempo mas pequeñas.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 11 numeral 3.

5. Solicitan les sean reconocidos recursos y pagos por derechos de uso.

RESPUESTA: Las actividades comprendidas en la ejecución del Proyecto, tales como el diseño, instalación y puesta en marcha de una red de fibra óptica, así como la operación, mantenimiento y gestión de la red y el Servicio de Transporte y de acceso a Internet de banda ancha para entidades públicas, son actividades que el Contratista realizará para si o para terceros, y en ningún caso para corresponder a manera de contraprestación o precio al aporte de Recursos de Fomento hecho por la Entidad Contratante.

En el presente Proyecto los Recursos de Fomento están destinados a la adquisición de infraestructura nueva que se requiera para cumplir con el objeto del mismo. En plena concordancia con lo anterior, en el numeral 2.1. del Pliego de Condiciones se advierte que es responsabilidad exclusiva de cada Proponente, la elaboración del plan de negocio que prevea el análisis de todos los costos y gastos, incluyendo el capital, costos financieros y de financiación, gastos de operación y mantenimiento, costos de operación, impuestos, imprevistos y utilidades derivados de la ejecución del



Proyecto; considerando las condiciones operacionales, sociales, políticas, económicas, topográficas, meteorológicas, ambientales, geográficas, así como las condiciones de las carreteras, las vías de acceso, las relaciones con las comunidades, y la disponibilidad y calidad de materiales e instalaciones temporales, servicios públicos, equipos, transporte, mano de obra, etc., en cuanto el Proponente entiende que sus actividades de diseño, instalación, operación y mantenimiento serán enteramente de su cuenta y riesgo, salvo lo que explícitamente se exceptúe de dicha regla en este Pliego de Condiciones y en la Minuta del Contrato. En ese orden de ideas, es responsabilidad también del Proponente tomar en consideración, dentro de su modelo de negocios, aquellos posibles ingresos que se puedan generar con ocasión de la prestación a terceros de los Servicios (tal y como está definido). Así mismo es menester recordar que el plan de negocios de los Proponentes no será conocido por el FONDO TIC, razón por la cual, la Entidad Contratante no tendrá responsabilidad alguna por cualquier disparidad que pueda presentarse entre el mismo y los resultados reales de la ejecución del Contrato.

El presupuesto oficial de la Licitación, es el valor total que puede aportar el Estado para la ejecución del proyecto, considerándose con ello cumplida su obligación de fomento determinada legalmente.

6. Manifiesta la necesidad de delimitar la ubicación, ya que está contemplada como una obligación indeterminada

RESPUESTA: Ver respuesta observación 5 numeral 6.

7. Solicita que se les defina que los recursos independientes a los recursos de fomento, estos no deberán hacer parte del patrimonio autónomo.

RESPUESTA: De conformidad con la cláusula tercera de la Minuta del Contrato de Fiducia (Anexo 7 del Pliego de Condiciones), además de los Recursos de Fomento, harán parte de los bienes fideicomitidos, aquellos bienes que en desarrollo del Contrato de Aporte sean adquiridos con cargo a los recursos fideicomitidos. De igual forma, y en los casos en que el FIDEICOMITENTE (Contratista del Contrato de Aporte) así lo determine, se considerarán bienes fideicomitidos aquellos Ingresos Adicionales que se generarán por concepto de la explotación de los activos e infraestructura propiedad del patrimonio autónomo de conformidad con lo previsto en el Contrato de Fiducia.

Por otra parte, no harán parte de los bienes fideicomitidos, los rendimientos que produzcan los Recursos de Fomento, de haber lugar a ellos, mientras permanezcan invertidos en cualquiera de las Inversiones Temporales Permitidas. Los



rendimientos negativos de los Recursos de Fomento una vez desembolsados por parte de FONDO TIC a la FIDUCIARIA corresponden a un riesgo del FIDEICOMITENTE y por lo tanto NO serán repuestos por FONDO TIC.

En atención de lo anterior, aquellos recursos de capital o de deuda del Contratista diferentes de los Recursos de Fomento que estén destinados a la ejecución del Proyecto Nacional de Fibra Óptica, no deberán hacer parte del patrimonio autónomo.

8. Se de claridad sobre el requisito contemplado en el pliego de condiciones, para garantizar la pluralidad de oferentes frente al tema de matrices y sus subsidiarias, en la medida en que la mayoría de las multinacionales la tienen. Aclarar porque se eliminaron las condiciones definidas en proyecto de pliego y se concentró solo a matrices y para la experiencia específica. Consideran que se está limitando la participación Y Requieren se elimine el requisito del numeral 3.3.8 eliminando indirecta.

RESPUESTA: De acuerdo con lo previsto en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, en los Pliegos de Condiciones se establecieron requisitos que garantizan el cumplimiento del principio de selección objetiva del contratista que habrá de resultar adjudicatario del Contrato de Aporte respectivo.

En desarrollo de lo anterior, en los Pliegos de Condiciones se determinó que la matriz, respecto de la sociedad subordinada que pretenda acreditar la experiencia de dicha matriz, debe tener una participación directa superior al 50% en el capital de la subordinada, el cual corresponde a uno de múltiples supuestos de los cuales se presume la subordinación de conformidad con lo previsto en el artículo 260 del Código de Comercio.

La Entidad Contratante estima que, en razón de la estructura del Proyecto, el alcance de las obligaciones que habrá de ejecutar el Contratista, el grado de responsabilidad de la matriz de un Proponente o Miembro de Proponente Plural respecto del cual se acrediten sus condiciones, y el hecho de que lo contemplado en el Pliego de Condiciones no es contrario a las disposiciones legales -pues dichas normas contemplan que puede haber subordinación directa o indirecta (es decir, puede obedecer a cualquier de las dos hipótesis)-, se mantendrán las condiciones de participación mínima en el capital de una sociedad subordinada cuando se pretenda acreditar la experiencia de la matriz. Por lo anterior, la solicitud respectiva no será acogida.

OBSERVACIÓN 19. MAURICIO RODRIGUEZ ECHEVERRY DE ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.S.

1. Solicita sea revisada la naturaleza del contrato y la connotación de no conmutativo. Ya que considera que si se partió de esa definición para cargar todos los riesgos al contratista ese no es el fundamento del proyecto.



RESPUESTA: Ver respuestas a los numerales 1, 2, 3 y 4 de la Observación No. 8

2. Solicita sea revisado y reglamentado el cambio de municipios.

RESPUESTA: Se acepta la observación. Ver adenda número 1.

3. Solicita sea revisados los riesgos climáticos, con la información suministrada por el IMAT, y en los demás riesgos que la información se nutra de cada organización responsable en cada asunto

RESPUESTA: La matriz de riesgos se encuentra estructurada con la información que corresponde y soporta cada tema.

4. Que se refleje el compromiso del MINTIC en el tema de cambio de municipios, definiendo cuales municipios se encuentran conectados y por cuales se pueden sustituir.

RESPUESTA: Se acepta la observación. Ver adenda número 1.

OBSERVACIÓN 20. INTERNATIONAL GEOSPATIAL SOCIETY

1. Solicita sea revisada la inclusión de la evaluación de constructores, ya que considera que más del 70% de los recursos están destinados a construcción.

RESPUESTA: Ver respuesta observación número 1 recibida antes de la audiencia de riesgos.

2. Solicita poder sumar la capacidad organizacional de las diferentes actividades del RUP.

RESPUESTA: Se acepta la observación ver adenda número 1.

3. Se solicita garantizar la capacidad organizacional como requisito y que se permita sumar la que tengan consultores y constructores para poderla cumplir.



RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación. Ver adenda número 1. La Entidad Contratante procederá a ajustar las exigencias por concepto de Capacidad de Organización.

Solicita disminuir del 20% al 5% la participación de los plurales.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 7 numeral 6.

4. Solicitan incluir en el cambio de municipios variables técnico económicas.

RESPUESTA: Se acepta la observación ver adenda número 1.

OBSERVACIÓN 21. FERREIRA RUAN & ASOCIADOS LTDA

1. Solicita sea retirado como requisito, el que todos los participantes tengan dentro de su objeto social el ser prestatarios de servicios de telecomunicaciones, y se abra a empresas que asuman el compromiso como operadores de red.

RESPUESTA: En relación con el alcance del objeto social de los Proponentes o Miembros de Proponentes Plurales, lo referimos a la Adenda No. 1 por la cual se modificaron algunos apartes del Pliego de Condiciones.

2. Solicita que se permita la inclusión de empresas con objeto social general, como las SAS, ya que pueden desarrollar cualquier actividad.

RESPUESTA: En relación al alcance del objeto social de los Proponentes o Miembros de Proponentes Plurales constituidos como Sociedades por Acciones Simplificadas, lo referimos a la Adenda No. 1 por la cual se modificaron algunos apartes del Pliego de Condiciones.

3. Solicita frente al Registro TIC, y en el caso de las promesas de sociedad futura se explique si se tendrá a todos sus miembros como un todo y no de forma individual. En virtud de esa respuesta se explique si deben aportar el TIC exigido y solo en el evento de ser adjudicatarias y una vez constituidas.



RESPUESTA: Se acepta la observación Ver respuesta observación 10 numeral 9 y adenda 1.

4. Solicitan se proceda a revisar el presupuesto oficial, ya que no les cuadran las verificaciones, y sumas.

RESPUESTA: No se acepta la observación. El presupuesto esta expresado por los recursos disponibles con los que cuenta el estado para cumplir con la actividad de fomento frente al proyecto

5. Frente a las sociedades extranjeras, que se presenten, estas deberán tener sede en Colombia? Y explicar en el caso de que esa sociedad extranjera haga parte de una promesa de sociedad futura, si esta exigencia persiste, ya que consideran que si eso persiste no sería legal.

RESPUESTA: De conformidad con lo previsto en el Pliego de Condiciones, podrán participar en el presente proceso de selección, a título individual o como Miembros de un Proponente Plural, sociedades extranjeras sin domicilio en Colombia e incluso aquellas que no hayan establecido sucursal en el país. No obstante lo anterior, en los eventos en que se trate de personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, sin importar el título al cual participen, deberán acreditar que cuentan con un apoderado debidamente constituido, con domicilio en Colombia y ampliamente facultado para representarlas judicial y extrajudicialmente hasta la constitución de la sucursal en Colombia, en caso de resultar adjudicatarias de la presente Licitación.

En razón del régimen de responsabilidad solidaria aplicable respecto de los miembros de las Promesas de Sociedad Futura, en caso de resultar adjudicatarias, dichas personas jurídicas extranjeras deberán constituir una sucursal en Colombia, de conformidad con lo establecido en los artículos 469 a 497 del Código de Comercio Colombiano, en un término no mayor a 15 días calendario.

6. Consideran que el admitir durante la ejecución se realice el cambio de municipios, y al ser el número de municipios y el tipo de municipios un factor de evaluación, ello trasgrede el principio de selección objetiva.

RESPUESTA: Ver respuestas observación 1 numeral 2, observación 6 numeral 4 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

OBSERVACIÓN 22.CARRETERAS INTELIGENTES



1. Consideran que el cambio de municipios debería tener una implicación económica en los recursos a ser entregados, y para ellos es preocupante que no tengan reconocimiento económico. Requieren se les defina como se va a resolver el cambio de los municipios cuando el tema no sea económicamente viable.

RESPUESTA: Ver respuestas observación 1 numeral 2, observación 6 numeral 4 y adenda número 1 en la que se modifica la metodología de cambio de municipios establecida en el anexo técnico anexo 4 del Pliego de Condiciones, entre otros.

2. Frente a las garantías del contrato, consideran que no es posible conseguir en el mercado pólizas vigentes a diecisiete (17) años y que pueden solicitarse por períodos más pequeños

RESPUESTA: Ver respuestas 11 numeral 3 de la audiencia de aclaraciones

3. Considera que la exigencia de capacidad organización es desproporcionada, ya que antes se admitía constructores, piden que sea revalidado ese requisito y que sea inferior al Kr.

RESPUESTA: Se acepta parcialmente la observación, ver respuesta observación 1 recibida antes de la audiencia de riesgos y adenda número 1.

4. Frente a la conformación de ofertas plurales, consideran que esta inhibido por el tope del 20%, y así solo las empresas gigantes quedan y ellos no suministran la cobertura que se requiere.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 7 numeral 6

5. Consideran viable se soliciten más hilos de fibra aun cuando INTERNEXA no lo considere.

RESPUESTA: Según lo definido en el anexo 4 – anexo técnico, numeral 2.2.1.2, la cantidad de hilos requerida es mínimo 24 hilos, permitiendo que los proponentes puedan incluir dentro de sus propuestas cables de mayor numero de hilos.



OBSERVACIÓN 23. ALIANCE UNABATED

1. Respecto a la participación de extranjeros, y dado que estos desconocen la situación del país en todo su contexto, los pone en dificultad de condiciones para participar; piden se evalúe la experiencia a nivel nacional, ya que la ley exige proteger a los nacionales. Pide se tenga en cuenta la experiencia como constructor.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 2 numeral 1 y Adenda 1. Las condiciones definidas para participar en el proceso pueden ser cumplidas por proponentes nacionales y extranjeros en igualdad de condiciones.

2. Los extranjeros pueden acreditar experiencia, pero los requisitos no son fácilmente demostrables.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 23 numeral 1.

OBSERVACIÓN 24. ALCATEL

1. Solicitan definir con claridad el concepto de tramo óptico, ya que consideran no existe esa claridad pese a que ya se ha solicitado.

RESPUESTA: Las características y tipologías del tramo óptico se encuentran definidas en el anexo 4 –anexo técnico, numeral 2.2.1.5.

2. Se solicita verificar si a cada municipio debe llegar 2 Gbps o si esos Gbps deben ser repartidos entre varios municipios, ya que con esas connotaciones no hay red en el mundo.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 numeral 1.

3. La cantidad de fibra óptica debe contener 24 hilos para cada municipio? En caso de bifurcaciones deben seguirse llevando los 24 hilos?

RESPUESTA: Ver respuesta observación 1 numeral 2.



4. Consideran que la mayor cantidad de fibra óptica a llegar a cada municipio puede hacer inviable el proyecto.

RESPUESTA: Ver respuesta observación 10 numeral 5.

RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR ESCRITO MEDIANTE RADICADO 427004 DEL 05-08-2011 FRENTE AL PROYECTO, POR PARTE DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. PROCURADURIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA PREVENTIVA DE LA FUNCION PUBLICA-PROCURADORA DELEGADA DOCTORAMARIA EUGENIA CARREÑO GOMEZ.

Referencia: Acompañamiento Preventivo Licitación Publica No. 02 de 2011, cuyo objeto es la selección de un proponente que se obligue a la prestación de terceros del servicio de telecomunicaciones en los municipios y a las instituciones públicas definidos contractualmente, para lo cual el Fondo Tic aportará unos recursos de fomento y el contratista desarrollará para sí una red de fibra óptica, la operará y mantendrá y asumirá la gestión de los servicios.”

En atención al acompañamiento de carácter preventivo de acuerdo con las funciones consagradas en el artículo 277 de la Constitución Política y el artículo 24 del Decreto 262 de 2000, de conformidad con la Resolución 017 del mismo año, al proceso de contratación de la referencia, comedidamente me permito realizar las siguientes observaciones:

1. Publicación

Se recuerda que de conformidad con el numeral 8 del artículo 8 del Decreto 2474 de 2008, la Administración se debe garantizar la publicación en el SECOP de las aclaraciones que se presenten durante el proceso de selección y las respuestas a las mismas.

El fin último de la publicación de las respuestas a las observaciones no es cumplir con un trámite o el acato de formalismos del Estatuto de Contratación Estatal y las normas que lo modifican y adicionan, sino que los participantes en un determinado proceso lleguen a conocer si la Administración acogió sus peticiones o no, y así poder preparar propuestas jurídicas, técnicas y económicamente sustentables, que cumplan con los requerimientos de la entidad para satisfacer sus necesidades. La Corte Constitucional,⁹ ha resaltado la importancia de este principio, al señalar:

⁹ Sentencia C - 259-2008



En la medida en que se garantice la publicidad, se aseguran la imparcialidad y la transparencia en el manejo y publicación de la Información, en especial las decisiones adoptadas por la administración; (i) la participación oportuna y suficiente de los interesados en el proceso contractual, al igual que los organismos de control; y (ii) el conocimiento oportuno de la Información atinente en la contratación estatal, afin de garantizar los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y el acceso a los documentos públicos, al igual que la preservación del principio de seguridad Jurídica.

- a. En este orden de ideas, se sugiere que se publiquen las observaciones que realizadas por este ente de control con las respectivas respuestas.
- b. Ahora bien, esta Despacho recomienda se analice la solicitud de los interesados en el proceso en cuanto a la prórroga del plazo para presentar propuestas con el propósito de que exista concurrencia de oferentes, en especial, a la complejidad del objeto a contratar y que exista el tiempo razonable para que los posibles proponentes puedan preparar sus propuestas.

RESPUESTA: En atención de los requerimientos al respecto, y con el propósito de garantizar la concurrencia de Proponentes y los principios de selección objetiva, FONDO TIC procedió a modificar el cronograma de la Licitación, y en ese orden de ideas, se amplió el plazo para la presentación de las Propuestas. Al respecto, la invitamos a consultar el contenido de la Adenda No. 1, en la cual se plasmó el cambio referido.

2. Objeto del proceso de selección

El proceso licitatorio de la referencia, tiene como modalidad de negocio un contrato de aporte con recursos de fomento, con el objeto de propiciar la expansión de la infraestructura, de tal manera que se apoye al adjudicatario con unos recursos para que fomente la actividad de telecomunicaciones, objeto del proyecto a cambio del beneficio social que va implícito en el mismo sujeto a condición resolutoria. Se considera cumplida la obligación cuando se materialice el beneficio social así como la expansión de la infraestructura. Al respecto, preocupa al ente de control las inquietudes de los posibles oferentes relacionadas con el objeto del proceso licitatorio por cuanto el componente de infraestructura es mayor frente a la prestación del servicio. Por lo anterior, se solicita revisar el objeto de la licitación que tenga concordancia con la naturaleza del contrato y con las obligaciones del mismo.

Frente a respuestas dadas por la Administración en el formulario del 28 de julio de 2001, en relación con el punto anotado se señala en el folio 41:

(...) el objeto del contrato define la estructura de prestaciones que determina la naturaleza jurídica del mismo, pero la realización de un tipo u otro de actividades como obligaciones necesarias y previas a la consecución del fin contractual no comporta por sí misma la alineación de un contrato a una especie o tipo contractual, de



manera que, por ejemplo, la sola confección de obras materiales no acarrea que el contrato sea de obra, si como en este caso, la obra no se ejecuta para la entidad contratante sino para la prestación del servicio que es en últimas lo que persigue la contratación propuesta.

Como consecuencia de lo anterior, la Entidad Contratante procederá a revisar y ajustar, de conformidad con el objeto del Contrato que se pretende adjudicar (esto es la prestación de servicios de telecomunicaciones en las condiciones previstas), los requisitos habilitantes y la experiencia acreditada exigidos en los Pliegos de Condiciones.

De tal manera se solicita se informe cuál fue el análisis realizado y que ajustes se plasmaron, teniendo en cuenta que el objeto del proyecto de pliego de condiciones no varió frente al pliego definitivo.

RESPUESTA: En primer lugar, es pertinente aclarar que, respecto del objeto contractual publicado junto con el Proyecto de Pliegos de Condiciones el 1º de junio de 2011, la Entidad Contratante sí realizó una modificación sobre el mismo, la cual se publicó el 28 de julio de 2011 junto con el Pliego de Condiciones definitivo del Proyecto.

En ese orden de ideas, el 1º de junio de 2011 se publicó un objeto contractual que disponía lo siguiente: “*OBJETO. El presente Contrato tiene por objeto la Asignación Modal por parte del FONDO TIC de unos Recursos de Fomento del FONDO DE COMUNICACIONES, al Contratista, que se obligue a: “Planear, diseñar, instalar, poner en servicio, administrar, operar y mantener una red de transporte óptico que conecte los municipios incluidos en el Proyecto propuesto, orientado a la expansión de la infraestructura de fibra óptica nacional, en las condiciones establecidas en los Documentos del Proyecto”.*

Por otra parte, el objeto contractual publicado junto con el Pliego de Condiciones definitivo dispone lo siguiente: “*OBJETO. El presente contrato tiene por objeto la prestación a terceros del servicio de telecomunicaciones en los municipios y a las instituciones públicas definidos contractualmente, para lo cual el FONDO TIC aportará unos Recursos de Fomento y el Contratista desarrollará para sí una red de fibra óptica, la operará y mantendrá y asumirá la gestión de los servicios en los términos y condiciones establecidos en el presente Contrato”.*

Como se advierte de la lectura de los textos recién mencionados, la Entidad Contratante ajustó el texto del objeto contractual en atención a que, tal y como lo reconoce la misma Procuraduría en sus observaciones, el presente proceso licitatorio pretende la adjudicación de un contrato de aporte con recursos de fomento con miras a propiciar la expansión de la infraestructura existente de fibra óptica en el país para la prestación de servicios de telecomunicaciones.



En ese orden de ideas, y sin pretender modificar el sentido o el alcance del objeto contractual, o de las obligaciones del eventual Contratista, la Entidad Contratante ajustó el texto de la cláusula primera del Contrato de Aporte, con el propósito de alinear el mismo con la naturaleza de las actividades que habrá de desarrollar el Contratista en ejecución del mismo, esto es, la prestación de los Servicios (tal y como éstos están definidos en los Documentos del Proyecto) en los municipios y a las instituciones públicas definidos contractualmente, para lo cual el FONDO TIC aportará unos Recursos de Fomento y el Contratista deberá desarrollar para sí una red de fibra óptica que operará y mantendrá en los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Aporte. Entonces, como se advierte de lo anterior, la Entidad Contratante pretende, a través del nuevo texto del objeto contractual, definir de manera más clara el marco de su fomento a la actividad de telecomunicaciones que será prestada por el Contratista en los términos del Contrato que habrá de adjudicarse.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que, con ocasión de algunas observaciones recibidas en la Audiencia de Tipificación, Asignación y Distribución de Riesgos y en la Audiencia de Aclaraciones de la Licitación Pública tendientes a solicitar que se definiera el alcance de los Servicios que se prestarán por parte del Contratista, mediante la Adenda No. 1, se aclarará el objeto del Contrato de Aporte con miras a indicar de manera expresa que los Servicios que se habrán de prestar se deben entender de conformidad con la definición que de los mismos se incluyó en los Documentos del Proyecto.

3. Cambio de municipios

En el numeral 1.4.1 del Anexo Técnico se establecen una serie de situaciones que obligarían a cambiar uno de los municipios que se ofreció originalmente, igualmente, en dicho numeral se establece la metodología para seleccionar el municipio de remplazo, sin embargo, en el procedimiento que está definida no se incluye ninguna consideración con respecto a que el costo de construcción para llegar al nuevo municipio deba ser equivalente al costo de construcción que se había previsto para el municipio que debió ser remplazado.

Teniendo en cuenta que fue una inquietud generalizada en la audiencia de aclaración de pliegos de condiciones celebrada el 4 de agosto, se recomienda revisar el anexo 4 y aclarar la metodología y de manera clara las condiciones técnicas y económicas que deberán regir dichos cambios de municipios.

Igualmente, se sugiere revisar en el anexo técnico numerales 1.5, si la entidad definió los criterios y circunstancias bajo las cuales se surtirían el reemplazo cambio o traslado de instituciones beneficiarias.

RESPUESTA: Se acepta la observación. Ver adenda número 1.



4. Diseño, instalación y puesta en servicio la infraestructura en todos los municipios

Al respecto del numeral 2.3 Plazo de Ejecución y Cronograma del Proyecto, se plantea que el tiempo de ejecución es de 24 meses, para la planeación, diseño, instalación y puesta en servicio de la infraestructura en todos los municipios.

Según la respuesta del Fondo TIC, los proyectos de infraestructura de fibra óptica desarrollados en los últimos años, permiten asegurar que el tiempo contemplado para las fases de planeación, instalación y puesta en servicio es prudente.

Este Despacho solicita se aclare si dentro del tiempo estipulado en el pliego se evalúo las condiciones de seguridad, climáticas, geográficas de nuestro país que soporten el tiempo requerido, de lo contrario se recomienda valorar las condiciones anotadas para determinar el tiempo de este componente.

RESPUESTA: Para la fijación del plazo de instalación y puesta en servicio de la infraestructura se tuvo en cuenta todas las condiciones por ellos mencionadas. No obstante lo anterior, se debe hacer la salvedad que, con miras a garantizar la pluralidad de oferentes, y en atención de los requerimientos al respecto, el plazo se modificó en los términos que hoy constan en la Adenda No. 1

5. Rendimientos financieros

En el Anexo No. 4 —Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Pagos, se señala que los rendimientos financieros que se produzcan o generen dentro del patrimonio autónomo son de propiedad del FONDO TIC.

Este Despacho sugiere se revise y se informe sobre la aplicación del artículo 10 de ley 1420 de 2010 que establece que los rendimientos financieros originados con recursos de la Nación, incluidos los negocios fiduciarios, deberán consignarse en la Dirección General de crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el mes siguiente de su recaudo, con excepción de aquellos originados por patrimonios autónomos que se hayan constituido por expresa autorización de la ley.

Por otra parte, frente al tema de la duración del contrato de fiducia se sugiere revisar si su plazo debe limitarse hasta que se liquiden los recursos de fomento que son otorgados por el contratante. Adicionalmente, establecer claramente los bienes que deben ingresar a un patrimonio autónomo, sin importar si el contratista ha aportado recursos adicionales.



RESPUESTA: En la minuta del Contrato de Fiducia del presente proceso licitatorio, se previó que los rendimientos de los Recursos de Fomento deberían consignarse a la cuenta bancaria que señale el Fondo TIC de conformidad con lo establecido por la ley 1341 de 2009.

6. Desempate

Por otra parte, se sugiere revisar el Decreto 2473 de 2010, el cual contiene la regulación y el tratamiento que debe darse a los factores de desempate.

RESPUESTA: Como se advierte de la lectura del numeral 5.6. del Pliego de Condiciones, los criterios de desempate establecidos en el mismo se sujetan en forma estricta con lo previsto al respecto en la ley 1150 de 2007, la ley 816 de 2003 y el Decreto 2473 de 2010, cuyo artículo 2º dispone que en el Pliego de Condiciones se deberán aplicar las siguientes reglas sucesivas y excluyentes de desempate:

- “1. En caso de que se presente igualdad en el puntaje total de las ofertas evaluadas, se aplicarán los criterios de desempate previstos en los pliegos de condiciones, mediante la priorización de los factores de escogencia y calificación que hayan sido utilizados en el proceso de selección, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007. Si después de aplicar esta regla persiste el empate, se entenderá que las ofertas se encuentran en igualdad de condiciones.*
- 2. En caso de igualdad de condiciones, se preferirá la oferta de bienes o servicios nacionales frente a la oferta de bienes o servicios extranjeros.*
- 3. Si se presenta empate o este persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.*
- 4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, este se preferirá.*
- 5. Si el empate se mantiene, se procederá como dispongan los pliegos, pudiendo utilizar métodos aleatorios”.*

De igual forma, en atención a lo previsto en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, se planteó como un criterio de desempate adicional, el hecho que un Proponente tenga en su nómina por lo menos un mínimo del diez por ciento (10%) de sus empleados en condiciones de discapacidad.



7. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones

- a. Teniendo en cuenta que comisión de regulación de comunicaciones es la entidad competente para establecer mercados relevantes y la posición de dominio que puede existir en los mismos, se solicita se informe cuál es la posición de la comisión frente a este proyecto.
- b. Adicionalmente, se solicita informar el alcance de la obligación para el operador que construya la red de fibra óptica de tener al menos una oferta con precio máximo, la cual deberá tener disponible permanentemente al público, de esta forma esta entidad asegura que el operador comparta con otros operadores la infraestructura construida.

RESPUESTA: Se elevó solicitud CRC. Se adjunta respuesta

8. Causales de rechazo

En el pliego de condiciones se determina como causal de rechazo cuando el Proponente, los miembros del Proponente Plural o sus representantes legales se encuentren relacionados en la denominada lista Clinton.

Frente a esta causal es importante anotar que la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política solo puede ser desvirtuada por una sentencia condenatoria proferida por el competente.

Para revisar este argumento se recomienda la lectura de la sentencia T-468 de 2003, Magistrado Ponente Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL:

(...) La Corte considera oportuno reiterar que la Orden Ejecutiva No. 12.978, no constituye una decisión judicial o administrativa propia de alguna autoridad del orden nacional sino que, por el contrario, es una decisión autónoma de un gobierno extranjero (EE. UU).

Por esta razón, dicha orden en sí misma considerada no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano y no puede aplicarse coercitivamente como una norma jurídica al interior del país (...)

(...) Dentro de este contexto, en aplicación a las políticas de prevención del lavado de activos a que hacen referencia la Ley 526 de 1999, el Decreto 1497 de 2002 y la Circular Externa 046 de 2002 (Superintendencia



Bancaria), **la Lista Clinton debe considerarse como un elemento de valoración probatoria que puede ser tenido en cuenta por las instituciones financieras al momento de evaluar el acceso de los particulares a la prestación de los servicios financieros.** Máxime si dichas instituciones están directamente comprometidas a nivel nacional e internacional en las políticas de control y erradicación al lavado de activos (...)

RESPUESTA: La Entidad Contratante procede a eliminar la causal de rechazo a la que se refiere la presente observación. Al respecto, los invitamos a consultar el contenido de la Adenda No. 1 al Pliego de Condiciones.

Con el fin de realizar el seguimiento a la actuación preventiva, comedidamente le solicito informar a este despacho, de forma previa a que se surta el cierre de la convocatoria en estudio, sobre las determinaciones adoptadas por el Ministerio respecto a las recomendaciones y observaciones puestas en su consideración a través del presente documento.

Es importante precisar que es parte de la misión de la Procuraduría “*prevenir antes que sancionar*”, vigilar el actuar de los servidores públicos y advertir cualquier hecho que pueda ser violatorio de las normas vigentes, sin que ello implique el aval, coadministración o intromisión en la gestión de las entidades estatales