SG - 00179 - 2018

Bogotá D.C., 7 de junio de 2018

Señores
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL
Attn: Grupo de Contratación
Avenida Jimenez No. 7A-17
grupocontratos@minagricultura.gov.co
Ciudad

Referencia: Observaciones, Solicitudes y Preguntas – Proyecto de Pliego de Condiciones Licitación Pública No MADR –LP- 001 de 2018.

Respetados señores:

Dentro del término concedido para ello, me permito formular las siguientes observaciones, solicitudes y preguntas, directamente relacionadas con el contenido del proyecto de pliego de condiciones, correspondiente a la licitación pública citada en la referencia, antes de lo cual me permito hacer las siguientes precisiones sobre el devenir del proceso licitatorio.

I. OBSERVACIONES GENERALES A LA LICITACIÓN

Por segunda vez y en el escenario del tercer proceso licitatorio que intenta el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se hace necesario reiterar que en todo el proceso que desarrolló dicho Ministerio para retirarle la administración del Fondo Nacional del Ganado a FEDEGAN, se ha incumplido de manera sistemática la obligación de aplicar el debido proceso y derecho de defensa, que le asiste a FEDEGAN.

Cumplimiento de la Sentencia C-644 de 2016

A través de la sentencia C-644 de 2016, la Corte Constitucional, interpretando con autoridad el contenido y alcance del artículo 106 de la ley 1753 de 2015, fijó como derrotero para su correcta y adecuada aplicación cuando el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural decida asumir temporalmente la administración de una contribución parafiscal, lo siguiente:

> *"29.2. Como se señaló, la actuación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe apoyarse únicamente en las razones especiales que fije el reglamento. Dichas razones, en todo caso, deben ser interpretadas a la luz (i) de los artículos 123 y 209 de la Carta y (ii) del artículo 110 de la Ley 489 de 1998. Ello implica que su ejercicio debe tener como propósito la realización de los principios que rigen la actuación administrativa (art. 3 de la Ley 1437 de 2011) y, en esa medida, debe encontrar apoyo en motivos de interés público o social.*

29.3. La Corte debe advertir, finalmente, que la inexistencia de un procedimiento específico en la regulación acusada, no supone en modo alguno una autorización para que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural desconozca el debido proceso al momento de ejercer la competencia referida por la norma. Ello es así, dado que se trata de la actuación emprendida por una autoridad administrativa y, en consecuencia, la decisión debe estar precedida del agotamiento del procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esta exigencia encuentra apoyo directo en el artículo 29 de la Carta conforme al cual se encuentra ordenada la aplicación del debido proceso a toda clase de actuaciones administrativas. Ello impone, antes de que la administración adopte una decisión, el agotamiento ordenado de un conjunto de etapas que hagan posible la participación de las personas que, de alguna manera, puedan resultar afectadas por las decisiones de las autoridades públicas".
(…)

"La aplicación cuidadosa del procedimiento establecido en la Ley 1437 de 2011 constituye entonces una condición necesaria de garantía del debido proceso, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el particular de acudir a las acciones judiciales que corresponden cuando se hubiere vulnerado la Constitución o la ley. En cualquier caso, la intervención prevista en la norma examinada debe adoptarse mediante acto motivado que está sujeto al control de la jurisdicción contencioso administrativa, para corregir cualquier abuso en su ejercicio". *(negrilla fuera de texto)*

De conformidad con este pronunciamiento, es claro que el ejercicio de la facultad para asumir temporalmente la administración de las contribuciones parafiscales, en relación con las condiciones previstas por el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, indudable y obligatoriamente debe estar precedido del procedimiento administrativo previsto en el Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que de no ser así, se estaría violando el derecho FUNDAMENTAL al debido proceso por parte de la administración.

Como resulta evidente que tal actuación administrativa no se dio en relación, con la administración de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero por parte de FEDEGAN, debe el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural de manera previa a la apertura del presente proceso licitatorio, proceder a iniciar la actuación administrativa que rehusó adelantar en relación con esta Federación.

Por lo tanto, se solicita suspender cualquier actuación iniciada en relación con la licitación de la referencia, pues el incumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional, cuando explícitamente señala que siempre que se ejerza la competencia derivada de la aplicación del artículo 106 de la Ley 1753 de 2015, debe respetarse el debido proceso, tendrá como efecto necesario que las actuaciones posteriores a dicha violación, queden viciadas.

Sin perjuicio de la petición anterior y de las acciones que FEDEGAN pueda adelantar si la misma no es atendida favorablemente, procedemos a efectuar las siguientes observaciones, comentarios y solicitudes respectos de los prepliegos de la licitación y demás documentos que fueron subidos al SECOP II, por el MADR.

II. OBSERVACIONES AL DOCUMENTO *EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN DEL ADMINISTRADOR Y DEL SECTOR GANADERO BOVINO Y BUFALINO DE CARNE Y LECHE EN COLOMBIA*

Páginas 7 y 8:

En el citado documento, luego de señalar las normas que le atribuyen competencia al MADR para evaluar la situación del administrador y del sector ganadero en el numeral 2, se indican una serie de circunstancias con las cuales se pretende demostrar el cumplimiento del debido proceso frente a la flagrante violación de éste en relación con FEDEGÁN. Para estos efectos, el MADR invoca el escenario de liquidación del contrato 026 y pretende sustentar con las prórrogas al citado compromiso contractual un debido proceso que de ninguna manera existió y que, en todo caso, debió darse antes de tomar la decisión con base en instrumentos jurídicos creados ad hoc y artificialmente para su exclusiva aplicación en contra de FEDEGÁN, entidad legitimada por el artículo 7º de la Ley 89 de 1993 para administrar las contribuciones parafiscales del sector ganadero .

Aunque el escenario apropiado para este debate jurídico no es el de una licitación pública, en cuyos documentos y luego de transcurridos más de dos años en que se ha rehusado el MADR a la verdadera y efectiva aplicación del debido proceso, pretende subsanar las graves equivocaciones jurídicas que se hicieron patentes en el atropello con el cual se retiró de la administración del Fondo Nacional del Ganado- FNG a FEDEGÁN, se hace necesario precisar que a pesar de los esfuerzos por demostrar el cumplimiento del debido proceso, éste nunca se ha dado.

Se señala además en el numeral que se comenta, que la revisión del administrador del Fondo Nacional del Ganado ya no se hace necesaria, por cuanto por decisión de la Superintendencia de Sociedades – Delegatura de Insolvencia, se decretó la liquidación del Fondo Nacional del Ganado, afirmación que adolece de serias imprecisiones jurídicas por las siguientes razones:

-. En primer lugar, ha de advertirse que para el momento en que se liquida el FNG, el administrador del mismo era y sigue siendo el MADR.

-. En segundo lugar, la circunstancia que lleva a la liquidación del Fondo Nacional del Ganado corresponde a la decisión del MADR, a través de su viceministro de asuntos agropecuarios, de impedir la discusión y aprobación del proyecto de acuerdo de reorganización del FNG en reorganización, lo cual generó la consecuencia legal de su

liquidación en los términos de la Ley 1116 de 2006, decisión que toma la Superintendencia de Sociedades – Delegatura de Insolvencia.

-. Además de lo anterior, es preciso anotar que FEDEGÁN no había celebrado un contrato para administrar el Fondo Nacional del Ganado sino para recaudar y administrar la Contribuciones Parafiscales del Sector Ganadero "Cuota de Fomento Ganadero y Lechero", luego al subsistir esta contribución parafiscal, como en efecto ocurre a la fecha, subsiste igualmente la obligación de revisar la situación del administrador y cumplir las cargas que impone el numeral 3 del artículo 2º del Decreto 2537 de 2015, por supuesto dando cumplimiento al debido proceso.

Dicho de otra manera, el cumplimiento del debido proceso a FEDEGÁN no se da por escribirlo en un proyecto de pliegos y sus documentos o estudios previos, se dará el día que de manera directa se notifique a FEDEGÁN lo pertinente en relación con su situación y con los fundamentos debidos, para así otorgar a FEDEGÁN el debido proceso y derecho de defensa.

Hasta tanto esta situación no se cumpla, el MADR estará incumpliendo la ley y desconociendo la interpretación con autoridad hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-644.

En concordancia con lo anterior y para efectos de que se mantenga la legalidad, debe, como lo advierte la Corte, darse cumplimiento al debido proceso en los términos en que la sentencia citada lo indica, por lo tanto, se solicita al MADR abstenerse de abrir el proceso licitatorio, so pena de la nulidad de todo lo actuado en contravención.

Página 13. Párrafo final.

Revisado el documento se identifican una serie de imprecisiones en relación con las cifras del sector ganadero colombiano, que deberían ser ajustadas, las cuales señalamos a continuación:

- El documento en referencia, en su página 13, afirma que de acuerdo al segundo ciclo de vacunación contra fiebre aftosa y brucelosis, del año 2017, existe una población de 26.256.438 bovinos, distribuidos en 584.274 explotaciones ganaderas, de acuerdo con cifras del Instituto Colombiano Agropecuario- ICA.
- Según el mismo ICA en comunicación de su página web[1] expresa que en el segundo ciclo de vacunación de 2015 el hato ganadero alcanzó los 22.782.257 bovinos en 510.183 predios, lo que implicaría que entre 2015 (2º ciclo), y 2017 (2º ciclo), el hato ganadero se incrementó en 15,2% y los predios o explotaciones ganaderas en 14,5%.

[1] https://www.ica.gov.co/Noticias/Pecuaria/El-ICA-oficializa-los-resultados-del-II-ciclo-de-v.aspx

Dirección: Calle 37 # 14 - 31 Bogotá D.C. Colombia
Teléfono: (571) 5782020 Fax: (571) 2327193
web: www.fedegan.org.co
e-mail: fedegan@fedegan.org.co

- Además el Censo Nacional Agropecuario, realizado por el DANE en el año 2014-2015, expresa que el país cuenta con 648.199 Unidades Productivas Agropecuarias con presencia de ganado bovino, en donde permanecen 21.502.811 bovinos[2].
- Este mismo documento de evaluación indica en su página 41 (Párrafo 3), que el censo bovino realizado por el ICA cuenta para 2017 con 584.577 predios y 26.026.282 bovinos.

Es necesario entonces determinar cuál es el valor más fidedigno correspondiente al número de explotaciones ganaderas, así como de animales en su hato ganadero. ¿Es posible que la migración de la campaña de vacunación del Fondo Nacional del Ganado a la Cuenta Nacional de la Carne y la Leche, haya implicado daños metodológicos en la toma de información?

Página 14. Primer párrafo.

Consideramos que es inadecuado realizar un análisis en un horizonte de tiempo tan limitado. Sin embargo, si se realiza un análisis de la Encuesta de Sacrificio de Ganado – ESAG - en un horizonte de tiempo más largo, se encontrará que al comparar el sacrificio de bovinos del primer trimestre de 2017 con el del primer trimestre de 2016, se encuentra una caída del 10%.

Así mismo, al comparar todo el sacrificio del año 2017 respecto al año completo 2016, la baja en esta actividad es de 6,9%, comportamiento que no resulta justificable.

Se deben tener en cuenta para la integración de esta información, factores tales como, incremento de contrabando desde Venezuela, aumento del sacrificio clandestino, incremento del peso de los bovinos ha hecho que se necesiten menos animales para sacrificio, el cambio de administrador de la cuota parafiscal incidió para que se reportara menos sacrificio formal, entre otros

Es necesario determinar entonces que la caracterización que se realiza en este documento, no solo involucre el diagnóstico del sacrificio formal, sino que brinde aproximaciones también a la parte informal, pues al fin y al cabo serán problemáticas que deberá afrontar el nuevo administrador.

Página 17. Último párrafo.

En el documento de análisis del sector, se realiza el análisis con el acopio directo y no con el acopio total.

[2] http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/agropecuario/censo-nacional-agropecuario-2014#2

Dirección: Calle 37 # 14 - 31 Bogotá D.C. Colombia
Teléfono: (571) 5782020 Fax: (571) 2327193
web: www.fedegan.org.co
e-mail: fedegan@fedegan.org.co

Vale la pena tener en cuenta que el total de las discusiones sobre acopio, que se desarrollan en el seno del Consejo Nacional Lácteo, utilizan como variable metodología el acopio total y no el acopio directo. Incluso la actualización del Índice Compuesto del Sector Lácteo – ICSL- que hace parte de la Resolución 017 de 2012 tiene diferentes componentes en sus estructuras metodológicas en donde se utiliza el acopio total y no el directo.

Es preciso, entonces, que el análisis se realice con el acopio total.

Página 18. Único párrafo.

Consideramos que no puede decirse que el comportamiento del sector lácteo es tan positivo como se pretende mostrar , teniendo en cuenta al evaluar las cifras de la Unidad de Seguimiento de Precios de la Leche – USP – del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se encuentra que el acopio total se incrementó en 5,1% en 2017, al compararlo con 2016. Así mismo el documento de evaluación del sector, indica en su página 17 (primer párrafo), que según el DANE, la producción de leche sin elaborar se incrementó en 11%.

Un aumento en la producción del 11% frente a un incremento del acopio total de 5,1% implica que el diferencial de 5,9%: ¿se dirigió al mercado informal? Induciendo una baja en el precio que se le paga al productor, y por tanto afectando el recaudo parafiscal. De hecho, que el acopio formal no tenga una dinámica similar a la de la producción, es ya una causa para que el recaudo no alcance los niveles adecuados.

Página 19. Párrafo final

Es necesario mejorar el contexto de lo que se quiere exponer pues no es claro si realmente el precio es positivo para el productor, ya que al análisis es limitado a las cifras corrientes o nominales. El documento de evaluación emite el siguiente enunciado:

"Es importante resaltar que el precio al productor promedio nacional ha tenido un comportamiento positivo pasando de $726 en el año 2008 a $991 en el año 2018, lo que significa que el precio de litro de leche ha sufrido una variación acumulada del 36% en este periodo"

Efectivamente el precio del litro de leche ha tenido un incremento del 36% entre 2008 y marzo de 2018, sin embargo el análisis que se realiza es de cifras corrientes. Si se tiene

en cuenta que la inflación entre enero de 2008 y marzo de 2018, de forma indexada acumula 52,59%, la situación de precios reales con años base 2008 sería la siguiente:

Tipo de precio x litro de leche	2008	2018	Variación
Precios corrientes	$726	$991	36%
Precios Reales	$726	$663	-8,7%

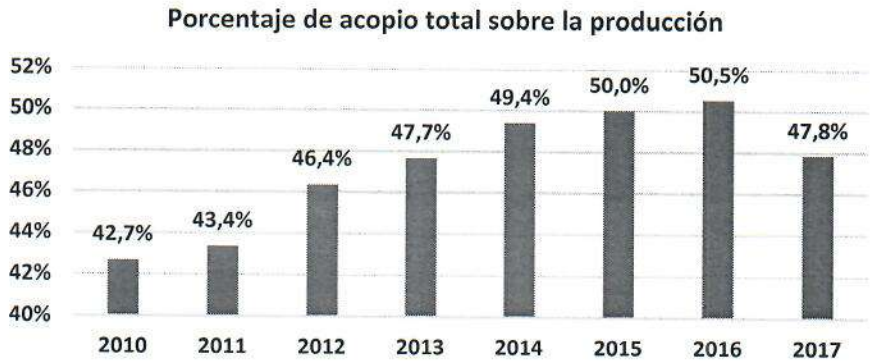
De esta forma el escenario para el ganadero como para el recaudo real no ha sido el más beneficioso. De un lado el ganadero ha tenido que ver como su ingreso disponible real se disminuye, y de otro, la afectación de la inflación a la cuota parafiscal hace que el presupuesto para desarrollo de programas para el sector sea más pequeño, así las cifras corrientes estén creciendo.

Por lo anterior, solicitamos que las cifras sean revisadas, aclaradas y precisadas con el propósito de que los proponentes conozcan las cifras reales de lo que será el recaudo de la cuota parafiscal por concepto de leche.

Página 22. Párrafo 1.

Según las cifras de la Unidad de Seguimiento de Precios – USP del MADR, el acopio directo de leche en 2010 fue de 2.682´676.636 litros como efectivamente se afirma en la evaluación sectorial. Sin embargo en 2017 el acopio alcanzó los 3.380´461.774 a diferencia de los 3.506 millones de litros expresados en el documento de evaluación. Por tanto el crecimiento del acopio total entre 2010 y 2017 es de 26%, y no de 30% como lo afirma el estudio de evaluación.

Efectivamente la producción entre 2010 y 2017 se incrementó 12%, sin embargo, la proporción de leche que se acopia por canales formales aun no supera el 51% del total de la producción, lo que le da posibilidad a la industria láctea de presionar a la baja los precios pagados al productor, situación que colateralmente afecta el recaudo.



Fuente: De acuerdo a información USP y MADR

Dirección: Calle 37 # 14 - 31 Bogotá D.C. Colombia
Teléfono: (571) 5782020 Fax: (571) 2327193
web: www.fedegan.org.co
e-mail: fedegan@fedegan.org.co

No es correcto limitar el análisis al crecimiento del acopio para determinar el comportamiento del sector, toda vez que no se hace un análisis de la informalidad, la cual en materia láctea corresponde a cifras bien importantes cercanas al 50% del total de la producción. Además en ninguna parte de la evaluación del sector se contempla la variable importaciones de leche y derivados lácteos, factores o variables que afectan sustancialmente el recaudo de la cuota parafiscal.

Página 25. Último párrafo.

Sobre los gremios ganaderos de los cuales se escribe en el documento de evaluación no se hace expreso el tiempo de tradición de la Nueva Federación Ganadera - NFG. Se hace explicito que FEDEGAN fue fundado en 1963, UNAGA en 1954, ASOCEBÚ en 1946, ASONORMANDO en 1944. Sin embargo, no se hace referencia al poco tiempo de existencia y experiencia de la Nueva Federación Ganadera, la cual fue creada en septiembre de 2016 (21 meses de vida).

Se solicita que en el documento de análisis del sector se haga explícita la antigüedad y experiencia de todos los gremios analizados, incluida la NFG.

Página 88. Toda la página

Es necesario hacer explícito que el Administrador Temporal de la Cuota Parafiscal NO cuenta, ni ha contado, con un Sistema de Gestión de Calidad certificado, pues la referencia que se hace indica que existe y que en 2018 se alcanzará una nueva versión de la certificación de calidad, lo que hace evidente su inexistencia.

III. OBSERVACIONES AL DOCUMENTO AVISO DE CONVOCATORIA

NUMERAL 3 -. MODALIDAD DE SELECCIÓN:

En la justificación del proceso de selección del método de contratación se llega a la conclusión que debe efectuarse por licitación pública. Al respecto debemos señalar que las condiciones normativas y particularidades de la administración de recursos parafiscales, no permiten llegar a dicha conclusión por los siguientes aspectos:

En primer lugar, tanto la Ley 101 de 1993 como la ley de creación de cada una de las contribuciones parafiscales del sector agropecuario, determinan quien debe administrar dicha contribución, el gremio más representativo del sector, por consiguiente, no se cumpliría la principal premisa de la licitación pública cual es la pluralidad de oferentes, va dirigida a un nicho muy específico de cada parafiscalidad.

Por otra parte y ateniéndonos a la normatividad invocada, ningún administrador de fondos parafiscales ha sido seleccionado mediante licitación pública sino que en los demás casos se ha cumplido la ley, es decir, se han suscrito contratos directamente con el Gremio más representativo de los respectivos subsectores, los cuales son señalados por el Legislador en la Ley de creación de cada contribución.

De hecho, tanto la Ley 101 de 1993 como la Ley 1753 de 2015 establecen, como se mencionó en la observación anterior, que el administrador será quien reúna las condiciones de representatividad y firme un contrato con el ministerio, es decir, establece la manera de contratar al administrador, por lo tanto, se trata de una excepción al proceso de contratación pública bajo la modalidad de licitación pública.

Lo anterior indica que la conclusión a la que llegan en este documento: *"...así las cosas, resulta claro que bajo el régimen estatal colombiano, la regla general como modalidad de selección es la licitación pública, salvo que la contratación envuelva ciertas particularidades que hagan obligatorio acudir a las modalidades de: selección abreviada, concurso de méritos o contratación directa..."*, es completamente errada, por el contrario, esto confirma la excepción para este proceso, ya que está establecido en la ley la manera de escoger al administrador de las cuotas parafiscales.

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, establece lo siguiente:

"***Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable"***.

En concordancia con lo anterior, el artículo 7º de la Ley 89 de 1993, tantas veces invocado en la presente licitación, define con total claridad, que el administrador de la contribución ganadera, es Fedegan.

Por lo anterior, consideramos que este proceso no solo no debe adelantarse por licitación pública, sino que es imperativo tener en cuenta lo que hemos señalado en las observaciones generales realizados en el Capítulo I del presente documento, especialmente, a lo relacionado con el cumplimiento de la Sentencia C-644 de 2016 emanada de la Honorable Corte Constitucional, en materia del debido proceso que se le ha rehusado a FEDEGAN.

IV. OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGOS

1. **Página 17 Numeral 2.2: Presupuesto oficial estimado.-** En la tabla No. 1 donde se señala el presupuesto definido por la Cuenta Nacional de Carne y Leche se presenta un error de transcripción en la cifra del FEP, ya que esta corresponde a $14.811.362.042 y no a los $14.881.362.042 indicados.

2. **Página 19 Numeral 2.4: Forma de pago.-** Se indica en el primer párrafo de este numeral que el administrador recibirá de contraprestación el 5% del recaudo anual de la cuota parafiscal mes vencido, liquidado sobre el recaudo mensual. Sin embargo posteriormente, indican que el 5% de contraprestación por la administración se calculará sobre el 83.33% del recaudo anual de la cuota de fomento ganadero, es decir que excluyen la transferencia del 16.67% que le corresponde al Fondo de Estabilización de Precios para el Fomento de la Exportación de Carne, Leche y sus derivados- FEP. Este último párrafo es una clara contradicción con lo expresado al inicio del numeral 2.4.

   Adicionalmente este argumento va en contravía del artículo 7º de la Ley 89 de 1993, el cual indica que se cancelará como contraprestación al administrador de la cuota parafiscal el 5% sobre el recaudo anual. Esta norma no da lugar a interpretaciones, es la manera como se aplicó durante más de 20 años de administración por parte de Fedegan sin ninguna observación por parte del Ministerio de Agricultura ni ningún sujeto de control y es la forma como, hasta junio de 2016, lo liquidó y pagó a Fiduagraria el Fondo Nacional del Ganado.

3. **Página 33 Numeral 2.20: Desempate de Propuestas.-** En relación con la contraprestación del 5%, es posible proponer un porcentaje inferior a éste? Si la respuesta a este interrogante es que no, es decir, que todos los proponentes están obligados a ese 5%, ¿Qué sentido tiene otorgarle a este criterio una calificación, si todos tendrán el mismo? Si la respuesta es que sí, se solicita establecer dentro de los pliegos las condiciones para la calificación de este criterio y suministrar el marco normativo que lo sustenta. Si el primer factor de desempate es el técnico en qué orden se analizarán el resto de los factores?

4. **Página 35 Numeral 2.20 Condiciones para participar**: Indican en el numeral 2.20 que podrán participar en el proceso de selección, entre otras, personas jurídicas públicas, lo que resulta incoherente con la normatividad vigente (Art. 30 de la Ley 101 de 1993), que establece que las contribuciones parafiscales deben ser administradas directamente por el gremio más representativo de su sector. Las únicas excepciones a esta disposición, se encuentran en el artículo 106 de la Ley 1753 de 2015 y en el decreto 2537 de 2015, cuya legalidad está seriamente

cuestionada. Se solicita retirar de los pliegos cualquier alusión a la administración de las contribuciones parafiscales por parte de personas jurídicas públicas.

5. Página 39 y Página 40: Condiciones para participar

En el numeral 2.20. Condiciones para participar se incluye el texto: "*De acuerdo al estudio del sector se identificó una muestra de 935 organizaciones vigentes relacionadas con el sector ganadero de carne y leche, las cuales se encuentran distribuidas en el territorio nacional en 502 municipios, razón por la cual es necesario que el gremio adjudicatario acredite la asociación de por lo menos 75 organizaciones afiliadas al proponente de forma directa o por intermedio de sus organizaciones afiliadas, las cuales deberán corresponder al nivel municipal y/o departamental y/o regional y/o nacional".*

En la página 40, Numeral 1. Entidades gremiales, se incluye el texto: "*c) Acreditar 70 organizaciones afiliadas al proponente de forma directa o por intermedio de sus organizaciones afiliadas, las cuales deberán corresponder al nivel municipal y/o departamental y/o regional y/o nacional y tener como mínimo 100 afiliados en cada una de las organizaciones, lo que corresponde aproximadamente al 10% de las organizaciones que se presentan en el cuadro No. 4 y que reúnen a 717 organizaciones de las 935 muestreadas."*

A la luz de los dos textos anteriores, no es claro si la cifra exigida de organizaciones afiliadas al proponente es de 75 o de 70. Adicionalmente, de acuerdo con el texto de la página 40, se tendrían que descartar organizaciones que tengan menos de 100 afiliados, para el cómputo de las 70 o 75 exigidas.

¿Qué ocurre en caso de que una de las 70 o 75 organizaciones afiliadas, no cumpla con los 100 afiliados requeridos, pero una de sus afiliadas de manera indirecta tengan 100 o más afiliados?.

6. Páginas 67 y 68: Verificación lista de afiliados

En la página 67 se incluye la *Nota 3 que establece que la lista de afiliados será verificada de la siguiente manera:*

- En copia textual expedida por la Cámara de Comercio respectiva o
- En copia textual del acta de asamblea donde registren el número de afiliados, expedida por la cámara de comercio respectiva o
- En copia auténtica de los libros de afiliados debidamente numerados por la cámara de comercio respectiva..

Estos documentos deberán ser aportados por el proponente con su propuesta, de conformidad con el numeral 7 del artículo 28 del Código de Comercio, modificado por el Decreto 019 de 2012. Los afiliados que no se certifiquen de esta manera no serán tenidos en cuenta para la respectiva evaluación. El representante legal y el revisor fiscal del proponente, o el contador, según corresponda, deberán certificar

mediante anexo No. 26 Certificación de Afiliados que los afiliados que se presenten en los documentos señalados en la nota No.3 se encuentran actualizados y vigentes con corte a la fecha de cierre del presente proceso de selección."

En la página 68 se incluye la *"Nota 6. 6.1. El oferente deberá aportar el anexo No.25 Número de afiliados debidamente suscrito, en el cual indique el número del afiliado, el nombre, cédula o Nit, departamento y municipio al que pertenecen. En todo caso el ganadero afiliado no podrá repetirse, en caso de repetirse en el mismo oferente solo se contará el afiliado una sola vez."*

Dado que la información a la que se hace referencia en estos textos solamente se solicita con el fin de establecer el número total de ganaderos afiliados que acredita el proponente, independientemente de su ubicación en el territorio nacional, no se encuentra justificable la exigencia de que a cada ganadero se le incluya información sobre el municipio y el departamento, cuando la misma no será utilizada para ningún tipo de computo.

Por esta razón, se solicita eliminar del texto del numeral 6.1. y de todos aquellos donde se haga referencia al tema, lo relacionado con municipio y departamento, porque adicionalmente es una información que no se incluye en los libros de afiliados y consecuentemente, en los documentos expedidos por las cámaras de comercio.

7. Páginas 68 y 69: Verificación lista de ganaderos afiliados

En la página 68 se incluye la *"Nota 8: La lista de ganaderos afiliados aportados por el proponente serán verificados por el Ministerio con las bases de datos del registro único del segundo ciclo vacunación del año 2017, lista que se publicará como documento adicional en el SECOP II una vez se haga el cierre del proceso de selección, para efectos de transparencia y selección objetiva en la evaluación. Quien no se encuentre en dicha lista no se tendrá en cuenta."*

En la página 69 se incluye la *"Nota 9: La entidad tendrá en cuenta de la lista de ganaderos afiliados aportados por el oferente en su propuesta los 32.486 ganaderos requeridos en el literal d. No obstante el oferente podrá presentar hasta 35.000 ganaderos afiliados, para realizar la validación efectiva del número mínimo de afiliados. En caso de presentar un mayor número de ganaderos afiliados, el Ministerio tendrá en cuenta solo los primeros 35.000 ganaderos afiliados para efectos de validar los ganaderos requeridos en el literal d. Esta lista también deberá ser aportada en medio magnético en formato Excel. (CD, DVD, USB...) Anexo No 27. Lista de beneficiarios en formato Excel, que debe contener; Nombre del ganadero, Número de Cédula, Número del RUV. Nombre del Municipio y Departamento"*

Si el Ministerio desea incluir el RUV como parte de la información relacionada con cada ganadero, entendiendo que esa no es información pública, por cuanto no le

está permitido a los gremios operadores de la campaña antiaftosa suministrar información relacionada con la misma, se solicita que se haga pública la base de datos con información sobre los RUV emitidos durante el ciclo II de 2017, desde el momento en que se publiquen los pliegos definitivos.

De no hacerlo en esta forma, los proponentes y sus gremios afiliados que no tienen acceso a esa información se encontrarían en clara desventaja, por cuanto un número indeterminado de ganaderos afiliados podrían quedar descalificados, situación que se hace más crítica cuando el Ministerio solo permite la presentación de 35.000 ganaderos, para verificar que se cumple con los 32.486 exigidos.

Si la verificación se realizará con el RUV, se debe tener en cuenta que no siempre el que aparece es el ganadero. Solo en el evento en que se pueda garantizar al 100% por parte del MADR que el listado está conformado exclusivamente por ganaderos y no aparecen sus administradores o trabajadores, podrá tener validez un requisito de esta índole. Frente al cumplimiento de este requisito y dada la imposibilidad de obtener la información de los números de RUV de los ganaderos afiliados, ya que no es información pública, solicitamos la exclusión de este requisito.

Adicionalmente, no se debe limitar la acreditación como afiliados, a los ganaderos que vacunaron durante el segundo ciclo de vacunación 2017. Debe ser una condición que no excluya a ningún ganadero, teniendo en cuenta que hubo productores que no pudieron vacunar durante ese ciclo, entre ellos, los afectados por el brote de aftosa del año 2017, quienes no pudieron vacunar por haber sido sacrificados sus animales (ganaderos propietarios de más de 2.000 cabezas que fueron vacunadas antes del brote y sacrificadas); también están excluidos los que por cualquier motivo no fueron vacunados en ese ciclo, correspondientes al 3% según la cobertura reportada por el ICA.

8. **Página 69 Nota 9 :** Si la información se debe publicar en el SECOP II, portal interactivo donde toda la información es digital, por qué manifiestan en el proyecto de pliegos que se debe entregar las base de datos de los ganaderos afiliados en formato EXCEL en CD, DVD o USB? (Anexo 27)

9. **Página 69 Nota 11:** Si la información se debe publicar en el SECOP II, portal interactivo donde toda la información es digital, por qué manifiestan en el proyecto de pliegos que se debe entregar las bases de datos de las organizaciones afiliadas en formato EXCEL en CD, DVD o USB? (Anexo 28).

   ¿Por qué el MADR solo tendrá en cuenta las primeras 66 organizaciones, si son 70 o 75 organizaciones las que se deben acreditar?. La redacción de esta nota es ininteligible y puede conducir a un incumplimiento involuntario inducido por esta causa.

10. Página 69 Nota 13: Condiciones para participar.

De acuerdo con el Régimen General de la Parafiscalidad que hoy rige a las entidades administradoras de la misma en el sector agropecuario, el recaudo, administración e inversión de las contribuciones parafiscales está a cargo de las entidades que el legislador ha tenido a bien designar en la ley de creación de cada una de las contribuciones hoy vigentes. Por lo tanto, y ello es la justificación de la contraprestación que tales entidades administradoras perciben, la responsabilidad del ejercicio administrador corresponde a las entidades gremiales más representativas de cada subsector.

No es coherente ni consistente que por la vía de un proceso licitatorio se establezcan regímenes legales diferenciados para una misma situación, ello genera no solo una flagrante violación al principio de igualdad, sino que es abiertamente contrario y violatorio del orden jurídico aplicable a las contribuciones parafiscales del sector agropecuario.

Si bien es cierto la Ley 1753 de 2015 contempla la administración temporal de las contribuciones parafiscales, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por razones especiales definidas mediante reglamento, a través de un encargo fiduciario, lo anterior, está establecido como excepción solo mientras se dé la administración temporal y no como norma general.

Considerar que no obstante existir un administrador de naturaleza gremial designado por la Ley y que su actividad administradora coexista con la de una entidad fiduciaria, es a todas luces un despropósito y un quebrantamiento del principio de igualdad en relación con el universo de entidades administradoras de recursos parafiscales del sector agropecuario, además de lo cual cuando se propone que el costo de la administración fiduciario sea asumido con cargo a la contraprestación del administrador, esto resulta injusto y como ya se mencionó en el aparte pertinente, contrario a las normas que rigen la parafiscalidad, con la gran potencialidad de generar la ruptura del equilibrio económico que debe estar presente en la contratación.

Una vez determinado el administrador, tal como lo establece el artículo 12 del Decreto 696 de 1994 para el manejo de los recursos y activos, éste: ***"...organizará la contabilidad de conformidad con los métodos contables prescritos por las normas vigentes y utilizará cuentas bancarias independientes de las que emplea para el manejo de sus propios recursos y demás bienes..."***. Solamente si el Ministerio determina, en el proceso de ejecución del contrato, que el administrador no está en condiciones de garantizar el cumplimiento de las normas, asumirá la administración temporalmente y a través de una fiducia.

Como conclusión, se debe eliminar la Nota 13 de la página 69 y demás textos en donde se haga referencia a que el manejo de los recursos por parte del administrador debe realizarse a través de un encargo fiduciario, ya que, entre otras

cosas, genera un costo innecesario y además, porque este proceso de contratación en las condiciones actuales, pondría en desigualdad de condiciones al administrador de la parafiscalidad ganadera con respecto a los demás administradores de recursos parafiscales agropecuarios y pesqueros.

11. Página 106 A 107: Experiencia del Proponente

En el marco del numeral 4.2.1. Experiencia del proponente, entre las páginas 106 y 107, se incluye el texto: "*Los contratos y/o convenios deberán haberse celebrado, ejecutado y terminado dentro de los últimos SEIS (6) AÑOS anteriores a la fecha de cierre del proceso de selección*"

El texto anterior constituye una clara restricción que afecta a las organizaciones con experiencia mayor a seis (6) años, por cuanto les impide mostrar la totalidad de contratos y convenios que ejecutaron, lo cual resulta contrario al espíritu de toda licitación, que busca precisamente escoger a las entidades con mayor experiencia respecto al servicio objeto de la selección.

El anterior es el caso de FEDEGÁN, entidad a la cual, contrario a lo expresado en el concepto del Consejo de Estado, se le está restringiendo con esta exigencia su participación, impidiéndole mostrar la totalidad de su experiencia de más de 25 años en la ejecución de contratos, proyectos para beneficiar al sector ganadero colombiano y la administración de recursos públicos.

12. Páginas 119 a 123 : Documentos Financieros

En Colombia no hay una definición legal de las Entidades Sin Ánimo de Lucro - ESAL. Sin embargo, la Cámara de Comercio de Bogotá las ha definido como sigue:

"Las Entidades Sin Ánimo de Lucro son personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de una o más personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de asociados, terceras personas o comunidad en general. Las ESAL ***no persiguen el reparto de utilidades*** *entre sus miembros."*

La anterior definición, deja en claro los siguientes puntos:

1. Las ESAL deben ser personas jurídicas.

2. Las actividades de las ESAL pueden beneficiar a los asociados, a terceros o al público en general. Esto suma un elemento de complejidad, porque genera una amplia gama de posibilidades de estructura.
3. No persiguen distribuir utilidades.

Por su parte el proyecto de pliegos define en el numeral C. ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO – ESAL, como: *"..son entidades cuyo fin no es la generación de un beneficio económico, pero tampoco un sinónimo de pérdidas, sino que su único y principal objetivo es cumplir una gran función social, y estas empresas en Colombia año tras año han aumentado su participación en la economía con el fin de garantizar la pluralidad de oferentes."*

Así mismo, consideramos pertinente hacer referencia a los requisitos financieros habilitantes que en materia de contratación estatal son exigidos. Para ello tenemos dos ejemplos evidentes, los cuales indicamos a continuación:

El Aviso de Convocatoria Pública de la LICITACION PÚBLICA FTIC-LP-006-2017 del FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES en lo pertinente a los requisitos habilitantes de la Capacidad financiera y Organizacional establece:

Numeral 1. INDICADORES FINANCIEROS

"*Tratándose de Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), que a corte 31 de diciembre del 2016, presenten Utilidad Operacional negativa afectando el cálculo del Indicador de Razón de Cobertura de Intereses, se considera que cumplen con el requisito y se habilitan dentro del proceso de verificación de requisitos habilitantes, toda vez que la ausencia de lucro es una de sus características fundamentales. En el caso de que la Entidad Sin Ánimo de Lucro (ESAL) presente Utilidad Operacional Negativa, deberá cumplir con un indicador adicional de Apalancamiento a Corto Plazo (Pasivo Corriente dividido entre Patrimonio), cuyo resultado debe ser mayor o igual a cero (0), con el fin de evaluar el grado de compromiso de los socios o accionistas para atender deudas en el corto plazo."*

Numeral 2. INDICADORES CAPACIDAD ORGANIZACIONAL

"Tratándose de Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), que, a 31 de diciembre del 2016, presenten Utilidad Operacional negativa afectando el cálculo de los indicadores de Capacidad Organizacional con un resultado negativo, se considera que cumplen con el requisito y se habilitan dentro del proceso de verificación de requisitos habilitantes, toda vez que la ausencia de lucro es una de sus características fundamentales. En el caso de que la Entidad Sin Ánimo de Lucro

(ESAL) presente Utilidad Operacional Negativa, deberá cumplir con un indicador adicional de Capital de Trabajo (Activo Corriente menos Pasivo Corriente), cuyo resultado debe ser positivo, con el fin de evaluar si el proponente cuenta con los recursos que le permita llevar a cabo la ejecución del contrato y el de Patrimonio (Activo Total menos Pasivo Total), cuyo resultado debe ser positivo, con el fin de evaluar la cantidad de recursos propios en relación al proceso de contratación, para asegurar la continuidad del proponente en el tiempo."

El DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN en el PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO del PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA POR MENOR CUANTÍA No. SAMC-002-17 estableció:

Numeral 2.3. REQUISITOS HABILITANTES DE CARÁCTER FINANCIERO

2.3.1. A través de los indicadores de capacidad financiera....

"Tratándose de Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), que al cierre del ejercicio económico presenten Utilidad Operacional negativa afectando el cálculo de los indicadores de Capacidad Financiera con un resultado negativo, se considera que cumplen con el requisito y se habilitan dentro del proceso de verificación de requisitos habilitantes, toda vez que la ausencia de lucro es una de sus características fundamentales. Adicionalmente para este tipo de entidades, se establece el cálculo del indicador adicional de ***Apalancamiento a Corto Plazo*** *(Pasivo Corriente dividido entre Patrimonio), cuyo resultado debe ser mayor o igual a cero (0), con el fin de evaluar el grado de compromiso de los socios o accionistas para atender deudas en el corto plazo. Si la información contenida en el RUP no permite evaluar el cálculo del indicador adicional de Apalancamiento a Corto Plazo, el DNP hará la verificación en forma directa solicitando al proponente, documentos adicionales para tal fin, dando aplicación a lo establecido en el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012."*

Numeral 5.1.4.2 CAPACIDAD ORGANIZACIONAL

"Tratándose de Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), que al cierre del ejercicio económico presenten Utilidad Operacional negativa afectando el cálculo de los indicadores de Capacidad Organizacional con un resultado negativo, se considera que cumplen con el requisito y se habilitan dentro del proceso de verificación de requisitos habilitantes, toda vez que la ausencia de lucro es una de sus características fundamentales. Adicionalmente para este tipo de entidades, se establece el cálculo del indicador adicional de ***Capital de Trabajo*** *(Activo Corriente menos Pasivo Corriente), cuyo resultado debe ser positivo, con el fin de*

evaluar si el proponente cuenta con los recursos que le permita llevar a cabo la ejecución del contrato. Si la información contenida en el RUP no permite evaluar el cálculo del indicador adicional de Capital de Trabajo, el DNP hará la verificación en forma directa solicitando al proponente, documentos adicionales para tal fin, dando aplicación a lo establecido en el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012."

Por su parte, el Manual de la Agencia Colombia Compra Eficiente, para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación establece lo siguiente:

"La Entidad Estatal debe determinar los indicadores de capacidad financiera y capacidad organizacional, y la relación de dependencia entre cada indicador y la ejecución del contrato. Entre más fuerte sea esta relación, más riguroso debe ser el análisis de los datos para establecer los límites de los requisitos habilitantes y los indicadores previstos deben ser más exigentes.

En el caso de que no exista una relación de dependencia fuerte entre cada indicador y la ejecución del contrato, la Entidad Estatal debe tener precaución para no excluir posibles proponentes que aunque, para un indicador específico tengan un peor desempeño que el promedio de su sector, estén en capacidad de participar en el Proceso de Contratación y cumplir con el objeto del contrato. Para ello, la Entidad Estatal puede fijar límites más flexibles dados por el comportamiento del sector económico estudiando por ejemplo, los valores máximos y mínimos del indicador para las empresas objeto de análisis."

En este orden de ideas, planteamos las siguientes observaciones con el fin de aclarar la *redacción* en lo que respecta a los siguientes puntos:

Página 122: Indicadores Capacidad Financiera – ESAL. De acuerdo con lo indicado en el literal C. que hace referencia a los Indicadores de Capacidad Financiera para las Entidades sin Ánimo de Lucro– ESAL del numeral 4.3 Documentos Financieros, los indicadores que serán aplicados a estas entidades, son los de Capacidad Financiera y adicionalmente el indicador de Capital de Trabajo.

Página 123: Indicadores de Capacidad Organizacional – ESAL. En el numeral C.2, se establece que los indicadores señalados en el Literal B, es decir, los Indicadores de Capacidad Organizacional son aplicados a las Entidades sin Ánimo de Lucro que al cierre de su ejercicio económico registren excedentes, las cuales

serán habilitadas para el proceso de calificación de los indicadores de capacidad organizacional.

Por todo lo anterior, se solicita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, modificar la redacción de la siguiente manera:

- **Que se excluyan las siguientes notas:**

Página 120: Numeral 4.3.2 CAPACIDAD FINANCIERA

NOTA 4: Para las entidades que al cierre del ejercicio económico presenten pérdida operacional. Se considera que no cumplen con el requisito y no se habilitarán dentro del proceso de verificación de requisitos habilitantes".

Página 123: Literal C.2. INDICADORES DE CAPACIDAD ORGANIZACIONAL - ESAL.

NOTA 2: Para las ESAL que al cierre de su ejercicio económico presenten mayores egresos respecto de sus ingresos, es decir, excedentes menores a cero (0), se considera que no cumplen con el requisito y no se habilitaran dentro del proceso de verificacion de requisitos habilitantes."

- **Que se incluyan los siguientes textos, que son los de uso general en la contratación pública para evaluar la capacidad financiera y organizacional de las ESAL:**

CAPACIDAD FINANCIERA

"Tratándose de Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), que al cierre del ejercicio económico presenten Utilidad Operacional negativa afectando el cálculo de los indicadores de Capacidad Financiera con un resultado negativo, se considera que cumplen con el requisito y se habilitan dentro del proceso de verificación de requisitos habilitantes, toda vez que la ausencia de lucro es una de sus características fundamentales. Adicionalmente para este tipo de entidades, se establece el cálculo del indicador adicional de Apalancamiento a Corto Plazo (Pasivo Corriente dividido entre Patrimonio), cuyo resultado debe ser mayor o igual a cero (0), con el fin de evaluar el grado de compromiso de la ESAL para atender deudas en el corto plazo. Si la información contenida en el RUP no permite evaluar el cálculo del indicador adicional de Apalancamiento a Corto Plazo, el MADR hará la verificación en forma directa solicitando

al proponente, documentos adicionales para tal fin, dando aplicación a lo establecido en el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012."

CAPACIDAD ORGANIZACIONAL

"Tratándose de Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), que al cierre del ejercicio económico presenten Utilidad Operacional negativa afectando el cálculo de los indicadores de Capacidad Organizacional con un resultado negativo, se considera que cumplen con el requisito y se habilitan dentro del proceso de verificación de requisitos habilitantes, toda vez que la ausencia de lucro es una de sus características fundamentales. Adicionalmente para este tipo de entidades, se establece el cálculo del indicador adicional de Capital de Trabajo (Activo Corriente menos Pasivo Corriente), cuyo resultado debe ser positivo, con el fin de evaluar si el proponente cuenta con los recursos que le permita llevar a cabo la ejecución del contrato. Si la información contenida en el RUP no permite evaluar el cálculo del indicador adicional de Capital de Trabajo, el MADR hará la verificación en forma directa solicitando al proponente, documentos adicionales para tal fin, dando aplicación a lo establecido en el artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012."

Por otro lado, las dos notas siguientes son completamente ininteligibles y, por tanto, se solicita modificar la redacción, aclarando a qué requisitos se refiere la entidad, teniendo en cuenta que la redacción presentada puede generar confusión a los proponentes.

Página 120: Nota 4 del Numeral 4.3.2 Capacidad Financiera.- Esta nota establece lo siguiente: ***"Para las entidades que al cierre del ejercicio económico presenten pérdida operacional. Se considera que no cumplen con el requisito y no se habilitarán dentro del proceso de verificación de requisitos habilitantes"***.

Página 123: Nota 4 Literal C Indicadores de Capacidad Financiera ESAL.- Esta nota establece lo siguiente: ***"Para las ESAL que al cierre del ejercicio económico registren excedentes se considera que cumplen con el requisito y aplicarán para el proceso de calificación de los indicadores de capacidad financiera".***

13. **Página 129: Factores de Evaluación.-** Solicitamos que se incluya la experiencia específica en la ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS, adicional a la ya indicada en la licitación, toda vez que el objeto a contratar en virtud de esta licitación es : ***"Contratar al administrador de la cuota parafiscal de fomento ganadero y lechero para el recaudo, la administración y la inversión de la misma, de acuerdo a las políticas formuladas por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, conforme a la normatividad aplicable". (Subrayado fuera de texto).***

En concordancia con lo anterior, la experiencia no puede limitarse a solo 6 años, teniendo en cuenta que el último contrato de administración de los recursos parafiscales fue firmado en 2004, lo cual excluiría a la entidad más representativa del sector y que ostenta la mayor experiencia en la ejecución del objeto a contratar.

Teniendo en cuenta que es la tercera vez que ustedes intentan dar apertura a esta licitación y que es también la tercera vez que el MADR pretende excluir la experiencia directamente relacionada con el objeto del contrato, me permito reiterar, la observación que se formuló en su momento en los prepliegos de la Licitación Pública No MADR –LP- 005 de 2016 y Licitación Pública No MADR –LP- 002 de 2017, la cual le solicito aplicar a la Licitación Pública No MADR –LP- 001 de 2018, así:

"Es preciso advertir que la forma en que se han concebido los prepliegos de la Licitación Pública No MADR –LP- 002 de 2017, no solo no se compadece con la estructura que el legislador ha querido darle a las contribuciones parafiscales del sector agropecuario, cuyas reglas y principios legales básicos se plasman en el Capítulo V de la Ley 101 de 1993, en la cual, lo que se plantea con meridiana claridad, es que su administración siempre esté en manos de la entidad gremial más representativa del sector y no atomizada en un cúmulo de gremios o sujetos dispersos, que no responden al criterio de representatividad nacional.

Es evidente que el diseño y forma en que se elaboraron los documentos de la citada licitación, conllevan necesariamente a que el proponente deba ser plural, es decir, consorcio o unión temporal, circunstancia que fractura la esencia de la parafiscalidad agropecuaria, cuyas especificidades son, precisamente, las que dan origen a su particular forma de administración, lo que se desconoce en el proyecto de pliegos y estudios previos propuestos.

2.- El objeto de la Licitación Pública No MADR – LP – 002 DE 2017, es el siguiente:

*"**Objeto:** Contratar al administrador de la Cuota Parafiscal de Fomento Ganadero y Lechero para el recaudo, la administración y la inversión de la misma, de acuerdo a las políticas formuladas por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, conforme a la normatividad aplicable"*

La agencia Colombia Compra Eficiente señala explícitamente en relación con la experiencia que debe ser acreditada en un proceso licitatorio, que la misma debe guardar relación directa con el objeto contractual y las actividades a desarrollar en su ejecución.

A propósito del contrato de obra pública[3]*, la citada agencia enseña y solicita que se apliquen dos criterios fundamentales en relación con la experiencia de los proponentes en un proceso licitatorio, postulados estos que, indiscutiblemente, resultan aplicables a cualquier proceso contractual, incluido éste, en el que con mayor razón, dada la naturaleza del objeto por contratar, el factor experiencia adquiere un mayor peso específico para efectos de seleccionar al mejor oferente y la mejor propuesta, de manera que los intereses de la administración queden satisfechos, así como los del sector ganadero.*

2.1 Objeto del contrato y experiencia requerida

La agencia Colombia Compra Eficiente, respecto de este ítem específico, ha impartido la siguiente instrucción:

*"**La experiencia requerida en un Proceso de Contratación de obra pública debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato y su valor. La experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar**. Por ejemplo, si el Proceso de Contratación es para la construcción de una vía, el proponente debe tener experiencia en construcción de vías de condiciones técnicas similares, sin que sea relevante el lugar en el cual ha prestado el servicio, quién ha sido el contratante o volúmenes de obra específicos que no aportan al Proceso de Contratación como criterio de selección objetiva." (Negrillas fuera de texto)*

Significa lo anterior, a la luz del objeto de la licitación que, por supuesto, corresponde al objeto contractual, que las actividades allí descritas: "RECAUDO, ADMINISTRACIÓN E INVERSIÓN", son la esencia de esta contratación, circunstancia que resulta insoslayable de acuerdo con el régimen y estructura legal de la parafiscalidad agropecuaria en Colombia y, de manera especial, con el régimen de la cuota de fomento ganadero y lechero.

Por lo anterior, es equivocado solicitar únicamente experiencia en seis (6) de nueve (9) numerales del artículo 4º de la Ley 89 de 1993, cuando las actividades principales, que en estricto sentido deberían corresponder a un requisito HABILITANTE, ni siquiera se incluyen en el proyecto de pliegos, esto es, la experiencia en "RECAUDO, ADMINISTRACIÓN E INVERSIÓN", de recursos públicos de diverso origen, bien sea del presupuesto de las entidades estatales o de contribuciones parafiscales.

De acuerdo con esta observación, se solicita incluir de manera clara y expresa como REQUISITO HABILITANTE, la experiencia obtenida por los oferentes en la ejecución de contratos cuyo objeto haya sido el "RECAUDO, ADMINISTRACIÓN E INVERSIÓN" de recursos públicos, de conformidad con el objeto del presente proceso licitatorio y del contrato a suscribirse en desarrollo del mismo.

2.2 El tiempo que cuenta para determinar la experiencia requerida

Respecto de este ítem, de manera contundente, la agencia Colombia Compra Eficiente, ha instruido lo siguiente:

*"Por otra parte, **la experiencia no se agota con el paso del tiempo** y por el contrario los proponentes adquieren mayor experiencia con el paso del tiempo en la medida en que*

[3] Guía para Procesos de Contratación de Obra Pública. Colombia Compra Eficiente. Gobierno de Colombia. Todos por un Nuevo País.

continúen con sus actividades. ***Las Entidades Estatales solo pueden exigir que la experiencia se ha cumplido en un rango de años determinado cuando esto se justifica por cambios o innovaciones técnicas que se hayan producido en el mismo lapso y que sean justificadas de acuerdo con los riesgos, la complejidad y la naturaleza del Proceso de Contratación****." (Negrillas fuera de texto)*

En concordancia con lo arriba expresado por la agencia Colombia Compra Eficiente, que no es nada distinto que la aplicación concreta de los principios constitucionales y legales de eficacia, economía y transparencia que rigen la contratación pública en Colombia (Artículo 209 de la Carta Política) , resulta a todas luces incoherente que en el proyecto de pliegos se incluya de manera arbitraria una limitación a la mayor experiencia, inaplicando la instrucción de la citada agencia, pues al fijar los tiempos válidos y habilitantes de la experiencia técnica, lo hizo de manera completamente inversa a la regla.

*Por lo tanto, se solicita que en los pliegos de condiciones definitivos del presente proceso licitatorio, se incluya un período de experiencia técnica HABILITANTE mínimo equivalente al periodo de ejecución del anterior contrato de administración de la cuota, que es el plazo del contrato a celebrar, y que la misma no tenga límite máximo en cuanto a su antigüedad, tal como lo instruye el criterio expresado por Colombia Compra Eficiente, en el sentido de que la experiencia de los oferentes y contratistas acrece con el paso del tiempo, en beneficio de los intereses del Estado y de la contratación. Así mismo, debe tenerse en cuenta que en este caso no es posible "****exigir que la experiencia se haya cumplido en un rango de años determinado",*** *tal como lo señala también dicha agencia, por cuanto no se han producido "****cambios o innovaciones técnicas (...) en el mismo lapso y que sean justificadas de acuerdo con los riesgos, la complejidad y la naturaleza del Proceso de Contratación****."*

De acuerdo con lo anterior, consideramos pertinente advertir que no será de recibo la misma respuesta que en la anterior oportunidad dio el MADR, considerando que no estamos solicitando que se excluyan los demás factores para calificar la experiencia, sino que se incluya la experiencia relacionada con el objeto a contratar, pues de lo contrario, ello generará una seria desventaja para nuestra institucionalidad que afecta de manera grave y cuestiona el cumplimiento del principio de selección objetiva.

Por lo demás, también se solicita que para bien de la administración y de los resultados de este proceso licitatorio, se tenga en cuenta el criterio que con tanto acierto expresa la Agencia Colombia Compra Eficiente, **en el sentido que a mayor tiempo de experiencia, los resultados son sustantivamente mejores**.

En virtud de lo expuesto se solicita que el tiempo de experiencia a considerar en relación con los factores que determinan la experiencia incluido el de administración de recursos públicos (que es el directamente relacionado con el objeto del proceso licitatorio), se determine en un lapso de **hasta** veinticinco (25) años.

14. Página 139 a 141: Comité Técnico

Teniendo en cuenta la normatividad vigente en relación con la Gobernanza de las Contribuciones Parafiscales, y en especial la de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero, el Proyecto de Pliegos, adolece de una grave falla al no ser claro y explícito en cuanto al Órgano Máximo de Dirección, que por disposición legal rige los destinos de la Parafiscalidad Ganadera.

De igual manera, y teniendo claro que la Gobernanza de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero, descansa sobre la Ley 101 de 1993 Capítulo IV, Ley 89 de 1993, Decreto 696 de 1994 y Decreto 2025 de 1996, todos ellos acompañados de lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto en el artículo 29º, Norma de categoría superior, por disposición Constitucional e interpretación jurisprudencial, no se entiende cuál es la intención de crear un Comité Técnico en el cual se asignan unas funciones de carácter público, como si el instrumento para crear esta clase de institucionalidad, y generar cargos con funciones públicas, fuese un pliego de condiciones de una licitación y el contrato resultante de ésta.

Por esta razón se solicita la mayor claridad en cuanto al ejercicio de las funciones del Órgano Máximo de Dirección establecido en el artículo 5º de la Ley 89 de 1993, cuya existencia deriva claramente de la creación legal que de este órgano hiciera el Congreso de la República, a través del artículo 3º de la citada Ley 89, órgano que está tan vigente como la misma Ley.

15. **Página 160 Anexo 7: Propuesta económica**

Se indica que los gastos administrativos enunciados en el Anexo 7 del proyecto de licitación deben ser sufragados con el porcentaje del 5% que percibirá el administrador de la cuota de fomento ganadero y lechero como contraprestación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7º de la Ley 89 de 1993. Este hecho va en contravía de lo preceptuado en el decreto 2025 de 1996, el cual en su artículo 9º parágrafo 2º determina lo siguiente:

*"**Parágrafo 2o. La contraprestación consagrada en la respectiva ley de creación de cada Fondo Parafiscal y en el correspondiente contrato de administración suscrito entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural y el ente administrador, hace parte del patrimonio de este último y, como tal, será de su libre disposición y no estará sujeta a los controles de que trata el presente Decreto ni al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República."***

Por otro lado, se debe tener en cuenta que esta es la legislación vigente y, por tanto, es la que están aplicando los demás administradores de fondos parafiscales del sector agropecuario, incluyendo al Ministerio de Agricultura en su condición actual de administrador temporal de la cuota de fomento ganadero y lechero, ya

que, como se puede evidenciar en el presupuesto de la Cuenta de Carne y Leche registrado en el documento Constancia Secretarial, todos los gastos de personal administrativo y gastos generales de funcionamiento están siendo sufragados por la cuota parafiscal, que para la vigencia 2018 asciende a la suma de $4.375.376.312, al paso que la contraprestación correspondiente al 5% se traslada completa a Fiduagraria sin que esta entidad deba efectuar erogaciones obligatorias con cargo a este porcentaje.

De acuerdo con lo anterior, el Ministerio no puede "legislar" e imponer en el marco de un proceso licitatorio, condiciones que desconozcan y vayan en contravía de la normatividad vigente y de obligatorio cumplimiento, prohibiendo que los gastos administrativos sean sufragados con cargo al 95% restante de la cuota de fomento.

En el análisis económico realizado en este proyecto, se evidencia que hay un grave e inminente riesgo de fractura del equilibrio económico del contrato para el proponente, considerando que de acuerdo con el presupuesto oficial estimado para el proceso de selección, el administrador de la cuota parafiscal percibirá para el primer año por concepto de contraprestación la suma de $ 3.701.952.006, al paso que debe sufragar gastos, de acuerdo con el presupuesto incluido en la Constancia Secretarial de la Cuenta Nacional de Carne y Leche para la vigencia 2018 por la suma de $ 4.375.376.312, lo que representa un desbalance económico de $673.424.306 en el primer año, que tendría que cubrir el proponente con sus recursos propios.

De acuerdo con la página 83 del pliego de condiciones, es deber de los proponentes advertir sobre los posibles riesgos asociados a la ejecución del contrato que puedan afectar el equilibrio económico del mismo, que es lo que inevitable e inexorablemente sucedería si no se modifican estas condiciones durante la etapa precontractual, por tanto y teniendo en cuenta que la modificación de estas condiciones en etapa contractual o de ejecución, plantean serios y graves inconvenientes, incluso hasta el punto de generar un serio conflicto jurídico-económico, es inconveniente a todas luces avanzar manteniendo los planteamientos contrarios a la Ley y carentes de toda racionalidad económica.
Es totalmente incoherente que el MADR, mientras ha ejercido la administración de la cuota parafiscal ha permitido que una entidad como Fiduagraria adscrita a esta cartera, se haya lucrado por cuenta de los recursos que han pagado los ganaderos de Colombia, y cuando se trata de volver al sistema natural de administración de la parafiscalidad agropecuaria, se empeñe por tercera vez en violentar la estructura jurídica que rige para las contribuciones parafiscales y exigir condiciones económicas leoninas a quienes aspiren a la administración de dichos recursos.

De mantenerse esta situación, le cabe total responsabilidad al MADR por lo que resulta imperativo realizar los ajustes pertinentes en los pliegos definitivos, conforme a la Ley y la realidad económica.

16. **Página 110: Numeral 4.2.2 Equipo de trabajo mínimo**: un argumento adicional a lo expuesto en la observación anterior, se refiere al equipo de trabajo requerido en el numeral 4.2.2., a todas luces insuficiente para llevar a cabo la labor administrativa y financiera de la parafiscalidad ganadera, tal como se puede evidenciar, incluso en la administración "temporal" de la cuota de fomento ganadero y lechero en la actualidad, a través del Ministerio de Agricultura, que tiene una planta de personal administrativo de 34 personas, totalmente sufragada con cargo a los recursos de la cuota de fomento ganadero y lechero. Por lo anterior se solicita que los pliegos se modifiquen en el sentido de que la estructura organizacional requerida para la administración del contrato sea sufragada con cargo al 95% de la cuota parafiscal y adicionalmente, que la definición del personal requerido, corresponda a una decisión del administrador como responsable de la ejecución del contrato, sin perjuicio de la aprobación por parte del Órgano Máximo de Dirección, en cumplimiento de las funciones establecidas para la Junta Directiva en el numeral 2º del artículo 10º del decreto 696 de 1994 y de lo dispuesto en el artículo 9º del decreto 2025 de 1996.

17. **Página 129: Atención directa en proyectos o programas de ganadería ejecutados:** Con respecto a este numeral, solicitamos nos informen, conforme a la ley, cuál es el alcance de lo que se denomina en el pliego, atención directa respecto de los proyectos o programas de ganadería ejecutados por los proponentes.

18. **Página 167: Anexo 10 Proyecto de Minuta del contrato**

En el numeral 5º del Literal B que hace referencia a las Obligaciones Generales del Contratista se indica lo siguiente: *"Conocer y acatar lo dispuesto en el Manual de Contratación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural".*

Se solicita que de manera explícita se defina el alcance de esta obligación.

19. **Página 182: Anexo 12 Anexo Técnico**

En el numeral 39º del Anexo Técnico que hace referencia a las Especificaciones Técnicas Mínimas Requeridas indica lo siguiente: "*Realizar los trámites necesarios para que los recursos sean exonerados de la contribución del cuatro por mil (4X1000), teniendo en cuenta el origen y el destino de los mismos".*

Dirección: Calle 37 # 14 - 31 Bogotá D.C. Colombia
Teléfono: (571) 5782020 Fax: (571) 2327193
web: www.fedegan.org.co
e-mail: fedegan@fedegan.org.co

Se solicita que de manera explícita se defina el alcance de esta obligación, teniendo en cuenta que esta contribución del cuatro mil (4X1000), es de carácter legal y la exoneración de este tributo solo sería aplicable en el evento que exista la norma que así lo establezca.

20. Página 184: Anexo 12 Anexo Técnico

En el numeral 48º del Anexo Técnico que hace referencia a las Especificaciones Técnicas Mínimas Requeridas indica lo siguiente: "*Sin perjuicio de los derechos políticos y la libre expresión, el administrador de la cuota parafiscal deberá abstenerse de divulgar su posición política y el uso de los recursos para tal fin, o promocionar participaciones u opiniones políticas de terceros. En caso de verificarse por parte del MINISTERIO este hecho, el Ministerio podrá terminar unilateralmente el contrato, garantizando el debido proceso*".

Se solicita que de manera explícita se defina el alcance de esta obligación, teniendo en cuenta que es de la naturaleza de las contribuciones parafiscales que sean administradas por Entidades Gremiales, cuya razón de ser es la de representar a su sector, y siendo voceras de éste, expresar opiniones de contenido político en cuanto a la valoración de las actuaciones gubernamentales, así como de las políticas públicas, que no deben confundirse con el ejercicio de la política partidista.

Cordialmente,

JAIME RAFAEL DAZA ALMENDRALES
Representante Legal FEDEGAN

Dirección: Calle 37 # 14 - 31 Bogotá D.C. Colombia
Teléfono: (571) 5782020 Fax: (571) 2327193
web: www.fedegan.org.co
e-mail: fedegan@fedegan.org.co