RESPUESTA OBSERVACIONES DE CARÁCTER JURÍDICO PRESENTADAS AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES DEL PROCESO DE SELECCIÓN INVITACIÓN ABIERTA Nro. ICFES-IA-006-2021

Objeto: "CONTRATAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ORGANIZACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA LOGÍSTICA PARA LA APLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LA PRUEBA SABER TYT PRIMER SEMESTRE 2021."

OBSERVACIONES PRESENTADAS POR GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.
Viernes 26 de marzo de 2021

OBSERVACIÓN No. 1

"Literal C, póliza de "Responsabilidad Civil Extracontractual: Esta póliza debe cubrir eventuales reclamaciones de terceros, derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones del contratista, así como también los perjuicios patrimoniales y/o extrapatrimoniales que llegaren a ocasionarse y deberá incluir.

Tomador: Contratista Asegurado: Contratista y/o Icfes Beneficiario: Terceros afectados y/o Icfes. Tipo de cobertura: Responsabilidad Civil Extracontractual por ocurrencia, incluyendo como mínimo los amparos que a continuación se relacionan.
Amparos: - Predios, Labores y Operaciones – PLO - Contratistas y Subcontratistas - Amparo Patronal - Vehículos propios y no propios
Valor asegurado: 400 SMLMV.
Vigencia: igual al período de ejecución del contrato"

De manera atenta y respetuosa se solicita a la Entidad disminuir la cuantía de la póliza de responsabilidad civil extracontractual a 200 SMMLV, teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, que en su numeral primero del artículo 2.2.1.2.3.1.17. denominado "Suficiencia del seguro de responsabilidad civil extracontractual", en el que se dispone que el valor asegurado por los contratos de seguro que amparan la responsabilidad civil extracontractual no debe ser inferior a: "(…) 1. Doscientos (200) SMMLV para contratos cuyo valor sea inferior o igual a mil quinientos (1.500) SMMLV (…)".

RESPUESTA No. 1

Le asiste razón al observante. La Entidad realizará el ajuste correspondiente en el Pliego de Condiciones Definitivo, sin embargo, se aclara que la cuantía de la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual se establecerá en 300 SMMLV, debido al valor del presupuesto del proceso, conforme lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.17 del Decreto 1082 de 2015, que al tenor señala:

> *"El valor asegurado por los contratos de seguro que amparan la responsabilidad civil extracontractual no debe ser inferior a:*

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES
Calle 26 No. 69 - 76, Torre 2, piso 15. Edificio Elemento, Bogotá - Colombia • **Líneas de atención al usuario:** Bogotá (+57 1) 484 1460
Línea gratuita nacional: 01 8000 51 9535 • www.icfes.gov.co @ICFEScol icfescol ICFES ICFEScol

1. *Doscientos (200) SMMLV para contratos cuyo valor sea inferior o igual a mil quinientos (1.500) SMMLV*
2. *Trescientos (300) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a mil quinientos (1.500) SMMLV e inferior o igual a dos mil quinientos (2.500) SMMLV*
3. *Cuatrocientos (400) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a dos mil quinientos (2.500) SMMLV e inferior o igual a cinco mil (5.000) SMMLV*
4. *Quinientos (500) SMMLV para contratos cuyo valor sea superior a cinco mil (5.000) SMMLV e inferior o igual a diez mil (10.000) SMMLV*
5. *El cinco por ciento (5%) del valor del contrato cuando este sea superior a diez mil (10.000) SMMLV caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo setenta y cinco mil (75.000) SMMLV*

La vigencia de esta garantía deberá ser igual al período de ejecución del contrato."

OBSERVACIÓN No. 2

"Alteraciones al Orden público, huelgas, asonada, manifestaciones que no permitan el desarrollo de las actividades del contrato"

Se solicita muy respetuosamente asignar este riesgo a la Entidad, toda vez que su materialización no depende del Contratista, es un riesgo que se escapa totalmente de su órbita y control."

RESPUESTA No. 2

Para empezar, es importante señalar que el Icfes al analizar y distribuir los riesgos en el proceso ha tenido en cuenta lo que señala el observante y es claro que la materialización de las circunstancias cobijadas por el mismo escapa a la voluntad de las partes y afectan en misma proporción a ambas.

Así las cosas, se hizo la asignación conjunta y equitativa del riesgo, estableciendo el tratamiento que permita tanto al contratista como al Icfes hacer un monitoreo constante y tomar las medidas encaminadas a enfrentarlo en caso de ocurrencia.

De acuerdo con lo anterior, no se acepta su observación.

OBSERVACIÓN No. 3

"Cambio de fecha de aplicación de las pruebas a causa de la expedición de normas por el Gobierno Nacional, Departamental o Municipal con ocasión del Covid 19".

Se solicita muy respetuosamente *asignar este riesgo a la Entidad. En primer lugar; porque el cambio de fecha depende de factores externos que el Contratista no puede controlar. En segundo lugar; porque su efecto o consecuencia acarrearía un incremento de los costos de operación del contratista para la aplicación de la prueba, lo que perjudicaría únicamente a éste, generando un desequilibrio económico."*

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES
Calle 26 No. 69 - 76, Torre 2, piso 15. Edificio Elemento, Bogotá - Colombia • **Líneas de atención al usuario:** Bogotá (+57 1) 484 1460
Línea gratuita nacional: 01 8000 51 9535 • www.icfes.gov.co @ICFEScol icfescol ICFES ICFEScol

RESPUESTA No. 3

Respecto a la observación planteada se precisa lo siguiente:

El riesgo descrito en el numeral 6 de la matriz de riesgos, "*Cambio de fecha de aplicación de las pruebas por emergencia sanitaria o situaciones que puedan alterar el orden público o para prevenir la propagación del COVID – 19*", es un riesgo previsible para este proceso, teniendo en cuenta que la existencia, conocimiento y medidas para afrontar la pandemia producida por el Covid 19, son de público conocimiento para el momento de la suscripción del contrato derivado de este Proceso, las cuales, aunque difíciles, no son de imposible cumplimiento.

Desde el Gobierno nacional se le hace frente a la propagación del Covid-19 con diversas medidas administrativas para regular las dinámicas sociales en el territorio nacional, como son, la implementación de cuarentenas por regiones, la suspensión de clases presenciales para la formación básica, media y superior, la suspensión de la aplicación de las pruebas de Estado como fue lo ocurrido en el mes de marzo, la aplicación electrónica de la prueba TyT desarrollada por el Icfes y la creación de protocolos de bioseguridad para la aplicación de las pruebas que son objeto de este proceso.

En este sentido, sería irresponsable o negligente tanto para el Icfes como para el Operador que suscriba el contrato, no prever una posible suspensión o cancelación de la prueba por tema de la pandemia, y en consecuencia, tanto el Icfes como el futuro contratista deben proponer y definir medidas apropiadas paran disminuir una posible afectación al contrato en caso de ocurrir el riesgo planteado, sin asumir que por la simple existencia del virus este es irresistible.

Por lo tanto, el riesgo planteado en la Matriz de Riegos se mantiene en todos sus aspectos y se recomienda al oferente considerar el riesgo y su asignación en la estructuración de su oferta contractual.

De acuerdo con lo anterior no se acepta la observación.

OBSERVACIÓN No. 4

"Variación sustancial de las cantidades de pruebas a ejecutar por disminución de los examinandos. Reducción que podría ser de hasta el 30%"

De manera respetuosa solicitamos ajustar la asignación de este riesgo y establecerlo para la Entidad, ya que su materialización no depende de la voluntad o inobservancia del contratista, sobre todo cuando el ausentismo que se pueda presentar depende de causas externas (naturales o artificiales).

RESPUESTA No. 4

No se acepta la observación teniendo en cuenta lo siguiente:

Es claro que la variación del número de los examinandos que se presentan a la prueba no depende de la voluntad del Icfes o del Contratista, sin embargo, la variación debe ser tenida en cuenta por la

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES
Calle 26 No. 69 - 76, Torre 2, piso 15. Edificio Elemento, Bogotá - Colombia • **Líneas de atención al usuario:** Bogotá (+57 1) 484 1460
Línea gratuita nacional: 01 8000 51 9535 • www.icfes.gov.co @ICFEScol icfescol ICFES ICFEScol

Entidad al momento de estructurar el proceso y en consecuencia, definir mecanismos a implementar para el tratamiento y control del riesgo que genera la disminución significativa de inscritos a la prueba, ya que dicha variación o riesgo no puede evitarse al ser inherente a la finalidad del Instituto.

El Icfes proyecta la asistencia a la prueba sobre un estimado de examinandos que se define con base en las pruebas de años anteriores, al igual que, al establecer claramente los costos para la aplicación de las pruebas, manteniendo los valores unitarios de la oferta económica, situación que moldea tanto el presupuesto oficial del proceso, como el estudio de mercado y la forma de pago del futuro contrato. Sin embargo, el riesgo no pude ser asignado únicamente al Icfes, este debe trasladarse en igual medida a la empresa que desea realizar oferta en el proceso de selección que se pretende ejecutar, en virtud de dar total publicidad del proceso, ya que en dicha oferta se debe presupuestar la afectación que podría generar la configuración del riesgo tanto al contratista, como a la finalidad que persigue el contratante, y que será satisfecha por los servicios prestados por el oferente al que se le adjudique el proceso.

En este sentido, es importante para la entidad, que el oferente pueda prever, estimar o cuantificar el riesgo que se produce por la disminución en las inscripciones de los evaluandos a la prueba, y en consecuencia tomar medidas que puedan contribuir con la reducción del riesgo para la ejecución del contrato.

OBSERVACIÓN Nro. 5

"Literal C, póliza de "Responsabilidad Civil Extracontractual: Esta póliza debe cubrir eventuales reclamaciones de terceros, derivadas de la responsabilidad extracontractual que surja de las actuaciones, hechos u omisiones del contratista, así como también los perjuicios patrimoniales y/o extrapatrimoniales que llegaren a ocasionarse y deberá incluir.

Tomador: Contratista Asegurado: Contratista y/o Icfes Beneficiario: Terceros afectados y/o Icfes. Tipo de cobertura: Responsabilidad Civil Extracontractual por ocurrencia, incluyendo como mínimo los amparos que a continuación se relacionan.
Amparos: - Predios, Labores y Operaciones – PLO - Contratistas y Subcontratistas - Amparo Patronal - Vehículos propios y no propios
Valor asegurado: 400 SMLMV.
Vigencia: igual al período de ejecución del contrato"

De manera atenta y respetuosa se solicita a la Entidad disminuir la cuantía de la póliza de responsabilidad civil extracontractual a 200 SMMLV, teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, que en su numeral primero del artículo 2.2.1.2.3.1.17. denominado "Suficiencia del seguro de responsabilidad civil extracontractual", en el que se dispone que el valor asegurado por los contratos de seguro que amparan la responsabilidad civil extracontractual no debe ser inferior a: "(…) 1. Doscientos (200) SMMLV para contratos cuyo valor sea inferior o igual a mil quinientos (1.500) SMMLV (…)".

RESPUESTA Nro. 5

Revisar la respuesta a la observación No. 1 del presente documento.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES
Calle 26 No. 69 - 76, Torre 2, piso 15. Edificio Elemento, Bogotá - Colombia • **Líneas de atención al usuario:** Bogotá (+57 1) 484 1460
Línea gratuita nacional: 01 8000 51 9535 • www.icfes.gov.co @ICFEScol icfescol ICFES ICFEScol

OBSERVACIÓN Nro. 6

"CLÁUSULA PENAL DE APREMIO: En caso de incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA, este se obliga a pagar en favor de El Icfes, sumas sucesivas diarias equivalentes al cero punto dos por ciento (0.2%) del valor total del contrato, por cada día de incumplimiento o proporcional por fracción, según el caso, sin exceder el diez por ciento (10%) del valor total del mismo. El pago de esta sanción no exime del cumplimiento de la obligación principal."

Se solicita muy respetuosamente a la Entidad eliminar esta cláusula, teniendo en cuenta que se estipuló una cláusula penal por el veinte (20%) del valor total del contrato. El mantenerse, se estaría castigando dos (2) veces al Contratista por un mismo incumplimiento, lo que jurídicamente no sería viable y afectaría económicamente al Contratista, pudiendo conllevar esto a que no se pueda cumplir, al final de cuentas, con la obligación presuntamente incumplida en su momento."

RESPUESTA Nro. 6

Revisada la observación, la entidad se permite dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, se aclara al proponente que con la entrada en vigencia de Ley 1324 de 2009, el Icfes es una Empresa estatal de carácter social del sector Educación Nacional, entidad pública descentralizada del orden nacional, de naturaleza especial, si bien los actos que realiza para el desarrollo de sus actividades, están sujetos a las disposiciones del derecho público, los contratos que deba celebrar y otorgar el Instituto como entidad de naturaleza especial, en desarrollo de su objeto, **se sujetarán a las disposiciones del derecho privado.**

De acuerdo con lo anterior, los procesos de selección que adelanta la entidad se rigen por el Acuerdo 002 de 2019 -Manual de Contratación del Icfes-, tal como se indicó en la introducción del Proyecto de Pliego de Condiciones del proceso de selección No. ICFES-IA-006-2021.

En cuanto a la cláusula penal de apremio pactada en el contrato para el proceso que nos ocupa, el numeral 1º del artículo 46 del Acuerdo No. 002 de 2019-Manual de Contratación del Icfes, establece que se aplica en caso de que se presente incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones a cargo del contratista, éste se obliga a pagar al Icfes cláusulas penales de apremio en los porcentajes o cuantías señalados en el contrato, por cada día de incumplimiento o proporcional por fracción, según el caso, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

El porcentaje establecido en la cláusula penal de apremio es la proporción que el Instituto encuentra razonable como anticipación de perjuicios, dado que lo que se trata es de salvaguardar recursos públicos. Cabe aclarar que los retrasos injustificados afectan gravemente la operación del ICFES, como quiera que las fechas de aplicación de las pruebas son inmodificable salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Por último, resulta importante resaltar que no se está configurando un desequilibrio económico para el contratista como lo quiere hacer ver el observante, aun cuando el contrato se encuentra en la órbita

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES
Calle 26 No. 69 - 76, Torre 2, piso 15. Edificio Elemento, Bogotá - Colombia • **Líneas de atención al usuario:** Bogotá (+57 1) 484 1460
Línea gratuita nacional: 01 8000 51 9535 • www.icfes.gov.co @ICFEScol icfescol ICFES ICFEScol

del derecho privado, los recursos son públicos, por lo que deben tener la protección que su naturaleza exige.

De acuerdo con lo anterior, no se acepta la observación.

OBSERVACIÓN Nro. 7

"PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES"

Se solicita a la Entidad, muy respetuosamente, redefinir el alcance de esta cláusula, toda vez que extralimita el objeto contractual, por cuanto algunos literales podrían afectar la ejecución del proyecto y desarrollo efectivo de la prueba.

RESPUESTA Nro. 7

Se aclara al observante que el alcance de la cláusula que hace referencia a protección de datos personales está definido en la misma, indicando que autoriza el contratista al Icfes a utilizar la información de carácter personal producto del contrato, en su calidad de responsable del tratamiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012, reglamentada por el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 y demás normas que la adicionen, modifiquen o sustituyan.

Es de anotar que el tratamiento de los datos personales por parte del ICFES, de acuerdo con lo indicado en la cláusula es: recolectar, transferir, almacenar, usar, circular, suprimir, compartir, actualizar y transmitir la información al interior de la Entidad para las siguientes finalidades: a) Registro en los sistemas de información de la Entidad para el desarrollo de procedimientos contables y financieros; b) Realizar procesos de inducción de los contratistas sobre procesos, políticas, procedimientos, sistemas de gestión y reglamentos establecidos por la Entidad; c) Gestionar y realizar actividades de pago de honorarios como contratista; d) Establecer, mantener, modificar y terminar las relaciones contractuales que sean necesarias para ejecutar las funciones que le fueron asignadas; así como también gestionar y mantener la trazabilidad de todos los contratos que hayan sido suscritos y se encuentren vigentes; e) Para fines de seguridad, registro y control de acceso a las instalaciones; f) Realizar, directa o indirectamente, transmisión o transferencia nacional o internacional de datos, cuando resulte imprescindible para el correcto funcionamiento de la Entidad, circunstancia que el Titular, al autorizar el tratamiento del dato, acepta con dicho acto tal proceder; g) Publicar imágenes, videos y demás contenidos de publicidad y eventos en redes sociales, el sitio web de la Entidad y carteleras digitales internas; h) Los datos recolectados a través de puntos de seguridad, así como, los datos tomados de los documentos suministrados por el Titular al personal de seguridad física y los obtenidos de las videograbaciones que se realizan dentro de las instalaciones de la Entidad y todas sus sedes, serán utilizados para fines de seguridad y vigilancia de las personas, los bienes e instalaciones de El Icfes, y podrán ser utilizados como prueba en cualquier tipo de proceso judicial o administrativo; i) Elaborar estudios de estadísticas para propósitos internos de la Entidad; j) Acceder y consultar la información del Titular del dato que repose o esté contenida en bases de datos o archivos de cualquier Entidad Privada o Pública ya sea nacional, internacional o extranjera; k) Realizar, directa o indirectamente, transmisión o transferencia nacional o internacional de datos, cuando resulte imprescindible para el correcto funcionamiento de la Entidad, circunstancia que el Titular, al autorizar el tratamiento del dato, acepta con dicho acto tal proceder.

icfes mejor saber
Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES
Calle 26 No. 69 - 76, Torre 2, piso 15. Edificio Elemento, Bogotá - Colombia • **Líneas de atención al usuario:** Bogotá (+57 1) 484 1460
Línea gratuita nacional: 01 8000 51 9535 • www.icfes.gov.co @ICFEScol icfescol ICFES ICFEScol

En este orden de ideas no se evidencia que se esté extralimitando el objeto contractual, ni afectando el desarrollo del mismo.

Dado a los veintinueve (29) días del mes de marzo de 2021



ADRIANA DIAZ IZQUIERDO
Coordinadora del Grupo Interno de Contratación.
Subdirección de Abastecimiento y Servicios Generales.



CINDY CERVANTES ARIAS
Abogada Subdirección de Abastecimiento y Servicios Generales.

Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación - ICFES
Calle 26 No. 69 - 76, Torre 2, piso 15. Edificio Elemento, Bogotá - Colombia • **Líneas de atención al usuario:** Bogotá (+57 1) 484 1460
Línea gratuita nacional: 01 8000 51 9535 • www.icfes.gov.co @ICFEScol icfescol ICFES ICFEScol