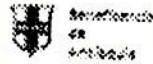




Medellín,



Radicado: 2018001087

Fecha de Indexación: 13/04/2016 18:48

Folios: 9

Señor
JAVIER AMAYA GÓMEZ
Representante Legal Suplente
REDITOS EMPRESARIALES S.A.
Ciudad

Asunto: Respuesta a observaciones proyecto de pliego de condiciones para la Selección Abreviada No. 001 de 2016.

Cordial saludo señor Amaya Gómez:

Le agradecemos su participación en el proceso contractual de la referencia.

Damos respuesta a sus observaciones recibidas el 11 de abril, en los siguientes términos:

**PRIMERA OBSERVACIÓN:
CAPÍTULO 6
VALOR DEL CONTRATO**

RESERVA MODELO FINANCIERO

El artículo 74 de la Constitución Política dispone que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos establecidos en la ley; a su vez, el artículo 8 de la Ley 58 de 1982 establece que las actuaciones administrativas son públicas, salvo las taxativas excepciones que establezcan la Constitución y la ley.

De lo anterior, resulta claro que la información perteneciente a las Entidades Públicas no tiene limitaciones en su acceso, esto es, la producida directamente por las mismas y cuyo contenido les interesa a la comunidad en general. Empero lo anterior, el acceso a esa información no es permitido cuando el contenido de los documentos esté expresamente prohibido.

Adicionalmente, debemos señalar que según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, se prevé que tendrán el carácter de reservado, las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por nuestra legislación.

Con base en lo expuesto debemos decir que las actuaciones administrativas así, tengan por regla general las características de ser públicas, existen unas marcadas excepciones que están expresamente señaladas en la norma, tal como ocurre en materia de contratación en la que se advierte que el modelo financiero de la concesión tiene el

[Handwritten signatures and initials]



carácter de reservado, según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, que señala:

“Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son soporte para elaborar el proyecto pliegos, los pliegos condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad selección:

(...) El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. **Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.** (Subrayas fuera del texto).

Con base en esta disposición normativa, está claramente delimitado que en materia de concesiones no debe publicarse el modelo financiero, y siendo la fórmula de cálculo de la rentabilidad mínima anual un componente integrante de esta modelación, en ninguna omisión legal ha incurrido BENEDAN.

La no publicación de esta información que está reversada legalmente, en modo alguno constituye una violación al principio de publicidad de las actuaciones contractuales, antes todo lo contrario, en el proceso de selección de la referencia se ha publicado todos aquellos documentos que expresamente obliga su divulgación el sistema de compras públicas; régimen que es plenamente aplicable al caso de la concesión para la operación de juego de apuestas permanentes o chance, tal como lo establece el artículo 7° de la Ley 643 de 2001.

El Decreto 1082 de 2015 es una disposición reglamentaria de la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, y por lo tanto hace parte integrante del sistema de compras públicas, por lo que es una disposición normativa a la que debe dar cumplimiento esta entidad estatal, pues esta es una Ley especial aplicable a las relaciones contractuales del Estado y que no puede desconocerse so pena de violentar el principio de legalidad y de paso el del debido proceso.

Aunado a lo anterior, debemos señalar que el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010 en ninguno de sus apartes, señala la obligatoriedad de publicación de la fórmula de cálculo del modelo financiero, de ahí que se estime que ningún desconocimiento se ha efectuado a la Ley citada y por tanto no se estima procedente acceder a la observación de publicación de la fórmula, al tener ésta la categoría de reserva legal.

No obstante lo anterior, se le dará respuesta a cada uno de los interrogantes planteados en su observación y que se refiere a información que se encuentra en las bases de datos



de las entidades públicas que le hacen seguimiento y control a la actividad objeto del contrato de concesión y que por tanto en estricto sentido no comporta la divulgación de la fórmula de la modelación financiera.

Primera.

Petición:

- Cuales fueron ingresos brutos tomados como insumos.

Respuesta:

- Los ingresos brutos tomados como insumo son los que corresponden al periodo comprendido entre marzo de 2012 y febrero de 2016.

Petición:

- Cuáles fueron los años contados y desde que fecha, teniendo en cuenta la fecha de apertura del actual proceso de selección abreviada.

Respuesta:

- Los años y fecha son los comprendidos entre los meses de abril de 2012 y marzo de 2016.

Petición:

- Con qué elementos fueron actualizados esos ingresos.

Respuesta:

- Los ingresos brutos fueron actualizados con el IPC mensual para los periodos históricos y proyectados con la meta de inflación de largo plazo del Banco de la República, para los periodos futuros del contrato, tal como establece el concepto 20132400164831 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, en los literales c) y d).

c) Para poder hacer comparables estos ingresos brutos es necesario que los mismos se reflejen a valores constantes, por lo tanto se debe actualizar el valor de cada uno de los cuarenta y ocho (48) meses mencionados en el literal "b", a la fecha del acto de

d) Calcular el valor promedio anual (año corrido) de los ingresos brutos del juego para el periodo de cuatro años, es decir teniendo en cuenta el valor de cada uno de los cuarenta y ocho (48) meses actualizados a valores constantes, valores del literal "c".

Petición:

- Cuál valor acogió como base Benedan: ¿el promedio de los cuatro (4) años anteriores a la apertura del proceso, o el último año?.

Respuesta:

- El valor acogido como base fue el último año por ser mayor al promedio de los últimos 4 años conforme al artículo 23 de la ley 1393 de 2010.

Petición:



- Precisar si para la rentabilidad mínima fueron tenidos en cuenta solamente las ventas realizadas en el lapso adoptado, como lo ordena la Ley o si fueron considerados otros aspectos diferentes y cuáles.

Respuesta:

- Solamente fueron considerados los ingresos brutos de la conectividad en línea y en tiempo real, actualizados a valor constante, tal como lo establece el concepto 20132400164831 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Segunda. Corregir el valor de la rentabilidad mínima y en consecuencia del valor del contrato aplicando los criterios y cifras de ley.

Respuesta:

- El valor de la rentabilidad mínima contenida en el proyecto de pliegos será ajustada, dado que el valor que se presentó en el proyecto de pliego se hizo con ingresos brutos comprendidos entre marzo de 2012 y febrero de 2016, por lo tanto el valor del contrato será modificado conforme las leyes 643 de 2001 y 1393 de 2010 que regula la materia, es decir, con los ingresos evaluados entre el periodo de abril de 2012 y marzo de 2016.

Tercero. Emitir un pronunciamiento sobre el cálculo de la rentabilidad mínima y de los ingresos de los cuatro años anteriores a la fecha de la apertura del proceso de selección abreviada.

Respuesta:

- El valor de la rentabilidad mínima contenida en el proyecto de pliegos que trata el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010 se determinó con base en el procedimiento definido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, mediante el concepto 20132400164831, emitido en la sesión 55 del 4 de julio de 2013. En el cual, para determinar el valor anual promedio de los últimos 4 años y la sumatoria de los ingresos brutos del último año, la entidad, con el propósito de hacerlos comparables, debe re-expresarlos a valores constantes, es decir, traerlos a valor presente, a la fecha de apertura del proceso de selección, tomando para ello las ventas realizadas en los periodos de comparación.

Cuarta. Modificar lo pertinente en la minuta del contrato.

Respuesta:

- El valor de la rentabilidad mínima contenida en el proyecto de pliegos será ajustada en la minuta del contrato y el pliego de condiciones, por todo lo expuesto.

OBSERVACIÓN 2:

**CONTROL Y VIGILANCIA EXTERNA
NUMERAL 10.2**



Una vez analizada la observación y las consideraciones esbozadas por la empresa observante se estima que los mecanismos de seguimiento y control que se tienen establecidos en la concesión garantizan las funciones de vigilancia que son atribuibles a esta Entidad, razón por la cual es menester precisar que BENEDAN de acuerdo a la experiencia y conocimientos sobre la operación de juego de apuestas permanentes o chance realizará la supervisión integral del contrato en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, sin embargo como apoyo a la actividad de verificación del cumplimiento de las actividades, se estima viable incluir auditorías externas en la que una persona jurídica ajena a las partes y objetiva realice una revisión del cumplimiento de las condiciones contractuales, cuyo costo estará a cargo del concesionario, razón por la cual este cambio se realizará en los términos del proceso de selección que se adelante para el efecto.

La anterior modificación se sustenta en la posibilidad que tiene la entidad de variar las condiciones del pliego con miras a garantizar el principio de libre concurrencia, y por el principio de libertad de configuración de pliegos.

OBSERVACIÓN 3: REVERSIÓN

Revisada la observación la misma no se estima procedente, por las siguientes razones:

El parágrafo 1° del artículo 1° del Decreto 4867 de 2008, reglamentario de la Ley 643 de 2001, establece:

"Para efectos de la operación en línea y tiempo real el procedimiento informático y tecnológico de la apuesta en un punto de venta fijo o móvil debe efectuarse a través de un mecanismo sistematizado que inmediatamente registra la apuesta, la cual es reportada a un sistema de información centralizado. Esto supone que la transacción correspondiente no puede ser almacenada en la respectiva terminal o equipo móvil para su posterior procesamiento.

Los concesionarios deberán suministrar a la entidad concedente los equipos de cómputo, el software licenciado y la capacitación correspondiente, necesarios para efectuar el control y seguimiento a la colocación de apuestas permanentes por el mecanismo sistematizado en línea y en tiempo real y encargarse del mantenimiento y las actualizaciones necesarias". (NFT).

De acuerdo con esta disposición legal, los elementos mencionados a revertir, estarían dentro de las obligaciones contenidas por el Concesionario. Regulación que permite concluir que la Entidad puede incluir dichos elementos dentro de las obligaciones propias del Concesionario, así como también puede incluirlos dentro de los elementos a revertir.

No obstante lo anterior, si se incluye dentro de las obligaciones del Concesionario, al finalizar el contrato, en caso de incumplimiento del Concesionario tendría que incluirse en la liquidación definitiva, que de no existir acuerdo sobre el cumplimiento de esta obligación, habría que acudir a las vías judiciales con las demoras propias de nuestro sistema judicial. Mientras que si los elementos a revertir hacen parte de la cláusula excepcional de



reversión, la exigencia de su cumplimiento es más expedita, ya que el legislador le da facultades excepcionales a la Entidad para que unilateralmente sin intervención del Juez haga uso de dicha facultad excepcional, con el objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular.

Adicionalmente, debemos decir que no existe una prohibición para pactar la cláusula de reversión en materia de concesión, antes todo lo contrario de conformidad a lo establecido en la Ley 80 de 1993, estas cláusulas son connaturales a este tipo de contratos. La jurisprudencia nacional en el concepto No. 1425 del 2002 del Consejo de Estado en relación con la reversión en las concesiones de la operación de juego de apuestas permanentes o chance, ha precisado que esta cláusula no es obligatoria, pero que no tenga el carácter de obligatoria no quiere decir que esté prohibida, la misma puede ser incluida en el ejercicio de la autonomía de la voluntad imperante también en la contratación estatal, además que la reversión planteada en el proyecto de pliego no desborda los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, ya que la reversión de los bienes tecnológicos solicitados si son susceptibles de revertirlos a la Entidad, y no se está utilizando facultades de exorbitancia arbitrarias o imposibles de cumplir por lo que es perfectamente viable a la luz del principio de libertad de configuración de pliego, realizar la exigencia de la reversión que como se dijo es propio de este tipo de contratos.

No obstante lo anterior, sobre la observación relacionada con la propiedad con el elemento a revertir No. 1 se acepta cambiar el término propiedad, por "licenciamiento, en consecuencia el numeral será modificado en el pliego de condiciones definitivo.

Respecto al numeral 3 del ítem 9.8 del pliego de condiciones se eliminará este numeral incluyéndolo dentro de las obligaciones del contrato, y suprimiendo la siguiente redacción: "*Se deben incluir los recursos económicos necesarios para su pago, los cuales deberán ser consignados a la cuenta bancaria que designe la Concedente*".

OBSERVACIÓN No. 4

ANEXO 11

CAPÍTULO 6

REQUISITOS PARA EL CONTROL Y VIGILANCIA DEL CONTRATO

6.2 SISTEMA DE AUDITORÍA

No se acepta la observación, por las siguientes razones:

No es acertada la referencia que hace la observación al artículo 5 de la ley 1350 del 2003 porque hace referencia a la información de aciertos o ganadores de premios, y en el pliego se está haciendo referencia a la información de las ventas, donde no aplica la norma citada. Tampoco es correcto citar el artículo 2.7.2.6.2 del Decreto 1068 de 2015, porque este artículo hace referencia únicamente al tema de escrutinio, y el texto observado hace alusión a la extracción de datos, el cual no tiene relación con este tema.



La encriptación de la información de la Superintendencia Nacional de Salud como describen en el texto citado, es por razones de seguridad en el transporte de la información y además impone el algoritmo de encriptación usado porque al finalizar el proceso, la Superintendencia Nacional de Salud tiene la información necesaria para desencriptarla y acceder a los datos originales, es decir para efectos finales la información NO se le entrega encriptada a la SNS, sólo se transporta de esta forma.

La obligación de exigir la información sin encriptación, obedece a las facultades de seguimiento y control que debe realizar esta entidad estatal respecto a las estipulaciones contractuales y a la operación misma del objeto del contrato de concesión, tal como lo establece el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 y las facultades de fiscalización contenidas en los artículos 4, 43 y 44 de la Ley 643 de 2001, y 2.7.8.1 del Decreto 1068 de 2015, asimismo esta información es connatural a los deberes con los que cuenta las entidades estatales en materia de contratación contenidos en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, y que se refieren a que el Estado debe exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y deberá adelantar las revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, lo cual legitima a esta entidad a solicitar la información en los términos indicados en el pliego, admitir que la entrega de la información se realice encriptada, limita el seguimiento del contrato, pues no se puede visualizar la información, lo cual implica una clara inobservancia a los deberes con los que cuenta el Estado en materia contractual.

OBSERVACIÓN 5

ANEXO 11

CAPÍTULO 6

REQUISITOS PARA EL CONTROL Y VIGILANCIA DEL CONTRATO

PUNTO 6.2, SISTEMA DE AUDITORÍA

Una vez revisada la observación, se considera que la exigencia de un proceso de control de cambios es un mecanismo de supervisión y control, que permitirá la adaptación de los extremos de la relación contractual a cualquier modificación que surja en la ejecución de la contratación y que puede tener algún impacto en el contrato estatal, y como tal es viable su inclusión en cumplimiento del principio de libertad de configuración de pliegos predicable de la Entidad estatal. Es más debemos advertir que este comité es de la esencia de este tipo de procesos de concesión donde el componente tecnológico es alto respecto a las demás actividades, el cual permite que ante los constantes cambios de la tecnología, tanto concedente como concesionario se ajusten con oportunidad y eficiencia, garantizando la no interrupción del servicio y la correcta ejecución del contrato.

Es de advertir que este proceso de control de cambios no alude al proceso de escrutinios definido en el artículo 27.2.6.2 del Decreto 1068 de 2015, y que se refiere es a cambios o modificaciones que puedan surgir en aspectos tecnológicos

No obstante lo anterior, la Entidad revisará lo indicado en este numeral, procediendo a cambiarlo para que la construcción de este proceso de control de cambios sea concertado entre el concedente y el concesionario, en un término razonable y proporcional. P

OBSERVACIÓN 6



ANEXO 11
CAPÍTULO 6
REQUISITOS PARA EL CONTROL Y VIGILANCIA DEL CONTRATO
PUNTO 6.2., SISTEMA DE AUDITORÍA

No se acepta la observación por las siguientes razones:

En el proceso de auditoría se está solicitando una replicación con una herramienta de industria que será aprobada por la Concedente, y es a este modelo replicado al que hace referencia el texto observado por el Concesionario, desvirtuándose el impacto negativo a las operaciones del concesionario.

La obligación de observar las normas o condiciones de seguridad señaladas por el concesionario en la normatividad sólo aplica para la presencia de La Concedente en los procesos de escrutinio, no para toda actividad de control que se realice por parte de La Concedente.

De la misma manera como la superintendencia de Salud solicita información al Concesionario, La Concedente tiene facultad de solicitar la misma o información adicional sin que por ello esté violando la ley, por el contrario está cumpliendo con sus actividades de seguimiento y control que tiene la concedente en este tipo de actividades, de conformidad a lo establecido en el artículo 43 de la Ley 643 de 2001.

OBSERVACIÓN 7
PERIODO DE TRANSICIÓN
MINUTA DEL CONTRATO
CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA

La observación de eliminar la cláusula de transición no es procedente, en consideración a que la misma se estableció como una medida de planeación contractual, para que el cambio de un concesionario no afecte la operación de juegos de apuestas permanentes o chance, la cual no puede ser interrumpida pues los recursos que se adquieren con esta actividad son destinados a la salud de los Antioqueños y es por ello que dicho servicio debe garantizarse sin ninguna solución de continuidad, para lo cual esta Empresa debe adoptar todas las medidas pertinentes para tal fin, es por ello que esta exigencia no es incongruente con las obligaciones contractuales, teniendo en cuenta que los contratistas según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, contribuyen a través de la contratación al cumplimiento de los fines y propósitos legales que persigue el Estado.

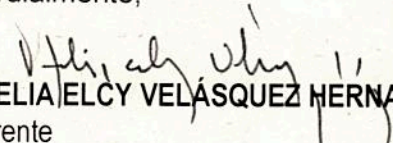
OBSERVACIÓN 8
NUMERAL 3.4.1 REQUISITOS HABILITANTES DE EXPERIENCIA

Revisados los requisitos habilitantes del proceso de contratación referidos al objeto sobre la cual debe versar la experiencia, en nada contradice lo estipulado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, ni mucho menos la Guía de Verificación de requisitos habilitantes expedida por Colombia Compra Eficiente, pues recuérdese que el criterio establecido en el artículo 2.2.1.1.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015 establece que para la fijación de los requisitos habilitantes se deben tener en cuenta los riesgos del proceso, el valor del



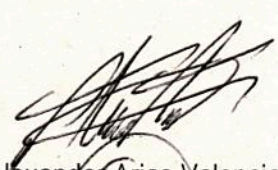
contrato objeto de contratación, el análisis del sector económico respectivo y finalmente el conocimiento de fondo de los posibles oferentes desde la perspectiva comercial, y este último elemento es fundamental para garantizar la razonabilidad y proporcionalidad que debe observarse para la fijación de estos requisitos, ya que a través de este conocimiento se evidencia el dinamismo del mercado y cómo funciona el sector en el que se provee el bien o servicio que es objeto del contrato, que para el caso específico de la operación de juegos de apuesta y chance la experiencia no debe limitarse única y exclusivamente a esta actividad, pues basta con acreditar unas condiciones de ejecución de actividades en transacciones de recaudo, para verificar la capacidad que ha tenido el concesionario para gestionar actividades similares a la requerida para la concesión que se perfeccionará con el proceso de selección, de ahí que se estime que no se esté violentando las disposiciones normativas para la fijación de requisitos habilitantes, todo lo contrario se está preservando el principio de libre concurrencia o pluralidad de oferentes y de igualdad de los proponentes.

Cordialmente,

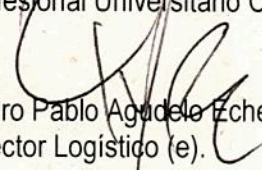

OFELIA ELCY VELÁSQUEZ HERNANDEZ
Gerente

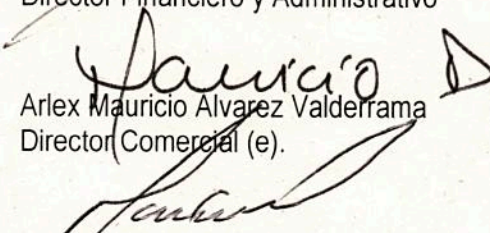
Proyectó:

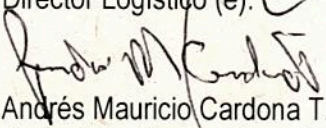

David Andrés Ospina Saldarriaga
Jefe Oficina Asesora Jurídica

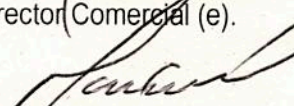

Alexander Arias Valencia
Profesional Universitario Comisionado

Juan Alberto García García
Director Financiero y Administrativo


Pedro Pablo Agudelo Echeverri.
Director Logístico (e).


Arlex Mauricio Alvarez Valderrama
Director Comercial (e).


Andrés Mauricio Cardona T.
Contratista (Apoyo Financiero)


Rafael Maldonado Cuartas
Analista de Riesgos

