

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

Bogotá D.C. marzo 7 de 2011

Señores

TRANSCARIBE S.A.

LICITACION PUBLICA No. TC-LPN-005 DE 2010

Crespo, Carrera 5ª Calle 67 No. 66 – 91. Edificio Eliana

Cartagena, Bolívar

Colombia

Correo Electrónico: licitacionrecaudo@transcaribe.gov.co

Referencia: Licitación Pública TC-LP-005 de 2010. **Observaciones a las propuestas presentadas en el marco de la Licitación y observaciones al informe preliminar de evaluación publicado el 28 de febrero de 2011.** Proponente PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S.

Respetados Doctores:

Dentro del plazo legal otorgado mediante el numeral 8° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, nos permitimos presentar las observaciones frente al informe preliminar de evaluación publicado por TRANSCARIBE S.A. ("TRANSCARIBE") el pasado veintiocho (28) de febrero de 2011, así como sobre las Propuestas presentadas por los Proponentes en el proceso de licitación de la referencia (la "Licitación"), a fin de que la Entidad considere nuestros argumentos y proceda de conformidad con lo señalado en la ley aplicable y en el Pliego de Condiciones de la Licitación (el "Pliego de Condiciones").

A continuación, se pondrán de presente los principales errores, omisiones e inconsistencias en que incurrieron los proponentes CONSORCIO COLCARD DE RECAUDO Y GESTION DE FLOTAS DE TRANSPORTE PÚBLICO; PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S.; y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y TECNOLOGIA RETEC S.A.S. en la conformación de las propuestas que fueron presentadas por ellos a TRANSCARIBE en el marco del presente proceso licitatorio (las "Propuestas").

I. PROPUESTA DE CONSORCIO COLCARD DE RECAUDO Y GESTION DE FLOTAS DE TRANSPORTE PÚBLICO

1. Carencia de Capacidad Legal.

1.1. Carencia de autorización corporativa y poder.

El integrante del proponente CONSORCIO COLCARD DE RECAUDO Y GESTION DE FLOTAS DE TRANSPORTE PÚBLICO (en adelante "COLCARD"), denominado SMARTMATIC INTERNATIONAL HOLDING B.V. (en adelante "SMARTMATIC"), y por lo tanto el proponente mismo, carece de capacidad legal para participar en la Licitación Pública No. TC-LPN- 005 de 2010 abierta por TRANSCARIBE S.A., teniendo en cuenta que las autorizaciones otorgadas por su junta directiva y el poder otorgado por SMARTMATIC al señor Edgar Fino Ballesteros fueron otorgados específicamente para participar en la Licitación No. TC- LPN- 002 de 2010, licitación que fue declarada desierta por TRANSCARIBE S.A. a través de la resolución 387 del

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

13 de octubre de 2010 y que difiere de la Licitación Pública que nos ocupa (ver folios 168 y siguientes de la respectiva propuesta).

Claramente el señor Edgar Fino actuó por fuera de las atribuciones contenidas en la resolución de la Junta Directiva de SMARTMATIC y del mandato recibido al celebrar un contrato de consorcio y al firmar las proformas respectivas para participar en este proceso licitatorio, que es uno totalmente distinto a aquel para el cual recibió dichas autorizaciones y poder.

Es evidente, entonces, que a la fecha de cierre de la Licitación Pública No. TC-LPN- 005 de 2010 carecía por completo de facultades no solo para firmar los mencionados documentos, sino en general para obligar a SMARTMATIC frente a TRANSCARIBE S.A. con la presentación de la propuesta.

El Código de Procedimiento Civil entre sus artículos 63 y 74 regula todo lo concerniente a los apoderados en Colombia distinguiendo entre dos tipos de poderes; los generales y los especiales. Así, en el artículo 65 se establece un principio básico de los poderes especiales en los siguientes términos:

"En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros". (El subrayado es nuestro)

En este mismo sentido, el Consejo de Estado¹ se ha pronunciado sobre los límites del poder como causal de inadmisión de una demanda en los siguientes términos:

"El artículo 65 del C. de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A. exige que en los poderes especiales debe determinarse claramente el asunto para el cual se confiere el respectivo mandato, de tal modo que no pueda confundirse con otro."

Por su parte, en el artículo 2142 y siguientes del Código Civil regulan todo lo concerniente al contrato de mandato el cual es definido como "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".

En los mismos términos del poder especial y el poder general, el artículo 2156 del Código Civil distingue entre el mandato especial y el mando general dependiendo de si el mismo comprende uno o más negocios especialmente determinados o si se da para todos los negocios del mandante.

Por su parte, el artículo 2157 de este Código establece puntualmente como límites del mandato lo siguiente:

"ARTICULO 2157. <LIMITACION DEL MANDATO>. El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo". (El subrayado es nuestro).

En este orden de ideas, si el poder que ostentaba el señor Edgar Fino fue otorgado exclusivamente para participar en la Licitación No. TC- LPN- 002 de 2010 no podía haber sido utilizado en otro proceso licitatorio distinto a aquel. Así las cosas, con habiendo sido declarada desierta de la mencionada licitación, se finalizó o perdió efectos el contrato de mandato o poder

¹ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, sentencia del 18 de mayo de 2006, Consejera Margarita Olaya Forero, radicado 6028105

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

otorgado por SMARTMATIC INTERNATIONAL HOLDING B.V al señor Edgar Fino Ballesteros por la imposibilidad de ejecutar el objeto por el cual fue suscrito dicho mandato.

Adicionalmente, el mandatario (Edgar Fino Ballesteros) debió ceñirse rigurosamente a los términos del mandato los cuales no incluían la posibilidad de participar en un proceso licitatorio diferente de aquel que expresamente se señaló en dicho documento, por lo que es evidente que al momento de celebrar el acuerdo consorcial y al presentar la propuesta de COLCARD ante TRANSCARIBE no contaba con las facultades para representar a la empresa SMARTMATIC INTERNATIONAL HOLDING B.V en la licitación TC- LPN- 005 de 2010.

En este contexto, se puede afirmar, con base en la normatividad señalada, que el documento de constitución del CONSORCIO COLCARD DE RECAUDO Y GESTIÓN DE FLOTAS DE TRANSPORTE PÚBLICO suscrito por el señor Edgar Fino Ballesteros como supuesto apoderado de la empresa SMARTMATIC INTERNATIONAL HOLDING B.V no es vinculante para esta empresa.

De este modo, el consorcio como una de las modalidades de asociación permitidas por el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 jamás existió jurídicamente en la medida que solo fue suscrito válidamente por DATAPROM EQUIPAMENTOS E SERVICIOS DE INFORMÁTICA INDUSTRIAL LTDA. (en adelante "DATAPROM"), de tal forma no es posible la existencia de un consorcio suscrito por una sola persona tratándose el consorcio de un contrato esencialmente bilateral que por tanto requiere para conformarse la existencia o vinculación de al menos dos partes. Este argumento encuentra sustento en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 que establece lo siguiente:

"Consortio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman".(El subrayado es nuestro).

Como consecuencia de la imposibilidad de que exista un consorcio conformado por una sola persona, la propuesta presentada por el denominado CONSORCIO COLCARD no cumpliría con el requisito de capacidad jurídica para haber participado en la licitación TC- LPN- 005 de 2010.

Esta situación es suficiente fundamento para rechazar la propuesta en los términos del numeral 5.3 del pliego de condiciones que establece como causal de rechazo de las propuestas "el omitir alguno de los documentos de acreditación de existencia y representación legal del proponente o miembro del proponente".

En este punto, sobre la capacidad jurídica y existencia del proponente, en reciente sentencia del 26 de enero de 2011, la sección tercera del Consejo de Estado, con ponencia de Jaime Orlando Santofimio señaló que "la capacidad jurídica del proponente es una condición que debe existir al momento de la oferta y que, por lo mismo, no es susceptible de ser saneada ulteriormente, ni por solicitud de la entidad estatal ni por iniciativa del oferente"². (El subrayado es nuestro)

Lo anterior fue ampliado en la misma sentencia en los siguientes términos:

² Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 26 de enero de 2011, referencia 36.408

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

"En la actividad comercial de la administración tiene capacidad jurídica el proponente que existe, que tiene plena capacidad de ejercicio o de obrar y que no tiene inhabilidad o impedimento alguno para intervenir en el iter contractual. Esta capacidad debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, según se desprende de lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 al señalar que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, pues si, contrario sensu, quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero comercial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta

*...
Pues bien, de acuerdo con lo antes mencionado, resulta claro que, según la Ley 1150 de 2007, lo atinente a la capacidad jurídica del proponente es una condición que debe existir al momento de la oferta y que, por lo mismo, no es susceptible de ser saneada ulteriormente, ni por solicitud de la entidad estatal ni por iniciativa del oferente."*

En este orden de ideas, los proponentes que pretendían constituir el consorcio COLCARD, en esta etapa actual de la Licitación³ no podrían sanear esa situación en los términos expuestos por el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo.

1.2. Falta de atribuciones para la celebración de un acuerdo consorcial.

Aún si en gracia de discusión en un escenario hipotético se asumiese que el señor Edgar Fino, en su calidad de apoderado de SMARTMATIC sí tenía atribuciones para vincular a dicha compañía como proponente o parte de un proponente en la Licitación Pública No. TC-LPN – 005 de 2010, es clara en todo caso la falta de facultades de dicho apoderado para celebrar un contrato de consorcio en nombre de SMARTMATIC y participar en la Licitación bajo dicha modalidad de proponente plural.

En el acta de fecha octubre 6 de 2010 aportada por COLCARD con su propuesta, así como en el respectivo poder especial otorgado a Edgar Fino (folios 177 a 183 de dicha propuesta), se faculta a la sociedad y al apoderado para celebrar contratos de *joint venture*, mas no necesariamente contratos de consorcio.

La figura del *joint venture* existente en el derecho anglosajón corresponde a una de las modalidades del derecho privado para la colaboración empresarial. Esta modalidad contractual, conocida también como contrato de riesgo compartido, implica la suma de esfuerzos y la repartición de responsabilidades entre dos o más partes para el desarrollo de una empresa común. Sin embargo, esta figura no necesariamente guarda correspondencia con las características propias de un contrato de consorcio tal como éste se encuentra regulado en la ley colombiana.

Es así como la celebración del contrato de consorcio, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 comporta la asunción de una responsabilidad solidaria e ilimitada de cada uno de sus miembros frente a la entidad pública con la cual contraten. En un contrato de *joint venture* (que incluso puede entenderse como un género al cual pertenecería el consorcio regulado en Colombia) no necesariamente sus miembros están asumiendo este tipo de responsabilidad.

La naturaleza jurídica y consecuencias de la celebración de uno u otro tipo de acuerdos (*joint venture* o consorcio) es totalmente diferente, por lo cual no puede entenderse cobijada dentro de las facultades otorgadas a dicho apoderado para celebrar un contrato de *joint venture*, la

³ En el plazo para presentar observaciones al informe de evaluación.

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

posibilidad de celebrar un contrato de consorcio en el cual SMARTMATIC se obligue solidaria e ilimitadamente frente a TRANSCARIBE.

Es así como al momento de presentar su propuesta, SMARTMATIC y por lo tanto el proponente plural COLCARD, carecían de capacidad legal para ello.

1.3. Ausencia de un apoderado domiciliado en Colombia.

Ni el apoderado especial nombrado por SMARTMATIC (Edgar Fino) ni el de DATAPROM (Carlos Gustavo Brand) tienen domicilio en Colombia. En el documento de constitución del consorcio se señala que el señor Fino tiene su domicilio en Venezuela y que el señor Brand tiene su domicilio en Brasil (esto último también consta en el poder otorgado al Señor Brand).

Sin embargo, de acuerdo con el numeral 4.1.2.2.1 del pliego expresamente exigió que las sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia, como lo son ambas, deben acreditar un apoderado con domicilio en este país debida y ampliamente facultado para presentar la propuesta, participar y comprometer a la sociedad en la Licitación.

Por su parte, en su informe preliminar TRANSCARIBE señala que este requisito no aplica en este caso toda vez que dichas personas nombradas como apoderados especiales no firmaban la propuesta. Nos permitimos señalar respetuosamente nuestro desacuerdo con esta conclusión. El Pliego de Condiciones al efectuar esta exigencia en momento alguno condiciona su aplicabilidad al hecho de que efectivamente las personas designadas por las sociedades extranjeras en la práctica ejerciesen su mandato. En tal sentido, el requisito resulta aplicable a todas las sociedades que cumplan con la condición de ser extranjeras sin domicilio en Colombia, con independencia de la circunstancia de que los apoderados hubieren o no firmado los documentos de la propuesta.

Aún más, si se aceptase que la firma de los documentos que integran la propuesta por parte de los apoderados fuese el elemento determinante de la aplicabilidad de este requisito, resulta en todo caso aplicable a SMARTMATIC y DATAPROM, en la medida en que sus apoderados no solamente firman el acuerdo consorcial, sino que también concurren a la firma de las respectivas secciones de la Proforma No. 5 correspondiente a sus sociedades, todos estos documentos integrantes de la propuesta presentada.


Así las cosas, es claro que COLCARD no cumplió con la exigencia del Pliego de Condiciones de aportar poderes especiales otorgados por sus integrantes a personas domiciliadas en Colombia, de forma tal que no cumple con los requisitos exigidos para la acreditación de capacidad legal en esta Licitación al momento de presentar su propuesta.

Por último, valga la pena resaltar que la copia del pasaporte de Carlos Gustavo Brandt aportada en esta propuesta no fue consularizada, tal como lo exigió el Pliego de Condiciones.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, se solicita muy respetuosamente a TRANSCARIBE S.A que rechace la propuesta presentada por el denominado "CONSORCIO COLCARD DE RECUADO Y GESTIÓN DE FLOTAS DE TRANSPORTE PÚBLICO" por ausencia de capacidad legal del respectivo Proponente.

1.4. No se acredita término de duración de SMARTMATIC

En la Propuesta obra el documento de constitución de SMARTMATIC en el cual se señala en el artículo tercero que el término de duración de esta sociedad es indefinido (folio 055).



PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

No obstante, de acuerdo con reforma de estatutos aprobada en marzo 9 de 2006 en esta misma sociedad, no se incluye en aparte alguno un artículo que haga referencia al término de duración de la misma. A la sazón, el precitado artículo tercero de los estatutos es reformado íntegramente para indicar el objeto social de SMARTMATIC (folio 086). No puede tenerse por vigente el anterior artículo tercero estatutario, con lo cual es claro que en parte alguna de los documentos aportados puede acreditarse el término de duración que actualmente tiene dicha sociedad.

No se acredita tampoco el término de duración en el certificado de existencia aportado.

De tal suerte, no compartimos la conclusión alcanzada por TRANSCARIBE en su análisis, según la cual sí se habría acreditado el requisito. La Propuesta debe ser rechazada por no hábil.

2. Falta de Acreditación de la Capacidad Financiera

2.1. Incumplimiento en los requisitos para la validez en Colombia de los documentos otorgados en el extranjero.

El literal g del numeral 3.2 del Pliego de Condiciones "METODOLOGÍA DE PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS" establece:

"El idioma de la presente Licitación Pública será el español y por lo tanto, todos los documentos que se adjunten a las propuestas emitidos o no en un idioma diferente al español expedidos en el exterior en un país miembro de la Convención de la Haya, deberán presentarse con el sello de Apostilla en el documento.

En los demás casos, deberán acompañarse de los documentos traducidos al español por un traductor, cumpliendo siempre con los requisitos legales relacionados con la legalización, consularización y traducción de documentos otorgados en el extranjero, exigidos para la validez y oponibilidad en Colombia de documentos expedidos en el exterior, y que puedan obrar como prueba conforme a lo dispuesto en los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil". (El subrayado es nuestro)

Además de lo anterior, es pertinente ver que el Código de Comercio en su artículo 480 establece:

"Art. 480. Autenticación de documentos otorgados en el exterior. Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul Colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país."

Por lo tanto de conformidad con el Pliego de Condiciones, y la legislación nacional, la validez en Colombia de documentos públicos o privados otorgados en el extranjero depende del cumplimiento de ciertas formalidades como la apostilla, o la consularización, y en todo caso de la respectiva traducción oficial en el caso en que el documento no esté en idioma castellano.

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente ver que la proforma 5 en las secciones correspondientes al miembro del proponente plural SMARTMATIC para acreditar su sobre capacidad financiera (folios 218, 220 y 222) fue suscrita por el señor Edgar Leonardo Fino, persona domiciliada en el exterior, sin acreditar el cumplimiento de ninguno de los requisitos arriba mencionados para su legalización.

2.3. Ausencia total de documentos que soportan la capacidad financiera

En cuanto a la capacidad financiera del proponente, vale la pena ver que el numeral 4.2 del Pliego de Condiciones estableció lo siguiente:

"Los estados financieros deberán estar acompañados de la copia de la tarjeta profesional del contador y revisor fiscal y sus certificados de vigencia y antecedentes disciplinarios. Adjuntar copia de la declaración de renta del año 2009; en caso de presentarse diferencias entre las cifras consignadas en los estados financieros y la declaración de renta, se debe presentar la respectiva conciliación.

En caso de oferentes extranjeros que no tienen domicilio ni sucursal en Colombia, deberán aportar los anteriores documentos de acuerdo con la legislación aplicable en el país de origen y debidamente apostillados. Los estados financieros deben presentarse en pesos colombianos y suscritos por el representante legal y los demás que estén obligados. (El subrayado es nuestro)

Por lo tanto, los documentos que deben acompañar los estados financieros que acreditan la capacidad financiera del proponente son los siguientes: (i) copia de la tarjeta profesional del contador y revisor fiscal, (ii) copia de sus certificados de vigencia y antecedentes disciplinarios y (iii) copia de la declaración de renta del año 2009, y (iv) la respectiva conciliación, en caso de existir diferencia entre los estados financieros y la declaración de renta.

Es pertinente ver que el segundo párrafo atrás citado no excusa la presentación de los documentos enunciados en el primero, pues lo que dice es que los proponentes deberán aportar los anteriores documentos de acuerdo con la legislación aplicable en el país de origen y debidamente apostillados.

En este sentido, salvo que la legislación de los Países Bajos y de Brasil aplicable a las sociedades miembros del Proponente no contemplaran documentos de tal naturaleza, dicho Proponente debió haber aportado con su propuesta y debidamente apostillados tanto (i) copia de la tarjeta profesional del contador y revisor fiscal, como (ii) copia de sus certificados de vigencia y antecedentes disciplinarios.

En el caso de Brasil, tal como lo puede comprobar la entidad en los documentos que obran en la propuesta de la Promesa de Sociedad Futura Recaudo y Control del Caribe S.A.S., tales documentos existen y no son extraños a la legislación brasileña, por lo que no existe excusa alguna para no haberlos presentado.

Por lo anterior, el proponente COLCARD no acreditó en debida forma su capacidad financiera y su propuesta debe ser rechazada o tenida como no hábil por parte de TRANSCARIBE.

3. Ausencia de Experiencia técnica

a) Experiencia en Implementación de sistemas de recaudo

El numeral 4.3.1.1 del Pliego de Condiciones establece:

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

“El proponente debe acreditar haber diseñado, implementado y puesto en operación como mínimo una solución exitosa en sistemas de recaudo que haya sido implementado en sistemas de Transporte público colectivo y/o masivo de pasajeros, en las que se hayan implementado como mínimo...”. (El subrayado es nuestro).

Como es evidente en la certificación otorgada por SINETRAM, cliente de DATAPROM, no se acredita que DATAPROM haya realizado el diseño del respectivo sistema.

b) Experiencia en Implementación y/o operación de sistemas de comunicación inalámbrica

- **TELTRONIC S.A.U participa en más de 1 propuesta**

El numeral 4.3.1.3 establece que:

“Quien aporte la experiencia descrita en el presente numeral, podrá ser socio directo o proveedor de servicio del proponente y aportar su experiencia para la implementación y operación del sistema de comunicación inalámbrica con todos sus componentes”.

Por su parte el numeral 5.3 entre las causales de rechazo de la propuesta establece:

“xii. Cuando se presenten varias propuestas por el mismo oferente, mismo nombre o razón social, para la misma licitación.

xiii. Cuando el representante o representantes legales o apoderados de una persona jurídica ostente igual condición en otra u otras firmas diferentes que se encuentren participando en el proceso de selección.”

En este caso la empresa TELTRONIC S.A.U. aparece como proveedor de servicio del proponente COLCARD y del proponente **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S.** haciendo que ambos proponentes incurran en la causal de rechazo establecida en el numeral 5.3 del Pliego de Condiciones.

- **La posibilidad de acreditar la experiencia adquirida por otras estructuras plurales no se extiende al proveedor de servicios de comunicación inalámbrica**

El Pliego de Condiciones en sus numerales 4.3.2.1 y 4.3.2.2 permite que se acredite la experiencia técnica requerida, no sólo cuando hubiera sido ejecutada directamente sino también cuando: (i) hubiera sido ejecutada por el proponente o miembro del grupo proponente como integrante de un consorcio, unión temporal o cualquiera otro tipo de asociación siempre y cuando su participación en dicho consorcio o unión temporal no sea inferior al 30%, o (ii) cuando hubiera sido ejecutada por una sociedad matriz o subordinada, o sociedad del mismo grupo empresarial del proponente o miembro del proponente plural.

Sin embargo estas posibilidades no se extendieron al proveedor de servicios de comunicación inalámbrica.

En efecto, TRANSACARIBE respondió a una pregunta relacionada con la posibilidad de que el proveedor de servicios de comunicación inalámbrica acreditara la experiencia de su matriz o subordinada lo siguiente:

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

"No es correcto su entendimiento, para el caso específico el proveedor de servicio debe aportar las experiencias del numeral 4.3.1.3 por sí solo y no a través de matrices, filiales o subordinadas⁴". (El subrayado es nuestro.)

Es claro que en aras de la igualdad de condiciones en la competencia, este mismo criterio expresado por TRANSCARIBE para la interpretación restrictiva del numeral relativo a la experiencia de matrices y subordinadas debe emplearse para todos los efectos y, al no señalarse expresamente la posibilidad de que el proveedor de servicios de comunicaciones acredite experiencia que haya adquirido en concurso con otros en consorcios o uniones temporales (como sólo se permite expresamente a los miembros del proponente), no puede ser tenida como válida la experiencia aportada por TELTRONIC S.A.U. cuando las certificaciones presentadas corresponden a experiencias en uniones temporales.

En esta situación se encuentran tanto la certificación otorgada en relación con un contrato de suministro celebrado con EMCALI EICE E.S.P. como la certificación relativa a un contrato celebrado con TRANSMILENIO S.A.

Valga la pena resaltar que la forma en que TELTRONIC S.A.U. intenta acreditar estas experiencias tiende a ser engañosa y a confundir a la entidad contratante, puesto que en la proforma respectiva se menciona que el cliente bajo un contrato de suministro es TRANSMILENIO S.A. y EMCALI, respectivamente, quienes otorgan sendas certificaciones sobre la ejecución de un contrato adjudicado a y celebrado con la unión temporal de la que formó parte TELTRONIC S.A.U. Sin embargo, en ambos casos, por otra parte UNE emite una certificación dando a entender que la unión temporal -a su vez- subcontrató a TELTRONIC S.A.U. y adquirió de ella los servicios y el sistema de comunicaciones.

Es tan evidente la intención de disfrazar la figura inapropiada de la unión temporal en este caso, que en la proforma No. 6 en las casillas que se refieren al porcentaje de participación del proponente en dichos contratos, en lugar de indicarse el porcentaje de participación en la unión temporal respectiva se dice de manera evasiva "proveedor de servicios".

Si la naturaleza del contrato celebrado por TELTRONIC S.A.U. con UNE es de una unión temporal, no se puede hablar de un contrato de suministro directo o "por sí solo" de TELTRONIC, ni con UNE, ni con TRANSMILENIO, ni con EMCALI, pues la unión temporal y el contrato de suministro son figuras contractuales de naturaleza muy distinta, no equiparables.

De hecho, en la certificación de TRANSMILENIO, por ejemplo, se señala como contratista del contrato de suministro a la figura de la unión temporal, no a TELTRONIC de manera independiente o por sí solo.

Es por lo anterior que la experiencia acreditada con TRANSMILENIO y con EMCALI no puede ser tenida en cuenta por la entidad contratante en esta Licitación.

- **Tampoco puede ser acreditada la experiencia en sistemas que no sean de transporte**

El numeral 4.3 del Pliego de Condiciones, sobre las experiencias a acreditar, establece:

"Cada experiencia que se pretenda acreditar debe corresponder a sistemas en transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros que hayan sido implementados con posterioridad al primero (1) de Enero de 2000 (el subrayado es nuestro)".

⁴ Respuesta a pregunta No. 54, documento de respuestas No. 7

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

Más adelante el numeral 4.3.1.3 del Pliego de Condiciones establece:

“El proponente debe acreditar mínimo dos (2) experiencias exitosas en donde haya diseñado e implementado, u operado sistemas de comunicaciones inalámbricas utilizado como apoyo para el control de flotas en sistemas de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros, con un radio de cobertura mínimo de 15 kilómetros, con sus componentes de hardware y software para su gestión y control”. (El subrayado es nuestro)

Por su parte, el proponente presenta una certificación de experiencia expedida por EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE. E.S.P.

Es un hecho notorio que EMCALI es una empresa industrial y comercial del estado, de servicios públicos domiciliarios (energía, agua y alcantarillado, etc.) que **no presta el servicio de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros** por lo que de antemano, cualquier experiencia certificada por esta empresa, sería inane para efectos de esta licitación. 2

Por esta razón esta experiencia no puede ser tenida en cuenta como factor habilitante.

- **La experiencia presentada en servicios de comunicación inalámbrica no incluye el diseño del mismo**

En efecto, el Pliego de Condiciones en su numeral 4.3.1.3 establece:

“El proponente debe acreditar mínimo dos (2) experiencias exitosas en donde haya diseñado e implementado, u operado sistemas de comunicaciones inalámbricas utilizado como apoyo para el control de flotas en sistemas de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros, con un radio de cobertura mínimo de 15 kilómetros, con sus componentes de hardware y software para su gestión y control.” (El subrayado es nuestro)

En este caso, todas las certificaciones presentadas por TELTRONIC carecen del elemento de diseño que se exige en el Pliego de Condiciones, lo que implica que su experiencia no estaría cumpliendo con los requisitos técnicos mínimos exigidos.

- **El representante de TELTRONIC no suscribe la proforma 6**

En efecto, la proforma 10 de Acreditación de Proveedor de Servicio de comunicación inalámbrica se establece: *“así mismo se declara que diligenciamos la PROFORMA 6, PROFORMA de acreditación de experiencia, la cual nos permite acompañar como Proveedor de Servicio de Comunicaciones inalámbricas a la firma Proponente durante todo el periodo de la concesión.”* (El subrayado es nuestro)

Es pertinente ver que el representante legal de TELTRONIC no suscribe la proforma 6 que sólo es suscrita por el representante legal del Consorcio COLCARD, lo que implica, o una declaración falsa en la proforma 10, o que la proforma 6 deba tenerse como no presentada y por lo tanto el requisito exigido en el Pliego de Condiciones no cumplido. En uno u otro caso, esto trae como consecuencia que no se pueda tener por acreditada la experiencia en materia de comunicación inalámbrica de COLCARD a través del proveedor.

- **Condicionabilidad de la oferta**

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

En primer lugar valga la pena resaltar que el numeral 5.3 del Pliego de Condiciones entre las causales de rechazo de la propuesta establece la siguiente:

i. Cuando se presente la propuesta en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición o modalidad. (El subrayado es nuestro)

Además de lo anterior, en el proceso se exigió un compromiso entre el proveedor de servicios y el proponente respecto del suministro de los servicios para efectos de poder ser dicho proveedor idóneo para acreditar la experiencia exigida.

En efecto, en la respuesta a la pregunta No. 54, en el documento de respuestas No. 7 la entidad manifestó, "cabe aclarar que quien aporte su experiencia en el numeral 4.3.1.3 deberá aportar un documento en el cual el oferente se compromete a utilizarlo durante la fase de implementación del sistema de comunicaciones." (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, a folio 710 de la propuesta del consorcio COLCARD se evidencia claramente que en los documentos técnicos de la oferta hecha por TELTRONIC S.A.U. a dicho consorcio, no existe dicho compromiso con carácter vinculante en cuanto a los aspectos de fondo contenidos en la oferta, de hecho, se encuentra expresamente condicionada a la voluntad de TELTRONIC S.A.U. Al efecto se dice que la información o afirmaciones "*sobre la idoneidad, capacidad o características del mencionado software o hardware no pueden ser considerados como un compromiso y deberán ser definidos particularmente en el acuerdo realizado entre TELTRONIC y el cliente*".

Es evidente que dicha oferta no constituye entonces un acuerdo o compromiso para el suministro, lo cual es un incumplimiento del Pliego de Condiciones, y más precisamente un condicionamiento de la propuesta a las negociaciones posteriores entre el CONSORCIO COLCARD y TELTRONIC S.A.U. (en donde es posible que no se llegue a un acuerdo) lo que implica un claro condicionamiento de la oferta y por lo tanto la necesidad del rechazo de la misma.

c) Experiencia en Diseño e Implementación de Centros de Control de Gestión de Flota

El numeral 4.1.3.5 del Pliego de Condiciones exige que se acredite por lo menos una experiencia exitosa en el diseño e implementación de centros de control de gestión de flota en los que se hayan controlado mínimo 750 buses en línea en sistemas de transporte urbano de pasajeros.

Sin embargo, la certificación de experiencia aportada por COLCARD, emitida por el cliente SMTT – SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSITO E TRANSPORTES DE SAO LUIS, en ningún aparte señala el número de buses que integran su sistema de transporte.

La proforma 6 diligenciada por el Proponente para acreditar esta experiencia indica que el número de buses controlados en el sistema es de 1087, lo cual no tiene soporte documental alguno. Si bien la certificación mencionada hace alusión a esta misma cifra para referirse al número de unidades de equipos validadores / lectores / cargadores de tarjetas inteligentes sin contacto, es absolutamente claro que tales equipos no corresponden con lo exigido en el Pliego de Condiciones, que es la acreditación del número de buses. No puede pensarse que un equipo validador es lo mismo que un bus, ni que necesariamente el número de los unos deba corresponder al número de los otros (por ejemplo, en un mismo bus podrían haberse instalado más de un validador, con lo cual el número de buses sería inferior al número de validadores). De hecho, los dispositivos validadores son parte del subsistema de recaudo, y por lo tanto son un ítem irrelevante en materia de control de flota.

 PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

Es así como en ningún aparte de la certificación aportada se dice de manera expresa el número de buses que integran la flota. De tal suerte, COLCARD no acredita en debida forma la experiencia exigida en el Pliego de Condiciones.

d) Experiencia en Recaudo con Tarjetas Inteligentes sin Contacto

El numeral 4.1.3.6 del Pliego de Condiciones exige acreditar al menos 2 experiencias exitosas en recaudo con tarjetas inteligentes sin contacto en sistemas donde se hubieren manejado al menos 1.000.000 de dichas tarjetas, y debiendo por lo menos una de estas experiencias acreditar como mínimo 400.000 tarjetas inteligentes sin contacto.

Las certificaciones aportadas por COLCARD, respecto de los clientes SINETRAM y SMTT, en ninguno de sus apartes acreditan el número de tarjetas inteligentes sin contacto de que constan dichos sistemas de transporte.

La proforma 6 diligenciada para el efecto, hace referencia a 457.000 tarjetas en el caso de SMTT y a 950.000 tarjetas en el caso de SINETRAM. Al revisar las certificaciones aportadas y la matriz que obra a folio 517 de la Propuesta, se hace evidente que se pretende acreditar el requisito haciendo referencia a los acápites de las certificaciones en los cuales los clientes señalan el número de usuarios activos de su sistema de transporte. Sin embargo, claramente puede establecerse que no es lo mismo hablar de usuarios activos que de tarjetas inteligentes sin contacto, que era lo que debía acreditarse en las certificaciones.

De hecho, en el caso de SINETRAM, el número de usuarios que se señala en la certificación es de 815.000 que ni siquiera coincide con el número de vehículos mencionados en la proforma 6 que es de 950.000. No se entiende entonces cuál es el soporte para esta última afirmación en la respectiva proforma.

Por lo anterior, no puede considerarse acreditado el cumplimiento de este requisito de experiencia técnica cuando en ningún aparte de las certificaciones aportadas se hace señalamiento expreso del número de tarjetas inteligentes sin contacto.

4. Falta de Acreditación de Reciprocidad (trato como nacionales)

De acuerdo con el párrafo del artículo primero de la Ley 816 de 2003, la forma de acreditar la reciprocidad en el trato a nacionales es un "informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana". La norma dice:

"PARÁGRAFO. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente." (El subrayado es nuestro)

El integrante del consorcio SMARTMATIC, proviene de los Países Bajos y acredita la reciprocidad con los siguientes documentos: (i) una carta firmada por el encargado de negocios de la Embajada de Colombia en La Haya, Países Bajos en la que se anuncia un documento adjunto; y (ii) el documento adjunto que es una carta de Ministerio de Justicia de los Países Bajos señalando que sí existe un trato de reciprocidad como nacionales a los colombianos que participen en contrataciones en ese país.

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

Según concepto emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que se adjunta a este escrito, la persona capacitada para certificar la reciprocidad es única y exclusivamente el "Jefe de la Misión Diplomática" en el respectivo país, que en el caso de los Países Bajos sería el Embajador de Colombia ante los Países Bajos y no el encargado de negocios.

En este sentido, ante la falta de documento idóneo que demuestre la reciprocidad no puede considerarse al proponente como nacional para efectos de otorgar el puntaje respectivo.

II. PROPUESTA PRESENTADA POR PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S. (INTEGRADA POR KOREA SMARTCARD CO. Y OTROS)

1. Ausencia de Capacidad Legal

El contrato de promesa de sociedad futura celebrado por el proponente **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S.** (en adelante "RECAUDO CARTAGENA") no cumple con las exigencias del Pliego de Condiciones para ser considerada un documento idóneo para participar bajo la modalidad de proponente plural en esta Licitación.

1.1. Texto de obligatoria inclusión

De acuerdo con el numeral 4.1.2.4.2 del Pliego de Condiciones es obligatoria la inclusión en dicho contrato de promesa del texto según el cual la cesión de acciones a cualquier título, aún cuando esté sometida al derecho de preferencia, se subordinará a la autorización expresa y escrita de TRANSCARIBE.

Debemos aclarar que este no es un aspecto meramente formal y subsanable, sino de fondo, toda vez que comporta el establecimiento de los términos y condiciones bajo los cuales se obligaron las partes de dicha promesa y la ausencia de dicho compromiso expreso en el mencionado contrato, comporta el incumplimiento del Pliego de Condiciones y trae consigo la ausencia de capacidad legal del proponente RECAUDO CARTAGENA en el momento de presentación de su propuesta frente a TRANSCARIBE.

1.2. Incumplimiento de los requisitos de ley para las S.A.S.

El Pliego de Condiciones exige en el numeral 4.1.2.4.2 que en el documento de promesa de sociedad futura debería incluirse el contenido específico y completo establecido en el artículo 110 del Código de Comercio para el acto de constitución de las sociedades mercantiles. Dicho artículo establece, entre otros requisitos que debe contener el acto de constitución de una sociedad mercantil, el siguiente:

"5) El capital social, la parte del mismo que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año;"

Ahora bien, por tratarse el tipo societario escogido para la sociedad prometida por RECAUDO CARTAGENA una sociedad por acciones simplificada (SAS), resulta entonces aplicable de manera especial y por tanto prevalente sobre la precitada regla, la contenida en la Ley 1258 de 2008, que se encarga de regular de manera específica a este tipo de sociedades.

De acuerdo con el artículo quinto de la Ley 1258 de 2008, que regula las sociedades por acciones simplificadas, en los estatutos de éstas debe establecerse, entre otros elementos:

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

"El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse". (El subrayado es nuestro).

En la promesa aportada por RECAUDO CARTAGENA en ninguno de sus apartes se especifica de manera expresa el número y valor nominal de cada una de las acciones representativas del capital.

De hecho, a folio 052 de la propuesta, en el artículo pertinente al capital y su distribución se omite esta información. Claramente carece esta promesa de un elemento de fondo exigido en la ley para el acto de constitución de una SAS lo cual hace por lo tanto que este contrato de promesa no sea un documento idóneo para el fin pretendido, en la medida en que para que pudiese hacerse efectiva la constitución de la sociedad prometida, estaría condicionado a que fuere enmendado dicho documento, para lo cual debe concurrir la voluntad de sus partes firmantes, y esta constituye entonces una condición adicional a la única condición permitida en el Pliego de Condiciones para la constitución de la sociedad prometida, que sería la adjudicación de la concesión al Proponente.

Así las cosas, el incumplimiento con este requisito de naturaleza legal, que trae consigo el incumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones para la conformación del proponente plural bajo la modalidad de promesa de sociedad futura, implican que en el momento de presentación de su propuesta, RECAUDO CARTAGENA carecía de la capacidad legal exigida en el Pliego de Condiciones.

1.3. Inexistencia de capacidad jurídica por insuficiencia del plazo de duración de las sociedades integrantes de la promesa

Compartimos el criterio de la entidad en el sentido de no admitir la propuesta debido a que el plazo de duración de una de las sociedades integrantes de la promesa, EQUIPLUS S.A. es inferior al mínimo establecido en el Pliego de Condiciones, esto es *"igual al plazo del contrato y un (1) año más, contados a partir de la fecha de cierre de la presente Licitación"*.

Este es un requisito cuya ausencia, por afectar la capacidad legal del proponente al momento de presentar la Propuesta, no es subsanable.

2. Inconsistencias en la acreditación de la experiencia en implementación y/o operación de sistemas de comunicación inalámbrica.

- **TELTRONIC S.A.U participa en más de 1 propuesta**

El numeral 4.3.1.3 establece que:

"Quien aporte la experiencia descrita en el presente numeral, podrá ser socio directo o proveedor de servicio del proponente y aportar su experiencia para la implementación y operación del sistema de comunicación inalámbrica con todos sus componentes".

Por su parte el numeral 5.3 entre las causales de rechazo de la propuesta establece:

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

"xii. Cuando se presenten varias propuestas por el mismo oferente, mismo nombre o razón social, para la misma licitación.

xiii. Cuando el representante o representantes legales o apoderados de una persona jurídica ostente igual condición en otra u otras firmas diferentes que se encuentren participando en el proceso de selección."

En este caso la empresa TELTRONIC S.A.U. aparece como proveedor de servicio del proponente COLCARD y del proponente **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S.** haciendo que ambos proponentes incurran en la causal de rechazo establecida en el numeral 5.3 del Pliego de Condiciones.

- **La posibilidad de acreditar la experiencia adquirida por otras estructuras plurales no se extiende al proveedor de servicios de comunicación inalámbrica**

El Pliego de Condiciones en sus numerales 4.3.2.1 y 4.3.2.2 permite que se acredite la experiencia técnica requerida, no sólo cuando hubiera sido ejecutada directamente sino también cuando: (i) hubiera sido ejecutada por el proponente o miembro del grupo proponente como integrante de un consorcio, unión temporal o cualquiera otro tipo de asociación siempre y cuando su participación en dicho consorcio o unión temporal no sea inferior al 30%, o (ii) cuando hubiera sido ejecutada por una sociedad matriz o subordinada, o sociedad del mismo grupo empresarial del proponente o miembro del proponente plural.

Sin embargo estas posibilidades no se extendieron al proveedor de servicios de comunicación inalámbrica.

En efecto, TRANSACARIBE respondió a una pregunta relacionada con la posibilidad de que el proveedor de servicios de comunicación inalámbrica acreditara la experiencia de su matriz o subordinada lo siguiente:

"No es correcto su entendimiento, para el caso específico el proveedor de servicio debe aportar las experiencias del numeral 4.3.1.3 por sí solo y no a través de matrices, filiales o subordinadas⁵". (El subrayado es nuestro.)

Es claro que en aras de la igualdad de condiciones en la competencia, este mismo criterio expresado por TRANSCARIBE para la interpretación restrictiva del numeral relativo a la experiencia de matrices y subordinadas debe emplearse para todos los efectos y, al no señalarse expresamente la posibilidad de que el proveedor de servicios de comunicaciones acredite experiencia que haya adquirido en concurso con otros en consorcios o uniones temporales (como sólo se permite expresamente a los miembros del proponente), no puede ser tenida como válida la experiencia aportada por TELTRONIC S.A.U. cuando las certificaciones presentadas corresponden a experiencias en uniones temporales.

En esta situación se encuentran tanto la certificación otorgada en relación con un contrato de suministro celebrado con EMCALI EICE E.S.P. como la certificación relativa a un contrato celebrado con TRANSMILENIO S.A.

Valga la pena resaltar que la forma en que TELTRONIC S.A.U. intenta acreditar estas experiencias tiende a ser engañosa y a confundir a la entidad contratante, puesto que en la proforma respectiva se menciona que el cliente bajo un contrato de suministro es TRANSMILENIO S.A. y EMCALI, respectivamente, quienes otorgan sendas certificaciones sobre la ejecución de un contrato adjudicado a y celebrado con la unión temporal de la que formó parte TELTRONIC S.A.U. Sin embargo, en ambos casos, por otra parte UNE emite una

⁵ Respuesta a pregunta No. 54, documento de respuestas No. 7

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

certificación dando a entender que la unión temporal -a su vez- subcontrató a TELTRONIC S.A.U. y adquirió de ella los servicios y el sistema de comunicaciones.

Es tan evidente la intención de disfrazar la figura inapropiada de la unión temporal en este caso, que en la proforma No. 6 en las casillas que se refieren al porcentaje de participación del proponente en dichos contratos, en lugar de indicarse el porcentaje de participación en la unión temporal respectiva se dice de manera evasiva "proveedor de servicios".

Si la naturaleza del contrato celebrado por TELTRONIC S.A.U. con UNE es de una unión temporal, no se puede hablar de un contrato de suministro directo o "por sí solo" de TELTRONIC, ni con UNE, ni con TRANSMILENIO, ni con EMCALI, pues la unión temporal y el contrato de suministro son figuras contractuales de naturaleza muy distinta, no equiparables.

De hecho, en la certificación de TRANSMILENIO, por ejemplo, se señala como contratista del contrato de suministro a la figura de la unión temporal, no a TELTRONIC de manera independiente o por sí solo.

Es por lo anterior que la experiencia acreditada con TRANSMILENIO y con EMCALI no puede ser tenida en cuenta por la entidad contratante en esta Licitación.

- **Tampoco puede ser acreditada la experiencia en sistemas que no sean de transporte**

El numeral 4.3 del Pliego de Condiciones, sobre las experiencias a acreditar, establece:

"Cada experiencia que se pretenda acreditar debe corresponder a sistemas en transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros que hayan sido implementados con posterioridad al primero (1) de Enero de 2000 (el subrayado es nuestro)".

Más adelante el numeral 4.3.1.3 del Pliego de Condiciones establece:

"El proponente debe acreditar mínimo dos (2) experiencias exitosas en donde haya diseñado e implementado, u operado sistemas de comunicaciones inalámbricas utilizado como apoyo para el control de flotas en sistemas de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros, con un radio de cobertura mínimo de 15 kilómetros, con sus componentes de hardware y software para su gestión y control". (El subrayado es nuestro)

Por su parte, el proponente presenta una certificación de experiencia expedida por EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE. E.S.P.

Es un hecho notorio que EMCALI es una empresa industrial y comercial del estado, de servicios públicos domiciliarios (energía, agua y alcantarillado, etc.) que **no** presta el servicio de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros por lo que de antemano, cualquier experiencia certificada por esta empresa, sería inane para efectos de esta licitación. 2

Por esta razón esta experiencia no puede ser tenida en cuenta como factor habilitante.

- **La experiencia presentada en servicios de comunicación inalámbrica no incluye el diseño del mismo**

En efecto, el Pliego de Condiciones en su numeral 4.3.1.3 establece:

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

*"El proponente debe acreditar mínimo dos (2) experiencias exitosas en donde haya **diseñado e implementado**, u operado sistemas de comunicaciones inalámbricas utilizado como apoyo para el control de flotas en sistemas de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros, con un radio de cobertura mínimo de 15 kilómetros, con sus componentes de hardware y software para su gestión y control."* (El subrayado es nuestro)

En este caso, todas las certificaciones presentadas por TELTRONIC carecen del elemento de diseño que se exige en el Pliego de Condiciones, lo que implica que su experiencia no estaría cumpliendo con los requisitos técnicos mínimos exigidos y por lo tanto el Proponente no puede ser habilitado.

III. PROPUESTA DE PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y TECNOLOGIA RETEC S.A.S. ("RETEC")

1. Ausencia de Capacidad Legal

1.1. Objeto social insuficiente

El numeral 4.1.2.2.1 del Pliego de Condiciones sobre los requisitos que deben cumplir las Personas Jurídicas Nacionales de Naturaleza pública o privada que participen en la licitación estableció lo siguiente:

"Acreditar que su objeto social principal permite a la persona jurídica la celebración y ejecución del Contrato de Concesión, teniendo en cuenta a estos efectos el alcance y la naturaleza de las diferentes obligaciones que adquiere".

A su vez, el Pliego de Condiciones en su numeral 5.3 sobre causales de rechazo de la propuesta establece como una de ellas la siguiente:

"xi. Cuando el objeto social o actividad mercantil del proponente no corresponde a lo requerido en los pliegos de condiciones. Esta exigencia aplica a cada uno de los integrantes del proponente plural."

1.1.2. Recolección & Aseo S.A. E.S.P.

En este sentido, queremos hacer ver que el objeto social de RECOLECCION & ASEO S.A. E.S.P., integrante del proponente, no se relaciona en forma alguna con las actividades previstas como parte del objeto de la licitación.

De esta forma, el objeto social principal se limita a actividades de prestación de servicios públicos de aseo y alcantarillado, y las actividades u objeto social secundario se limitan a actividades que guarden relación estricta con las mencionadas actividades principales. Si bien entre las actividades de su objeto social secundario se encuentra la de celebrar contratos de concesión (literal f. del artículo respectivo), lo cual certifica su representante legal en documento que obra a folio 78 de la propuesta, dichos contratos de concesión solo podrán referirse a los límites de capacidad fijados en el objeto social principal de la sociedad, que como se ha dicho, se circunscribe a actividades totalmente diferentes de aquellas de las que trata el objeto de la Licitación. Es claro que el Proponente, al pretender señalar que esta sociedad tiene capacidad para celebrar contratos de concesión como el que nos ocupa, está incurriendo en una aseveración tendiente a confundir a la entidad contratante, lo cual es en sí mismo una causal de rechazo de su Propuesta.

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

Es pertinente recordar que de conformidad con el artículo 99 del Código de Comercio, *"la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la falta de correspondencia entre dicho objeto y el objeto de la licitación le impediría a esta sociedad participar en la licitación como miembro de un proponente plural. La falta de capacidad jurídica de esta sociedad, y por lo tanto del respectivo Proponente, al momento de presentación de la Propuesta, no puede ser subsanada con posterioridad. Debe rechazarse la Propuesta.

1.1.3. Rincón Dávila & Cia. S. en C.

El miembro del proponente RETEC denominado RINCÓN DÁVILA & CIA. S. EN C. mediante escritura pública No. 159 de febrero 3 de 2011, modificó su objeto social con el fin de participar en esta licitación, toda vez que su objeto anterior no le era suficiente para acreditar capacidad legal. Esta reforma fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Barranquilla el día 4 de febrero de 2011.

Sin embargo, dicho acto administrativo de registro, en virtud del cual la reforma cobraría oponibilidad ante terceros, como lo es TRANSCARIBE, no era un acto administrativo ejecutoriado y en firme sino solamente a partir del vencimiento del período de cinco (5) días hábiles siguientes a la inscripción. Antes de dicha fecha, no podría predicarse que dicha reforma era oponible a terceros y por lo tanto no podría aducirse que a la fecha de cierre de la Licitación este miembro del proponente gozaba de capacidad legal para participar en la Licitación. Por lo tanto, y siendo este un requisito cuyo incumplimiento es insubsanable, la Propuesta de RETEC debe ser rechazada.

1.2. La duración registrada de la sociedad CASAMOTOR S.A. no cumple con lo establecido en el Pliego de Condiciones.

El término de duración de la sociedad CASAMOTOR S.A. registrado en la cámara de comercio a la fecha de presentación de la propuesta (cierre) no es suficiente para cumplir con la exigencia del pliego pues es inferior al mínimo establecido en el Pliego de Condiciones, esto es *"igual al plazo del contrato y un (1) año más, contados a partir de la fecha de cierre de la presente Licitación"*.

En este sentido, si bien tal sociedad presentó una escritura pública de enero 26 de 2011 en la cual se solemniza la reforma estatutaria de extensión del término de duración hasta el año 2036, es pertinente señalar que de acuerdo con la ley que rige a las sociedades anónimas y en particular el artículo 112 del Código de Comercio, dicha reforma no tiene efecto alguno ante terceros, es decir es inoponible (y TRANSCARIBE es un tercero para todos los efectos) sino cuando ha sido inscrita ante la cámara de comercio. Al momento de cierre de la Licitación, dicha reforma social no se encontraba debidamente inscrita en la cámara de comercio competente, por lo cual no resultaba oponible a TRANSCARIBE. O por lo menos, ello se desprende del certificado de existencia y representación legal emitido por la Cámara de Comercio que fue aportado con la respectiva propuesta, el cual es el único documento idóneo para acreditar que una reforma, o cualquier otro acto, se encuentra debidamente inscrito en el registro mercantil.

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

De tal suerte, al momento de presentarse la propuesta CASAMOTOR S.A. no podía acreditar este término de duración y por lo tanto carecía de capacidad legal, afectando entonces la capacidad legal del proponente.

En este sentido, tratándose de un requisito de capacidad jurídica no le es dable al proponente subsanar tal incumplimiento.

1.3. Falta de legalización de documentos de TCPS

De igual forma, los documentos con los que TCPS pretendía acreditar su existencia y representación legal, incluyendo aspectos tales como su objeto y duración, los cuales son documentos públicos otorgados en el exterior, no fueron debidamente legalizados, como tampoco fueron legalizadas las traducciones de los mismos.

Claramente el Pliego de Condiciones, en el literal g del numeral 3.2, exige que para que puedan ser válidos para efectos de acreditar los aspectos que consten en ellos, los documentos provenientes del exterior deben ser traducidos oficialmente y además ser apostillados, o contar con el trámite de legalización previsto en los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual era necesario que tras haber sido presentados ante el respectivo cónsul colombiano, fueren refrendados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Ninguno de los documentos aportados por TCPS para acreditar su capacidad legal, ni sus traducciones al Español, fueron refrendados por el mencionado Ministerio, por lo cual no pueden ser tenidos como idóneos para efectos de entenderse este proponente como habilitado en la Licitación. En consecuencia, su propuesta debe ser rechazada por TRANSCARIBE.

2. Ausencia de Capacidad Financiera. Incumplimiento en la presentación de los Estados Financieros y otra información.

2.1. Estados Financieros de CASAMOTOR S.A.

Compartimos la decisión de TRANSCARIBE con respecto a la inadmisibilidad de los estados financieros de CASAMOTOR en cuanto al incumplimiento con la firma de los mismos y con la presentación del dictamen del revisor fiscal en debida forma.

El Pliego de Condiciones en su numeral 4.2 sobre capacidad financiera del proponente estableció lo siguiente:

"El proponente debe aportar los estados financieros, Balance general, estado de resultados y sus respectivas notas explicativas a diciembre 31 de 2009 o a la fecha de cierre del último año fiscal del país de origen del proponente y deben estar expresados en pesos colombianos y debidamente suscritos (firmados), certificados y dictaminados de acuerdo con el artículo 37 y 38 de la ley 222 de 1995 y Decreto 2649 de 1993."

El artículo 33 del Decreto 2649 de 1993, establece que:

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

"Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el revisor fiscal, si lo hubiere⁶, dando así testimonio de que han sido fielmente tomados de los libros." (Negrilla fuera del texto original)

Por su parte, los artículos 37 y 38 de la Ley 222 de 1995 establecen:

"Artículo 37. ESTADOS FINANCIEROS CERTIFICADOS.

El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros."

"Artículo 38. ESTADOS FINANCIEROS DICTAMINADOS.

Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas."

Es evidente que CASAMOTOR S.A. no cumple con los requisitos antes señalados en la medida en que la ausencia de firma de sus estados financieros equivale a la no presentación de los mismos. De otra parte, la ausencia de su certificación o dictamen es también violatoria del Pliego de Condiciones. De tal suerte, no se acreditó en debida forma la capacidad financiera del Proponente y su propuesta debe ser rechazada por no hábil.

2.2. Estados Financieros de TCPS

Los estados financieros aportados por el miembro extranjero TCPS del proponente RETEC no cuentan con una traducción oficial al idioma Castellano. Si bien en la propuesta obra una traducción de los mismos, ésta no puede ser tenida como oficial, por cuanto dicha traducción no ha sido refrendada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Si bien en una de las páginas de los estados financieros (folio 227) aparece la firma y un sello de un traductor con anotación de su certificado de idoneidad, dichos sello y firma no constan en todos los folios de las traducciones aportadas, ni se cuenta con la anotación por parte de dicho traductor acerca de a cuántos folios corresponde la traducción por él certificada, como tampoco está refrendada ésta por el mencionado Ministerio.

Así mismo, estos estados financieros no se encuentran debidamente legalizados. Si bien consta en ellos un sello del consulado colombiano en Beijing, no fueron posteriormente refrendados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (en cumplimiento de los artículos 259 y 260 del Código de Procedimiento Civil).

Adicionalmente, en ningún aparte de los estados financieros aportados consta la firma del representante legal de TCPS. Llama la atención que esta firma se encuentra además ausente en la conversión de los estados financieros a pesos colombianos y que quien firma esta conversión sea una contadora pública colombiana, puesto que quien ostenta tal calidad carece de facultades legales para emitir cualquier tipo de certificación sobre una sociedad que no tiene domicilio en Colombia y que no lleva su contabilidad de acuerdo con las normas contables

⁶ Con relación a la frase resaltada en negrilla, ver Sentencia del Consejo de Estado del 2 de marzo de 2001. Expediente: 5352. Actor: Humberto de Jesús Longas L. Ponente: Manuel S. Urueta Ayola

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

colombianas. Ese solo hecho debería conducir a que los estados financieros convertidos a Pesos Colombianos que fueron aportados por TCPS sean desestimados por TRANSCARIBE.

Por último, obra a folio 234 de la propuesta una certificación de contadora pública colombiana según la cual los estados financieros aportados en pesos colombianos, son el resultado de una conversión "a una tasa equivalente al 31 de diciembre de 2009 de 299,43313 Yuanes Renminbis de China por Peso Colombiano, según el Banco de la República".

Esta certificación demuestra cómo la conversión realizada por dicha contadora pública colombiana, Diana Milena Castillo, viola lo dispuesto en el pliego de condiciones, de acuerdo con el cual era necesario que se hiciera no una conversión directa de Yenes a Pesos, sino primero una a Dólares de los Estados Unidos de América, y luego una de Dólares a Pesos, utilizando la TRM respectiva.

Por todo lo mencionado, los estados financieros de TCPS que fueron aportados no pueden ser tenidos como documento válido entonces para acreditar la capacidad financiera, la cual en últimas no fue debidamente demostrada y por ello el proponente debe ser tenido como NO HABIL. Respetuosamente solicitamos a TRANSCARIBE reconsiderar su posición fijada en el informe de evaluación preliminar en el cual de manera errónea concluye que este proponente sí cumple con el requisito de acreditar la capacidad financiera.

2.3. Declaración de renta de TCPS

La declaración de renta aportada por el miembro extranjero TCPS del proponente RETEC no cuenta con una traducción oficial al idioma Castellano. Si bien en la propuesta obra una traducción de los mismos, ésta no puede ser tomada como oficial, por cuanto dicha traducción no ha sido refrendada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

2.4. Certificación de antecedentes de revisor fiscal

De acuerdo con el numeral 4.2 del Pliego de Condiciones, para acreditar la capacidad financiera del proponente deberían acompañarse los estados financieros de los miembros del proponente con los certificados de antecedentes disciplinarios tanto del contador como del revisor fiscal.

En la propuesta no consta la entrega por parte de RETEC del certificado de antecedentes del señor Jorge Fernando Corredor, revisor fiscal de CASAMOTOR S.A. Por lo tanto, no se pueden tener en cuenta los estados financieros de dicha sociedad para efectos de acreditar la capacidad financiera.

3. Experiencia técnica no acreditada en debida forma

Las certificaciones aportadas para efectos de acreditar la experiencia técnica del proponente fueron otorgadas en el exterior. Sin embargo, no cuentan con apostilla ni con la legalización completa exigida por la ley colombiana, lo cual el numeral 3.2 del Pliego de Condiciones exige claramente. Si bien tienen el sello del cónsul colombiano en Beijing, no fueron refrendadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

De igual forma, estas certificaciones no cuentan con una traducción oficial debidamente legalizada ante dicho Ministerio.

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

Por lo anterior, no pueden tenerse como suficientes para acreditar la experiencia técnica exigida y el proponente debe declararse como NO HABIL.

4. Proforma 11 no fue aportada válidamente

La Proforma 11 aportada por el proponente RETEC no contiene información clara y legible. En el espacio destinado a incluir el número de puntos de venta externos adicionales ofrecidos en letras, no se incluyó información alguna, y en el espacio designado para colocar esta información en números aparece una cifra ilegible que puede ser interpretada de cualquier forma para representar cualquier número al antojo de quien la firma.

Este es un aparente intento del proponente de confundir a TRANSCARIBE respecto de la cifra verdaderamente ofrecida, lo que per se sería una causal de rechazo de la propuesta. Aún así, si concediendo el beneficio de la buena fe se entendiera que simplemente se trata del no cumplimiento con la entrega de una información completa, clara y precisa, sin ninguna intención secundaria, en todo caso esta proforma debe ser tenida o como no aportada (lo cual es causal de rechazo de la propuesta) o si se quiere, como aportada pero con una información ilegible o no indicada y por consiguiente, el número de puntos de venta adicionales ofrecidos debe tenerse como cero (0).

En consecuencia, TRANSCARIBE debe o bien rechazar esta propuesta, o en último caso no debe otorgar ningún puntaje a RETEC en relación con este aspecto, el cual por lo demás, no resulta subsanable ni susceptible de aclaración de acuerdo con la ley por tratarse de un factor de ponderación.

Por último, nos permitimos aportar a TRANSCARIBE para que realice la revisión y valoración pertinente, información de carácter público que circula en los medios de comunicación respecto de la sociedad TCPS, miembro de este proponente plural, en relación con su participación en otro proceso de contratación pública en Colombia. En dichos artículos se ha cuestionado la veracidad de cierta información entregada por dicho miembro del proponente en otra licitación.

Atentamente,


LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS

C.C. 98.385.979 de Pasto

Representante legal de:

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S

ANEXOS

Concepto emitido por Ministerio de Relaciones Exteriores (sobre reciprocidad)

Artículos de prensa

Revista Semana: Transmetro de Barranquilla . Cuento Chino

http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=113585

Con paso de paquidermo agobiado por enfermedad de confinamiento en circo de pueblo que sueña con ser socorrido por algún zoológico donde tendría mejor alimentación, mejor hábitat y hasta apareamiento, marcha en Barranquilla la construcción del sistema de transporte masivo, Transmetro.

Llevamos muchos años escuchando, primero, de su pronta implementación (y eso no llegaba) y otros tantos en el proceso de adecuar las vías por donde deberá recorrer la ciudad, hasta ahora con dos grandes ejes, y seguimos con trancones por las calles reventadas sin que se perciba un espíritu de progreso.

Transdesastre ha sido un dolor de cabeza para varias administración y el propio gobierno Uribe y se ha convertido en la razón de la desesperación y la irritabilidad de los barranquilleros: hay pilas de tierra endurecida y vieja en los separadores que tal vez los aguaceros de julio logren desaparecer, pero quedarán esas arenas situadas donde el caudal del arroyo se aplaque. Hay lozas de concreto que, sin ser dadas al uso, presentan deterioro formidable y exigieron reparación, que va a medias.

Hay demora en la entrega de trabajos y hay demasiadas calles cerradas, para una ciudad que no tiene más de cinco ejes para moverse de norte a sur y de este a oeste. Hay cientos de miles de árboles no sembrados y nosotros esperando compensación del contratista. Y para cerrar con broche de oro esta enumeración a la que le faltan muchos detalles, también cayó la administración de Transmetro en el cuento chino, literalmente.

Con licitación abierta y variados proponentes resultó ganadora, el cinco de febrero pasado, para realizar el recaudo del servicio en Barranquilla y su Área Metropolitana la empresa Recaudos SIT Barranquilla, entre cuyos cinco asociados está Tianjin Card Public System Network (Tcps) que no está especializada en operación de sistemas de transporte de pasajeros y, más delicado, su acreditación de hacerlo en tres ciudades chinas no pudo ser comprobado por un funcionario de Transmetro enviado a China, post adjudicación, a verificar la capacidad de la empresa. Se comieron el cuento chino.

Ante las múltiples denuncias de los medios y del Concejo Distrital, el director del ente, Álvaro Osorio, ha respondido que se hizo *a posteriori* porque entre los muchos licitantes había varias firmas extranjeras y no tenían presupuesto para hacer esa verificación general (¿no conocen Internet ni las Cámaras de Comercio del mundo tanto como otras entidades que preparan dossier completo sobre empresas?), y se resarce en que fueron ellos mismos quienes dieron a conocer el

hecho. En cuanto a las lozas dañadas, los árboles nunca sembrados, las pilas de tierra y demás cascabeles, oficialmente informan que están apretando a los contratistas y evaluando los trabajos, pero también le achacan a la incultura ciudadana y a los burros el deterioro de la flora.

Recaudos SIT Barranquilla promesa de asociación está integrada por los chinos de Tcps domiciliados en Heibei, Tiajin, y Angelcom S.A., Teledifusión S.A., Bitácora Soluciones Cía. Ltda. Y Stratis Ltda., todas empresas bogotanas, que resultó ganadora de la licitación pública No. LPI TM 300 004 07 de Transmetro. Se pregunta la opinión pública y también el Concejo Distrital sobre la situación actual de esa adjudicación, porque esto significa que tanto Transmetro como el gobierno Nacional y el Área Metropolitana de Barranquilla habrían sido defraudados por este concesionario, que seguirá en funciones mientras asiste al debido proceso.

Por parte de los miembros de esta promesa de asociación habló en rueda de prensa Juan Emilio Posada afirmando que no hay nada ilegal. Que los soportes expedidos por autoridades chinas son válidos, pues la licitación no definía tiempo de experiencia (apenas 9 meses de Teps en sistemas de recaudo de tres ciudades chinas que cancelaron el contrato) y que ese asociado realiza actualmente esas funciones en Tianjin, ciudad de nueve millones de habitantes, lo que considera más que suficiente para respaldar su propuesta. Y, dijo también, que el funcionario de Transmetro, cuya visita de verificación condujo a las reclamaciones "no preguntó en profundidad y, además, utilizó una traducción poco fidedigna". Otro cuento chino.

Portafolio: Transmetro: falsedad en empresa de recaudo

<http://www.portafolio.com.co/archivo/documento/MAM-3006382>

9 de julio de 2008

Transmetro: falsedad en empresa de recaudo

El contrato fue adjudicado el pasado 5 de febrero a Recaudos SIT Barranquilla, tras una audiencia pública en la que participaron una unión temporal y la coreana EB Corp. La ganadora tiene como principal soporte extranjero a Tianjin Card Public System Network (Tcps), que opera en China.

Para clasificar, la entidad ganadora acreditó unas experiencias que en realidad no eran de Tcps, según una inspección hecha por Alexander Castaño, enviado especial de Transmetro.

La visita, hecha entre el 18 y el 30 de junio, permitió descubrir que si bien Tcps es una empresa de base tecnológica especializada en el área de transporte y que opera el recaudo en la ciudad de Tianjin, no es una firma especializada en la operación de sistemas de recaudo en el área de transporte de pasajeros, que fue lo analizado.

Se suponía que Tcps operaba también los recaudos en los sistemas de transporte de las ciudades de Wenzhou, Zhengzhou y Lanzhou. Castaño visitó las dos últimas y encontró que esas experiencias no fueron obtenidas por Tianjin. El debido proceso indica que SIT Barranquilla tiene cinco días hábiles para responder

Panamá América: 7 de febrero 2011

Vinculan a Panama Card con el Gobierno de Hugo Chávez

La empresa matriz de la filial local también es investigada en Estados Unidos.

http://www.pa-digital.com.pa/periodico/edicion-anterior/nacion-interna.php?story_id=1013966

La compañía Smartmatic, que intentó entrar a Panamá a través de su filial Panama Card para hacerse del servicio de administración financiera del metrobús, podría estar vinculada al Gobierno de Hugo Chávez y a otros escándalos que resonaron en Estados Unidos.

Según información de medios venezolanos y reportes de The New York Times, el Gobierno venezolano puede tener participación accionaria en esta empresa a través de una filial creada en 2004 para suministrar el servicio de votación digital en el cuestionado referéndum donde se decidió la reelección de Chávez.

Según los informes, Chávez adquirió el 28% de la empresa Bizta, que es controlada por Smartmatic. El tema causó polémica, ya que la compañía también incursionó en el proceso electoral de Estados Unidos a través de otra de sus filiales: Sequoia Voting Systems. Por ello, el Comité de Inversiones Extranjeras en Estados Unidos abrió una investigación para determinar quiénes son los verdaderos accionistas de Smartmatic.

La compañía tiene registros de dos sedes: Holanda y Florida, en Estados Unidos, pero nunca ha aceptado ser de Venezuela.

También se le investigó en Estados Unidos por una supuesta evasión fiscal que nunca se registró como resuelta.

Mientras que su presidente, Antonio Mugica, fue denunciado por supuestamente amenazar a ex empleados que cuestionaron las prácticas administrativas de la empresa. Mugica negó a los medios, en ese entonces, que haya lanzado amenazas a sus colaboradores.

El intento de incursión en Panamá de esta compañía también estuvo marcado por la polémica. La empresa, que fue presentada ante el Gobierno local por el propio Mugica, intentó anular el proceso de licitación donde se le descalificó técnicamente y en donde resultó ganadora la empresa Sonda, de Chile.

Localmente, Smartmatic reportó en Panamá tener sede en Holanda, mientras que el socio en la filial Panama Card, DataProm, expresó tener base en Brasil.



Ministerio de Relaciones Exteriores
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



DIAJI. GTAJI. 41760

Bogotá, D.C. 19 de Julio de 2010

Señor
JULIO CESAR ARANGO GARCÉS
Gerente General
Instituto Nacional de Concesiones, INCO
Avenida El Dorado, CAN –
Edificio Ministerio de Transporte
La Ciudad

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2010-409-016432-2
Fecha: 21/07/2010 09:42:56->101
OEM: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Anexos: SIN



Asunto: Respuesta a solicitud de Certificación –
Licitación pública NO.LP-001-2009. Solicitud de Certificación.

Señor Gerente General:

De manera atenta me refiero a su petición, recibida en el Ministerio de Relaciones Exteriores, el 10 de julio de 2010, y recibida en este despacho el 15 de julio, por medio de la cual solicita “:

1. Emitir concepto en el que se indique, si con la certificación aportada puede considerarse que en Portugal a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concede el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios portugueses, como lo prevé la Ley 816 de 2003.
2. Para el segundo caso y en relación con una certificación suscrita por la Embajada ante el gobierno de Italia, que “...se conceptué respecto a que en Italia a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concede el mismo tratamiento otorgado a los bienes y servicios italianos, como lo prevé la Ley 816 de 2003”.

1. Consideraciones Generales Sobre el Asunto:

En relación con el tema objeto de su consulta el parágrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003, dispone:

“Parágrafo. Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales. Este último caso se demostrará con informe de la respectiva Misión Diplomática Colombiana, que se acompañará a la documentación que se presente”. (negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la norma transcrita y en el caso particular, se tiene que el trato nacional se comprueba con uno de dos requisitos a saber:



A. De manera negociada, que se refleja en la existencia de un tratado entre Colombia y otro Estado que regule el tema de trato nacional para bienes y servicios en materia de compras estatales, y la participación de empresas de dos países;

B. En ausencia de un tratado sobre la materia, la concesión se puede dar **de manera unilateral por un país**; en el caso colombiano, tal circunstancia se demostrará con un **informe que emita la respectiva Misión Diplomática de Colombia** acreditada en el país de donde proviene la oferta de los bienes o servicios.

II. Consideraciones Particulares.

- A. Si hay un Tratado Internacional o no, entre Colombia y otro Estado sobre la materia, corresponde a la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales pronunciarse sobre la existencia y vigencia del mismo, acorde con la naturaleza de las funciones de esta dependencia contenidas en el Decreto No. 3355 del 7 de septiembre de 2010.
- B. En caso de que no haya tratado, corresponde al Jefe de la Misión Diplomática de Colombia respectiva, elaborar el informe de que trata el parágrafo del artículo 1º. de La Ley No. 816 de 2003.

III. Conclusiones:

- A. Las dos actuaciones administrativas operan en circunstancias muy distintas, como quedó explicado en las consideraciones particulares.
- B. Esta Dirección manifiesta que no existe en la actualidad un tratado vigente entre Colombia y Portugal que regule el tema de trato nacional para bienes y servicios en materia de compras estatales.
- C. De acuerdo con lo anterior, aplicaría el segundo de los elementos descrito en el parágrafo del artículo 1º. de la Ley No. 816 de 2003, visto el informe expedido por la Embajada de Colombia en Portugal, adjunto a su solicitud.

En dicho informe se establece que: *"...la administración portuguesa admitirá a licitación a las empresas colombianas que se presenten a concursos suministros de bienes, obras y servicios en las mismas condiciones en que las empresas portuguesas sean admitidas a licitación en concursos convocados por la Administración de la República de Colombia. En todo caso, las empresas colombianas deberán cumplir al igual que las portuguesas con los requisitos establecidos en la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas de Portugal."*

En caso que el informe deba ser aclarado o se requiera dar alcance al mismo, es necesario que se dirija una solicitud en tal sentido a la Misión Diplomática, por tratarse de la autoridad competente que recaba la información pertinente para su consignación en el respectivo informe.

- D. En el caso del informe de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Italia el oficio del 12 de julio de 2010, dice: *"...que de acuerdo con la información suministrada por el Gobierno de*



Ministerio de Relaciones Exteriores
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



Italia, los bienes y o servicios de origen colombiano reciben el trato nacional en las compras estatales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación por parte de las entidades públicas de Italia." (Negrilla Fuera del texto)

En caso que el informe deba ser aclarado o se requiera dar alcance al mismo, es necesario que se dirija una solicitud en tal sentido a la Misión Diplomática, por tratarse de la autoridad competente que recaba la información pertinente para su consignación en el respectivo informe.

Esperamos que esta información sea de utilidad para la evaluación que el Instituto Nacional de Concesiones requiera en los procesos licitatorios que adelanta.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico, por lo tanto solamente constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con en lo dispuesto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Atentamente,

SUZY SIERRA RUIZ

Directora de Asuntos jurídicos Internacionales

Revisó: Mcpp
Proyectó: Bpap