

Barranquilla, 7 de marzo de 2011

Señores
TRANSCARIBE S.A.
Ciudad

REF.: LICITACIÓN PÚBLICA No. TC-LPN-005 DE 2010 – OBSERVACIONES A PROPUESTAS

Respetados señores:

IGNACIO RINCÓN HERRERA, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando como representante legal de la Promesa de Sociedad Futura Recaudo y Tecnología –RETEC S.A.S, proponente dentro del procedimiento de selección de la referencia, en ejercicio del derecho consagrado en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en el numeral 2.9 del pliego de condiciones, procedo a presentar **OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN**, en los siguientes términos:

I. OBSERVACIONES RESPECTO DE LA EVALUACIÓN A LA PROPUESTA DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO SIT CARTAGENA

A. En cuanto a la experiencia en implementación y/o operación de sistemas de comunicación inalámbrica

1. En la proforma 6 de la propuesta presentada por RECAUDO SIT CARTAGENA, a folios 633 y 634 se observa que como prueba de la experiencia en implementación y/o operación de sistemas de comunicación inalámbrica, a la que se refiere el numeral 4.3.1.3 del pliego de condiciones. se relaciona un contrato suscrito por la empresa Teledifusión S.A. con Recaudos SIT Barranquilla S.A., cuyo objeto es el diseño físico y lógico, implementación y puesta en marcha del sistema de comunicación inalámbrica móvil de apoyo para el control de flota en el sistema Transmetro de la ciudad de Barranquilla, así como el acompañamiento durante la estabilización del mismo, y la instalación con los demás subsistemas, reflejando un número de ciento cuarenta y siete (147) terminales finales de acceso a la red inalámbrica, con radio de cobertura superior a 15 kilómetros.
2. La empresa Recaudo SIT Barranquilla S.A. suscribió con la empresa Transmetro S.A. el día 20 de febrero de 2008, el contrato de concesión No. TM-300-004-07, con el objeto realizar la operación y explotación del sistema de



recaudo y suministro del sistema de gestión y control de la operación del Sistema Transmetro del Distrito de Barranquilla y su Área Metropolitana en la Fase I. Dentro de sus obligaciones, se encuentra la de proveer la plataforma tecnológica para la operación del sistema de transporte masivo de Barranquilla.

3. Mediante oficio radicado en Transmetro S.A el día 15 de febrero de 2011, el suscrito, en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la entidad informar 1) qué sistema de comunicación inalámbrica fue o ha sido instalado por la parte contratista de conformidad con lo pactado con Transmetro S.A.; 2) si la parte contratista, a 7 de febrero de 2011, ha instalado e implementado a satisfacción de Transmetro S.A. el sistema de comunicación inalámbrica exigido en la relación contractual entre las partes; 3) si a la fecha de la presente solicitud, la parte contratista ha instalado e implementado a satisfacción de Transmetro S.A. el sistema de comunicación inalámbrica exigido en la relación contractual entre las partes.
4. En respuesta a lo anterior, Transmetro S.A. mediante comunicación recibida el día 22 de febrero de 2011, manifestó que el sistema de telecomunicación inalámbrico de estándar abierto TETRA exigido contractualmente, no había sido instalado, y que dicha situación se sostiene tanto a 7 de febrero de 2011, fecha de cierre de la licitación pública TC-LPN-005 de 2010 convocada por Transcribe S.A. como a la fecha de la presentación de la petición a Transmetro S.A., el día 15 de febrero de 2011, e incluso a la fecha de la respuesta a la solicitud.

En este punto, Transmetro S.A. explica que actualmente se está utilizando el sistema Avantel *"de manera provisional"* para coordinar las actividades de grupo de personal de campo, y para las comunicaciones uno a uno y con buses se está utilizando una solución basada en voz y datos IP sobre celular con la empresa Movistar, la cual fue autorizada de acuerdo con lo estipulado tanto en el Otrosí No. 4 de 12 de abril de 2010 como en el Otrosí No. 7 de 23 de julio de 2010. No obstante, aclara Transmetro S.A. que la solución IP mencionada **"debió rechazarse mediante oficio 1020-0234 de Feb. 01/2011"**. Se adjuntan al presente escrito los documentos referidos.

5. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4.3.1.3 del pliego de condiciones, relacionado con la experiencia en implementación y/o operación de sistemas de comunicación inalámbrica, **"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 flota en sistemas de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros, con radio de cobertura de mínimo 15 kilómetros, con sus componentes de hardware y software para su gestión y control..."**.

A su vez, para entender el concepto de experiencia exitosa, el numeral 1.5.19 del mismo pliego de condiciones consagra que ésta debe entenderse como **"la ejecución de contratos debidamente ejecutados y recibidos a satisfacción"**

por el contratante respectivo, en cuyo desarrollo no se causó ningún tipo de sanción y/o multa por incumplimiento contractual, debidamente ejecutoriado, ni se hizo efectiva la póliza única de garantía”..

Como se puede observar, es claro que la definición de experiencia exitosa, para efectos de la presente contratación, comprende dos aspectos separados: 1) que los contratos estén debidamente ejecutados y recibidos a satisfacción por parte del contratante respectivo, y 2) Que en desarrollo de dichos contratos no se haya causado ningún tipo de sanción y/o multa por incumplimiento contractual, debidamente ejecutoriado, ni se haya hecho efectiva la póliza única de garantía.

6. En virtud de todo lo anterior, es claro que el contrato presentado por la empresa Teledifusión S.A. (por demás, accionista de Recaudos SIT Barranquilla S.A.) para acreditar su experiencia en implementación y/o operación de sistemas comunicación inalámbrica dentro del presente procedimiento de selección, no puede ser tenida en cuenta como válida por parte de Transcribe S.A., toda vez que ha quedado demostrado que Transmetro S.A. a la fecha no ha recibido a satisfacción el sistema de comunicación inalámbrica que está obligado a instalar y operar Recaudos SIT Barranquilla S.A.

En este sentido, es imperativo poner de presente a la entidad convocante que el objeto del contrato aportado en el presente procedimiento de selección es específicamente el diseño físico y lógico, implementación y puesta en marcha del sistema de comunicación inalámbrica móvil de apoyo para el control de flota en el sistema Transmetro de la ciudad de Barranquilla, lo que significa que al ser Transmetro S.A. el destinatario final del producto objeto de dicho contrato, aunado al hecho de que Teledifusión S.A. cumple la doble condición de ser accionista de la persona jurídica contratante que se constituyó con el único fin de ser el concesionario de Transmetro S.A. (Recaudos SIT Barranquilla S.A.) y contratista de la misma, mientras que la entidad pública no manifieste su conformidad con el sistema de comunicación inalámbrica para el control de flota del sistema, debe concluirse necesariamente que Teledifusión S.A. no tiene la experiencia exitosa solicitada por parte de Transcribe S.A., es más, no tiene experiencia alguna, no pudiendo alegar este proponente que el recibo a satisfacción proviene de Recaudos SIT Barranquilla S.A. por fungir como la parte contratante.

7. En este sentido, debe recordarse que de acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado, la experiencia es el *“conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, ocupación u oficio”*¹. De esta manera, la única forma de obtener la experiencia es ejerciendo efectivamente la actividad, lo cual implica, para el

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2005, expediente AP 2002-1577, C.P. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

caso que se analiza, que si el contrato no ha podido ser ejecutado porque el destinatario del sistema de comunicación inalámbrica no lo ha recibido, simplemente no existe experiencia alguna por parte de Teledifusión S.A. ni de Recaudo SIT Barranquilla S.A.

8. En consecuencia, es indudable que el proponente RECAUDO SIT CARTAGENA no cumple con uno de los requisitos habilitantes de experiencia, el cual en este caso particular no puede ser subsanado, pues ello implicaría la modificación y mejora de la propuesta.

En efecto, el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 consagra las reglas subsanabilidad de las propuestas, en los siguientes términos:

*En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. **En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.***

***Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación,** sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.*

[...]

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior debe ser analizado al tenor de lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual expresa lo siguiente:

La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

(...)

*8°. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. **En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.***

9. Es así como, una interpretación sistemática de toda la normatividad obliga a entender, de manera lógica, que solamente podrán subsanarse los requisitos habilitantes cuando ello no implique completar, adicionar, modificar o mejorar la propuesta. Ello, en atención al mecanismo propio de los procedimientos de selección en la actualidad, significa que si no se presenta un documento relacionado con dichos requisitos habilitantes, la entidad podrá solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, y que si se han presentado documentos relacionados con estos requisitos que presentan dudas o que no reflejan de manera clara el cumplimiento del requisito habilitante, los mismos podrán aclararse o corregirse antes de la adjudicación. En el contexto normativo lo que no es permisible, bajo ningún punto de vista, legal ni jurisprudencial, es la subsanación de un documento que se ha presentado con la propuesta y sobre el que no existe ninguna duda respecto de la información que arroja, y cuyo contenido no se acoge a lo exigido en el pliego de condiciones para demostrar el requisito habilitante de que se trate.

Este ha sido el sentido claro de la jurisprudencia, la cual ha manifestado al respecto:

La exigencia de acreditar documentalmente los factores de evaluación no se contrapone al principio de la buena fe consagrado en los artículo [sic] 83 de la Constitución y 28 de la ley 80 de 1993. Por el contrario, por razones de justicia y equidad se debe conceder a los oferentes la oportunidad para acreditar sus calidades y condiciones, que permitan a la administración valorar cuál es la mejor propuesta, siempre y cuando se exijan en el pliego de condiciones. 2. El factor de experiencia referido a las personas naturales se demuestra acreditando la idoneidad de quienes aspiran a contratar con la administración, mediante las constancias o certificaciones pertinentes. Con mayor razón si la experiencia profesional es factor determinante para la ejecución del contrato. 3. Después del cierre de la licitación y dentro del término que haya señalado la entidad en el respectivo pliego de condiciones para elaborar los estudios de carácter técnico, económico y jurídico, los oferentes pueden allegar el o los documentos para acreditar su experiencia cuando esta se haya expresado en la propuesta. Vencido dicho plazo precluye esta facultad.²

10. En conclusión, es evidente que el contrato de Teledifusión S.A., suscrito con Recaudos SIT Barranquilla S.A. el día 30 de mayo de 2010 y que se encuentra relacionado en la proforma 6 de la propuesta de RECAUDO SIT CARTAGENA, es claro en cuanto a su objeto en el sentido de que el mismo se relaciona con instalación y/o operación de sistemas de comunicación inalámbrica, razón por la cual no es necesario solicitar subsanación alguna sobre el particular.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 17 de abril de 1996, radicación 811, C.P. ROBERTO SUÁREZ FRANCO.

No obstante, al no cumplirse con el requisito de que dicha experiencia sea exitosa, esto es, que haya sido recibida a satisfacción por la parte contratante, la manera de que este proponente pudiera cumplir con este componente del requisito habilitante de experiencia sería presentar un contrato diferente, situación que indefectiblemente constituiría una modificación y una mejora de la propuesta, conductas que se encuentran terminantemente prohibidas por normas de rango legal aplicables a la presente licitación. Ahora bien, también podría pretenderse subsanar la experiencia mencionada con la presentación de una certificación de cumplimiento expedida por Transmetro S.A.; sin embargo, dicha subsanación tampoco sería atendible, pues implicaría la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre, lo cual desconocería el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008.

11. Finalmente, del hecho de que se trata de una premisa contenida en un mandato superior, por lo dispuesto en el literal v del numeral 5.3, que establece como causal de rechazo de las propuestas *"Cuando se compruebe que se ha allegado información o documentos con la propuesta que contengan datos no veraces, tergiversados, alterados o tendientes a inducir a error a TRANSCARIBE S.A"*, y en el literal xiv, que ordena el rechazo de propuestas por *"Toda otra causal de rechazo contemplada en la ley"*.

B. En cuanto a la póliza de seriedad de la propuesta presentada

1. Como se reconoce expresamente en el informe de evaluación, a la propuesta presentada por RECAUDO SIT CARTAGENA se anexó una póliza de garantía a favor de entidades particulares, expedida por Condor S.A.. Consciente de que la cita póliza no se ajusta a los más mínimos requisitos de ley, mediante comunicación radicada el 24 de febrero de 2011, el mencionado proponente pretendió sustituirla por una nueva póliza, ésta a favor de entidades públicas.
2. Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que la póliza de seguro anexada con la propuesta, no puede tenerse siquiera por presentada, en la medida en que la misma no cumple con ninguno de los requisitos legales y, por lo mismo, no implica que en momento alguno haya habido amparo a favor de la entidad estatal ni mucho menos que se tenga por amparado la seriedad del ofrecimiento efectuado.
3. En este sentido, debe hacerse notar que el Consejo de Estado ha expresado respecto de esta clase de garantías:

Específicamente sobre la garantía de los ofrecimientos hechos por el licitante, se manifestó que la obligación que se quiere garantizar es la de mantener la seriedad de la oferta, generalmente conocida como "irrevocabilidad de la oferta". Lo anterior implica que en derecho público la manifestación del retiro de la misma es ineficaz, de manera que la administración no puede dejar de evaluarla. Así, en caso de resultar escogida, el adjudicatario deberá suscribir el contrato, so pena de que se

le aplique la sanción contemplada en el numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esto es, hacerle efectiva la mencionada garantía³.

Más adelante, en el mismo concepto manifiesta el Consejo de Estado:

Ahora bien, como ha quedado establecido, la ley exige la presentación de una póliza de seriedad de la oferta que le permita al Estado tener por cierto que el participante en el proceso de contratación estatal mantendrá su propuesta a lo largo de todo el proceso contractual o que, en caso de incumplimiento, le será pagada la respectiva garantía.

Considera la Sala que, como se ha expuesto, dicha exigencia no desaparece con las normas citadas sobre saneamiento de defectos formales y de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, pues si bien esa póliza no tiene relación con los factores de escogencia y en esa medida permite que sus defectos sean subsanados-cuando haya sido presentada en tiempo-, se trata en todo caso de un requisito que se debe acreditar con la presentación de la oferta y que no se puede obviar por voluntad del oferente, ni mucho menos permite alegar un derecho a ser adjudicatario del contrato estatal sin su cumplimiento.

Como puede verse, la póliza de seriedad de la oferta no es un requisito meramente formal, sino que tiene serias implicaciones sustanciales, en la medida en que protege a la entidad estatal licitante del riesgo amparable de revocación de la propuesta por parte del oferente, por lo cual la respectiva entidad debe ser especialmente cuidadosa con el cumplimiento de los requisitos sustanciales de esta clase de pólizas.

4. A su vez, debe tenerse en cuenta que existe una diferencia radical entre las pólizas otorgadas a favor de particulares (como lo es la presentada por el proponente RECAUDO SIT CARTAGENA) y las pólizas presentadas a favor de entidades estatales. En efecto, de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, las primeras pueden ser revocadas por falta de pago de la prima, mientras que las segundas no. Además, cuando quiera que la entidad estatal pretenda hacer efectiva la póliza de seriedad de los ofrecimientos lo deberá hacer mediante acto administrativo, poder que no se encuentra autorizado para las pólizas otorgadas a favor de particulares.
5. En consecuencia, el hecho de que la póliza haya sido presentada por el proponente RECAUDO SIT CARTAGENA a favor de particulares se traduce en la imposibilidad de que la misma pueda ser tenida como presentada, en tanto que la póliza así presentada no cumple con los requisitos mínimos exigidos por la ley para que pueda entenderse amparada la seriedad de la propuesta y protegido el interés de Transcaribe como entidad licitante.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 6 de noviembre de 2008, radicación 1.927, C.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA.

La inexistencia de la póliza en la propuesta de RECAUDO SIT CARTAGENA es reconocida por dicho proponente con su propia conducta dentro de esta licitación, pues al presentar, mediante comunicación radicada el 24 de febrero de 2011, una nueva póliza, ésta a favor de entidades públicas, resulta reconociendo que la póliza inicialmente presentada no puede entenderse como presentada, en tanto que no cumple con el más mínimo requisito sustancial de ley que demuestre la verdadera seriedad en el ofrecimiento. En efecto, con este obrar del proponente se demuestra que la póliza no fue presentada de manera concomitante con la propuesta, como lo exige la ley y la jurisprudencia, sino que fue presentada con posterioridad.

6. Ahora bien, el efecto jurídico de la falta de presentación de la garantía de seriedad de la propuesta, como se desprende inequívocamente de lo expresado por el Consejo de Estado, pero especialmente del inciso final del numeral 7.1 del artículo 7º del Decreto 4828 de 2008, consiste en que *"la no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última"*. De esta manera, la inexistencia de la póliza en la propuesta de RECAUDO SIT CARTAGENA implica que dicha oferta debe ser rechazada.
7. De otra parte, si lo anterior no fuera suficiente, también debe tenerse en cuenta que la conducta del proponente RECAUDO SIT CARTAGENA de pretender sustituir la póliza de seriedad de la oferta inicialmente presentada no puede jamás ser entendida como el ejercicio de una subsanación, la cual, sino como una modificación o mejora de la propuesta, situación que se encuentra prohibida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

5.3. La potestad de pedir que se subsane la prueba de un requisito o elemento de la oferta es exclusiva de la administración licitante, no es un derecho del proponente.

*Tanto el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 como el artículo 10 del decreto 2474 de 2008, prevén una potestad reglada para la administración de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, se insiste, **es una autorización o permiso para que los proponentes mejoren, adicionen o complementen la oferta.***

Así las cosas, no se consultan los principios de economía, transparencia y libre competencia cuando, llegado el momento de adjudicar, no estén verificadas todas las condiciones del proponente y de la oferta previamente y, si es del caso, debidamente saneadas, todas las pruebas de los requisitos exigidos para contratar con el Estado, tanto las generales como las particulares de la respectiva convocatoria. Los oferentes que

participan en el proceso podrán ser requeridos por la entidad a través del representante autorizado para el efecto, para que alleguen los requisitos o documentos susceptibles de ser subsanados, dentro de un término razonable y proporcionado, teniendo como límite máximo un plazo expreso y determinado anterior a la adjudicación.

La posibilidad de subsanar prevista en la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, es una potestad reglada para las entidades estatales contratantes, que implica deberes de obligatorio cumplimiento para los proponentes. En otras palabras no es una facultad ilimitada de la Administración, sino que encuentra precisos límites legales, todo dentro del marco del deber de selección objetiva, y de los principios de economía, igualdad, libre concurrencia y transparencia, propios de la contratación estatal⁴.

Como puede verse, el hecho de haber sustituido la póliza como lo el proponente en su comunicación radicada el 24 de febrero de 2011, implica una adición, complementación y mejoramiento de la propuesta, lo cual está prohibido en el ejercicio de subsanación, a la luz de lo previsto en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008.

8. En consecuencia, desde esta perspectiva, existe otra causal adicional de rechazo de la propuesta presentada por RECAUDO SIT CARTAGENA, en tanto que la póliza presentada el 24 de febrero de 2011 no puede ser tenida en cuenta por la entidad, en la medida en que constituye un mejoramiento de la propuesta. De esta manera, la única póliza presentada es la otorgada a favor de entidades particulares, la cual, como lo expresamos, no puede ser admitida y, por lo mismo, no puede entenderse que el proponente presentó garantía de seriedad del ofrecimiento.

C. Solicitud

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se solicita el rechazo de la propuesta presentada por RECAUDO SIT CARTAGENA, ante la evidente configuración de diversas causales expresadas en el numeral 5.3 del pliego de condiciones de la licitación pública TC-LPN-005 de 2010, y ante la imposibilidad del proponente de presentar subsanación alguna sobre el particular.

II. OBSERVACIONES RESPECTO DE LA EVALUACIÓN A LA PROPUESTA DEL CONSORCIO COLCARD DE RECAUDO Y CONTROL DE FLOTAS DE TRANSPORTE PÚBLICO

A. En cuanto a la carta de presentación de la propuesta

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 20 de mayo de 2010, radicación 1.992, C.P. ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO.

1. En primer lugar, debe hacerse notar que la Proforma No. 1 exigía que se indicara expresamente el nombre del miembro del proponente plural, la actividad que desarrollaría, el porcentaje de participación y los datos de contacto. Los anteriores son requisitos sustanciales de la mencionada Proforma, pues permiten establecer cómo será la distribución del trabajo entre los miembros del proponente plural, y no simplemente hacen referencia a la responsabilidad de cada uno de los miembros.
2. Respecto de lo anterior, debe hacerse notar que en la Proforma No. 1 presentada por el CONSORCIO COLCARD no se discriminaron las actividades de cada uno de los miembros de dicha estructura plural, incumpliendo así con las exigencias de los anexos del pliego de condiciones.

B. En cuanto a la certificación de la experiencia en Operación de Sistemas de Recaudo

1. El numeral 4.3.1.2 del pliego de condiciones exige que se acredite "experiencia en operación de sistemas de recaudo", en los siguientes términos:

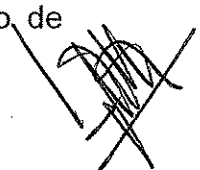
El proponente deberá acreditar mínimo una experiencia exitosa en operación de sistemas de recaudo en sistemas de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros en donde mínimo se realice 1.000.000 de validaciones para el pago de tarifa por la prestación del servicio al día, con tarjeta inteligente sin contacto.

La experiencia acreditada de esta operación debe ser un período continuo de mínimo 3 años.

A su vez, para comprender lo anterior, debe tenerse en cuenta la definición de "validación", señalada en numeral 1.5.27, así: "Es la operación que los usuarios realizan para acceder al sistema con su tarjeta inteligente sin contacto para el pago de su tarifa válida utilizando los respectivos validadores y por los cuales se habilita la entrada del usuario a la zona paga".

Como puede verse, la exigencia de la entidad en el pliego de condiciones es que la experiencia a acreditar sea en una clase específica de transacciones, como son "validaciones", en los términos explícitamente definidos en el pliego de condiciones.

2. Frente a lo anterior, debe hacerse notar que la certificación que aparece a folios 522 y siguientes de la propuesta del CONSORCIO COLCARD, con la cual se pretende acreditar la "experiencia en operación de sistemas de recaudo", en realidad, no certifica la experiencia solicitada por el pliego de condiciones.



En efecto, en el numeral 1 de la certificación que se analiza (folio 523), se lee expresamente lo siguiente: *“la cantidad de **transacciones** promedio diarias del sistema de transporte, con uso de tarjetas sin contrato: 1.455.000”*. Como puede verse, lo certificado y la experiencia aportada por el CONSORCIO COLCARD es exclusivamente en “transacciones” y no en “validaciones”, como lo exige el pliego de condiciones, de tal manera que la experiencia aportada no corresponde a lo exigido en el pliego.

Lo anterior es relevante en la medida en que, como se indicó, las “validaciones” son apenas una clase de “transacciones”, de tal manera que una certificación que hable genéricamente de “transacciones” no permite establecer el número de “validaciones” certificada y, por lo mismo, no permite establecer el cumplimiento de la experiencia solicitada en el pliego de condiciones.

3. En consecuencia, no puede tenerse como acreditada la experiencia del CONSORCIO COLCARD y su propuesta debe ser eliminada.

C. En cuanto al domicilio de los apoderados de las sociedades Smartmatic International Holding B.V. y Dataprom

1. El numeral 4.1.2.2.2.1, al referirse a los apoderados de las personas jurídicas extranjeras interesadas en participar en la licitación pública, expresa lo siguiente:

*Las personas jurídicas sin domicilio en Colombia deberán acreditar en el país **un apoderado domiciliado en Colombia**, debida y ampliamente facultado para presentar la propuesta, participar y comprometer a su representado en las diferentes instancias de la Licitación, suscribir los documentos y declaraciones que se requieran así como el Contrato de Concesión, suministrar que le sea solicitada, y demás actos necesario de acuerdo con el presente Pliego de Condiciones, así como para representarla judicial o extrajudicialmente.*

Esta regla del pliego de condiciones es coherente con lo expresado por la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-52645 de 23 de agosto de 2000 en el sentido de que *“una sociedad extranjera puede realizar actividades de carácter permanente u ocasional en el territorio nacional y de acuerdo con la modalidad que se proyecte variará la forma de conducirse [...] **tratándose de un negocio ocasional o transitorio, solo estarían obligadas a constituir Apoderados o representantes domiciliados en el país**”*.

2. En todo caso, debe tenerse en cuenta, respecto de la participación de sociedades extranjeras en licitaciones públicas, debe hacerse notar la Superintendencia de Sociedades ha concluido que no es necesario que las sociedades extranjeras constituyan sucursales en Colombia para la participación en licitaciones públicas. En este sentido, desde el oficio 04409 de 28 de marzo de 1978 ha dicho: *“Cuando una sociedad domiciliada en el*

extranjero se propone participar en una licitación abierta en territorio colombiano, de ninguna manera puede exigírsele que, como condición previa a la presentación de la oferta, haya cumplido los trámites correspondientes a la apertura de la sucursal” (reiterado en oficio 220-39105 de 7 de junio de 2000). Igualmente ha expresado la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-52645 de 23 de agosto de 2000:

En lo que hace al primer interrogante ha de precisarse, que la obligación de la apertura de la sucursal no se concreta ante la pretensión o expectativa que pueda tener una sociedad extranjera para acceder a un contrato mediante la participación en la licitación correspondiente, sino hasta tanto le sea adjudicado y haya intervenido en su celebración si el objeto del mismo se ubicara dentro de las actividades de carácter permanente, pues solo a partir de ese momento la sociedad extranjera asume las responsabilidades propias del contrato, por lo que resultaría desfasado obligar durante el proceso de licitación, a la apertura de una sucursal, como si la sola pretensión implicaras per se, una actividad de carácter permanente.

Sobre este aspecto ya se ha pronunciado el Despacho en varias oportunidades, entre ellas, mediante oficio TR. 15926 del 19 de agosto de 1.981, en punto a los actos de licitación, en los siguientes términos: ... esta actividad no se encuentra calificada de permanente en el artículo 474 ibídem, toda vez que solo significa una expectativa para la compañía hasta el momento en, que se adjudica la licitación, intervenga en la celebración de un contrato cuyo cumplimiento consista por, ejemplo, en la ejecución de una obra, lo que implicaría la determinación de desarrollar actividades permanentes en el país, como quiera que se encontraría en el supuesto del ordinal segundo de la comentada norma”.

3. De acuerdo con lo anterior, deben diferenciarse dos situaciones: (i) la sociedad extranjera que pretenda participar la presente licitación pública (sea directamente o miembro de una estructura plural) no debe haber constituido previamente una sucursal en Colombia, y (ii) para participar en la presente licitación pública, sí es necesario que la sociedad extranjera tenga constituido un apoderado o mandatorio en el país, quien no será obligatoriamente su empleado⁵, pero sí deberá tener domicilio en Colombia, de acuerdo con la regla prevista en el pliego de condiciones y lo interpretado por la Superintendencia de Sociedades.

Ahora bien, para comprender adecuadamente la segunda regla, debe tenerse en cuenta que el domicilio es, según el artículo 76 del Código Civil, “la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”. De esta manera, para participar dentro de la presente licitación pública, es necesario que la sociedad extranjera haya designado un apoderado o

⁵ Cfr. JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA. *Derecho mercantil colombiano*. Tipos de sociedad, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2002, pp. 440-441.

mandatario que tenga la residencia en Colombia, acompañada del ánimo de permanencia en este país.

4. Dentro de ese contexto, debe hacerse notar que las sociedades "Smartmatic International Holding B.V." y "Dataprom Equipamentos e Servicios de Informática Industrial Ltda" para participar en la presente licitación constituyeron el CONSORCIO COLCARD.

Al efecto, debe hacerse notar que de acuerdo con la documentación presentada junto con el documento de constitución del Consorcio, a la luz de la definición consagrada en el artículo 469 del Código de Comercio, se trata de sociedades extranjeras, toda vez que tienen su domicilio principal en Holanda y Brasil respectivamente.

En ese orden de ideas, para la participación en la presente licitación, debieron haber constituido cada una de ellas un apoderado o mandatario que tenga la residencia en Colombia, acompañada del ánimo de permanencia en este país, en cumplimiento de lo ordenado en la regla transcrita del pliego de condiciones.

5. Dentro de ese contexto, debe hacerse notar que a folio 204 y siguientes de la propuesta aparece el documento de conformación del CONSORCIO COLCARD, el cual es suscrito por los representantes las sociedades "Smartmatic International Holding B.V." y "Dataprom Equipamentos e Servicios de Informática Industrial Ltda". No obstante, debe hacerse notar que el representante de Smartmatic, según lo expresa el propio documento, tiene domicilio en la ciudad de Caracas (Venezuela), y el representante de Dataprom tiene domicilio en la ciudad de Curitiba (Brasil). Es decir, que se trata de representantes domiciliados por fuera del país, lo cual incumple claramente el numeral 4.1.2.2.1.
6. Finalmente, debe hacerse notar que como se trata de un requisito relacionado con la capacidad jurídica del proponente, se trata de un requisito que no es susceptible de ser subsanado. En efecto, el último inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 indica con claridad lo siguiente: *"En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso"* (Subrayas fuera de texto). Así, al ser el requisito habilitante analizado uno de carácter jurídico, no es posible admitir su subsanación, criterio que fue interpretado en el mismo sentido, en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado al declarar la validez de la frase subrayada⁶.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2011, expediente 36.408, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.



D. Solicitud

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se solicita el rechazo de la propuesta presentada por CONSORCIO COLCARD, ante el evidente incumplimiento de lo ordenado del pliego de condiciones de la licitación pública y ante la falta de acreditación de la experiencia exigida, así como de la capacidad jurídica.

III. OBSERVACIONES RESPECTO DE LA EVALUACIÓN A LA PROPUESTA DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S.

A. En relación con la vigencia de la sociedad Equipluss S.A.

1. En primer lugar, se advierte que a folios 70 a 75 de la propuesta se encuentra el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Equipluss S.A., miembro de la Promesa de Sociedad Futura Recaudo Cartagena S.A.S., donde consta con claridad que la fecha duración de la sociedad es hasta el 11 de febrero de 2030, mientras que el contrato de concesión duraría hasta el 7 de marzo de 2031, lo cual hace que la sociedad miembro de la promesa de sociedad futura no cumpla jurídicamente con las exigencias del pliego de condiciones.
2. Este aspecto fue advertido debidamente por el Comité Asesor Evaluador, en la medida en que la propuesta no cumple con lo establecido en el numeral 4.1.2.4.2 del pliego de condiciones, en concordancia con el numeral 4.1.2.2.1, disposiciones a partir de las cuales se concluye que cada una de las personas jurídicas miembros de las personas asociadas bajo promesa de sociedad futura deben tener una vigencia por el término de duración del contrato de concesión y un año más.

Así, si el contrato de concesión duraría hasta el 7 de marzo de 2031 según lo previsto en el pliego de condiciones, la duración de las sociedades debía ir, por lo menos, hasta el 7 de marzo de 2032, lo cual es además coherente con el artículo 6° de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, como Equipluss S.A. tiene una duración hasta el 11 de febrero de 2030, es evidente que dicha sociedad no cumple con las exigencias del pliego de condiciones en cuanto a la duración de las sociedades y, por lo mismo, la propuesta debe ser rechazada de acuerdo con el punto (x) del numeral 5.3 del pliego de condiciones.

3. Al respecto, debe señalarse que más allá de ser una prescripción expresa del pliego de condiciones, al remitir que los miembros de promesas de sociedad futura deben cumplir con las indicaciones de las personas jurídicas⁷, este

⁷ "Cada uno de los requisitos relacionados con la existencia, representación y capacidad jurídica de cada uno de los miembros del Proponente Plural, deberán acreditarse conforme se indica en el

mandato es una verdadera garantía para Transcribe S.A., en la medida en que ninguno de los miembros de la sociedad acabe por disolverse y liquidarse previo a la terminación del contrato de concesión y, por un lado, no responda por las obligaciones del contrato, y, por el otro, conmine a que aquellos que fueron seleccionados en el procedimiento de selección sean quienes efectivamente ejecuten el contrato de concesión. Lo anterior es de suma importancia en la medida en que el contrato estatal es *intuitu personae* en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

4. Por último, debe recordarse que la propuesta que no cumple con los requisitos habilitantes de carácter jurídico previstos en el pliego de condiciones, específicamente la capacidad para contratar, no es subsanable en dichos aspectos, al tenor de lo establecido en el inciso final del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, y según lo ha concluido la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁸.

B. En relación con el certificado de pago de aportes a la seguridad social de Ávila Limitada

1. En lo que se refiere al certificado de pago de los aportes de la seguridad social de la empresa Ávila Limitada, miembro de la Promesa de Sociedad Futura en mención, se advierte que el documento que se encuentra en la propuesta está suscrito por la señora Maritza Ceballos Sierra, a título de revisora fiscal de la sociedad, que tiene fecha de 2 de febrero de 2011, mientras que a la fecha de la expedición del certificado de existencia y representación legal, esto es el 14 de enero de 2011, hacía las veces de revisor fiscal la señora Mirle Irina Curiel Correa.

Lo anterior, se encuentra en evidente discordancia con lo establecido en el numeral 4.1.3 del pliego de condiciones, tal como fue advertido por el Comité Asesor Evaluador, en el informe de evaluación jurídico y constituye un requisito imposible de ser subsanado.

2. La apreciación del Comité Asesor Evaluador en este sentido es acertada en la medida en que el nombramiento del revisor fiscal sólo es oponible a terceros a partir de la publicidad que se realiza del mismo en el certificado de existencia y representación legal, lo cual ocurre al realizar la inscripción en el registro mercantil, que es de carácter obligatorio en los términos del artículo 26 del Código de Comercio. En otras palabras, mientras el nombramiento como revisor fiscal de Maritza Ceballos Sierra no sea inscrito en el registro mercantil,

numeral 4.1.2.1. del presente Pliego de Condiciones si el socio es una persona natural; y si es una persona jurídica, deberán acreditarse conforme se indica en el Numeral 4.1.2.2. del presente Pliego de Condiciones”.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2011, expediente 36.408, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

el mismo no es oponible a terceros y, por lo mismo, no es oponible a Transcaribe S.A..

3. En ese sentido, al ser oponible para terceros únicamente el nombramiento de la revisoría fiscal de la señor Mirle Irina Curiel Correa, el documento certificado por la señora Maritza Ceballos Sierra, no sólo no da fe pública del pago de los aportes a la seguridad social y parafiscales, sino que incurre en la grave causal de rechazo que se encuentra el numeral 5.3, punto (v), que indica: *"Cuando se compruebe que se ha allegado información o documentos con la propuesta que contengan datos no veraces, tergiversados, alterados o tendientes a inducir a error a TRANSCARIBE S.A."*.

En concordancia con lo anterior, por tratarse del incumplimiento de un requisito de carácter jurídico, además la propuesta debe ser rechazada de acuerdo con el punto (x) del numeral 5.3 del pliego de condiciones.

4. En ese sentido, este proponente presentó una propuesta en la cual uno de los documentos allegados no era veraz, o por lo menos no puede establecerse su veracidad, con pleno conocimiento de esta situación, razón por la cual la oferta debe ser rechazada.
5. De otra parte, al advertir que este documento hace parte de los requisitos habilitantes jurídicos establecidos en el pliego de condiciones, tal aspecto no podría subsanarse en la medida en que el último inciso del artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, indica con claridad lo siguiente: *"En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso"* (Subrayas fuera de texto). Al ser este requisito habilitante de carácter jurídico, no es posible admitir su subsanación, criterio que fue interpretado en el mismo sentido, en reciente jurisprudencia del Consejo de Estado al declarar la validez de la frase subrayada⁹.

C. En relación con la capacidad financiera del proponente

1. En cuanto a la forma de acreditar la capacidad financiera, específicamente en lo referente a la capacidad financiera en función del Capital de Trabajo, en el cuarto párrafo del numeral 4.2.1.2.1 del pliego de condiciones se dispone lo siguiente: *"En el caso de proponentes plurales, el capital de trabajo se obtendrá de la sumatoria de los activos corrientes menos la suma de los pasivos corrientes de cada uno de los miembros del proponente plural, que acrediten una participación mínima de un diez por ciento (10%) en la composición del proponente plural"*.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2011, expediente 36.408, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

2. En el caso de la Promesa de Sociedad Futura Recaudo Cartagena S.A.S., de acuerdo con la carta de presentación de la propuesta, la sociedad Korea Smart Card Co, Ltda tiene un porcentaje de participación del veinte por ciento (20%), por lo cual, debía acreditar el requisito enunciado en el párrafo del pliego de condiciones transcrito.

No obstante, en la evaluación financiera elaborada por Transcribe S.A., en la página 5 se advierte que el capital de trabajo de Korea Smart Card Co, Ltda no fue tenido en cuenta en la evaluación, contrario a lo ordenado en el pliego de condiciones.

3. De esta manera, para dar estricto cumplimiento a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, como es deber de la entidad de acuerdo con lo que tiene sentado la jurisprudencia del Consejo de Estado como criterios para la evaluación de las propuestas dentro de una licitación pública, en el caso concreto, para elaborar correctamente la evaluación financiera debe incluirse a la sociedad Korea Smart Card Co, Ltda
4. Ahora bien, al incluirla y evaluar dicha capacidad, el proponente Promesa de Sociedad Futura Recaudo Cartagena S.A.S. no cumple con el requerimiento de capital de trabajo y, por lo mismo, no supera la evaluación financiera. Al respecto, debe tenerse en cuenta que este requisito no es subsanable, pues para el efecto deberían sustituirse los documentos presentados con unos con información diferente, lo cual implicaría una modificación o mejora de la propuesta, lo cual se encuentra prohibido a la luz de lo previsto en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia transcrita atrás.

D. Solicitud

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se solicita el rechazo de la propuesta presentada por la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO CARTAGENA S.A.S., ante el evidente incumplimiento de lo ordenado del pliego de condiciones de la licitación pública y ante la falta de acreditación de la capacidad jurídica y la capacidad financiera.

IV. OBSERVACIONES RESPECTO DE LA EVALUACIÓN A LA PROPUESTA DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S.

A. En cuanto a la certificación de la experiencia en Operación de Sistemas de Recaudo

1. El numeral 4.3.1.2 del pliego de condiciones exige que se acredite "experiencia en operación de sistemas de recaudo", en los siguientes términos:



El proponente deberá acreditar mínimo una experiencia exitosa en operación de sistemas de recaudo en sistemas de transporte público colectivo y/o masivo urbano de pasajeros en donde mínimo se realice 1.000.000 de validaciones para el pago de tarifa por la prestación del servicio al día, con tarjeta inteligente sin contacto.

La experiencia acreditada de esta operación debe ser un período continuo de mínimo 3 años.

A su vez, para comprender lo anterior, debe tenerse en cuenta la definición de "validación", señalada en numeral 1.5.27, así: *"Es la operación que los usuarios realizan para acceder al sistema con su tarjeta inteligente sin contacto para el pago de su tarifa válida utilizando los respectivos validadores y por los cuales se habilita la entrada del usuario a la zona paga".*

Como puede verse, la exigencia de la entidad en el pliego de condiciones es que la experiencia a acreditar sea en una clase específica de transacciones, como son "validaciones", en los términos explícitamente definidos en el pliego de condiciones.

2. Frente a lo anterior, debe hacerse notar que la certificación que aparece a folios 692 y siguientes de la propuesta del PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S., con la cual se pretende acreditar la "experiencia en operación de sistemas de recaudo", en realidad, no certifica la experiencia solicitada por el pliego de condiciones.

En efecto, en la certificación que se analiza (específicamente a folio 694), expresamente se deja constancia del "promedio diario de **transacciones**" en el contrato es de "4.500.000 (cuatro millones, quinientas mil)". Como puede verse, lo certificado y la experiencia aportada por la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S. es exclusivamente en "transacciones" y no en "validaciones", como lo exige el pliego de condiciones, de tal manera que la experiencia aportada no corresponde a lo exigido en el pliego.

Lo anterior es relevante en la medida en que, como se indicó, las "validaciones" son apenas una clase de "transacciones", de tal manera que una certificación que hable genéricamente de "transacciones" no permite establecer el número de "validaciones" certificada y, por lo mismo, no permite establecer el cumplimiento de la experiencia solicitada en el pliego de condiciones.

3. En consecuencia, no puede tenerse como acreditada la experiencia de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S. y su propuesta debe ser eliminada.

B. Solicitud

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, se solicita el rechazo de la propuesta presentada por la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y CONTROL DEL CARIBE S.A.S., ante el evidente incumplimiento de lo ordenado del pliego de condiciones de la licitación pública y ante la falta de acreditación de la experiencia exigida.

V. OBSERVACIONES RESPECTO DE LA EVALUACIÓN A LA PROPUESTA DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO Y TECNOLOGÍA –RETEC S.A.S.

1. Con fecha 2 de marzo de 2011, el suscrito representante legal de la Promesa de Sociedad Futura Recaudo y Tecnología –RETEC S.A.S. entregó a Transcaribe S.A. los documentos relacionados con la acreditación de la capacidad financiera del proponente, particularmente los documentos financieros de la sociedad Casamotor S.A. requeridos por los miembros del Comité Evaluador.

Con los anteriores documentos se dio pleno cumplimiento a lo exigido en los pliegos de condiciones en relación con la capacidad financiera de la sociedad Casamotor S.A., socio de la Promesa de Sociedad Futura Recaudo y Tecnología – RETEC S.A.S. En consecuencia, se solicita que el mencionado proponente sea habilitado por cumplir con todos y cada uno de los requisitos habilitantes o factores de elegibilidad.

2. Ahora bien, teniendo en cuenta esa habilitación al proponente que el suscrito representa y el contenido de la propuesta presentada, respetuosamente solicito calificar los requisitos ponderables o que otorgan puntaje a la propuesta de la Promesa de Sociedad Futura Recaudo y Tecnología – RETEC S.A.S.

A su vez, debe tenerse en cuenta que al calificar la propuesta de la mencionada Promesa de Sociedad Futura, la consecuencia necesaria es la variación del orden de elegibilidad en el sentido de que el proponente que represento debe estar en el primer lugar del mismo y tiene derecho a la adjudicación dentro de la presente licitación pública por ser la oferta más favorable a los intereses de Transcaribe S.A..

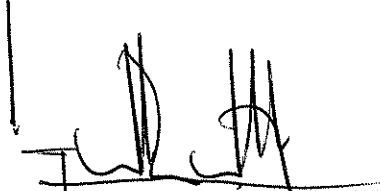
VI. ANEXOS

1. Otrosí No. 4 de 12 de abril de 2010 suscrito entre Transmetro S.A. y Recaudos SIT Barranquilla S.A.
2. Otrosí No. 7 de 23 de julio de 2010 suscrito entre Transmetro S.A. y Recaudos SIT Barranquilla S.A.



3. Oficio 1020-0234 de 1º de febrero de 2011, suscrito por el Gerente de Transmetro S.A.

Respetuosamente,



IGNACIO RINCÓN HERRERA

C.C. No. 12.114.845 de Neiva

Representante Legal

Promesa de Sociedad Futura Recaudo y Tecnología RETEC S.A.S.

