



GG-0021-11
Bogotá D.C., 12 de enero de 2011

Señores
TRANSCARIBE S.A.
Crespo. Carrera 5ª No. 66-91. Edificio Eliana
Correo Electrónico: licitacionrecaudo@transcaribe.gov.co
Cartagena

Referencia: Solicitud Proceso Licitatorio TC-LPN- 005- de 2.010

Respetados señores:

De manera atenta, y en busca de la eficacia del principio de legalidad que debe regir a todos los procesos licitatorios, planteamos dentro del término previsto en el pliego de condiciones de la licitación de la referencia, las observaciones que consideramos de singular importancia, en tanto que son fundamentales en cualquier proceso de esta envergadura.

En primer término, debemos llamar la atención sobre algunas definiciones contenidas en el pliego de condiciones de la presente licitación, las cuales no son lo suficientemente claras, y vemos que son esenciales, toda vez que se encuentran relacionadas directamente con los factores técnicos de experiencia del proponente, y por ende de los requisitos habilitantes.

Veamos:

Nos referimos concretamente a las definiciones de "soluciones exitosas" y "experiencia exitosa", las cuales fueron definidas por esa Entidad en los siguientes términos:

"1.5.19 Experiencia exitosa: Entendiéndose por experiencia exitosa la ejecución de contratos debidamente ejecutados y recibidos a satisfacción del 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"

Tal como se entiende de la literalidad de lo transcrito anteriormente, se debe entender que si un interesado pretende acreditar en el presente proceso licitatorio, como experiencia técnica un contrato en el cual le fue impuesta una multa por el contratante, está impedido o inhabilitado para participar, por la simple liberalidad de TRANSCARIBE S.A. como Ente licitante?

ANGELCOM S.A.
NIT. 860.062.719-2

TRANSVERSAL 22 No 19 - 19 • PBX: 5603880 • FAX: 3710282 • BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA
www.angelcom.com.co

Por otro lado, dentro del pliego de condiciones se define en el numeral 1.5.72 las *soluciones exitosas*, de la siguiente manera:

“Es aquella solución que cumplió con el objeto contractual, dicha solución debe estar acompañada de una certificación de experiencia expedida por la entidad contratante en la que conste que efectivamente el contratista cumplió o está cumpliendo con el objeto contractual”

En esta definición es claro que esa Entidad tendrá como válidas las experiencias que hayan cumplido con el objeto contractual, sin relación alguna con multas y/o sanciones y/o efectividad de pólizas.

Por tanto, no es claro que TRANSCARIBE S.A., por un lado haga referencia a “solución exitosa”, y por otro, a “experiencia exitosa”, lo cual llama a confusión.

Ocupémonos ahora, del numeral 4.3 del pliego de condiciones donde se establecen los requisitos técnicos o factores técnicos de experiencia del proponente, experiencias habilitantes que se relacionan con las definiciones citadas en precedencia.

Es así como, las experiencias técnicas se solicitan por esa Entidad de la siguiente manera:

*“4.3.1.1. El proponente debe acreditar haber diseñado, implementado y puesto en operación como mínimos una **solución exitosa** en sistemas de recaudo que (...).” (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“4.3.1.2. El proponente debe acreditar mínimo una **experiencia exitosa** en operación de sistemas de recaudo en (...).” (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“4.3.1.3. El proponente debe acreditar mínimo dos (2) **experiencias exitosas** en donde haya diseñado e implementado (...).” (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“4.3.1.4. El proponente debe acreditar mínimo una (1) **experiencia exitosa** donde haya integrado como mínimo (...).” (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“4.3.1.5. El proponente debe acreditar mínimo una (1) **experiencia exitosa** donde haya diseñado e implementado un centro de control (...).” (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“4.3.1.6. El proponente debe acreditar mínimo dos (2) **experiencias exitosas** en donde se tenga en operación(...).” (subraya y negrilla fuera de texto)*

No entendemos, cual es la justificación técnica y legal para que de las seis (6) experiencias solicitadas, tan solo una (1) sea aceptada bajo el concepto de “**SOLUCIÓN EXITOSA**”, es decir, para esa Entidad es válida la experiencia en implementación de

ANGELCOM S.A.
NIT. 860.062.719-2

TRANSVERSAL 22 No 19 - 19 • PBX: 5603880 • FAX: 3710282 • BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA
www.angelcom.com.co



sistemas de recaudo sin tener en cuenta la imposición de multas y/o sanciones y/o efectividad de pólizas al contratista.

No encontramos justificación técnica o legal para exigir en una experiencia solo el cumplimiento del contrato y en las restantes se exija que no se hayan causado e impuesto multas y/o sanciones y/o efectividad de pólizas. Es necesario para los interesados conocer cual es la razón de esta diferencia conceptual que no le encontramos ninguna explicación justificada.

De otra parte, la definición de “*experiencia exitosa*” es abiertamente contraria con el ordenamiento legal, al respecto debemos señalar:

La naturaleza de las multas, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, es de carácter conminatorio, es decir busca persuadir al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, de ninguna manera se le ha atribuido legalmente carácter sancionatorio.

La ley es clara al asignarle a la multa una función preventiva, consistente en conminar al contratista para que cumpla con sus obligaciones, y de esta manera hacer que el contrato en efecto tenga su curso normal y se ejecute exitosamente. De ninguna manera, la ley le da un alcance mayor de aquel previsto por el legislador, y por tanto, esa Entidad no puede arrogarse atribuciones que la Ley no le otorga, por el hecho de confeccionar los pliegos de condiciones, máxime cuando el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 es clara en establecer que “*las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales*”. Insistimos entonces, las autoridades no podrán pedir más requisitos ni formalidades mayores de los previstos en las leyes.

Si el legislador ha determinado una naturaleza conminatoria a la multa no entendemos como TRANSCARIBE S.A. ha dado a las multas un carácter **inhabilitante**, es decir, si se impuso una multa a un contratista dentro de la ejecución de un contrato determinado, por disposición de esa Entidad pública, el mismo, se encuentra inhabilitado para participar en el presente proceso licitatorio. Es claro entonces que el interesado en proponer que en calidad de contratista haya sido multado, se encuentra inhabilitado por disposición de TRANSCARIBE S.A. para participar en el proceso TC-LPN-005 de 2010, toda vez que la experiencia adquirida no podría ajustarse a la definición de “*experiencia exitosa*” requerida como criterio habilitante en los numerales 4.3.1.2, 4.3.1.3, 4.3.1.4, 4.3.1.5 y 4.3.1.6 del pliego de condiciones.

Insistimos, la imposición de multas no genera inhabilidad para participar en convocatorias públicas por disposición legal, y contrariando la teleología de las normas, TRANSCARIBE S.A. ha creado una nueva causal de inhabilidad, inconveniente de cara al principio de legalidad.

Recabamos pues a esa Entidad que los pliegos de condiciones no deben ir en contravía de la ley, como en este caso ha sucedido.

ANGELCOM S.A.

NIT. 860.062.719-2

TRANSVERSAL 22 No 19 - 19 • PBX: 5603880 • FAX: 3710282 • BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

www.angelcom.com.co

Es necesario poner de presente que dentro de las observaciones formuladas por la Procuraduría General de la Nación al señor gerente de TRANSCARIBE S.A., con ocasión de uno de los procesos licitatorios precedentes cuyo objeto era idéntico al que nos ocupa, y toda vez que se estableció como causal de rechazo de la propuesta la imposición de multas al contratista, mediante oficio radicado número 202118-10 recibida por esa Entidad el 04 de octubre de 2010, la Procuradora Delegada recomendó:

“Se aconseja revisar estas estipulaciones del pliego teniendo en cuenta que la imposición de multas no genera inhabilidad alguna para participar en una convocatoria pública”.

“Si bien las entidades pueden tener en cuenta el número de multas impuestas a un particular por otras instituciones públicas dentro de una relación contractual, como indicador de cumplimiento del proponente (estableciendo descuentos), no puede convertir este hecho en una especie de inhabilidad para la participación en una convocatoria contractual”.

Como respuesta a esta recomendación, por demás ajustada a derecho, TRANSCARIBE S.A. a través de oficio TC-DJ-07-01-1287-2010 indicó que:

“procederemos a acoger la recomendación eliminando la disposición relativa a las multas como causal de rechazo”.

No es claro entonces como esa Entidad responde a la Procuraduría diciendo acoger la recomendación; efectivamente elimina como causal de rechazo la imposición de multas al oferente, pero ahora, dentro de las exigencias para poder acreditar la experiencia técnica habilitante dentro del proceso, se encuentra la circunstancia de no haber sido sujeto de multas o efectividad de la póliza?

Es decir, la imposición de multas o la efectividad de pólizas NO PERMITE la participación de un oferente en este proceso, es decir claramente se traduce en una INHABILIDAD, en todo caso, sigue constituyendo una causal de rechazo.

Al efecto es de precisar que tanto las inhabilidades como las incompatibilidades para contratar, en tanto constituyen restricciones al ejercicio de la capacidad legal para contratar y al derecho a celebrar contratos con las entidades públicas como una faceta de la libertad de empresa, deben estar expresamente y taxativamente en la Constitución y la ley.

Lo anterior se encuentra reiterado por el concepto de octubre 30 de 1996, radicación No. 925, emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en el cual se puntualizó:

“Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresas y taxativamente consagradas en la Constitución y la Ley y son de aplicación e

ANGELCOM S.A.

NIT. 860.062.719-2

TRANSVERSAL 22 No 19 - 19 • PBX: 5603880 • FAX: 3710282 • BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

www.angelcom.com.co

interpretación restrictiva. Este principio tiene fundamento en el artículo 6° de la Constitución según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente está atribuido por el ordenamiento jurídico: los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C- 415 de 1994, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra los literales g) y h) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, ratificó el carácter taxativo y restrictivo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, al señalar:

"9. Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503 ; Ley 80 de 1993, art.6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 30 de 1993, art. 44).

El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general insito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado." ¹

Nos encontramos frente a un pliego de condiciones que no se ajusta al literal b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, principio de transparencia, donde se indica que se deben definir "reglas objetivas, justas, claras, y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole..."

El pliego de condiciones diseñado por TRANSCARIBE S.A. ha ido mas allá del conjunto de disposiciones que conforman el estatuto de contratación pública, al extremo de ir en contra de la misma, creando inhabilidades y sanciones no consagradas en el estatuto general de la contratación y normas reglamentarias, el pliego debe sujetarse a la ley, pero de ninguna manera ir en contra vía de ella.

Las Entidades públicas deben ser consistentes en sus afirmaciones y acoger de manera transparente las recomendaciones de los entes de control, situación que lamentablemente no se ve reflejado en este caso específico.

¹ Comisión Nacional de Televisión. Concepto 44 de 2010. Radicado 20103130014383.

Angelcom



No nos enfrentamos solo a unas definiciones ilegales, sino que las mismas se encuentran directamente relacionadas con las experiencias técnicas solicitadas que constituyen parte esencial, trascendental y fundamental del proceso de contratación al cual nos ocupamos-

Así las cosas, solicitamos que estos hechos de tan relevante importancia sean motivo suficiente para que esa Entidad proceda a la revocatoria del proceso licitatorio, dando así cumplimiento irrestricto -a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 5 del Decreto 2474 de 2008, conforme al cual, en caso que ocurra o se presente durante el desarrollo del proceso de selección alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 69 del C.C.A., la Entidad revocará el acto administrativo que ordeno la apertura del proceso de selección, en este caso nos encontramos ante una manifiesta oposición del contenido del pliego de condiciones a la Constitución Política y a la ley.

Cordialmente,

RICARDO ANGEL OSPINA
Representante Legal

Copia: Doctora María Eugenia Carreño Gómez - Procuradora Delegada Para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública.

ANGELCOM S.A.

NIT. 860.082.719-2

TRANSVERSAL 22 No 19 - 19 • PBX: 5603880 • FAX: 3710282 • BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

www.angelcom.com.co