



SALIDA Nro.: 133867 Fecha: 29-09-2010 COL
ENRIQUE CHARTUNI GONZALEZ
COMPANIAS
CARRERA 5 NRO.66-91 EDF.ELIANA-TRANSCARIBE
BTL TVAR CARTAGENA

Bogotá, D. C. RESERVADO

RADICADO No. 202118-10
Favor citar este número para
Cualquier referencia

Doctor
ENRIQUE CHARTUNI
Gerente
TRANSCARIBE S. A.
Carrera 5 No. 66-91 Edif. Eliana
Barrio Crespo
Cartagena

TRANSCARIBE S.A.
NIT. 806.014.488-5
Rad. Int. " 4193

04 OCT 2010

Fecha y Hora 09:57 a.m.
Folios 411 Anexos 00
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACION

ASUNTO: Vigilancia con fines preventivos y de control de gestión sobre el proceso licitatorio TC-LPN-002-2010

Respetado Doctor Chartuni:

En el marco de la actuación preventiva integral iniciada por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, y una vez examinados los documentos publicados por esa entidad en el SECOP, respecto del Proceso Licitatorio de la referencia, procedemos a realizar las siguientes observaciones:

1. FRENTE A LOS DOCUMENTOS PUBLICADOS EN EL SECOP

Establece el artículo 8° del Decreto 2474 de 2008:

"Publicidad del procedimiento en el SECOP. La entidad contratante será responsable de garantizar la publicidad de todos los procedimientos y actos asociados a los procesos de contratación salvo los asuntos expresamente sometidos a reserva."

Verificados los documentos del SECOP, se observa que no ha sido publicado el aviso de prensa correspondiente al día 16 de septiembre, según lo establece el Cronograma del Pliego de Condiciones. Por lo expuesto, se solicita proceder a su publicación en los términos de ley.

2. FRENTE AL CRONOGRAMA DEL PROCESO LICITATORIO

Establece el numeral tercero del artículo 30 de la ley 80 de 1993:

"Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de licitación o concurso se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días"



calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión”

Verificado el Cronograma del Pliego de Condiciones Definitivo, encontramos que se han señalado las siguientes fechas:

Publicación avisos de prensa: Septiembre 16 de 2010. Diario la República
Inicio del Plazo para la recepción de ofertas: Septiembre 20 de 2010

Es decir, no transcurrieron diez (10) días calendario entre la publicación del aviso de prensa y el inicio del plazo de la licitación, bajo la definición contemplada en el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

3. EN EL NUMERAL 1.13.2 DEL PLIEGO DE CONDICIONES, INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS, se establece que derivado del incumplimiento de los compromisos contenidos en la Proforma 2 se podrá dar por terminado el contrato de forma anticipada por parte de la administración.

Se recomienda verificar esta estipulación teniendo en cuenta el contenido del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, que define de forma **taxativa** las causales de terminación unilateral de los contratos estatales, en los siguientes términos:

“De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. (...)”

4. FRENTE AL NUMERAL 2.11 DEL PLIEGO DE CONDICIONES:

2



Frente al contenido de este numeral se aconseja desagregar los requisitos de perfeccionamiento, los de ejecución y los de legalización del contrato, con el fin de clarificar a partir de qué momento podrá iniciarse la ejecución de lo pactado y las consecuencias del incumplimiento de cada una de estas exigencias.

Se debe precisar que cuando no se cumplen los requisitos de ejecución del contrato, se puede hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, mientras que cuando se presenta una falencia dentro de los requisitos de legalización existe un incumplimiento contractual que se encuentra amparado en la garantía única constituida y aprobada en los términos de ley.

Sobre el particular se recuerda que los contratos estatales se perfeccionan con la firma de las partes, así lo ha precisado la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera del Consejo de Estado en la sentencia de 28 de septiembre de 2006, Consejero Ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, radicación No. 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307), cuyo contenido se aconseja revisar.

5. Frente al NUMERAL 3.1, DEFINICIÓN.

No entiende este despacho porqué los formatos anexos deben ser suscritos por el representante legal, apoderado o representante de la persona conjunta o por la persona natural, por el contador o revisor fiscal o auditor.

Se solicita informar la justificación jurídica de tal determinación. Esta exigencia convierte la firma de tales documentos en requisitos habilitantes, cuando lo que realmente debe verificar la entidad contratante es la información que se reporta en los mismos.

Se debe recordar que la oferta es **única**, pese a que se encuentra conformada por la documentación que expresa la voluntad del oferente y por los documentos que acreditan el cumplimiento de las exigencias establecidas en el pliego de condiciones, y que cuando se presenta o radica en las condiciones dispuestas por la entidad convocante, se hace manifiesta la intención de participación y la vocación del interesado de ser adjudicatario de un proceso de selección contractual.

La presentación de la oferta en la fecha, hora y lugar previsto en el pliego de condiciones, es la prueba contundente de la voluntad del interesado, que se convierte, por este hecho, en oferente de la convocatoria, salvo que se produzca el retiro de la oferta antes de la apertura de la misma en la diligencia programada.

Por lo anterior, se sugiere verificar la pertinencia de mantener esta estipulación, así como la de preservar lo señalado en el numeral x) de las causales de rechazo de las ofertas.



6. El numeral 3.4.1, **AMPLIACIÓN DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA**, dispone que no será objeto de aclaración o complementación la información de la oferta o de los requisitos ponderables.

En lo atinente a las condiciones del oferente y de la oferta, que pueden ser subsanadas, se sugiere examinar el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 20 de mayo de 2010, radicación No. 1.992 (11001-03-06-000-2010-00034- 00).

De la providencia se destacan los siguientes fragmentos:

“5.2. Lo que puede ser requerido es la prueba de las condiciones o elementos de la oferta.

Lo expuesto en el punto anterior, significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta.

Ello es plenamente concordante con las normas en estudio, ya que no de otra forma puede entenderse la posibilidad de subsanar requisitos o falta de documentos que i) verifiquen las condiciones del proponente (requisitos habilitantes), o ii) soporten el contenido de la oferta.”
(Subrayado fuera del texto)

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 concurrencia 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 estatal.” (Subrayado fuera del texto)

6. Se solicita verificar el literal b) del numeral 4.1.1, **DESCRIPCIÓN DE LA APTITUD LEGAL DEL PROPONENTE**, toda vez que se exige que el objeto social del proponente establezca la capacidad jurídica del mismo para celebrar y ejecutar el contrato de concesión y no se comprende el alcance de este requerimiento.

7. El numeral 4.1.2.2.1., **PERSONAS JURÍDICAS NACIONALES DE NATURALEZA PÚBLICA O PRIVADA**, determina que la duración de las personas jurídicas deberá ser igual al plazo de ejecución del contrato y tres (3) años más. Se solicita informar los fundamentos jurídicos de tal estipulación, atendiendo lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 80 de 1993.¹

Así mismo, se solicita precisar el soporte de la exigencia de que estos interesados tengan un término de constitución superior a los 6 meses, anteriores a la fecha de cierre de la convocatoria. Esta observación aplica también para las disposiciones similares contenidas en los numerales 4.1.2.2. y 4.1.2.3.

8. **FRENTE AL NUMERAL 4.1.3, APORTES PARAFISCALES**, se aconseja fijar los términos en los que deberán acreditar los proponentes extranjeros esta condición.

9. Se recomienda establecer el monto y vigencia de los diferentes amparos de la garantía única de cumplimiento que deberá constituir el contratista, toda vez que en el **numeral 4.1.4.6** no de determinan estos aspectos, que resultan fundamentales para la contratación y para la elaboración de ofertas.

10. **FRENTE A LOS REQUISITOS PONDERABLES DE LAS OFERTAS**

El numeral 3º del artículo 12 del Decreto 2474 de 2008 establece: **“Ofrecimiento más favorable a la entidad. El ofrecimiento más favorable para la entidad, a que se refiere el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera:**

¹ Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.



(...)

En los procesos de selección por licitación, de selección abreviada para la contratación de menor cuantía, y para los demás que se realicen aplicando este último procedimiento, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el Pliego de Condiciones.”

El Pliego de Condiciones Definitivo estableció dos criterios ponderables:

Estímulo a la Industria Nacional	100 puntos
Propuesta Económica	400 puntos

Se observa entonces, que no consideró la entidad, al momento de estructurar el Pliego de Condiciones, la obligatoriedad establecida en la aludida disposición, de incorporar dentro de los criterios de selección el factor de calidad.

11. FRENTE AL NUMERAL 5.3 CAUSALES DE RECHAZO Y AL NUMERAL 4.6.2 ACREDITACIÓN DE LA PROPUESTA ECONOMICA.

Transcribe incluyó en el numeral 5.3 del Pliego de Condiciones, Causales de Rechazo, la siguiente disposición:

En general, las propuestas serán rechazadas cuando por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos:

(...)

(ii) Cuando la propuesta económica del proponente, no es consistente con su propuesta técnica. Artículo 71, Decreto 2474 de 2008.

(iii) Cuando la oferta supera o esté por debajo de los rangos establecidos en el numeral 4.6.2 de los pliegos de condiciones.

Al respecto, este Ente de Control debe observar que lo dispuesto en el *Artículo 71, del Decreto 2474 de 2008*, corresponde a la Sección IV, Proceso de Selección, del Capítulo III Del Concurso de Méritos, del citado Decreto, razón por la cual resulta inaplicable al **proceso licitatorio** objeto de ésta actuación.



En lo atinente al ítem iii) se precisa que el parágrafo del artículo 13 del TITULO I, DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN, del Decreto 2474 de 2008 dispone:

“Oferta con valor artificialmente bajo. Cuando de conformidad con la información a su alcance la entidad estime que el valor de una oferta resulta artificialmente bajo, requerirá al oferente para que explique las razones que sustenten el valor por él ofertado. Oídas las explicaciones, el comité asesor de que trata el parágrafo 2° del artículo anterior, recomendará el rechazo o la continuidad de la oferta en el proceso, explicando sus razones.

Procederá la recomendación de continuidad de la oferta en el proceso de selección, cuando el valor de la misma responde a circunstancias objetivas del proponente y su oferta, que no ponen en riesgo el proceso, ni el cumplimiento de las obligaciones contractuales en caso de que se adjudique el contrato a dicho proponente.

Parágrafo. *En una subasta inversa para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, sólo será aplicable por la entidad lo previsto en el presente artículo, respecto del precio final obtenido al término de la misma. En caso de que se rechace la oferta, la entidad podrá optar de manera motivada por adjudicar el contrato a quien haya ofertado el segundo mejor precio o por declarar desierto el proceso. En ningún caso se determinarán precios artificialmente bajos a través de mecanismos electrónicos o automáticos” (subrayado fuera del texto).*

La norma reproducida, instituye el deber a cargo de la entidad pública contratante de requerir al oferente - calidad del sujeto que implica que ya se llevo a cabo la diligencia de cierre de la convocatoria y éste presentó una propuesta - para que explique los fundamentos de los precios ofrecidos.

Así mismo, la norma determina de forma específica que el COMITÉ ASESOR, encargado de verificar y evaluar las ofertas, es el competente para analizar las explicaciones entregadas por el proponente frente a la solicitud de la entidad y de emitir un concepto al respecto, en el que incluya la recomendación respectiva al ordenador del gasto o Junta de Licitaciones.

De lo expuesto se concluye que las entidades públicas exceden las facultades que les ha otorgado la Ley al fijar, de forma previa y específica, dentro del pliego de condiciones o documentos previos, lo que se consideran precios artificialmente bajos.

No quiere decir lo anterior que las entidades públicas, en la elaboración del correspondiente estudio previo de mercado, no puedan determinar a partir de qué precios se efectuará la verificación de razonabilidad de los mismos, en otras palabras, en qué momento los precios ofrecidos no resultan ajustados al análisis de mercado efectuado previamente y entonces debe



darse aplicación al procedimiento previsto en el artículo 13 del Decreto 2474 de 2008 y agotar con ello el debido proceso.

En consecuencia, se recomienda examinar esta estipulación y lo definido en el numeral 4.6.2. del pliego de condiciones.

12. FRENTE AL NUMERAL 4.4 MULTAS Y SANCIONES

Establece el Pliego de Condiciones en el numeral 4.4:

4.4. Multas y Sanciones: Para que la propuesta sea considerada que CUMPLE, es necesario que el proponente declare a través de la Proforma No. 8, que ni él ni los miembros del proponente plural han sido objeto de multas o sanciones a través de acto administrativo ejecutoriado, en aplicación de las disposiciones contenidas en la ley 1150 de 2007, artículo 17 y demás normas que la regulen.

De igual forma, establece el numeral 5.3 *Rechazo de la Propuesta*

(...)

Vii) Cuando el proponente habiendo sido sancionado o multado no informa a Transcaribe de tal hecho.

(...)

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.

De hecho, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 fijo la naturaleza de las multas como un mecanismo de conminación al contratista a cumplir con sus obligaciones y no como una sanción.

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 pueden convertir este hecho en una especie de inhabilidad para la participación en una convocatoria contractual.

Se invita así mismo a examinar la pertinencia jurídica de las previsiones contenidas en los numerales IV y VI de las causales de rechazo de las ofertas, toda vez que las consideraciones de la entidad respecto de un hecho, cuya ocurrencia y consecuencias jurídicas solo pueden establecerse a través de un proceso judicial (penal), pueden resultar subjetivas y desconocer los principios constitucionales de buena fe y debido proceso.



La inconsistencia en la información presentada por el proponente, que no logre ser dilucidada por éste, puede generar el rechazo de los ofrecimientos, que no opera de forma automática, pues en virtud del principio constitucional del debido proceso, el contratante solicite las explicaciones a que haya lugar y le conceda la oportunidad al interesado de entregarlas.

Así mismo, cuando la entidad evidencie que el proponente ha tratado de alterar el principio de igualdad entre los interesados, a su favor, puede verificar la procedencia de rechazar el ofrecimiento.

En consecuencia, se exhorta a examinar la redacción de estas causales de rechazo, a la luz de lo establecido en el literal c) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, habida cuenta del deber que tiene la entidad de elaborar de forma clara el pliego de condiciones.

13. FRENTE A LA ADENDA No. 1 AL PLIEGO DE CONDICIONES

Transcribe S. A., efectuó el día 17 de septiembre la Audiencia de Tipificación, Estimación y Asignación de Riesgos, de conformidad con lo establecido en el Cronograma del Proceso Licitatorio. En desarrollo de la Audiencia, indicó la Jefe de la Oficina Jurídica: *“una vez recibidas las observaciones que algunos de los asistentes manifiestan remitirán por escrito a la entidad, en un término máximo de tres (3) días hábiles siguientes a la realización de la presente audiencia, se observarán y analizarán por esta entidad, se dará respuesta a las mismas, frene a lo cual cualquier documento que se expida como respuesta a las presentes observaciones será publicado en el SECOP, y que se señalará fecha para la continuación de la mencionada audiencia, cuya fecha será notificada oportunamente.”* Posteriormente, con fecha 24 de septiembre, Transcribe S. A. ha expedido la Adenda No. 1, y con ella, ha modificado el Cronograma del Proceso Licitatorio, en el sentido de introducir y fijar una nueva fecha para continuar con la Audiencia de Tipificación, Estimación y Asignación de Riesgos, la cual fue establecida para el día **“OCTUBRE 1 DE 2010 ALAS DIEZ HORAS (10:00)”**

Establece el párrafo del Artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el Decreto 2025 de 2009: *“La audiencia a que se refiere el presente artículo deberá realizarse con posterioridad a expedición del acto que ordena la apertura de la licitación pública y de manera previa a inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.”*

Habiendo establecido el Pliego de Condiciones el 20 de Septiembre de 2010, como fecha inicio del plazo para la recepción de ofertas, se observa que la modificación introducida al Cronograma del Proceso Licitatorio, para la continuación de la Audiencia de Tipificación, Estimación y Asignación de Riesgos, fijada para el 1º de Octubre de 2010, se encuentra por fuera de los plazos legales establecidos en las normas citadas.



En consecuencia, se solicita, verificar el cronograma de conformidad con lo previsto en las disposiciones citadas.

14. FRENTE A LA MINUTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, CLÁUSULA 67 UTILIZACIÓN DE LOS EQUIPOS COMO GARANTÍA PARA LA FINANCIACIÓN.

Establece la citada cláusula:

“En el caso de adquirir los bienes y equipos que conforman la plataforma tecnológica de recaudo, y El Centro de Control de la Operación, -CCO- a través de endeudamiento, éstos podrán ser otorgados en garantía a la entidad financiadora, con la previa aprobación expresa y escrita de Transcaribe S. A., sin embargo, los equipos no podrán ser otorgados en garantía para respaldar obligaciones distintas a las que el Concesionario adquiere en virtud de la suscripción el presente contrato de concesión.”

El artículo 19 de la ley 80 de 1993, dispone:

“En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.”

La reversión otorga a la entidad concedente un derecho futuro o eventual de dominio sobre los bienes empleados en la concesión o explotación por el concesionario. Esa transferencia no opera gratuitamente, pues la eficacia del plazo pactado está en permitir la amortización de la inversión.

Al permitir la entidad el otorgamiento en garantía de los bienes y equipos que conforman la plataforma tecnológica de recaudo y el Centro de Control de la Operación, se podrían generar riesgos sobre los bienes afectos a la prestación del servicio público de transporte, lo que a su vez podría implicar un riesgo sobre la prestación del servicio público aludido, y a futuro, acarrear incertidumbre sobre su operación.

Por lo expuesto, se sugiere verificar la conveniencia de la inclusión de ésta cláusula en la minuta del contrato.

Se reitera que las funciones preventivas de la Procuraduría General de la Nación en materia de contratación estatal, están orientadas a efectuar recomendaciones respetuosas a las entidades públicas, con el fin de optimizar su gestión contractual, sin coadministrar, desestimar, avalar o calificar la conducta desplegada por los servidores públicos ni la validez de los actos administrativos expedidos.



En tal sentido, las recomendaciones obedecen al examen de la actividad contractual del estado frente a las exigencias constitucionales y legales vigentes.

Habida cuenta de la magnitud y trascendencia que para la ciudad de Cartagena tiene el proceso licitatorio en mención, y con el ánimo de garantizar la mayor transparencia y el estricto cumplimiento de la Ley y principios orientadores de la contratación estatal, este Despacho, recomienda dar respuesta clara frente a los interrogantes manifestados antes de que se lleve a cabo la diligencia de cierre de la convocatoria.

Así mismo, se recuerda la posibilidad que tiene el TRANSCARIBE S. A. de revocar el acto de apertura de la convocatoria con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, en concordancia con lo previsto en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Con el fin de realizar el seguimiento a la actuación preventiva, comedidamente le solicito informar a la mayor brevedad posible, a este Despacho, sobre las determinaciones adoptadas respecto a las recomendaciones y observaciones puestas en su consideración.

Cordialmente,


MARIA EUGENIA CARREÑO GÓMEZ
Procuradora Delegada

TRANSCARIBE S.A.
NIT. 806.014.488-5
Rad. Int. 1193

04 OCT 2010

Fecha y Hora 09:57 am
Folios 1/1 Anexos 10
RECIBIDO PARA REVISIÓN
NO IMPLICA ACEPTACIÓN

MTTT/MLCC
28/09/2010