



Cartagena de Indias, D. T. y C., 26 marzo de 2014.

TC-DJ- 07.01- 0265 -2014

Señor:

HECTOR BLANCO PORTACCIO

Representante Legal

Cartagena Express S.A.

Bocagrande, Cra 3ra No. 6 A – 100. Ofic. 1002

Tel. (5) 6431521

Email: cartagenaexpress@hotmail.com

Ciudad

Referencia. Respuesta derecho de petición. Proceso de Contratación TC-LPN-004-2013.

Respetado Señor Blanco;

Antes de dar respuesta a su escrito de fecha 17 de marzo de 2014, recibido físicamente en nuestras instalaciones a las 10:03 horas, Radicado Interno 000332, dentro del proceso de contratación de la referencia, nos permitimos hacer la siguiente introducción:

El numeral 1º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, y para ello se señalaran términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

Sobre el particular el Consejo de Estado, sección tercera, en sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14.579, señaló que "(...) artículo 25 de la ley 80 enseña que los términos de las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el termino una vez vencido no puede revivirse".

La entidad al momento de publicar el pliego de condiciones y sus anexos, estableció en el numeral 2.1 el cronograma del proceso de contratación, señalando claramente la fecha límite de recibo de observaciones a los pliegos, esto es, el 14 de marzo del año que discurre.

Verificada la fecha de presentación de su escrito se observa que la misma esta por fuera del plazo establecido en el cronograma que regula el proceso de contratación al que Usted se refiere.

Ahora bien, el pliego de condiciones establece en la página 2, **NOTA IMPORTANTE**, que "(...) las peticiones se resolverán según los términos consagrados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para el Derecho de

Petición.", dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)"

En atención a lo anterior, a su solicitud se le dará el trámite establecido en la norma antes citada, esto es, como un derecho de petición.

A continuación procedemos a dar respuesta a cada una de sus observaciones, en el mismo orden en que fueron presentadas:

OBSERVACIÓN 1:

PLIEGO DE CONDICIONES:

1. NUMERAL 4.1.1.2.1. SOCIEDADES CONSTITUIDAS CON EL ÚNICO OBJETO DE PARTICIPAR EN LA PRESENTE LICITACIÓN PÚBLICA.

SUB NUMERAL 8: *"Por lo menos uno de los socios del proponente singular deberá ser una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente. Este deberá acreditar la experiencia mínima exigida en función de las alternativas para la presentación de la oferta que se desarrolla en este pliego de condiciones". (subrayado fuera de texto).*

NUMERAL 4.1.1.2.2. PERSONAS ASOCIADAS BAJO LA PROMESA DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD FUTURA CON OBJETO ÚNICO.

SUB NUMERAL 15. *"Por lo menos uno de los miembros del proponente plural deberá ser una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, y se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente. Este deberá acreditar la experiencia mínima exigida en función de las alternativas para la presentación de la oferta que se desarrolla en este pliego de condiciones". (subrayado fuera de texto).*

Se solicita se compagine este requisito con lo previsto en el numeral **4.1.1.2.4. REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS MIEMBROS DEL PROPONENTE PLURAL Y LOS SOCIOS DEL PROPONENTE SINGULAR**, que señala expresamente lo siguiente:

4.1.1.2.4.1. PERSONAS JURÍDICAS NACIONALES

.....

"5. Uno de los miembros del proponente plural o singular, conforme se indicó, deberá ser una persona jurídica cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, fijando un porcentaje de participación mínimo del treinta por ciento (30%) dentro del proponente".

Como puede apreciarse este numeral no prevé que el socio del proponente singular o miembro del proponente plural se encuentre actualmente habilitado por la autoridad de transporte correspondiente del país de origen, como tampoco lo previó el proyecto de pliego de condiciones del presente proceso licitatorio, lo cual permite una mayor pluralidad de oferentes en el presente proceso licitatorio.



En consecuencia, solicitamos se elimine del pliego las referencias según las cuales el socio o miembro del proponente debe encontrarse habilitado por la autoridad de transporte correspondiente, la cual se encuentra también en los numerales **4.1.1.3.1. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA DEL PROPONENTE: ALTERNATIVA 1 DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA, 4.1.1.2.3. COOPERATIVAS CONSTITUIDAS CON OBJETO ÚNICO (subnumeral 8).**

RESPUESTA: El requisito no se eliminará en tanto no sólo se debe contemplar en el objeto social la prestación del servicio, sino contar con la habilitación para esos efectos. De acuerdo con lo anterior, el pliego de condiciones será modificado incluyendo la precisión en todos los apartes en los cuales se hace mención al objeto social del proponente con el cual se acredite el cumplimiento de la condición de experiencia, indicando que debe contar con habilitación para el efecto.

OBSERVACIÓN 2:

Sin perjuicio de lo solicitado en el párrafo anterior, entendemos que lo previsto en el sub numeral 8 del numeral 4.1.1.2.1. SOCIEDADES CONSTITUIDAS CON EL ÚNICO OBJETO DE PARTICIPAR EN LA PRESENTE LICITACIÓN PÚBLICA y lo previsto en el sub numeral 15 del numeral 4.1.1.2.2. PERSONAS ASOCIADAS BAJO LA PROMESA DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD FUTURA CON OBJETO ÚNICO, antes transcritos, únicamente aplica para efectos del numeral 4.1.1.3.1. COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA DEL PROPONENTE: ALTERNATIVA 1 DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA y no para efectos del numeral 4.1.1.3.2.

COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA SOCIETARIA DEL PROPONENTE: ALTERNATIVA 2 DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA, es decir, que dichos requisitos no es necesario cumplirlos cuando el proponente opte por la alternativa 2 de presentación de la oferta. Favor aclarar si es correcto nuestro entendimiento.

RESPUESTA: No es correcto el entendimiento, el requisito se debe cumplir para la forma asociativa que se escoja para presentar propuesta, con independencia de la Alternativa que se utilice para presentar la propuesta (COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL PROPONENTE). Vale decir, tanto en la Alternativa 1, como en la Alternativa 2, el miembro del proponente plural o el socio del proponente singular, deberá acreditar la participación del 30% para efectos de hacer valer el requisito de experiencia que se exige en el pliego de condiciones relativo a la movilización de pasajeros en sistemas de transporte masivo.

El numeral 4.1.1.2.1. hace parte del numeral 4.1.1.2. ACREDITACIÓN DE LA APTITUD LEGAL, el cual a su vez, hace parte del numeral 4.1.1. APTITUD LEGAL DEL PROPONENTE, lo cual no es excluyente con las condiciones de experiencia y vinculación de propietarios y empresas definidos como requisitos habilitantes para la COMPOSICIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL PROPONENTE.

Así estaba previsto en el numeral 4.3.2. EXPERIENCIA DEL PROPONENTE RESPECTO DE LA ALTERNATIVA 2, del pliego de condiciones, al indicar:

“La experiencia requerida en el presente numeral debe acreditarse por el miembro del proponente cuyo objeto social contemple de manera expresa la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, de acuerdo con la participación exigida en este pliego de condiciones y las reglas previstas, cuando se acredite por conducto de matrices subsidiarias o filiales”.

R

Sin perjuicio de lo anterior se ajustará todo el pliego de condiciones para incluir esa mención en los apartes correspondientes para dar mayor claridad al requisito.

OBSERVACIÓN 3:

2. NUMERAL 4.4 ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA EN PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE EN SISTEMAS MASIVOS Y CAPACIDAD FINANCIERA COMO REQUISITOS HABILITANTES MEDIANTE MATRICES, SUBSIDIARIAS O FILIALES.

"El proponente singular o los miembros de un proponente plural, podrán acreditar la experiencia y la capacidad financiera mediante su matriz, subsidiarias o filiales".

Se solicita se aclare en el pliego de condiciones y en las **proformas correspondientes** que el proponente singular (sociedad de objeto único), **o los socios del proponente singular**, o los miembros de un proponente plural, podrán acreditar la experiencia y la capacidad financiera mediante su matriz, subsidiarias o filiales. (lo resaltado en negrilla y subrayado se agrega a la redacción actual del pliego de condiciones).

La razón de esta solicitud se fundamenta en el hecho que el proponente singular (sociedad de objeto único) es una sociedad constituida para presentarse en la licitación, que básicamente es una sociedad de papel que no cuenta con experiencia, ni con capacidad financiera y por lo tanto quien acredita la experiencia son sus socios o accionistas, tal como ocurre con los consorcios que también se constituyen para presentarse en un proceso licitatorio.

RESPUESTA: El pliego de condiciones se ajustará en el sentido solicitado por el observante, considerando que son los socios o cooperados del proponente singular quienes concurren a acreditar el cumplimiento de los requisitos habilitantes. Así las cosas, se hará explícita esta posibilidad.

OBSERVACIÓN 4:

De otra parte, también debe quedar consignado en el pliego de condiciones y en las **Proformas correspondientes** que el proponente singular (sociedad de objeto único), **o los socios del proponente singular**, o los miembros de un proponente plural, podrán acreditar la experiencia y la capacidad financiera directamente, es decir, sin necesidad de acudir a su matriz, subsidiarias o filiales.

RESPUESTA: La aclaración solicitada no resulta pertinente, en tanto la acreditación por conducto de matrices, filiales y subsidiarias procede de manera alternativa, la forma principal de acreditación es de manera directa por los miembros del proponente plural o los socios o cooperados del proponente singular.

OBSERVACIÓN 5:

3. NUMERAL 4.1.4 APORTES PARAFISCALES.

"En cumplimiento del Artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y 23 de la Ley 1150 de 2007, el proponente, y cada uno de sus miembros, deberá encontrarse a paz y salvo por concepto de aportes parafiscales de sus empleados (a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensión y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar) dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha prevista para la apertura de la

7



licitación pública, de acuerdo con lo estipulado en el cronograma de licitación. Este certificado deberá actualizarse en la fecha prevista para la suscripción del Contrato de Concesión de conformidad con el cronograma de la licitación pública.

Para acreditar el cumplimiento de este requisito:

1. Las personas jurídicas que constituyan el proponente o que formen parte del mismo aportarán certificación expedida por su revisor fiscal o en el evento en que no exista esta obligación, por su representante legal, en la que conste que se encuentran a paz y salvo por concepto de aportes parafiscales de sus empleados en Colombia, seis (6) meses antes a la fecha prevista para la apertura de la Licitación".

Favor aclarar que en el caso que el proponente sea una sociedad de objeto único quien debe dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y 23 de la Ley 1150 de 2007 es la sociedad de objeto único y no sus socios o accionistas.

RESPUESTA: Justamente por que quienes concurren al cumplimiento del requisito son los socios o cooperados, este requisito se debe acreditar por ellos y por el proponente singular. Se revisará el pliego de condiciones para determinar si corresponde hacer alguna aclaración adicional sobre este asunto.

OBSERVACIÓN 6:

4. NUMERAL 4.5.1 ACREDITACIÓN DE LA PROPUESTA ECONÓMICA.

Se solicita incluir en el pliego de condiciones un ingreso esperado de operación piso, por debajo del cual ningún proponente pueda presentar una oferta económica.

Este ingreso esperado de operación piso se debe elaborar con base en el modelo financiero de la estructuración sin que por ello este deba revelarse, tal como sucede con el ingreso esperado techo que ha sido elaborado con base en el modelo financiero de la estructuración sin tener que revelar este a los proponentes.

El hecho de que los proponentes tengan un marco de referencia (tarifa piso y tarifa techo) para el cálculo de su oferta económica le da la seguridad a la entidad contratante y a los participantes de que no se presenten ofertas artificialmente bajas.

Esta solicitud es concordante con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013 y en ningún momento es violatoria del mismo como se mencionó en la audiencia de aclaración del pliego de condiciones.

RESPUESTA: La fijación de un piso para el ingreso esperado generaría como consecuencia la ausencia de competencia por la prestación eficiente del servicio a un valor que sea definido por el CONCESIONARIO tras las valoraciones que haga para el efecto. Así mismo, implicaría revelar el rango de ingreso esperado que fue determinado en el modelo financiero, aspecto que prohíbe de manera expresa el numeral 4º del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013, al señalar:

"4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del

R

contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. **Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración**
(Resaltado fuera del texto)

En adición a lo anterior, y para efectos de mitigar el riesgo de presentación de ofertas artificialmente bajas, las normas de contratación estatal permiten a Transcaribe adoptar medidas cuando tiene dudas frente al valor de una oferta. Al respecto señala el artículo 28 del Decreto 1510 de 2013, lo siguiente:

"Artículo 28. Oferta con valor artificialmente bajo. Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 15 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas.

Quando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas.

En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma" (Resaltado fuera del texto)

Así las cosas, no corresponde la inclusión de un tope mínimo de oferta, dado el instrumento de verificación que tiene la entidad, el cual, en el evento de presentarse, será utilizado contrastando la propuesta económica, con el modelo financiero de Transcaribe que arroja un monto de costo eficiente mínimo para el ingreso esperado.

OBSERVACIÓN 7:

PROFORMAS:

5. PROFORMA 6 PROPIETARIOS VINCULADOS POR EL PROPONENTE: Favor revisar y ajustar instrucciones de proforma 6 Propietarios Vinculados por el proponente, toda vez que se refiere a la proforma 6 como Proforma de Acreditación de Experiencia y como Proforma de Aceptación de los términos y condiciones del negocio, sin que estas denominaciones correspondan a la proforma 6 que se denomina propietarios vinculados por el proponente.

RESPUESTA: En efecto se ajustará la PROFORMA 6 para que los títulos de la forma de sean coincidentes con el texto del documento.

OBSERVACION 8:

MINUTA CONTRATO DE CONCESION:

6. CLÁUSULA 98. MULTAS POR INFRACCIONES A OTRAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

R



"Si el CONCESIONARIO no cumpliera con cualquiera de los parámetros, requisitos, obligaciones y responsabilidades previstos en el presente contrato diferentes de los regulados de manera específica en otras cláusulas del presente contrato, salvo que TRANSCARIBE S.A. lo hubiere autorizado, TRANSCARIBE S.A. podrá imponer multas diarias, por cada parámetro, requisito, obligación, o responsabilidad incumplida, de acuerdo con el límite de valores incluido en la Cláusula 96, mientras subsista el incumplimiento;; **TRANSCARIBE S.A. en su calidad de gestor del Sistema, graduará a su juicio el monto de la sanción causada,** teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, su incidencia en la adecuada prestación del servicio público de transporte del Sistema Transcaribe, el grado de compromiso en que se encuentre la seguridad, la regularidad, la eficiencia en la prestación del servicio, el nivel de cumplimiento de la actividad correspondiente al CONCESIONARIO por virtud del presente contrato, y el grado en el que se haya afectado la posibilidad de TRANSCARIBE S.A. de fiscalizar adecuadamente la gestión del CONCESIONARIO, por el incumplimiento respectivo".

Solicitamos que de igual forma como se hizo en la cláusula 97 se defina en el contrato la descripción de la infracción y el valor de la misma, toda vez que es contrario a derecho que Transcaribe en un tema de carácter sancionatorio **defina a su juicio** el monto de la multa, la infracción por la cual impone la multa, la gravedad de la infracción, etc.

RESPUESTA: La minuta del contrato se ajustará en cuanto al tema de multas. Sin embargo se debe precisar que no es posible incluir desde ya todas las causales que dan lugar a la imposición de multas y el monto de ella, por cuanto depende de la afectación y del momento en el cual ocurra. Para contrarrestar se fija un tope, modificando el que estaba previsto en la minuta inicial.

OBSERVACION 9:

CLÁUSULA 100. LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LAS MULTAS.

Se solicita incluir en esta cláusula un procedimiento por allanamiento por parte del concesionario y un descuento por este hecho que sugerimos sea del 40% del valor de la multa.

También solicitamos se incluya un procedimiento para los eventos en los que el concesionario no acepte la multa, posibilidad de llevar el tema a un proceso de arreglo directo o incluso poderla controvertir ante el juez del contrato.

RESPUESTA: La primera parte de la observación se acoge, sin definir desde ya el porcentaje, pero abriendo la posibilidad de allanamiento con descuento para el concesionario.

Frente a la segunda parte, el estatuto de arbitraje (Ley 1563 de 2012) prevé la posibilidad de someter los efectos económicos de un acto administrativo al conocimiento de los Tribunales de Arbitramento. Al respecto, dispone el artículo 1º, lo siguiente:

"Artículo 1º. Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho" (Resaltado fuera del texto)

Por lo anterior, la misma ley prevé la alternativa de someter la controversia al conocimiento del juez del contrato, siempre que se trate de los efectos económicos del acto administrativo.

OBSERVACIÓN 10:
CLÁUSULA 101. DESTINACIÓN DE LAS MULTAS DEL SISTEMA TRANSCARIBE.

En el contrato no se encuentra definido que es el Fondo de Nivel de Servicio y para que se van a utilizar los recursos de este Fondo.

Solicitamos que los recursos de este Fondo se utilicen para el pago al concesionario que presente mejores niveles de servicio, bajo un régimen de incentivos que se defina en el contrato de concesión.

RESPUESTA: De la manera más amable le sugerimos al peticionario consultar las cláusulas 1.78 y 35 del Anexo 6 – Minuta del Contrato de Concesión, donde se define exactamente que es el Fondo de Nivel de Servicio y para que se van a utilizar los recursos de este Fondo.

El documento mencionado hace parte del Pliego de Condiciones del presente proceso, y se puede ubicar en la siguiente ruta de Internet: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-1-109104>

Cordialmente,



JOSE LOPEZ AMARIS
GERENTE

V.B.



ERCILIA BARRIOS FLOREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica