

Bogotá D.C., junio 9 de 2010

Doctora

ERCILIA BARRIOS FLOREZ

Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

TRANSCARIBE S.A.

Cartagena de Indias

licitacionoperacion@transcaribe.gov.co

Enviado vía correo electrónico

REF: Solicitud de (i) suspensión del proceso de Licitación Pública No. TC-LPN.001-10 y revocación de la resolución 240 de primero de junio de 2010 y, (ii) en subsidio, petición de aplazamiento.

Respetada Doctora,

Por medio de la presente, le solicito respetuosamente se suspenda el proceso de Licitación Pública No. TC-LPN.001-10 y se revoque la resolución 240 de primero de junio de 2010, con el fin de que se logre establecer criterios equitativos, claros y transparentes que garanticen una selección objetiva en la adjudicación de la licitación de la referencia respecto de la concesión para el diseño, operación y explotación del sistema de recaudo y suministro del sistema de gestión y control de la operación del sistema integrado de transporte masivo de pasajeros del distrito de Cartagena de Indias- Transcaribe S.A. En caso de que la anterior solicitud no sea acogida por Transcaribe S.A., solicito en subsidio el aplazamiento del término para presentar las propuestas en los términos del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, esperando que en este plazo, se corrijan las situaciones que vulneran los principios de transparencia, igualdad y libertad de concurrencia y se absuelvan los interrogantes que a continuación se plantean.

Fundamento esta solicitud en las siguientes consideraciones:

1. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

El principio de transparencia, consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, busca garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades en la celebración de contratos con las entidades estatales y la selección objetiva del contratista, en los procesos de licitación adelantados por la administración.¹

En desarrollo de este principio, los pliegos de condiciones deben indicar los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y deben definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.²

¹ Consejo de Estado. Sal de Consulta y Servicio Civil. Concepto de Septiembre 14 de 2001. Consejero Ponente: Ricardo h. Monroy Church

² Corte Constitucional. Sentencia C- 400 – 99 . Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

En este sentido, uno de los principales mecanismos que permite asegurar transparencia en los procesos licitatorios es la definición clara, completa y puntual del objeto de la licitación en el pliego de condiciones³; pues éste, no sólo permite conocer a ciencia cierta qué es lo que la administración pretende contratar, sino que define los parámetros comunes a partir de los cuales se realiza la evaluación objetiva de las ofertas presentadas por los proponentes.

Así, las ambigüedades en el objeto de la licitación, además de comprometer la responsabilidad de la entidad contratante y de los servidores públicos en los términos del numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993⁴, niegan el establecimiento de criterios objetivos de comparación entre los proponentes, pues cada uno de ellos se sujetará a los que entendió de la invitación a contratar.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la identificación del objeto de la licitación no se cumple con la simple enunciación del mismo, sino con toda la información necesaria para determinar su especie,⁵ de manera que hacen parte del objeto de la licitación los requerimientos técnicos que describen las características de las prestaciones solicitadas. Así, el Pliego de Condiciones, y por lo tanto el objeto de la licitación, debe ser interpretado como un todo, por lo que las disposiciones contenidas en el mismo, *"no deben ser entendidas de manera separada, por lo tanto, se entienden integrados a él los anexos, apéndices y proformas que lo acompañan"*⁶

De acuerdo con lo anterior, en nuestra opinión en este caso se viola el elemental principio que acabamos de mencionar en la medida en que, si bien el objeto de la licitación TC-LPN.001-10 es *"el Diseño, Operación y Explotación del Sistema de Recaudo y Suministro del Sistema de Gestión y Control de la Operación del Sistema de Transporte Masivo de la ciudad de Cartagena"*,⁷ encontramos que los parámetros mediante los cuales se fija el alcance del mismo en el Pliego de Condiciones, así como algunas de las obligaciones establecidas en cabeza del contratista en la Minuta del Contrato de Concesión (Anexo No. 1), como lo veremos en seguida, no especifican adecuadamente el objeto y sugieren la contratación de un servicio más amplio que el mero Diseño, Operación y Explotación del Sistema de Recaudo..

³ Sobre el particular, el Consejo de Estado ha establecido *"el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato."* Consejo de Estado. Sentencia de 19 de julio de 2001

⁴ *"Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos"* (Negrillas fuera del texto original y subrayas fuera del texto original). Numeral 3, artículo 26, Ley 80 de 1993.

⁵ ESCOBAR GIL RODRIGO. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis, Primera Edición, p 75

⁶ Pliego de Condiciones. Licitación Pública No. TC-LPN -001 de 2010. Numeral 1.4.

⁷ Pliego Licitación Pública No. TC-LPN-001 de 2010. Numeral 1.2.

De conformidad con lo anterior, encontramos que con base en el Pliego de Condiciones es imposible establecer de manera clara e inequívoca si el concesionario debe proveer directamente la infraestructura de telecomunicaciones o si puede utilizar los servicios de un operador de telecomunicaciones para realizar la operación del sistema de recaudo.

Si se realiza una interpretación teleológica del Pliego, es decir si se acude a la finalidad del proceso licitatorio para determinar cuáles son las condiciones bajo las cuales el proponente deberá proveer la infraestructura de telecomunicaciones, resulta forzoso concluir, que el concesionario no se encuentra obligado a proveer la infraestructura de forma directa. Lo anterior, teniendo en cuenta que la finalidad de la licitación es la contratación de un operador de recaudo y no de un operador de telecomunicaciones.

Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido:

"(...) El pliego de condiciones, en razón de las normas de derecho que contiene, reguladoras del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier norma jurídica, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en desarrollo del concurso. ..."

*Para tal labor, el intérprete estará bien guiado si acude, **con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de la exigencia que consagraron los pliegos** (...)"⁸* (Negrillas fuera del texto original)

Teniendo en cuenta que la finalidad de exigir la existencia de una infraestructura de telecomunicaciones no es otra que la operación del recaudo, la exigencia consagrada en los pliegos debe ir dirigida a el correcto cumplimiento de dicha operación, de manera que los pliegos no deben ser interpretados en el sentido que el concesionario tenga que proveer la infraestructura de telecomunicaciones.

En este orden de ideas los pliegos deberán ser corregidos de manera que el alcance del objeto de la licitación efectivamente se limite a la operación de recaudo.

Por otro lado, encontramos que el Anexo 1., Minuta del contrato de Concesión. Licitación Pública No. TC-LPN.001 de 2010, establece una serie de obligaciones que se encuentran por fuera del objeto de la licitación enunciado en el numeral 1.2 del Pliego de Condiciones como por ejemplo, los numerales 7.14 y 7.26 de la cláusula séptima del contrato que establecen la obligación del concesionario de crear mecanismos, estrategias y planes de mercadeo que permitan dar mayor acceso a los usuarios del sistema. En este sentido el concesionario se encuentra obligado a presentar anualmente un Plan Estratégico de Mercadeo y Fidelización del usuario.

⁸ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de mayo 7 de 1993

Por otro lado, la cláusula doce, establece como obligación del concesionario la prestación del servicio de vigilancia para los portales y estaciones del sistema.

De conformidad con lo anterior, consideramos que la Minuta del Contrato sugiere que la intención de la entidad, es la contratación de un concesionario que se encargue de la gestión de todas las actividades requeridas para la operación del sistema Transcribe, exceptuando aquéllas directamente relacionadas con la operación de la flota, existiendo una evidente contradicción entre lo estipulado en el Pliego de Condiciones y la Minuta del Contrato.

Dicha contradicción, desdibuja el objeto de la licitación e impide que la selección del contratista se haga de manera objetiva las obligaciones anteriormente citadas no serán evaluadas por la entidad contratante durante el proceso licitatorio. De manera pues que en las condiciones actuales, la entidad contratante no se encuentra facultada para escoger de manera objetiva el ofrecimiento más favorable.

2. VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE LIBRE CONCURRENCIA

Conforme al artículo 209 de la Constitución Nacional *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los **principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...**"* (Negritas fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la igualdad entre los oferentes y la libre concurrencia al proceso licitatorio son elementos fundamentales en los procesos de contratación estatal. .

En particular, en sentencia de 19 de julio de 2001, esta Corporación estableció

"Son elementos fundamentales del proceso licitatorio: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones. La libre concurrencia permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar (...)

la igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la administración"

Estos principios impiden *"a la entidad licitante introducir en los pliegos condiciones o reglas que contraríen el principio de igualdad para beneficiar a determinado licitante, como cuando se establecen condiciones que de antemano se sabe que sólo podría cumplir una persona natural o jurídica"*

determinada, o bien que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o leoninas"⁹ (Subrayas fuera del texto original)

En la licitación pública TC-LPN.001-10, encontramos que la mayoría de especificaciones técnicas establecidas en el Pliego de Condiciones direccionan la propuesta hacia un único proveedor.

En efecto, en Colombia existe un único proveedor con capacidad de acreditar la implementación u operación de tecnología de telecomunicaciones Trunking como apoyo para el control de flotas en sistemas de transporte público.

Este único proveedor, de conformidad con las respuestas publicadas por la entidad contratante a las observaciones al Pre Pliego de condiciones publicadas el 21 de mayo de 2010, debe actuar como proponente o miembro de un proponente plural.¹⁰ En este sentido, la entidad contratante estaría dispuesta a permitir que un mismo proponente sea socio de varias propuestas¹¹ y por ende tenga información privilegiada respecto de todas las propuestas o determine precios diferentes frente a los distintos proponentes dependiendo del grado de cercanía que tenga con estos, con lo cual se podría terminar privilegiando a un grupo determinado de oferentes frente a otro.

Esta situación vulnera abiertamente los principios de igualdad y de libre concurrencia, pues por una parte el único proveedor puede decidir que participará en una sola propuesta (quedando habilitado para presentar la oferta un único oferente), u ofrecer condiciones económicas diferentes dependiendo del porcentaje de participación que tenga en el proponente plural. En este sentido, las condiciones bajo las cuales los proponentes presentaran sus ofertas se encuentran supeditadas a la voluntad del proveedor de comunicaciones móviles. Para evitar esta situación, es necesario que la entidad contratante permita que el proponente certifique su experiencia en la implementación y operación de sistemas de comunicación inalámbricos a través de un proveedor de servicios de telecomunicaciones, o permita la utilización de tecnologías diferentes al Trunking como apoyo para el control de flotas en sistemas de transporte público.

En este mismo sentido, y tal y como se expresó en la audiencia de aclaración a los pliegos de condiciones, según lo establecido en el acta de la misma, las características técnicas de los validadores exigen que el contratista utilice los validadores suministrados por la empresa APE Prodata.

⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto de Septiembre 14 de 2001. Consejero Ponente: Ricardo h. Monroy Church

¹⁰ Respuesta a la pregunta número 17 a las observaciones a los Pre pliegos. Sobre el particular resaltamos que dicha interpretación contraría lo dispuesto en el pliego de condiciones conforme al cual los proveedores de servicios (dentro de los que se encuentran los proveedores de servicios de telecomunicaciones) podrán ser socios directos del proponente, **o aportar su experiencia para la implementación y operación del sistema de recaudo**

¹¹ Respuesta a la pregunta número 2 a las observaciones a los Pre pliegos

En nuestra opinión, el direccionamiento de las exigencias del pliego hacia un único fabricante atenta contra el principio de igualdad pues obliga a los proponentes a adquirir los validadores de la empresa antes citada o a desarrollar los validadores con las mismas especificaciones técnicas de un producto que ya se encuentra en el mercado.

Por otro lado, resaltamos que la entidad contratante no se ha pronunciado sobre las razones por las cuales ha establecido una tecnología puntual para la provisión del servicio de telecomunicaciones y validadores. En nuestra opinión esta exigencia impide la utilización de tecnologías más económicas y mejores que se ajustan de mejor forma a las necesidades establecidas en el Pliego de Condiciones.

3. SOLICITUD

Conforme a lo expuesto anteriormente, respetuosamente solicitamos se suspenda el proceso de Licitación Pública No. TC-LPN.001-10 hasta tanto la entidad contratante defina de manera clara e inequívoca el alcance de la prestación de los servicios solicitados y asegure que el proceso de selección se llevará a cabo en cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia y serevoque la resolución número 240 del primero de junio de 2010 mediante la cual se dio apertura a la licitación TC-LPN.001-10.

En caso de que Transcribe S.A. no acceda a la presente solicitud, solicitamos en subsidio se amplíe el plazo establecido para realizar la entrega de las propuestas en los términos del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, hasta tanto no se respondan las preguntas y no se aclaren los temas contenidos en este documento más los especificados en la audiencia de aclaración de pliegos.

Adicionalmente solicito que la entidad contratante de respuesta a los siguientes interrogantes.

- a) ¿Cuáles son los mecanismos a través de los cuales el ccesionario podría asegurar que no se asigne más de una tarjeta a un solo usuario?
- b) ¿Cuál considera la entidad que es la infraestructura adecuada para establecer el sistema de quejas y reclamos de los usuarios?
- c) ¿Cuántas rutas comprenderá el sistema Transcribe?
- d) ¿Cuáles son las entidades habilitadas para otorgar la acreditación en normas ISO. ¿Pueden otorgar la acreditación entidades internacionales?
- e) ¿Cuál es el mecanismo a través del cual se asegurará que el fondo de tarifa subsidiada del sistema cuente con los recursos suficientes para otorgar los subsidios de los que trata el pliego de condiciones?
- f) ¿Cuáles son las cargas fiscales que debe soportar el concesionario?
- g) ¿Cuál es el mecanismo para establecer la participación del concesionario por la prestación del servicio de recaudo ante el aumento de las tarifas?

4. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Calle 125 No. 52ª – 26 de la ciudad de Bogotá D.C y en la dirección de correo electrónico gonzalez.alarcon.jimena@gmail.com

Atentamente,

Jimena González Alarcón
c.c. 53139383 de Bogotá