

UNION TEMPORAL CARTAGENA 2013

TRANSCARIBE S.A.
NIT. 806.014.488-5

Rad. Int. _____

Barranquilla, julio 12 de 2013

000790 000790
15 JUL 2013

Señores

TRANSCARIBE S.A.

Atn. JOSE LOPEZ AMARIS. GERENTE.

Ciudad

Fecha y Hora: 10:50
Folios: 1/6 Anexos: -0-
RECIBIDO PARA REVISION
NO IMPLICA ACEPTACION

Asunto: LICITACION PUBLICA No. TC-LPN-001-2013, cuyo objeto es: "SELECCIONAR AL PROPONENTE QUE LLEVE A CABO, POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FORMULA DE REAJUSTE, LA CONSTRUCCIÓN DE LA PRIMERA ETAPA DE LAS OBRAS FALTANTES DEL TRAMO 5 A COMPRENDIDO ENTRE EL SECTOR DEL MERCADO DE BAZURTO HASTA LA SUBIDA DE LA POPA Y CONSTRUCCIÓN DE UN VAGON W12 EN UNA DE LAS ESTACIONES FALTANTES DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO DE CARTAGENA DE INDIAS DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL.

Una vez revisado el informe de evaluación publicado en la web el día 8 de julio de 2013, nos permitimos presentar a través del presente documento OBSERVACION sobre la calificación de NO CUMPLE CON LA CAPACIDAD FINANCIERA RESPECTO DEL INDICE CAPITAL REAL, debido a que nos encontramos en desacuerdo, por las razones que señalamos a continuación:

El numeral 1.15 de los pliegos dispone que *"La adjudicación se hará previa evaluación de las propuestas, y análisis comparativo de las mismas, al proponente cuya propuesta, ajustada al Pliego de Condiciones, resulte ser la más favorable para la entidad. Se considera como ofrecimiento más favorable aquél que teniendo en cuenta los factores de escogencia descritos en el pliego de condiciones, y la ponderación de los mismos, obtenga el mayor puntaje"*. La oferta más favorable es la que logre la mayor puntuación.

El numeral 1.17. DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA LICITACION, dispone que *"Dentro del mismo termino de adjudicación TRANSCARIBE S.A. por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista, podrá declarar desierta la licitación, mediante acto administrativo motivado, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, numeral 9° Inciso 3°, en concordancia con el artículo 25 numeral 18 de la misma norma y lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007, artículo 5°"*.

El numeral 5.1.2. VERIFICACIÓN CAPACIDAD FINANCIERA del pliego de condiciones dice que *"Para efectos de la verificación de la capacidad financiera se tendrá en cuenta los siguientes indicadores, los cuales serán verificados de acuerdo a lo estipulado en el artículo 6.2.2.2 del Decreto 0734 de 2012:*

UNION TEMPORAL CARTAGENA 2013

- a. Capital Real del proponente (capital social efectivamente pagado + reservas constituidas + utilidades retenidas + utilidades del ejercicio): igual o superior al 60% del valor total del presupuesto oficial
- b. Capital de Trabajo (activo corriente – pasivo corriente): debe ser igual o superior al valor total del presupuesto oficial estimado para la presente contratación
- c. Nivel de Endeudamiento (pasivo total/activo total): deberá ser igual o inferior a 65%.
- d. Índice de liquidez (activo corriente/pasivo corriente): deberá ser igual o superior a 1.3.
- e. INDICADOR EBITDA (Utilidad antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones): utilidad operacional más depreciaciones y amortizaciones, conforme lo definido en el Decreto 734 de 2012. Los proponentes deberán presentar un INDICADOR EBITDA igual o mayor al 15% del presupuesto oficial estimado para la futura contratación.

La verificación de cumplimiento del factor financiero en el caso de propuestas de Consorcios o Uniones Temporales se hará con los índices de todos los consorciados y se evaluará con base en el porcentaje de participación y promedio. En todo caso uno de los miembros debe acreditar por lo menos el 50% y los demás mínimo el 20% de los índices requeridos para la capacidad financiera”.

Estas disposiciones responden a las normas contenidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012.



UNION TEMPORAL CARTAGENA 2013

En sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 7 de mayo de 1993, C.P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, dice lo siguiente:

“El pliego de condiciones, en razón de las normas de Derecho que contiene, reguladores del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier otra 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 el desarrollo del concurso. Para tal labor, el interprete estará bien guiado si acude con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de ser de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo este tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o de accidentales que revistan tales requerimientos, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada”.

Para hacer una interpretación integral de las disposiciones contenidas en el pliego de condiciones debe tenerse en cuenta que tanto la ley como la jurisprudencia han sido enfáticos en establecer que debe prevalecer lo sustancial sobre lo formal, y que en consecuencia no puede rechazarse ninguna propuesta por la ausencia de requisitos que tengan que ver con la verificación de la oferta, o con la aplicación de reglas no claras del pliego de condiciones.

El numeral 5.1.2 del pliego de condiciones señala los indicadores que compondrán la capacidad financiera de los requisitos habilitantes de los constructores, y leído su contenido entendimos que para acreditar estos factores se sumaban los índices de los consorciados, pero que en todo caso uno de los miembros debía acreditar por lo menos el 50% de los índices requeridos para la capacidad financiera. Y es que esta interpretación responde al fin que busca la ley de contratación en permitir que dos o más personas unan esfuerzos para colaborar con el Estado en la ejecución de un contrato estatal.

La expresión “En todo caso”, inserta en el párrafo que en la evaluación se cuestiona significa según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 1. Sea lo que fuere; 2. A lo sumo; 3. Al menos, como mínimo. En el diccionario The Free Dictionary la define como una alocución adverbial que sirve para atenuar una negación anterior, si acaso.

Y es que la entidad al hacer la evaluación no puede separar dicha expresión del resto del contenido de la exigencia del pliego de condiciones.

En SENTENCIA del Consejo de Estado, del 3 de Mayo de 1999, EXP. 12.344, C.P: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ, dice lo siguiente:

“El pliego de condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de



UNION TEMPORAL CARTAGENA 2013

dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata.

(...) La administración no puede establecer criterios irrazonables que no consulten el interés general presente tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato estatal, so pena de ineficacia de dichas cláusulas predispuestas ante casos de violación mayúscula del ordenamiento jurídico v. gr. contravención de norma de orden público o, de exponerse a un control riguroso de contenido por parte del juez del contrato, quien por vía de la cláusula general de buena fe o, bajo la óptica del principio de objetividad o de igualdad, puede corregir o ajustar el contenido de la cláusula, con el propósito de preservar la eficacia vinculante de la que ha sido predispuesta, garantizando así, en todo caso, la aplicación cabal de los principios informadores de la contratación estatal”.

Lo anterior también ha sido plenamente avalado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, antes y después de la reglamentación del 2008, así:

“A este respecto, es conveniente recordar, como lo ha dicho la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de licitación y del contrato a celebrar con ocasión a él, y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y etapas del proceso de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que le sea éste adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes. Con este propósito los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin general perseguido con la contratación propuesta. Los primeros, permiten la participación de los sujetos, esto es, habilitan jurídica, financiera o técnicamente la concurrencia de los interesados al proceso y, por ende, conciernen a la idoneidad de los oferentes; y los segundos, posibilitan la selección de la propuesta, esto es, están referidos a calificar la oferta, a darle un puntaje, para establecer el mérito de la misma frente al objeto a contratar y, por ende, tienen una conexión directa con la particular necesidad, lo cual excluye, de suyo, que factores formales o superfluos deban tener una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y, por lo mismo, gozar del patrocinio o tutela legal. La elaboración de los pliegos de condiciones debe realizarse, entonces, consultado los fines perseguidos con la contratación estatal, en cumplimiento del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, de manera que las cláusulas del mismo están sujetas y circunscritas al objeto del proceso y su eficacia y validez deben girar en torno a la función que emerge de las particulares necesidades reales que pretende satisfacer la administración. Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable. En suma, es menester que los criterios de selección que se fijen en los pliegos de condiciones o términos de referencia, permitan a la administración seleccionar una óptima propuesta, útil para la ejecución del contrato ofrecido mediante la invitación, convocatoria o llamado a licitar; o, en las voces del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, tendientes a escoger el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, entendido éste como aquel que resulta ser el más resulta

UNION TEMPORAL CARTAGENA 2013

ventajoso para la entidad, luego de tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, entre otros, y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia.

(...)

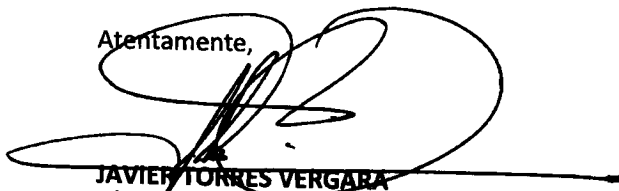
De lo dicho y de conformidad con la norma transcrita, (numeral 4 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993) no puede, entonces, aceptarse que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, cláusulas, disposiciones o factores puramente formales o adjetivos, que no sean esenciales para la comparación objetiva de las propuestas, es decir, que no conlleven un valor agregado al objeto de la contratación o no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la administración, toda vez que ello contraría los principios de la contratación pública, como el de planeación, transparencia y el deber de selección objetiva. En concordancia con lo anterior, el inciso 2 del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, prescribe que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. Por consiguiente, así como, en repetidas oportunidades ha explicado la Sala, que no es susceptible de descarte o rechazo propuestas por aspectos formales o de mero detalle que no comprometen el componente sustancial de la propuesta, de igual manera, con este mismo raciocinio, no pueden incluirse en los pliegos de condiciones o términos de referencia y, por ende, ponderarse o calificarse criterios de índole formal, que ningún valor le agregan a la contratación y que, por el contrario, ponen en riesgo la escogencia de la oferta favorable al interés público perseguido con ella y en tela de juicio principios de la Ley 80 de 1993 y sus normas (artículos 3; 5 24 numeral 5, apartes a) y b) del artículo 24; 25 numeral 1, 2 y 3; 29 y 30 numeral 2 de la Ley 80 de 1993). Recuérdese que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, pueden ser controladas por el juez del contrato a través de las acciones correspondientes contra los pliegos de condiciones o términos de referencia, o inaplicadas por el juez administrativo por vía de excepción de ilegalidad o por "ineficacia de pleno derecho", sanción esta última prevista para aquella elaboración indebida de alguna condición o regla que vulnere las pautas establecidas por el legislador en el numeral 5º del citado artículo. Como lo ha dicho la Sala todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de los principios expuestos, son susceptibles de depuración por parte del juez del contrato, e incluso, se repite la ley puede establecer ab initio la sanción que le merezca, como ocurre en los eventos de ineficacia de pleno derecho, en los que no se requiere de decisión judicial y que, en consecuencia, pueda ser inaplicada en el caso concreto". (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 2006, EXP. 16041, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO)



UNION TEMPORAL CARTAGENA 2013

Por tener claro que esto es así, y que las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones que resulten ser contradictorias, incompletas, ambiguas o defectuosas, se interpretaran a favor del proponente, solicitamos a la entidad tomar la cantidad total aportada por la Union Temporal por cada uno de los miembros del proponente plural y otorgar la calificación de HABIL y poder ser calificados los criterios ponderables de la oferta.

Atentamente,



JAVIER TORRES VERGARA
Representante Legal
UNION TEMPORAL CARTAGENA 2013

TRANSCARIBE S.A

NIT. 806.014.488-5

Rad. Int. _____

000790

15 JUL 2013

Fecha y Hora: _____

10:50

Folios 6/6 Anexos - 0 -

RECIBIDO PARA REVISION
NO IMPLICA ACEPTACION

Jtv/archivo