

Bogotá, 03 de marzo de 2020

Señores:

FONDO NACIONAL DE TURISMO

Calle 28 No. 13 A -24, Piso 6° Torre B, Edificio Museo del Parque

Ciudad

REF: Informe preliminar de evaluación invitación abierta a presentar ofertas No-FNTIA-007 de 2020

Nosotros, el suscrito consorcio **TURISMO NARANJA**, de acuerdo con lo establecido en el documento de “Informe preliminar de evaluación- Invitación Abierta a presentar ofertas FNTIA 007-2020” nos permitimos aclarar, frente a la observación:

El proponente **NO CUMPLE** los requisitos financieros establecidos en el capítulo III numeral 3.4, de los términos de referencia definitivos, ya que una vez revisada la información allegada como subsanable se advirtió lo siguiente:

Consortiado **INMARK EUROPA S.A.:**

- La información financiera año 2018 comparativo año 2017 presentada para subsanar solicitud de estados financieros en moneda nacional de Colombia (COP- pesos), contiene información imprecisa en relación con la equivalencia Euro – COP (Pesos Colombianos).
- Se observa distorsión en las cifras de los estados financieros, asociada a la conversión y utilización de la tasa de cambio.

Consortiado **LEO PARTNERS S.L.:**

- La información financiera año 2018 comparativo año 2017 presentada para subsanar solicitud de estados financieros en moneda nacional de Colombia (COP- pesos), contiene información imprecisa en relación con la equivalencia Euro – COP (Pesos Colombianos).
- Se observa distorsión en las cifras de los estados financieros, asociada a la conversión y utilización de la tasa de cambio.

PRIMERO. El jueves 30 de enero se hizo la siguiente consulta en el plazo para “Observaciones a los Términos de la Invitación”:

OBSERVACIÓN No. 4a.

1. *Con relación a los estados financieros:*

a. *¿Qué tasa de cambio se toma para la evaluación de los estados financieros (cálculo de indicadores) cuando la empresa es extranjera? Si son con corte a 31 de diciembre de 2018, ¿la tasa de cambio que se maneja es la de ese mismo día?*

RESPUESTA No. 4.a.

El proponente extranjero a efectos de acreditar y verificar los requisitos habilitantes (estados financieros, notas a los estados financieros y demás) deberá tener en cuenta la tasa representativa del mercado (TRM) vigente en la fecha en la cual los estados financieros fueron expedidos. Dicha tasa de cambio deberá corresponder a la certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Como es evidente, la respuesta es que se debe utilizar la TRM certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, tasa que hemos utilizado para presentar los estados financieros. Es claro, también, que la TRM mide la relación Peso-Dólar, más no la tasa Euro-Pesos. Pero, también es cierto, que la **Superintendencia Financiera de Colombia no genera ni certifica la tasa de cambio EUR-COP, ni tampoco la tasa EUR-USD.** En este sentido, **se identifica un vacío en los términos de referencia y en la respuesta a las observaciones** que queda a interpretación del proponente, lo que conlleva a una “imprecisión” con relación a la tasa utilizada. Si se sigue la instrucción al pie de la letra, la TRM, es decir la tasa de cambio (TRM) sería de \$ 3.250, situación que se presentó en este caso.

SEGUNDO. Como lo que se busca es alcanzar el requisito habilitante, los indicadores financieros habilitantes calculados con la tasa de cambio utilizada, resultan así:

INDICADOR	EXIGENCIA	INMARK	LEO	CONSORCIO (INMARK-LEO)
Liquidez	>=1	1,133789103	2,888035079	1,25
Endeudamiento	<=70%	73,42%	48,99%	69,9%
Patrimonio	>=20%	669,96%	9,15%	36%
Capital de trabajo	>=15%	179%	7,78%	79590522954%

Ahora bien, si se toma la tasa de cambio EUR-USD tomada de la tasa del mercado del 31 de diciembre de 2018 del Banco Central Europeo https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-usd.en.html (1,145) multiplicada por la TRM de la Superintendencia Financiera para el mismo día (3.249,75), la tasa de cambio equivalente sería 1 EUR = 3.720,96 COP. El resultado del cálculo de los indicadores sería el que se presenta a continuación:

INDICADOR	EXIGENCIA	INMARK	LEO	CONSORCIO (INMARK-LEO)
Liquidez	>=1	1,133789103	2,888035079	1,25
Endeudamiento	<=70%	73,42%	48,99%	69,9%
Patrimonio	>=20%	767,10%	10,47%	41%
Capital de trabajo	>=15%	205%	8,91%	91131148782%

Como se puede ver, **la tasa de cambio utilizada (por interpretación abierta de las condiciones y con el ánimo de generar la mayor transparencia posible), no afecta los requisitos habilitantes**, por lo que el proponente, en este cambio **el CONSORCIO TURISMO NARANJA, está en plena capacidad financiera de ejecutar el contrato**. Ahora bien, si esta nueva interpretación que hacemos es la correcta, se anexarán nuevamente los estados financieros con esta tasa de cambio y se podrá ver que no ha habido ningún ánimo de distorsionar los estados financieros, sacando provecho de una tasa de cambio más favorable.

TERCERO. Argumento Jurídico. La Sentencia con Radicación: 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804), Sección Tercera del Consejo de Estado, de febrero 26 de 2014, Consejero Ponente Magistrado ENRIQUE GIL BOTERO, que textualmente señala lo siguiente:

*“...el anterior decreto fue derogado por el **Decreto reglamentario 1510 de 2013**, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. Esto significa que en adelante **las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150**, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: **¿el defecto asigna puntaje al oferente?** Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento **la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente.**”*

*...A la lógica anterior obedece el contenido del parágrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone 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 servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. **Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...”.**”*

Por otra parte, a través de la sentencia de 14 de noviembre de 2014 – Exp. 27.896, se reitera la doctrina contenida en la Sentencia de 26 de febrero de 2014. Exp. 25804 – Evaluación de ofertas y régimen jurídico de Subsanción de requisitos. Al respecto la sentencia, señaló:

“... de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás...”.”

La Sentencia del 12 de noviembre de 2014 del Honorable Consejo de Estado (Expediente 29.855), ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, señaló:

*“...hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: **lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal**, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe...”.*

La misma sentencia, insiste:

*“...Lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección; pero, **no se puede subsanar aquello de lo cual se carece o que no existe al momento de proponer, porque entonces se estaría hablando de la complementación, adición o mejora de la propuesta**, lo cual está prohibido por el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993...”.*

*“...En ese orden de ideas, todos los requisitos habilitantes se deben cumplir al momento de presentar la propuesta, lo que significa que **el oferente no puede pretender adquirir o completar las condiciones mínimas de participación en desarrollo del proceso de selección**...cosa distinta es que, a pesar de cumplir los requisitos habilitantes, la entidad encuentre falencias en la prueba aportada para acreditarlos o que los demás documentos requeridos en los pliegos de condiciones (desde luego que no incidan en la asignación de puntaje) generen dudas o ambigüedades. En estos casos es cuando, precisamente, se abre la posibilidad de “subsanar”, enmendar o rectificar...”.*

Esta posición jurídica ha sido ratificada por Colombia Compra Eficiente, máxima autoridad de contratación estatal en Colombia, a través de la circular externa No 13 del 13 de junio de 2014, donde textualmente ha señalado:

*“...La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- **en su carácter de ente rector del sistema de compras y contratación pública** por medio de la presente circular fija directrices sobre la subsanación de las ofertas en asuntos que no otorgan puntaje en los Procesos de Contratación.*

*...**las Entidades Estatales pueden solicitar a los oferentes subsanar los requisitos de la oferta que no afectan la asignación de puntaje, y los oferentes pueden subsanar tales requisitos hasta el momento de la adjudicación...**”*

*...Si en un Proceso de Contratación hay oferentes que no acreditaron con la presentación de la oferta requisitos que no afectan la asignación de puntaje, la Entidad Estatal en el informe de evaluación debe indicarlo y advertir que la oferta correspondiente no será evaluada hasta que el oferente acredite tales requisitos. **El oferente puede subsanar tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación...**”.*

Como lo hemos demostrado, es claro que los estados financieros en pesos colombianos, es un documento subsanable porque no es un documento calificable.

Ahora bien, que FONTUR cuente con un régimen contractual excepcional, no lo exime de aplicar los principios generales de la contratación pública **de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007** y; en este sentido, **es deber de la entidad, aplicar el concepto de Enrique Gil y las directrices de Colombia Compra con relación a la posibilidad de subsanar documentos que no sean objeto de calificación.**

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, dispone lo siguiente:

"...ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal..."

En otras palabras, no está eximido FONTUR de cumplir con los conceptos del Consejo de Estado, pues los mismos son la forma como las entidades públicas, incluidas las que cuentan con régimen de excepción, deben interpretar las normas de contratación estatal.

CUARTO. Es importante destacar que estamos en términos justos para resolver las inquietudes que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de los requisitos habilitantes, entendiendo que no se han modificado los estados financieros, lo que se ha hecho es interpretar, de manera equivocada (más por un vacío en los términos de referencia y respuesta a observaciones), las condiciones de presentación de estos. De ninguna manera, la tasa de cambio está alterando la posibilidad de habilitar o no, de acuerdo con los términos de la presente convocatoria.

QUINTO. En concordancia con lo anterior, se solicita calcular los indicadores financieros y, por ende, **HABILITAR FINANCIERAMENTE el CONSORCIO TURISMO NARANJA.**

Se anexa a la presente comunicación:

- Certificado Superintendencia Financiera de TRM.
- Estados financieros comparados de Inmark Europa con tasa de cambio ajustada, junto con las correspondientes notas a los estados financieros en pesos y cambios en patrimonio.
- Estados financieros comparados de Leo Partners con tasa de cambio ajustada, junto con las correspondientes notas a los estados financieros en pesos.

Cordialmente,


Jorge Bonilla
REPRESENTANTE LEGAL
CONSORCIO TURISMO NARANJA