

INVITACIÓN ABIERTA A PRESENTAR PROPUESTAS No. FNT – 067- 2016

OBJETO: "CONSTRUCCIÓN DEL SENDERO ECOTURÍSTICO CAPURGANÁ, SAPZURRO, LA MIEL,
EN EL MUNICIPIO DE ACANDÍ, DEPARTAMENTO DE CHOCÓ"

RESPUESTAS OBSERVACIONES

Noviembre 30 de 2016

OBSERVACIONES

1. CONSORCIO SENDERO CAPURGANÁ P&Y 2016

De: julieta.rock@perazza4.com [<mailto:julieta.rock@perazza4.com>]

Enviado el: jueves, 03 de noviembre de 2016 10:34 a.m.

Para: CMIRANDA@FONTUR.COM.CO; Alba Parra <aparra@fontur.com.co>

CC: ricardo.perazza@perazza4.com

Asunto: OBSERVACIONES PROCESO FNT 067 DE 2016

OBSERVACIÓN 1.

RICARDO PERAZA LOPEZ, en mi calidad de representante legal del CONSORCIO SENDERO CAPURGANÁ P&Y 2016, de manera respetuosa me permito generar observaciones al documento de subsanación, en trámite del proceso FNT 067 2016 " CONSTRUCCIÓN DEL SENDERO ECOTURÍSTICO CAPURGANÁ, SAPZURRO, LA MIEL, EN EL MUNICIPIO DE ACANDÍ, DEPARTAMENTO DE CHOCÓ" así:

Difiero del concepto de la entidad que le brinda calificación de inhabilitado al consorcio que represento, desconociendo el cumplimiento de la presentación de carta de crédito como mecanismo de cobertura de riesgos.

Se debe tener en cuenta que FONTUR dispone en sus términos de referencia que:

*<<Así mismo, la garantía **también puede consistir en el otorgamiento de una carta de crédito stand by expedida por una entidad bancaria**, la cual debe cumplir lo contemplado en el presente capítulo y cuyo beneficiario sea el Patrimonio Autónomo FONDO NACIONAL DE TURISMO - FONTUR.>>* subraya y negrilla fuera de texto

En este punto se debe indicar que en cumplimiento de esta condición el CONSORCIO SENDERO CAPURGANÁ P&Y 2016 presentó carta de crédito de entidad bancaria constituida a favor de FONTUR.

Frente a este requisito de la Garantía de Seriedad y sus efectos jurídicos, la Sentencia C-452/99 de la corte constitucional refiere:

*<<La garantía contractual, en tanto **es otorgada por bancos o compañías de seguros sometidas a la inspección y vigilancia del Estado**, aparece como un mecanismo serio y eficaz, que se hace efectivo en un tiempo relativo corto, sin necesidad de acudir a procedimientos o instancias posteriores.*

Pbx:
(1) 3275500

Calle 28 No. 13 A-24. Piso 6° Torre B.
Edificio Museo del Parque.
Bogotá D.C. – Colombia
www.fontur.com.co

Fax:
(1) 6067580

*La exigencia de que los participantes en las licitaciones o concursos de méritos constituyan una garantía de seriedad de sus ofertas permite que a tales procesos de selección, sólo se presenten aquellas personas con la **capacidad técnica y financiera** suficiente como para llevar a buen término la ejecución del contrato de que se trate en caso de que éste les sea adjudicado.>> subraya y negrilla fuera de texto*

Ahora bien, si de lo que se trata es que la carta no cuenta con el lleno de los requerimientos y teniendo en cuenta que el documento presentado como garantía de seriedad está incluido dentro de nuestro ofrecimiento, solicitamos respetuosamente a la entidad, requerir las correcciones que crea necesarias en cumplimiento de lo estipulado en el pliego de condiciones:

<<En caso que la garantía de seriedad de la propuesta sea expedida sin el lleno de los requerimientos de estos términos de referencia, este hecho será subsanable y el proponente deberá remitir las correcciones del caso en el término que le fije FONTUR, lo cual será solicitado por escrito.>>

Finalmente en cumplimiento de los principios de SELECCIÓN OBJETIVA, DEBIDO PROCESO Y TRANSPARENCIA identificamos que el CONSORCIO SENDERO CAPURGANA P&Y 2016 cumple con los requisitos mínimos habilitantes y por ende debe poseer la condición de HABILITADO en el proceso en mención.

Agradezco de antemano la atención, Quedo atento a sus comentarios, Buen día

Cordialmente



RICARDO PERAZZA
Representante Legal
Consortio Sendero Capurgana P&Y 2016

RESPUESTA 1.

De acuerdo con su comunicación, es necesario aclarar que el documento publicado en la página WEB de FONTUR y el SECOP nominado Solicitud de Documentos Subsanales o Aclaratorios el día 31 de octubre de 2016, es un documento enunciativo y no está sujeto a observaciones por parte de los proponentes, no obstante el Fondo da respuesta a su comunicación en los siguientes términos.

Frente a su afirmación en la que argumenta que el documento presentado a folio 114 de su propuesta, es una Carta de Crédito *Stand By*, cumpliendo con los requisitos señaladas en el numeral

3.1.10. Garantía de Seriedad de la Propuesta de la invitación abierta FNT-067-2016, el Fondo se apeg a lo establecido en el artículo 1408 y siguientes del Código de Comercio, en los cuales se establecen las condiciones generales de las cartas de crédito, en razón a la definición del Crédito Documentario y sus características, aunada a la definición del Concepto 2005016622-3 del 10 de junio de 2005 de la Superintendencia Financiera de Colombia que nos dice:

“Sobre las primeras, esto es, las cartas stand by, son básicamente una garantía de cumplimiento o de pago. Así mismo, frecuentemente son llamadas “cartas de crédito de incumplimiento”, pues se ejecutan sólo cuando el vendedor no ha cumplido su obligación. La particularidad de estas cartas de crédito es que son abiertas por el vendedor a favor del comprador, a manera de garantía por el cumplimiento de las obligaciones del vendedor hacia el comprador. Las cartas de crédito stand by se utilizan para garantizar, entre otras, las obligaciones consistentes en devolución de préstamos, ejecución de obras, entrega de mercadería por parte de terceros etc. Sobre su naturaleza jurídica, ha manifestado esta Superintendencia lo siguiente:

“(…) si tenemos la naturaleza de la carta de crédito stand-by de acuerdo a las normas de la caución, esta será personal, por consiguiente es pertinente tipificarla como una fianza, la cual, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2361 del Código Civil, se encuentra definida como ‘(...) una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple’; elementos que permiten definir a la carta de crédito stand-by como una garantía personal o de firma, la cual pese a no guardar un rigor técnico jurídico determinado que permita incorporarla dentro de la clasificación general de las garantías, de acuerdo con su función posee el mismo objeto de garantizar o respaldar una obligación” (SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Concepto 93018311-2 del 28 de febrero de 1994, reiterado en oficio 1999007065-2 del 26 de marzo de 1999.)” (Negrita y subraya fuera del texto)

Esta definición nos da el sustento suficiente para que la Carta de Crédito Stand By, sea valorada y suficientemente necesaria como garantía de seriedad de la oferta por parte de los proponentes en las invitaciones abiertas de FONTUR, así mismo el artículo 1409 del Código de Comercio, advierte el contenido de la Carta de Crédito, así:

“ARTÍCULO 1409. <CONTENIDO DE LA CARTA DE CRÉDITO>. La carta de crédito deberá contener:

- 1) El nombre del banco emisor y del corresponsal, si lo hubiere;*
- 2) El nombre del tomador u ordenante de la carta;*
- 3) El nombre del beneficiario;*
- 4) El máximo de la cantidad que debe entregarse, o por la cual puedan girarse letras de cambio a cargo del banco emisor o del banco acreditante;*
- 5) El tiempo dentro del cual pueda hacerse uso del crédito, y*
- 6) Los documentos y requisitos que deban presentarse o ser acreditados para la utilización del crédito.”*

De acuerdo con lo anterior, y revisando el contenido del documento por usted allegado a folio 114 de su propuesta, tenemos que:

1. Si de acuerdo a la función que cumple, se puede incorporar a la clasificación de las garantías (Superentendida Financiera de Colombia), esta debió ser constituida por los integrantes del CONSORCIO SENDERO CAPURGANA P&Y 2016 conformado por la sociedad PERAZZA S.A.S con una participación del 49% y la persona natural YAMILL MONTENEGRO CALDERÓN con una participación del 51% y como se puede observar dentro del documento mencionado, el Banco de bogota informa a solicitud del interesado PERAZZA SAS NIT: 900.156.700-2 no menciona en ningún lugar al CONSORCIO SENDERO CAPURGANA P&Y 2016.
2. En razón al artículo 1409 del Código de Comercio, el documento no menciona el nombre del tomador u ordenante de la carta
3. En razón al artículo 1409 del Código de Comercio, el documento no menciona el nombre del beneficiario
4. En razón al artículo 1409 del Código de Comercio, el documento no menciona máximo de la cantidad que debe entregarse
5. En razón al artículo 1409 del Código de Comercio, el documento no menciona el tiempo dentro del cual pueda hacerse uso del crédito
6. En razón al artículo 1409 del Código de Comercio, el documento no menciona los documentos y requisitos que deban presentarse o ser acreditados para la utilización del crédito

El documento allegado presenta la siguiente información que no la configura como Carta de Crédito Stand By:

1. Interesado: PERAZZA SAS NIT: 900.156.700-2
2. Cupo de Crédito aprobado: \$310.000.000 el cual está disponible para cubrir licitación
3. Se expide con destino al Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo FONTUR NIT: 900.649.119-9

Por otro lado, tenemos que en su comunicación alude el tema de la subsanabilidad de la documentación allega, de no tener esta, el lleno de los requerimientos, para este tipo de situaciones FONTUR se acoge a lo expresado por el Consejo de Estado en pronunciamiento del día doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014) Radicación: 25000232600020020160601, Expediente: 29.855, que habla de la subsanabilidad de los requisitos habitantes que no otorgan puntaje dentro de los procesos de contratación, en esta providencia se explica que aunque los requisitos habilitantes son de naturaleza subsanables, se deben hacer precisiones a este tipo de requisitos al momento de presentar una propuesta en el evento de no cumplir con el lleno de estos requisitos.

La Sala de lo Contencioso Administrativo aclara lo siguiente, en razón a los requisitos habilitantes:

"No obstante, lo anterior no implica que los requisitos habilitantes, es decir, aquellas condiciones mínimas que debe cumplir el oferente puedan ser subsanados. En este punto, 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.

Lo anterior supone que 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.

Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en los pliegos de condiciones (art. 30, num. 6, Ley 80 de 1993); por ende, al momento de presentar la propuesta se deben cumplir y acreditar la totalidad de las condiciones mínimas de participación (requisitos habilitantes) y se deben aportar los documentos que, atendiendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, establezcan los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza del contrato que se pretende celebrar, para que la propuesta, en su integridad, pueda ser analizada y evaluada por la administración eficazmente y con austeridad de medios y de gastos (artículo 25, numeral 4, Ley 80 de 1993).

Lo anterior significa que el oferente, al momento de presentar su propuesta, debe cumplir y acreditar los requisitos habilitantes (atinentes al oferente) de capacidad jurídica, de capacidad financiera, las condiciones de experiencia y las de organización, en la forma contemplada en los pliegos de condiciones.

En efecto, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 dice que “La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección ...”, de modo que si un oferente no cumple esos requisitos mínimos de participación (habilitantes), sencillamente no debe acudir al proceso de selección; de hacerlo, su propuesta no puede ser estimada.”

En este orden de ideas y al analizar la providencia de expedida por el Consejo de Estado, entendemos que para la presentación de la propuesta, cada uno de los proponentes interesados en participar en el proceso de contratación, deben allegar Garantía de Seriedad de la Propuesta expedida por una Compañía Aseguradora o Carta de Crédito Stand By expedida por una entidad Bancaria, el requisito debe estar cumplido a la fecha de hora y cierre de las propuestas para que el requisito se entienda aceptado, ya que de no ser así, se entienda como un requisito habilitante imposible de subsanar ya que como lo expresa la Sala, no es posible subsanar un requisito o condición que no existió a la fecha y hora del cierre y entrega de propuestas.

De acuerdo con las facultades de FONTUR y en aras al cumplimiento de los principios rectores que usted menciona en su comunicación, como lo son la Selección Objetiva, el Debido Proceso y

Transparencia, le informamos que se ha requerido por medio escrito a la Dirección Jurídica del BANCO DE BOGOTA para que nos confirme si el documento allegado, es una Carta de Crédito Stand By, y si esta cumple con todos los requisitos exigido por la ley frente a este tipo de Crédito Documentario, toda vez que de ser así, este documento crea obligaciones del BANCO DE BOGOTA para con FONTUR.

COMITÉ EVALUADOR

Pbx:
(1) 3275500

Calle 28 No. 13 A-24. Piso 6° Torre B.
Edificio Museo del Parque.
Bogotá D.C. – Colombia
www.fontur.com.co

Fax:
(1) 6067580