

GN-2022010

Bogotá, Febrero 11 de 2022

Señores:

**COMITÉ DE EVALUACION
MINISTERIO DE TRANSPORTE**

Referencia: Subsanción al Informe preliminar de evaluación de las propuestas presentadas dentro del proceso LP-020-2021. Causales de Rechazo.

Frente a lo referido en el capítulo correspondiente a las recomendaciones al Ministerio de Transporte, se dará respuesta a los numerales que contienen la argumentación del evaluador, desvirtuando los principios que sustentan dicha recomendación, así:

1. Causal de Rechazo 1 Inhabilidad.

Una de las sociedades que integran esa estructura plural corresponde a Servicios & Soluciones Seguras S.A.S., la cual -según el anexo de beneficiarios reales- tiene como socio (con participación del 30% de las acciones) a Lisandro Manuel Junco Riveira, identificado con cédula 80.181.735, quien -a su vez- es el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, conforme al Decreto 225 del 2 de marzo de 2021 y al Sistema de Información y Gestión del Empleo Público -SIGEP, calidad ostentada al momento de presentar la oferta, esto es, de participar de la licitación. De manera que sobre ese funcionario y el oferente recae la inhabilidad contenida en el inciso 1 del artículo 127 de la Constitución Política, que instaura: “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”, en concordancia con el artículo 8, literal f, de la Ley 80 de 1993: “Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades

estatales: [...] Los servidores públicos”. En punto de la celebración de contratos por interpuesta persona, ha señalado el Consejo de Estado que se consuma cuando el servidor público es socio de una sociedad de personas o cuando puede tener control de una persona jurídica, vehículo con el que se participa y se celebrará el contrato estatal. Con la normativa vigente, especialmente, el artículo 16 de la Ley 2155 de 2021 se advierte que -entre otros- quienes controlan a una persona jurídica son los beneficiarios finales y, dentro de estos, se encuentra a la: “Persona natural que, actuando individual o conjuntamente, sea titular, directa o indirectamente, del cinco por ciento (5%) o más del capital o los derechos de voto de la persona jurídica, y/o se beneficie en cinco por ciento (5%) o más de los activos, rendimientos o utilidades de la persona jurídica”. A su turno, con fundamento en el parágrafo 3 del artículo citado, la DIAN, con la Resolución 164 de 2021 (que rige desde el 15 de enero de 2022), define el control (en el artículo 1) así: “La persona natural ejerce control sobre una persona jurídica cuando, actuando individual o conjuntamente, tiene la potestad de tomar y/o imponer decisiones relevantes en la administración dirección o gestión de la persona jurídica a través de la titularidad directa o indirecta” y el control efectivo de la siguiente manera: “La persona natural ejerce control sobre una estructura sin personería jurídica o similar cuando tiene la potestad de tomar y/o imponer decisiones relevantes en la administración, dirección o gestión de la estructura sin personería jurídica o similar”. Como se ha visto, el funcionario, Director de la DIAN, es socio y pertenece a la Asamblea de Accionistas con el 30% de participación de una sociedad que, junto a otras, ha presentado Oferta, configurándose -así- todos los presupuestos (constitucionales, legales, jurisprudenciales y reglamentarios) de la inhabilidad explicada. A pesar de ello, en el Anexo 2-Declaración de Integridad se afirmó, tanto por el oferente plural como por su integrante Servicios & Soluciones Seguras S.A.S. que ninguno de sus socios o accionistas “se hallan incurso en alguna causal de inhabilidad”. Esta situación, con la expresada enseguida, constituyen otra causal de rechazo de la Oferta.

RESPUESTA:

Sea lo primero indicar que si bien se reportó como beneficiario real al señor LISANDRO JUNCO RIVEIRA, en calidad de accionista, se incurrió en error involuntario en el

diligenciamiento del formato, dado que dicha condición la ostentó hasta el día 3 de enero de 2022, y aún a pesar que la persona en mención hace parte del mismo beneficiario real por los lazos de consanguinidad con los accionistas de dicha Compañía, no es cierto que por este hecho recaiga sobre él o sobre la Promesa de Sociedad Futura una inhabilidad, como se pasa a exponer:

En gracia de discusión, considerando que el señor LISANDRO JUNCO RIVEIRA es beneficiario real de la Compañía, no se cumplen los presupuestos normativos indicados en la evaluación, ya que eventualmente quien podría celebrar el contrato con el Ministerio de Transporte, que se derive de este proceso de selección, sería la sociedad que se constituya por parte de los miembros de la estructura plural, conforme con la promesa de sociedad futura allegada en la propuesta.

En segunda instancia, no es cierto que el eventual contrato llegare a suscribirse se hiciera con una persona interpuesta por el señor LISANDRO JUNCO RIVEIRA, al no configurarse las premisas citadas, en tanto que la empresa Servicios & Soluciones Seguras S.A.S. es una sociedad de capital constituida en el año 1999, no se creó como vehículo para celebrar el contrato estatal, el mencionado señor no ejerce control sobre ella y mucho menos lo tendría respecto de la sociedad que llegare a conformarse con ocasión de la adjudicación del proceso de selección.

Nótese que la empresa en mención hace parte de la Promesa de Sociedad Futura, con una participación del 10%, por lo que a pesar de que se considere beneficiario real por efecto de la consanguinidad, no podría considerarse beneficiario final en los términos de la Resolución 164 de 2021, siendo relevante indicar que el pliego de condiciones no se refiere a beneficiarios finales sino reales, bajo el concepto indicado en el numeral 1.4.10. del Pliego de Condiciones.

Adicionalmente, se aclara que la participación de esta Promesa de Sociedad Futura en el presente proceso se adelanta ante el Ministerio de Transporte, por lo que es claro que no se trata de la Entidad a la que presta sus servicios el señor LISANDRO JUNCO RIVEIRA, quien como se indicó en la evaluación ocupa un cargo de nivel directivo en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Por esta razón, estimamos que no existe inhabilidad por parte del proponente Promesa de Sociedad Futura CIRCULEMOS COLOMBIA SAS, especialmente si se tiene en cuenta que respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, ha considerado que:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Por las razones expuestas el contenido del Anexo 2-Declaración de Integridad es correcto, en tanto que el oferente plural y sus integrantes, entre ellos la empresa Servicios & Soluciones Seguras S.A.S., sus socios o accionistas no se hallan incurso en causal de inhabilidad y no existe razón para el rechazo de la oferta en los términos indicados.

Así mismo, se remite el certificado de existencia y representación legal de SERVICIOS Y SOLUCIONES SEGURAS S.A.S de fecha 25 de Enero de 2022. Es de anotar que la información suministrada es subsanable, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018:

“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. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta.

Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”.

2. Causal de Rechazo 2. Multas.

El Pliego de Condiciones prevé en el numeral 2.3.6., en cumplimiento -entre otros- del principio de transparencia, que se rechazarán las ofertas “cuando el Ministerio verifique que el Oferente presentó información o documentación falsa, incorrecta o incompleta”. No obstante, Data Tools S.A., integrante del Oferente Promesa de Sociedad Futura Circulemos Colombia SAS afirmó -sin limitar tal declaración a contratos del régimen exceptuado- que: “Con la firma del presente documento, bajo la gravedad de juramento me permito certificar que **DATA TOOLS S.A.**, identificada con **NIT 830.031.757-0**, NO le han hecho efectiva la garantía de seriedad de OFERTA u otra garantía, ni se ha realizado el pago para evitar la ejecución de la misma en la etapa precontractual, NO ha sido sancionada por incumplimiento en la etapa contractual (multas o penal pecuniaria) por entidades públicas o privadas en los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de presentación del presente proceso de selección”. Esa información no corresponde a la realidad, por cuanto se ha constatado en el Registro Único Empresarial y Social -RUES que reporta una multa en firme en el contrato 2007-071 con el Distrito Capital, impuesta mediante Resolución 010 del 29 de enero de 2019. Situación que, por demás, no es pasible de subsanación, en tanto corresponde a un elemento que influye en la calificación y comparación de las ofertas, en cumplimiento del numeral 2.2.5 del Pliego de Condiciones: “Si producto la verificación que realiza el Ministerio, en los términos de la Subsección 2.2.4.7, encuentra que alguno de los Oferentes o integrantes de los Oferentes Plurales o sus representantes legales tiene algún antecedente, multa ,contravención o declaración de incumplimiento (de los identificados en la sucesión Subsección 2.2.4.7) que no generen una inhabilidad para contratar con el Ministerio, sobre el puntaje que se les asigne con base en la fórmula anterior, se realizará el siguiente descuento: un (1) punto por cada concepto identificado y por cada integrante”. En casos como el descrito, el Consejo de Estado ha considerado que “o solo a la administración se le obliga a dirigir procesos claros y objetivos para seleccionar contratistas, sino que también compete y es obligación de los proponentes brindar información, clara,

cierta, completa y objetiva en sus ofertas, para que de esa manera se le proporcione a la administración las herramientas y conocimientos sobre los cuales proceden a hacer una selección objetiva que más convenga y proteja los intereses públicos. Entonces, no es simplemente porque la cláusula de rechazo estipulada en el pliego de condiciones así lo mande, sino porque en armonía con el numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80, se encuentra ajustada a la legalidad. Así pues, obsérvese que con el dato impreciso –experiencia- el resultado es completamente diferente a si se hubiese obtenido la información verdadera, o sea, que si está incidiendo en la comparación de ofertas, lo cual inmediatamente se traduce en una causal justificada de rechazo. Al estudiar el caso concreto, nos encontramos que el proponente [...] incluyó en su propuesta información relevantemente imprecisa e incorrecta, al certificar como experiencia exitosa el contrato No. 089 de 2000, cuando este no ostentaba dicha calidad, por cuanto dentro del mismo se profirieron unas sanciones correspondientes a daños ambientales por el daño de árboles destinados a permanecer, es más, el hecho que dicha sanción no se haya registrado en el RUP, no quiere decir que no se le haya impuesto y hecho efectiva”.

RESPUESTA

Frente al planteamiento del evaluador es pertinente indicar que el pliego de condiciones en el numeral 2.2.4.7. Verificaciones que realizará el Ministerio, indicó:

“v. Multas o declaraciones de incumplimiento en contratos estatales, de acuerdo con lo reportado en el Registro Único de Proponentes o en contratos de régimen exceptuado pero que involucren recursos públicos.

Los Oferentes Individuales o integrantes de Oferentes Plurales nacionales, para efectos de la verificación de la existencia de multas o declaraciones de incumplimiento en contratos estatales deberán presentar su Registro Único de Proponentes vigente y para contratos de régimen exceptuado pero que involucren recursos públicos, una declaración juramentada indicando las multas o declaraciones de incumplimiento contractual que les hayan sido impuestas o declaradas durante los últimos tres (3) años, contados desde la Fecha de Cierre”.

De conformidad con lo anterior es claro que la fuente de información definida normativamente y en el Pliego para establecer las multas es el Registro Único de Proponentes y no el RUES como se indicó por el evaluador.

En cuanto a la declaración definida en el pliego de condiciones, la misma tenía como finalidad declarar únicamente y exclusivamente lo relacionado con contratos de régimen exceptuado que involucren recursos públicos, en tal sentido, Data Tools S.A. emitió certificación frente a que no tiene multas ni declaraciones de incumplimiento contractual dentro de los últimos tres (3) años, lo cual es correcto, ya que no ha sido sancionada por este tipo de entidad o contrato durante el período señalado.

En tal sentido, se precisará el alcance del documento mencionado y se aclara que la multa indicada en el RUES corresponde a aquellas que se registran por parte de la Cámara de Comercio, impuesta por la Secretaría Distrital de Movilidad, que ya no aparece en el RUP, toda vez que fue impuesta en la vigencia 2019.

Cordialmente,



OSCAR ALFONSO MUÑOZ GARZON

Representante

PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CIRCULEMOS COLOMBIA SAS integrada por DATA TOOLS S.A, CROMASOFT LTDA y SERVICIOS & SOLUCIONES SEGURAS SAS