

Bogotá D.C.,

Destino: GOBERNACION DE ANTIOQUIA



No. 20162400083861

Fecha Radicado: 2016-02-12 12:45:13

Anexos: 4 FOLIOS

Coljuegos

Doctora

OFELIA ELSY VELÁSQUEZ HERNÁNDEZ

Gerente

BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA – BENEDAN -

Carrera 47 No. 49 12 Edificio de la Beneficencia de Antioquia

Medellín, Antioquia

REFERENCIA: Proceso Licitatorio No. 001 - 2016 - Observaciones a los documentos Estudios
Previos y Proyecto de Pliegos de condiciones.

Respetada Doctora:

En cumplimiento de la función de vigilancia establecida en el numeral 7º del artículo 2º del Decreto 4144 de 2011 el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar -CNJSA-, a través de su Secretaría Técnica ha realizado la verificación de los documentos que soportan el proceso de licitación pública por medio del cual se pretende adjudicar la concesión para operar el juego de apuestas permanentes o chance, en el Departamento de Antioquia, al respecto se presentan las siguientes observaciones:

1. SOBRE EL CÁLCULO DEL VALOR DEL CONTRATO

Esta Secretaría revisó el cálculo del valor del contrato proyectado por la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA - BENEDAN, en el proyecto de pliego de condiciones publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, encontrando que:

El procedimiento utilizado por la Beneficencia, guarda congruencia con la metodología señalada en el artículo 23 de la Ley 1393 de 2010, la cual fue explicada en el concepto emitido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar con el radicado 20132400164831 del 4 de julio de 2013.

Adicionalmente el valor del contrato también debe ser proyectado para toda la vigencia del mismo, aplicando un porcentaje de crecimiento proyectado del Índice de Precios al Consumidor para cada año del contrato, de manera que se sostengan las ventas y se procure su crecimiento como arbitrio rentístico para la salud, razón por la cual esta Secretaría recomienda que dicha proyección se realice teniendo en cuenta la meta de inflación establecida por el Banco de la República que para este año está fijada en $3\% \pm 1$ puntos porcentuales.

2. SOBRE EL PROCESO LICITATORIO

“AVISOS DE CONVOCATORIA”

Respecto al aviso de convocatoria, se recomienda realizar las publicaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 224 del Decreto 019 de 2012, el cual señala que Dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendario anteriores a la apertura de la licitación se publicarán hasta tres (3) avisos con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, esto en razón a que se ha publicado un aviso de convocatoria.

“CRONOGRAMA. Numeral 1.6”

Las siguientes observaciones respecto al cronograma fijado para el proceso de licitación están fundamentadas en lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015 *“Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”*.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 el cronograma es el documento en el cual la Entidad Estatal debe establecer las fechas, horas y plazos para las actividades propias del Proceso de Contratación y el lugar en que estas se llevaran a cabo.

Por lo tanto, esta Secretaría estima que se debe tener en cuenta que el artículo 2.2.1.1.2.1.4 señala que los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos durante un término de diez (10) hábiles, en el caso en particular el término fijado no cumple con este requisito en razón a que sólo se conceden ocho (8) días hábiles para la presentación de observaciones, por lo cual se solicita hacer la modificación pertinente.

Respecto al plazo para expedir adendas, según el artículo 2.2.1.1.2.2.1 la entidad estatal debe publicar las adendas con tres días hábiles anteriores al vencimiento del plazo para presentar propuestas, situación que no está siendo considerada en el cronograma, en razón a que no se toman los tres días hábiles señalados para tal fin.

De otra parte, se recomienda incluir en el cronograma la fecha de suscripción del contrato, así como, la fecha de su publicación en el SECOP.

“LEGISLACIÓN APLICABLE. Numeral 1.11”

Al analizar los estudios previos y el pre pliego de condiciones se pudo observar que la Beneficencia indica que el proceso de licitación y el contrato de concesión estarán sujetos en lo específico a ciertas normas, sobre las cuales se presentan las siguientes observaciones:

- Resolución 1270 de 2003: Esta norma fue derogada por la Resolución 5430 de 2009 del Ministerio de la Protección Social por la cual se establecen los indicadores de gestión, eficiencia y rentabilidad de las empresas operadoras del juego de apuestas permanentes o chance, la cual fue adoptada y modificada por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar por medio del Acuerdo 074 de 2013.
- Resolución 142 de 2006 UIAF: La cual no se encuentra vigente. Al respecto es necesario aclarar que las disposiciones vigentes que son aplicables a los juegos de suerte y azar del orden territorial son la Resolución 022 de 2015 de la UIAF y el Acuerdo 097 modificado por el Acuerdo 237 ambos expedidos por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar.

Adicionalmente, es necesario incluir la Resolución 27 de 2008 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud por la cual se establece el diseño del formulario de declaración de los derechos de explotación, gastos de administración e intereses del juego de apuestas permanentes o chance y en consecuencia modificar tanto en estudios previos como en el pre pliego de condiciones dentro del literal que hace referencia al *“FORMATO PARA LA DECLARACIÓN, LIQUIDACION Y PAGO DE LOS*

DERECHOS DE EXPLOTACIÓN", ya que en este párrafo se hace erróneamente referencia a la circular externa 047 de 2007, siendo la disposición correcta la Resolución 027 de 2008.

"DEFINICIONES. Numeral 1.14"

Respecto a la definición de "COMERCIALIZADOR" esta Secretaría considera que este concepto se debe ajustar a lo establecido en el artículo 2.7.2.1.2 del Decreto 1068 de 2015, el cual hace referencia a los colocadores del juego de apuestas permanentes o chance.

"FORMATO PARA LA DECLARACIÓN, LIQUIDACIÓN Y PAGO DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN", se debe modificar esta definición según lo establecido en la Resolución 027 de 2008 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

"PROCESO DE CONTRATACIÓN" se señala que es el "Conjunto de etapas y procedimientos a través de los cuales COLJUEGOS se propone seleccionar una propuestas para la realización del objeto definido en el Pliego de Condiciones", se recomienda modificar esta definición, adoptar la disposición contenida en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 y eliminar la palabra "COLJUEGOS".

"CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL. Numeral 2.1.3"

En este numeral la Beneficencia de Antioquia permite que los consorcios o uniones temporales presenten ofertas para la adjudicación del contrato, no siendo viable esta participación en razón a lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 643 de 2001 sólo las personas jurídicas podrán ser concesionarias para la explotación de actividades propias del monopolio de juegos de suerte y azar.

Ahora bien, respecto a las uniones temporales, figuras admitidas en el artículo 7 de la ley 80 de 1993 para efectos de contratación estatal es claro que estas no crean una persona jurídica nueva e independiente de los miembros que conforman dichas asociaciones, tal y como se ratifica en sentencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera-Sala Plena, expediente No. 19.933, de fecha 25 de septiembre de 2013, por la cual se unifica la jurisprudencia en relación con la capacidad procesal de los consorcios y a las uniones temporales y se indica:

"En relación con las Uniones Temporales y los Consorcios, figuras descritas en el artículo 7 de la Ley 80 y autorizadas expresamente en el artículo 6 de ese mismo estatuto para "(...) celebrar contratos con las entidades estatales (...)", cabe señalar que resulta evidente que se trata de agrupaciones de contratistas u organizaciones empresariales que no configuran una persona jurídica nueva e independiente respecto de los miembros que las integran. En ese sentido, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados; así pues, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha expresado que "[E]l consorcio es entonces una forma no societaria de relación o de

vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, (...)"

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-031 del 28 de enero de 2003 al revisar la norma general del artículo 7° de la Ley 643, señala:

"En efecto, si bien el artículo 7° de la Ley 643 de 2001 presenta problemas de redacción, una lectura detenida del mismo permite observar que hay dos regímenes diferentes, el de concesión o contratación - para lo cual es necesario tener la condición de persona jurídica - y el de autorización, para lo cual basta ser persona capaz.

Esta distinción se hace manifiesta a lo largo de la Ley 643 de 2001. Así, por ejemplo, sólo pueden ser operados por personas jurídicas las loterías, los juegos de apuestas permanentes o chance y los juegos localizados.

(...)

La expresión acusada tampoco vulnera el derecho de asociación. En efecto, ella no exige que las personas naturales o asociaciones que carecen de personería jurídica se constituyan en personas jurídicas, sino que fija un requisito para la explotación del monopolio de juegos de suerte y azar (...)."

De acuerdo con lo anterior se puede concluir que los consorcios y uniones temporales no pueden ser operadores del juego de apuestas permanentes o chance, en consecuencia esta Secretaría Técnica recomienda se excluya toda posibilidad de participación de dichas asociaciones, así como la referencia que se hizo en todos los literales y párrafos de los estudios previos y pre pliego de condiciones.

"LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Numeral 2.1.12"

En este numeral se hace referencia a la participación de Consorcios y Uniones Temporales, al respecto esta Secretaría reitera la inviabilidad de su participación en el proceso licitatorio.

"REQUISITOS HABILITANTES FINANCIEROS. Numeral 2.2"

La Beneficencia de Antioquia establece como condición para la acreditación de los requisitos habilitantes financieros la presentación de los estados financieros básicos¹ con excepción del estado de flujos de efectivo, respectivamente acompañados de las notas a los estados financieros, "debidamente certificados por el revisor fiscal y el representante legal", frente a esta exigencia es pertinente que se aclararen los conceptos "Estados financieros certificados" y "Estados financieros dictaminados" establecidos en la Ley 222 de 1995².

Adicionalmente, se exige la presentación de dichos documentos para las vigencias 2012, 2013 y 2014, frente a esto es necesario se considere exigir también la presentación de los estados financieros básicos de la vigencia 2015 con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 2349 de 1993 y la Ley 222 de 1995, esta sugerencia está fundamentada en lo establecido en el artículo 56 del

¹ Decreto 2349 de 1993 Artículo 21.

² Ley 222 de 1995 Artículos 36, 37 y 38.

Decreto 2349 de 1993³, atendiendo que a la fecha establecida como límite para la presentación de propuestas la información contable se debe encontrar disponible.

Por otra parte, atendiendo a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 22 de la Ley 643 de 2001 el cual establece que "Los operadores privados de esta modalidad de juego deberán tener un patrimonio técnico mínimo, otorgar las garantías y cumplir los demás requisitos que para tal efecto les señale el reglamento expedido por el Gobierno Nacional."(Subrayado fuera del texto), es necesario que atendiendo las características propias del objeto a contratar y las condiciones mínimas necesarias para garantizar la operación y ejecución del contrato, se fije un indicador de patrimonio mínimo requerido como criterio habilitante para el proceso de selección.

"PORCENTAJE DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN.- 600 PUNTOS Numeral 3.1.1."

Se recomienda revisar la pertinencia de fijar este indicador como criterio calificable, toda vez que el artículo 23 de la Ley 643 de 2001 establece como obligación para los concesionarios del juego de apuestas permanentes pagar mensualmente el 12% de los ingresos brutos a título de derecho de explotación, de modo que no resulta procedente fijar un porcentaje diferente como obligación contractual a cargo de la empresa proponente que resulte seleccionada.

Para el caso se recomienda se identifique dentro de los objetivos que persigue la Beneficencia con el proceso de contratación, un criterio o condición que el proponente seleccionado deba cumplir durante la ejecución del contrato y que sea susceptible de ponderación.

"TERMINALES DE VENTA – 300 PUNTOS Numeral 3.1.2."

Respecto a la forma como se califica este requisito, se recomienda modificar el procedimiento por medio del cual se asignan los puntos a cada proponente en función de las terminales de venta exigidos, esto teniendo en cuenta que como se encuentra formulada actualmente la asignación de puntaje, el ofrecer sólo una maquina adicional puede ser el factor determinante para que un proponente sea seleccionado, aun cuando para los demás criterios de calificación sea el que brinde condiciones menos favorables.

Así pues, se recomienda que una vez fijado el mínimo de terminales que se espera sean ofrecidos por las personas jurídicas que participen en el proceso de selección, se establezca un procedimiento similar al fijado para el criterio de calificación "*Porcentaje de Derechos de Explotación*" para la asignación del puntaje.

"FACTORES DE DESEMPATE. Numeral 3.2"

En este numeral se señala el procedimiento establecido por la Beneficencia de Antioquia para el desempate, también se indica que en caso de persistir el empate se utilizará lo establecido en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015, al respecto es necesario advertir que el numeral 4° de este

³ Decreto 2349 de 1993 **ARTICULO 56. ASIENTOS.** Con fundamento en comprobantes debidamente soportados, los hechos económicos se deben registrar en libros, en idioma castellano, por el sistema de partida doble. Pueden registrarse varias operaciones homogéneas en forma global, siempre que su resumen no supere las operaciones de un mes. Las operaciones deben registrarse cronológicamente. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los asientos respectivos deben hacerse en los libros a más tardar en el mes siguiente a aquél en el cual las operaciones se hubieren realizado. Dentro del término previsto en el inciso anterior, se deben resumir los movimientos débito y crédito de cada cuenta y establecer su saldo. Cualquier error u omisión se debe salvar con un nuevo asiento en la fecha en que se advirtiere."(Subrayado fuera del texto)

artículo no es aplicable al proceso licitatorio por la inviabilidad de la participación de los consorcios y uniones temporales.

Igualmente respecto al numeral 5 de este mismo artículo, es necesario que se determine el método aleatorio que se utilizará para seleccionar el oferente.

Por lo anterior es necesario que se realicen las modificaciones correspondientes.

"OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. Numeral 8.13"

REGISTRO DE COMPRA A TRAVÉS DE INTERNET

Se indica en los estudios previos como en el pre pliego de condiciones que el *"registro de la compra a través de internet deberá garantizar el cumplimiento por parte de El Concesionario del artículo 25 de la Ley 643 de 2001. El o los portales para dichos efectos deberán cumplir con los controles de seguridad establecidos en el anexo A de la norma ISO 27001 o sus respectivas modificaciones durante la ejecución del contrato, en los controles que sean aplicables."*

Al respecto esta Secretaría considera que es necesario informar, que por el hecho de no existir reglamento para la comercialización o venta del juego de apuestas permanentes por internet, no es viable la utilización de este recurso hasta que exista pronunciamiento por parte del CNJSA, ya que de acuerdo con el Decreto 4144 de 2011 es quien tiene la función de *"Aprobar y expedir los reglamentos y su modificaciones de las distintas modalidades de juegos de suerte y azar, cuya explotación corresponda a las entidades territoriales."*

OBLIGACIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Se plantea la obligación de acreditar anualmente la certificación en ISO 26000, frente a esta exigencia la Secretaría Técnica atendiendo que las organizaciones deben operar de una manera socialmente responsable considera pertinente que se fije un anexo donde se requiera el compromiso de implementar la certificación ISO 26000 para las empresas proponentes que a la fecha de presentación de propuestas no hayan implementado la norma en mención.

En este documento se podrá fijar un cronograma de actividades para el proceso de certificación y recertificación a que se compromete la empresa seleccionada so pena de aplicación de amonestaciones por el incumplimiento de los tiempos fijados en el calendario fijado.

ANEXOS

Ante la inviabilidad de la participación de consorcios y uniones temporales, no aplica formulario Constitución de Uniones Temporales, por tanto se recomienda sea retirado del documento "Proyecto de Pliego de Condiciones".

MINUTA DEL CONTRATO

Se recomienda incluir tanto en pliegos de condiciones como en la minuta del contrato la **expresa** prohibición de cesión del respectivo contrato de concesión, esto en razón a que el artículo 22 de la Ley 643 de 2001 es claro al determinar que *"Sólo se podrá operar el juego de apuestas permanentes o*

chance, a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años. Previo el agotamiento del procedimiento de licitación pública" (Subrayado fuera del texto).

Por lo cual, es necesaria la modificación de la CLAUSULA NOVENA de la minuta del contrato, en la que se señala que "el contrato no podrá ser cedido por el CONCESIONARIO, salvo autorización escrita y expresa de EL CONCEDENTE", lo cual no es posible en razón a que sólo se podrá operar el juego a través de terceros seleccionados mediante licitación pública⁴, quedando claro el concedente no puede permitir, ni autorizar la cesión expresa o tácita del contrato, como tampoco la delegación de obligaciones como el control de las ventas, del inventario de formularios, el escrutinio, el pago de premios, la declaración, liquidación y pago de derechos de explotación, anticipo, gastos de administración e intereses que son de responsabilidad exclusiva del concesionario, tal y como lo señala el Título 2 de la Parte 7 del Decreto único 1068 de 2015.

MAPA DE RIEGOS

En el análisis y la forma de mitigarlos, esta Secretaría considera que resulta prudente incluir como uno de los riesgos externos que pueden afectar la ejecución del contrato, la operación ilegal, así como, las acciones de control que se pretenden ejecutar para mitigar este riesgo y los responsables de cada una de ellas.

PUBLICIDAD

Esta Secretaría considera que en adelante se debe dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, en cuanto a la Publicidad en el SECOP, ya que existe la obligación de publicar todos los documentos del proceso y los actos administrativos, entre los cuales se encuentra: la oferta del adjudicatario del contrato de concesión, el contrato y cualquier otro documento expedido por la entidad estatal durante el proceso de contratación, esto, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición.

Atentamente,



SARA SANDOVNIK MORENO

Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar

Revisó: MCMC
Elaboró: AOCZ
MPLM

⁴ "Decreto 1068 de 2015 Artículo 2.7.2.4.1. Operación a través de terceros del Juego de Apuestas Permanentes o Chanceo El Juego de Apuestas Permanentes o Chance, de conformidad con lo previsto, en el artículo 22 de la Ley 643 de 2001, sólo podrá operarse a través de terceros seleccionados mediante licitación pública "