

Doctor
JOSE RITTER LOPEZ PEÑA
Alcalde
Palmira
Ciudad

ASUNTO: LICITACIÓN MP-LP-DA-039-2014 – CONTRATO DE CONCESIÓN PAR LA OPTIMIZACIÓN DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO INCLUIDO EL COSTO DE LA ACTIVIDAD DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA – VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Uno de los principio pilares de nuestro constitución y de la administración pública subyacen en el de la legalidad al restringir a los servidores públicos el cumplimiento del ordenamiento jurídico y a supeditarse estrictamente a lo legalmente permitido¹ para no irrumpir en conductas por omisión o por extralimitación en el ejercicio de sus funciones para los cuales se ha designado y no puede menos esperarse de los Alcaldes, que tienen una obligación con sus administrados de rendir cuentas de sus actuaciones que nombre del Municipio acometen para cumplir con los fines del Estado, generalmente a través de una de las herramientas más efectivas y controladas como es la contratación de los bienes y servicios.

Sin excepción, en esta condición se someten a este principio rector materializado en el ejercicio del poder al estar debidamente facultado o tener la función debidamente prescrita, definida o establecida en forma expresa, clara y precisa en la ley, equivalente a la traducción jurídica del principio democrático en la exigencia de *lex previa y scripta*, para garantizar que los apoderados del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y se desarrollan en las demás reglas jurídicas.

Su posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y del uso de las facultades hacen del principio de legalidad una institución jurídica, compleja conforme a la variedad de asuntos que adquieren relevancia jurídica y a la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad.

En síntesis el principio de legalidad es el sometimiento del Poder Público a la ley, por cuanto, toda actividad Estatal debe estar autorizada, previamente por la legislación, para que pueda determinarse su actuar lícito y consecuentemente los actos suscritos resultan eficaces en medida que se erijan sobre la columna vertebral del conjunto de normas de nuestro Estado Social de derecho.

¹ Art. 6 de la Constitución

Este principio inherente a la contratación estatal está concebido como un mecanismo mediante el cual la administración en aras de la satisfacción de los fines estatales, busca en la celebración de negocios jurídicos con los particulares atender de manera continua y eficiente la prestación de los servicios públicos, procurando además garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran para la consecución de dichos fines.

Esto solo se cumple cuando la entidad estatal como responsable de determinar sus necesidades y con base en éstas procede a realizar los trámites tendientes a la celebración de contratos con los particulares, pues la actividad de éstos se encuentra supeditada a los requerimientos que en un momento determinado tenga el Estado para atender alguna necesidad.

Es así que, en virtud del principio de transparencia, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo los eventos de contratación directa, pero siempre mediante la elección de la propuesta más favorable en los términos determinados entre otros en el art. 209 de la constitución, el art. 5 de la ley 1150 y el art. 28 de la ley 80 de 1993, todo esto en aras de procurar garantizar de manera efectiva la igualdad de oportunidades y condiciones de los particulares frente a las entidades estatales de una parte y de otra la de asegurar la selección objetiva de los mismos.

Así las cosas, por ministerio de la Ley a los Servidores Públicos, les está prohibido adelantar cualquier gestión tendiente al favorecimiento de un determinado contratista, independientemente de los móviles por los cuales este obre, así resulten estos altruistas, pues cualquier actuación en tal sentido deviene en violatoria de la Ley con sus respectivas consecuencias de carácter penal, disciplinario y administrativo.

Así también resulta pertinente agregar que dentro del ámbito de atribuciones conferido por mandato de la Constitución y la Ley al ordenador del gasto público, la contratación debe adelantarse dentro de los términos, parámetros conforme a los procedimientos de Ley establecidos para el efecto, y que son el resultado final de la aplicación de unos determinados procedimientos de selección tendientes a asegurar a la administración la contratación de la propuesta más favorable a los intereses de ésta y a la satisfacción de sus propias necesidades.

De todo lo anteriormente expuesto, resulta forzoso concluir que no es jurídicamente posible ni es de suyo de los Servidores Públicos acceder a exigir condiciones desproporcionadas, subjetivos, discrecionales e irracionales a favor de un tercero, puesto que por mandato de la Ley se han provisto una serie de principios y procedimientos de obligatorio cumplimiento, los cuales deben ser observados con sumo rigor durante todas las etapas del proceso contractual, resultando la etapa previa una de las más decisivas en el cumplimiento a satisfacción de la contratación estatal.

Anteponiendo este principio edificante de la actuación administrativa y este deber ser a esta petición, me permito informar al Señor Alcalde que el actual proceso MP-LP-DA-039-2014 que adelanta no cumple con este principio de la legalidad ni con el Estatuto de Contratación Estatal al conculcar flagrantemente el art. 209 de la Constitución, el art. 28 de la ley 80 de 1993, el art. 5 de la ley 1150 de 2007, los arts. 15, 19 y 26 del decreto 1510 de 2013, la resolución 123 de 2011, el RETILAP y el debido proceso contractual.

Este endilgamiento tiene su sustento, en la carencia del cumplimiento jurídico, en el contenido de los documentos publicados en la página del SECOP, encontrando los siguientes: solo un Aviso, documento adicional correspondiente a los estudios ajustados previos de oportunidad y conveniencia como los del sector, el acto de apertura Resolución 852 de noviembre 18 de 2014, los pre pliegos y los pliegos de condiciones definitivos.

Tampoco se cumple el debido proceso por cuanto este nace cuando el Alcalde está debidamente facultado por los concejales en virtud de los Nums. 2 y 5 del párrafo 4 del art. 18 de la ley 1551 de 2012 que taxativamente exige lo siguiente:

“Parágrafo 4°. De conformidad con el numeral 30 del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:

- 1. Contratación de empréstitos.*
- 2. Contratos que comprometan vigencias futuras.*
- 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.*
- 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.*
- 5. Concesiones.*
- 6. Las demás que determine la ley.”*

Según el inciso último del acto administrativo de apertura Resolución 852 de noviembre 18 de 2014, las facultades para contratar al Señor Alcalde y de comprometer vigencias futuras nace a partir que el Acuerdo queda en firme, es decir haya sido publicado debidamente este Acuerdo.

En ese orden de ideas, aparece publicado en el SECOP que el único aviso previo al proceso que se publicó fue el de octubre 31 de 2010, es decir que este proceso contractual se inicia sin estar debidamente facultado el Señor Alcalde por el honorable Concejo de Palmira para suscribir contratos de concesión, que por norma expresa se requiere de tal empoderamiento y todos aquellos actos que en virtud del mismo se profieran son los llamados actos nulos, por fragmentar con el cumplimiento del debido proceso contractual que determina el Estatuto de Contratación Estatal porque el Aviso y los estudios como los pre pliegos hacen parte del proceso contractual previo y consecuentemente estos actos se expidieron por el Alcalde sin facultades otorgada por los Concejales resultando a la postre actos nulos por no estar ajustado al párrafo 4 del art. 18 de la ley 1551 de 2012.

Para continuar además en esta dilucidación de la evidente violación del contenido de los documentos publicados, me adentraré en traer a colación que la prestación del servicio de alumbrado público es un servicio colectivo, que se rige por el derecho público en todo salvo en la actividad del suministro de energía con destino al mismo, la cual está bajo el imperio de las leyes 142 y 143 de 1994, tal cual como se predica en el art. 29 de la ley 1150 de 2007, los arts. 6 y 7 del decreto 2424 de 2006, en la resolución 123 de 2011 y en el RETILAP.

Es voluntad del Presidente establecer como piedra angular todas las actividades propias de este servicio ostentadas en el inciso segundo del art. 2 del decreto 2424 de 2006:

“El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público”

Esta misma norma en su art. 10 facultó a la CREG para que expidiera una estructura tarifaria para determinar los costos máximos a pagar por los Municipios para la prestación del servicios basados en criterios determinados en el art. 11 ibidem. En este ejercicio la CREG expidió la resolución 123 de 2011, en la cual determinó la remuneración de cada una de las actividades, de las cuales solo me centraré en el CAOM como el costo máximo de la actividad de AOM del SALP en \$ corrientes.

Resulta fácil inferir en el orden enunciado, que en ninguno de los actos previos que se han publicado en el SECOP, lo cual debería estar contemplado como parte de los estudios previos y del sector, se determinaron los costos máximos calculados por el Municipio para esta actividad que se hayan estructurado bajo la formula tarifaria adoptada en esta resolución 123 de 2011 para esta actividad, que sirva de guía para los interesados en presentar propuesta en estos pliegos, rompiendo con la órbita de la selección objetiva y resguardando este costo esencial para unos pocos que sirvan de guía en su propuesta y cercenando la participación de pluro oferentes.

Hace parte de los fines de esta contratación que el proponente debe establecer dentro de su modelo financiero a un plazo de 25 años dentro de los componentes de egresos el costos de la actividad de administración, operación y mantenimiento conocido como el CAOM en la resolución 123 de 2011 y que aquellos que ofrezcan un mayor al máximo calculado basado en las unidades construcción serán causal de rechazo por no estar dentro de los costos del marco regulatorio del servicio de alumbrado público.

Sin embargo, no se encuentra que se haya incluido en los pliegos como causal de rechazo de sus propuestas quienes cobren por un mayor valor del CAOM, siendo este deber de la entidad convocante y no de la órbita de los proponentes, dado que desde los estudios previos y contenido en los pliegos se debe establecer el valor máximo que deberá pagar el Municipio por esta actividad calculados directamente por la entidad convocantes de

conformidad con la construcción de las unidades debidamente valoradas y preciadas en el tiempo.

Al no incluir en ninguno de los documentos este costo máximo de referencia calculado directamente por el, tal cual como se prohija en la resolución 123 de 2011, quizás favoreciendo con este actuar a aquellos que tengan acceso a la infraestructura o inventario debidamente valorado, como es la actual empresa ELECTRO INGENIERIA prestadora que se vinculó a través de la declaración de urgente manifiesta o el anterior prestador del servicio U.T Epsa- Philips, que en el pasado operó este servicio rompiendo con el principio de igualdad de condiciones a los oferentes y al de la selección objetiva de que trata el art. 209 de la primaria y el art. 5 de la ley 1150 de 2007 o quizás a quienes de manera discrecional quizás haya tenido acceso con anterioridad a la construcción de las unidades para aplicar la estructura tarifaria de la resolución 123 de 2011.

Lo cierto es que no aparece cual debe ser el precio máximo por la actividad del CAOM como una camisa de fuerza de los proponentes y no resultar como un juego de azar como era en el otrora en los perversos contratos de concesión del alumbrado público cuando se modernizó la infraestructura de tecnología de mercurio (luz blanca) a vapor de sodio de alta presión (luz amarilla).

Desde la esfera del Estatuto de Contratación, además de lo ya advertido se evidencia que no se ajusta a derecho, cuando se rompe con exigencias que resultan desproporcionadas en los requisitos de habilitación de la experiencia cuando a folio 51 y 52 de los pliegos se exige en el punto B. Condiciones de Experiencia, lo siguiente:

"B. CONDICIONES DE EXPERIENCIA

El proponente deberá acreditar la siguiente experiencia:

- 1) Acreditar la operación de seis (6) contratos de Concesión de Alumbrado Público, con una duración del contrato mínimo de veinte (20) años.*
- 2) De los seis (6) contratos anteriores al menos un (1) contrato de Concesión de Alumbrado Público, que este operando como mínimo 12.000 luminarias que corresponde aproximadamente al 50% de las luminarias existentes en el municipio de Palmira. Este contrato debe de tener como mínimo un tiempo de ejecución de dos (2) años.*

Las anteriores experiencias se acreditarán con la copia de los contratos y/o certificaciones expedidas por las entidades y/o personas contratantes.

Solamente se aceptará la experiencia obtenida directamente por el proponente. No se aceptará la experiencia como socio de una sociedad ejecutora del contrato o como partícipe de un consorcio y/o unión temporal, por cuanto se entiende que la ejecución directa del contrato recae en la sociedad y no en sus socios o recae en la unión temporal y no en sus integrantes.

Para acreditar la experiencia exigida cuando el proponente sea un consorcio, unión temporal; se tomará en proporción al porcentaje de participación en el consorcio o unión temporal.

Las certificaciones de experiencia deberán ser expedidas por el funcionario competente de la entidad.

La(s) certificación(es) deberá(n) indicar con claridad como mínimo los siguientes aspectos:

- 1. Nombre o razón social del contratante y del contratista.*
- 2. Objeto del contrato.*
- 3. Vigencia de los contratos*
- 4. Dirección y teléfonos de la entidad contratante.”*

Sobre el particular Colombia eficiente ha sido enfática que no hay razón de peso para que la entidad convocante solicite experiencia solo del sector público o por determinados años o en los últimos, que además de resultar desproporcionado e irracional obstruyen la congruencia de varios oferentes y limitan a solo quien la pueda cumplir de manera sesgada la exigencia armado a su amaño.

Afirma este ente administrador a nivel nacional, que la experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato y que esta experiencia se obtiene con contratantes en el sector público, privada, nacional o extranjera. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados.

Agrega, que la experiencia es adecuada cuando es afín al tipo de actividades previstas en el objeto del contrato a celebrar y que la experiencia es proporcional cuando tiene relación con el alcance, la cuantía y complejidad del contrato a celebrar. Pone de ejemplo taxativamente, que en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.

Prorrumpo Colombia Eficiente que la experiencia no se agota con el paso del tiempo y por el contrario los proponentes adquieren mayor experiencia con el paso del tiempo en la medida en que continúen con sus actividades y no es determinante el sitio donde la adquiera ni con la entidad y el derecho a que se haya sujeto contractualmente.

No obstante, el Alcalde del Municipio de Palmira rompe con esta directriz en los pliegos al formular exigencias restrictivas que taponan la libre concurrencia y pluralidad de ofertantes al exigir en el numeral 1 que los oferentes deben acreditar experiencia cuando hayan suscrito 6 contratos de concesión, es decir que cierran la participación a quien tenga 6 contrato de concesión; y no les basta con la primera limitación, se afinca aún más cuando en el Numeral 2 exigen que uno de los 6 contratos este operando al menos 6.000 luminarias y que además que tenga mínimo 2 años de ejecución.

Si bien la experiencia constituye un fundamento esencial de participación, estas prácticas restrictivas ya están pasadas a recoger, atentan contra el principio de la selección objetiva como voluntad del legislador en su art. 5 de la ley 1150 de 2007, por lo tanto la experiencia no se adquiere con el número de contratos o con que uno de ellos tenga ejecución mínimo de 2 años.

Son discriminatorios los pliegos cuando se establecen exigencias que rompen con la función administrativa, la cual debe estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

No hay dudas, que es deber de la administración del Municipio de Palmira ser garante de los principios rectores constitucionales en su calidad de servidores públicos investido con el principio de poder confluendo en el principio de legalidad de que trata el art. 6 de nuestra carta magna y para ello debe proceder a la revocatoria de la Resolución 852 de 2014 que dio apertura al proceso antes del cierre del mismo, tal cual como lo permite la ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y del Contencioso Administrativo, por configurarse una de las causales contempladas en él:

“Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.”*

Para afincar aún más la obligación que le asiste del buen uso de la revocatoria pero ya en segundo grado, sin prestar menor relevancia el valor establecido para el contrato de concesión en \$3.546.621.079 como se lee a folio 11 de los pliegos rompe con el principio de la legalidad:

“EL VALOR DEL CONTRATO, EL PLAZO, EL CRONOGRAMA DE PAGOS

El valor del contrato es indeterminado, pero para efectos fiscales corresponde al valor de las inversiones en el primer año de ejecución del contrato y que se ha estimado en la suma de tres mil quinientos cuarenta y seis millones seiscientos veintiún mil setenta y nueve pesos moneda corriente (\$3.546'621.079,00 m/cte.).

En esos términos, el Municipio de Palmira remunerará la inversionista privado con pagos mensuales provenientes del impuesto de alumbrado público aprobado por el Consejo (sic) de Palmira y su correspondiente facturación del servicio de alumbrado público que recaude la Empresa de Energía que se encuentre prestando el suministro de energía al Municipio de Palmira, y que se depositarán en la entidad fiduciaria seleccionada por el contratista a su costo.”

El valor del contrato de concesión no es el valor de la inversión realmente en precios corrientes, ni muchos el valor que debe apropiarse dentro del presupuesto en virtud del párrafo único del art. 4 del decreto 2424 de 2006 para la expedición de la disponibilidad de este proceso, tal cual como lo exige el decreto 111 de 1996.

El valor del de un contrato de concesión es el recaudo garantizado sumado en valores constantes durante el plazo y traídos a valor presente neto en valores corrientes a 2014 con la tasa de descuento utilizada dentro del modelo, a la cual se obliga el Municipio a pagar mensualmente durante el plazo al concesionario sujeto a una TIR y al VPN y anualmente deberá incluir dentro de su presupuesto este monto de conformidad con el monto de las vigencias futuras sumadas en el plazo, que fueron autorizadas por el Concejo y que debe estar predicadas taxativamente en el estudio económico y en la exposición de motivos del Acuerdo 049 de noviembre 14 de 2014.

Es errado constituir vigencias por el monto de la inversión salvo que en el plazo de la concesión el recaudo garantizado de cada anualidad traída a valores corrientes a precios 2014 sumen este monto, porque de no resultar equivalente a dicho monto y superar esta sumatorio el valor comprometido y autorizado al propuesto por el oferente seleccionado como recaudo garantizado en todo el plazo dentro de su modelo financiero se estaría dejando sin cumplimiento el art. 12 de la ley 819 de 2003 este valor no incluido en el Acuerdo que otorgo facultades al Alcalde para las vigencias futuras hasta por un monto.

El Municipio deja para sí y sin determinar en los documentos previos contractuales los costos de operación de las leds en el plazo de la concesión, ni la tarifa de la energía que suministra el comercializador EPSA, ni en el inventario que relacionan con las perdidas técnicas por cada potencia distinguen qué luminarias están conectadas al nivel 1 o al nivel 2 de la red, como tampoco se determina el índice de disponibilidad de que trata el art. 22 de la resolución 123 de 2011; variables éstas, que se requieren para los cálculos en la formula tarifaria de recuperación de la inversión determinado en el capítulo IV de la resolución 123 de 2011 de la mano con el RETILAP.

Ahora bien, frente a los factores de calificación que se acogieron en estos pliegos no cumple con la ley, ni con el decreto 1510 de 2013, que determina lo siguiente:

“Artículo 26. Ofrecimiento más favorable. La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.

2. Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.

3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

4. El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas.

La Entidad Estatal debe calcular la relación costo-beneficio de cada oferta restando del precio total ofrecido los valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas. La mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la de la oferta que una vez aplicada la metodología anterior tenga el resultado más bajo.

La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.”

Sin embargo, se determinaron como factores de calificación que en nada se relacionan con la calidad y el precio, ni muchos menos con la mejor relación de costo-beneficio de acuerdo a los postulados de esta norma, como se consolida en el siguiente cuadro extraído de los pliegos de condiciones desde los folios 58 a 68.

FACTOR O CRITERIO	SUBPUNTAJE	PUNTAJE ASIGNADO	SUBTOTAL
Personal Mínimo Requerido		200	P R O T P E U C E N S I T C A A
Director de Proyecto	100		
Director Financiero	50		
Director Jurídico	50		
Propuesta Adicional del Software		250	
Incentivo para adjudicar puntos adicionales por propuesta		200	
Cumplimiento que no haya sido sancionado		50	
Precio		300	PROPUESTA ECONOMICA

Si el objeto de esta licitación es la modernización de la infraestructura del servicio de alumbrado público y la AOM del mismo en qué se beneficia el Municipio cuando el oferente presente un equipo mínimo calificable, cual si se tratara de un concurso de méritos donde las calidades y capacidades del equipo de trabajo se constituyen en factores calificables determinantes.

Por lo tanto, este factor no está llamado a prosperar como criterio calificable en un proceso licitatorio, por no ajustarse a las calidades y precio como lo manda la ley, pues precisamente la experiencia de la empresa participante es la que se valida y no la de sus trabajadores que son vinculados por contratos laborales sin hacen parte de los activos empresariales que sean de propiedad de la misma.

Este proceso no es un concurso de méritos es un proceso licitatorio para una concesión, por lo tanto son requerimientos de piedra valorar y asignar puntaje a la formación académica y experiencia de los directores del proyecto, jurídico y financiero en nada se correlaciona con la calidad y precio que son los factores a tenerse en cuenta en la licitación.

En un contrato de concesión como el que se analiza donde el servicio de alumbrado público está muy regulado a diferencia en el otrora donde las condiciones era de voluntad de partes, no se puede estar jugando con exigencias y requisitos desentonados y violarios de nuestro ordenamiento jurídico excluyendo los principios y derecho que son fuente vinculante a los servidores públicos como es el de la legalidad, el de la transparencia, el de la selección objetiva y el debido proceso como se desdibujan en este proceso.

En estos pliegos, se determinó como factor calificable el cumplimiento contractual del proponente sin resultar armónico con la relación costo beneficio del objeto de la licitación, en qué se beneficia el Municipio que el proponente no haya sido nunca sancionado para obtener el mayor puntaje asignado de 50 puntos?

Es bueno advertir que la Corte Constitucional en este aspecto ha doctrinado que no se puede sancionar dos veces a una misma persona por la misma cosa, ya en el pasado cuando el oferente por causas o no atribuibles a él, se hizo merecedor de una sanción y que para ser un digno oferente de este proceso según lo exigido simplemente debe estar habilitado es decir al momento de ofertar a paz y salvo por este concepto no estableciéndose un rango de mayor a menor puntaje de menos sanciones haya pagado; nuevamente sancionándose al proponente con esta práctica discriminatorio y violatoria de la constitución.

Nuevamente nace la inquietud cual es el enlace atribuible a la relación costo beneficio para ser objeto de calificación. Permítame informarle que además no colegirse ningún lazo técnico en este factor se está introduciendo nuevamente una sanción tácita al verse afectado el proponente en recibir menos puntaje en estos pliegos, cuando en el pasado

ya pagó por su error y no puede a futuro bajo este tipo de condiciones continuar castigándosele porque irrumpe con el principio de la buena fe y de la confianza en las buenas relaciones comerciales edificantes en estos tipos de procesos.

Se atrofia de nuevo con el derecho público al incluir otro factor de calificación que en nada se relaciona con lo de ley de favorecer las propuestas adicionales, sin examinar el cumplimiento de la propuesta básica. Si bien son alternas, no pueden constituirse como factores de calificación de la propuesta básica, dado que el Estatuto de contratación estatal determina que las propuestas adicionales son alternativas una vez se cumpla con la propuesta básica, porque dejar a criterio de cada uno de los proponentes de ofrecimientos libres, sin sujeción alguna podría no cumplirse con los fines del Estado y precisamente la erogación de los dineros públicos para sufragar la compra de bienes y servicios no puede dejarse al garete, sin demostrarse de la capacidad e idoneidad del oferente en cumplir los requerimientos básicos exigidos por la entidad y contenidas en el cumplimiento de su propuesta básica, la cual permite evaluar a los participantes en iguales condiciones y si se ajustan como mínimo a las necesidades del Estado.

Y continuando con este enmarañada, tampoco en este aspecto cumplen los pliegos al materializar conductas contraria a derecho, por no resultar coherente con los únicos criterios calificables que deben ser la calidad y el precio o la mejor relación de costo beneficio en los términos y alcances en un proceso licitatorio de que trata del art. 26 del decreto 1510 de 2013; que tiene su alzada nuevamente a folio 62 se lee que asignan 250 puntos que significa el 25% del total de puntos calificables, a una propuesta adicional del software cuando de resultar que estas exigencias garantizan un buen servicio en la operación debería establecerse como un requisito de habilitación e incorporarse efectivamente como parte del software exigido en el literal D. SOFTWARE DE GESTIÓN DEL ALUMBRADO PÚBLICO, de que trata en la sección 580 del RETILAP cuyos alcances y términos están claramente definidos.

Los incentivos de que trata la norma contractual guardan un gran distancia entre lo exigido en estos pliegos en este punto D. Los incentivos no pueden ser parte de los factores básicos de calificación salvo lo contemplado en el art. 151 del decreto 1510 de 2013, que establece lo siguiente:

“Artículo 151. Incentivos en la contratación pública. La Entidad Estatal debe establecer en los pliegos de condiciones para la contratación, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, los incentivos para los bienes, servicios y oferentes nacionales o aquellos considerados nacionales con ocasión de la existencia de trato nacional.”

Refiere esta providencia que en materia de incentivos se debe incluir dentro de la propuesta para los bienes, servicios y oferentes nacionales o aquellos que considerados nacionales con ocasión de la existencia de trato nacional, resultando totalmente distinto

al incentivo que fue considerado como criterio de calificación a folio 64 de los pliegos que en el numeral 3, que se lee así:

“3. INCENTIVO PARA ADJUDICAR PUNTOS ADICIONALES POR PROPUESTA DE OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA DE ALUMBRADO PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE PALMIRA EN EL ÁREA URBANA (200) PUNTOS

Los PROPONENTES solo se encuentran obligados a generar los recursos de inversión para el primer año de la concesión, y tendrán la obligación de garantizar al Municipio de Palmira que efectúen la optimización del sistema en el área urbana que ordena el artículo 29 de la ley 1150 de 2007 durante los siguientes años hasta el plazo de ejecución del contrato de concesión (25) años, y con cargo al impuesto de alumbrado público. En aplicación del numeral 3º del artículo 22 del decreto 1510 de 2013, relativo a la inclusión de incentivos para los criterios de selección, deberán proponer un modelo financiero que garantice la optimización del sistema de alumbrado público en el área urbana en un término menor para lograr mejores rendimientos en el ahorro de energía.

a. OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA DE ALUMBRADO PÚBLICO DENTRO DE LOS PRIMEROS (5) AÑOS DE LA CONCESIÓN EN LA ZONA URBANA. PUNTAJE (200) PUNTOS

Los PROPONENTES podrán acceder a un puntaje de (200) puntos si proponen un modelo financiero que incorpore la proyección de la optimización del sistema de alumbrado público en la zona urbana en el Municipio de Palmira dentro de los cinco (5) primeros años de ejecución del contrato de concesión, con su respectiva reducción de energía. La manera como el proponente acreditará este requisito será con el modelo financiero.....”

Ahora bien, sí dentro de la prestación del servicio a esta altura es necesario que los software además de las exigencias del RETILAP tengan un sistema de tele gestión que permita al Municipio desde las oficinas de Planeación vigilar que se cumpla el índice de disponibilidad de que trata la resolución 123 de 2011, para qué se coloca como una exigencia calificable adicional cuándo debe ser un requisitos de habilitación para dotar a la municipalidad en el ejercicio del control y la vigilancia tanto del contrato de concesión como del servicio el sistema de tele gestión que inclusive las luminarias de leds lo deben de traer como parte de sus exigencias técnicas.

Se suma a la escalada de errores, el considerar como factor de calificación la oportunidad de la inversión, cuando una de las razones de peso para que el Municipio acuda a la figura contractual de la concesión es la imposibilidad de realizar directamente la entidad estatal estas inversiones dentro del justo a tiempo en el servicio ofreciendo calidad y cobertura del mismo.

El realizar una inversión a 5 años en la reducción de la energía es simplemente una creatividad atrayente para el inversionista si reduce los costos de energía con una buena tecnología de led significaría un ahorro de los costos operativos y a seleccionar dichas luminarias como lo determina el RETILAP en la evaluación de Costos de proyectos y al final lo que conllevaría sería a reducir el plazo de la concesión porque el plazo del modelo de la recuperación sería mucho más pronto y a futuro lo que el Municipio se limitaría a pagar sería la operación y mantenimiento y dado que las luminarias son tecnología led,

las cuales según las expectativas tiene como beneficio operativo reducir costos de pago por arreglo de luminaria y no con un paquidérmica estructura de nóminas en paralelo a un concesionario que por el solo hecho de tener disponibilidad recibe un pago arreglo o no la luminaria. Estos modelos del antaño a bandadas, no pueden repetirse en los nuevos contratos de la tercera generación asistiéndoles a los Alcaldes transfigurarlos a cumplimiento de indicadores y no donde solamente quien gana es el Concesionario por todo el plazo de la concesión.

Igualmente si el proponente concibe un modelo financiero con una inversión con inmediatez lo que va a llevar es que su tasa de retorno sea mejor y el Municipio ofrezca a sus contribuyentes oportunidad en el servicio de alumbrado público cumpliendo con los principios rectores de cobertura y calidad.

Esta disertación se acentúa al establecer este factor de calificación cuando se toma como prueba que sea el modelo financiero que diseño el proponente el que evidencie que el ahorro de energía se haya reducido durante los primeros 5 años, al verificarse unos menores costos de energía que hacen parte de los egresos del modelo, sin constituirse en garantía para el Municipio que efectivamente este ahorro en el tiempo se materialice por estar llanamente en el modelo financiero.

Surge la inquietud si este ahorro solo es una sensibilización del modelo y si las luminarias en la tecnología led no cumplen con las expectativas esperadas, qué pasaría? Sencillo para garantía del Municipio lo que debe concebirse como factor de calificación es la eficacia de la luminaria que se mide en lúmenes/watt que si encierra un real ahorro de energía en el tiempo, determinándose una eficacia mínima para todos pero aquel que ofrezca una mayor eficacia de su tecnología led sin afectar los valores máximo de corrientes de operación de 750 mA del conjunto óptico y no del driver. Como exigir que la temperatura de operación y trabajo de este mismo conjunto a unos valores que no distorsione la operatividad de los leds que con las altas temperatura distorsionan su operación, por lo que exigir controles de protección para altas temperaturas sería una de las exigencias más apropiadas a estas nuevas tecnologías.

Realmente estos si son precisamente criterios técnicos que se deben establecer como factores de calificación, porque una luminaria de esta tecnología no va a funcionar mejor o peor porque el Director del proyecto tengan los más altos títulos profesionales o goce de la mayor experiencia en la administración de empresa o porque en el modelo financiero se estableció subjetivamente un ahorro de energía cuando el papel y el lápiz puede con todo.

El alumbrado público como tal, es un servicio colectivo que se garantiza con la exigencia de las calidades de las luminarias, determinándose como lo establece el RETILAP que aquellas que ofrezcan mayor nivel lumínico a menor consumo medido en su eficacia pues serán las más llamadas a calificar; sin embargo, nada se califica en estos pliegos frente a

ellas y no solo se deben limitar a exigir una especificaciones mínimas en su propuesta técnica, ellas deben ser objeto de calificación, tal cual como lo determina el Estatuto de contratación y el precio o valor del contrato no debe ser una inversión medida en pesos corrientes sino que deben valorarse como lo establece el RETILAP en la evaluación de proyectos en el tiempo de acuerdo a la vida útil de las luminarias de costos inicial vs. costos operativos.

Es precisamente el exigir esta evaluación de los costos equivalentes anuales y las calidades de las luminarias por ser parte de la infraestructura como el cumplimiento de un indicador del índice de disponibilidad, son los que hacen medir realmente las ventajas de esta licitación que si está plenamente relacionado en este caso la calidad del producto y el servicios para las licitaciones públicas de las nuevas tecnologías leds, que son con las cuales se modernizará la infraestructura y no con un modelo financiero que con el transcurrir en el plazo de la concesión sufrirá una serie de metamorfosis. Por ello, este factor, rompe con la exigencia del art. 26 del decreto 1510 de 2013 sumado a que sensibilizar un modelo con menos costos de consumo de energía no representan una carta compromisorio y halagadora para el Municipio de Palmira sin que se asegure la calidad y eficacia de las luminarias leds.

En ese orden de ideas, se ha demostrado que este proceso licitatorio está contrario a derecho cuanto no se ajusta al art. 26 del decreto 1510 de 2013, ni a la selección objetiva de que trata el art. 5 de la ley 1150 de 2007, porque se debe garantizar que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad convocante y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y en general, cualquier clase de motivación subjetiva, tal cual como lo preceptúa el art. 28 de la ley 80 de 1993:

“Artículo 28º.- De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”

Por considerar que hay una evidente violación al art. 209 de la Constitución, al 28 de la ley 80 de 1993, al art. 5 de la ley 1150 de 2007, a los arts. 15, 19 y 26 del decreto 1510 de 2013, al decreto 2424 de 2006, a la resolución 123 de 2011 y al RETILAP como el debido proceso contractual, muy respetuosamente se solicita al Señor Alcalde revocar este proceso licitatorio y subsanar las expresas violaciones a nuestro ordenamiento jurídico endilgadas, y dado que le resulta taxativamente prohibido al Señor Alcalde expedir adendas dentro de los 3 días hábiles antes del cierre de la licitación según el art. 25 del decreto 1510 de 2013, la opción más inmune es acudir a la revocatoria del acto administrativo de apertura resolución 852 de noviembre 18 de 2014 e iniciar un nuevo proceso ajustado a derecho.

En general se puede quizás inferir que el proceso de selección de la licitación pública de que trata el asunto:

- ✓ No cumple con el postulado constitucional como se ha endilgado por no estar ajustado el proceso contractual a los principio de transparencia, publicidad, igualdad de condiciones.
- ✓ No cumple con el debido proceso contractual porque nace antes de estar el Alcalde investido de facultades por lo tanto el aviso y los documentos publicados en octubre 31 de 2014 son actos nulos dado que el Acuerdo 049 de noviembre 14 de 2012 solo lo faculta a partir de la fecha.
- ✓ No cumple con el art. 5 de la ley 1150 de 2007 por no establecer reglar claras que garanticen la libre participación y una prueba es que no determinan entre otros factores los costos de AOM máximo para estructurar propuestas, como establecer exigencias desproporcionadas, subjetivas e irracionales entre otras razones de hecho y derecho como se prueba en este escrito.
- ✓ No cumple con el art. 28 de la ley 80 de 1993 porque la interpretación al procedimiento de selección y escogencia de contratistas no se tienen en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a las relaciones contractuales como se evidencia en este escrito.
- ✓ No cumple con el RETILAP porque la evaluación del proyecto no se exige que sea conforme al RETILAP y se establece una inversión inicial como si fuera el Municipio el que estableciera dicha inversión sin sujetarse a las variables macro económicas determinadas en él, lo que debe establecer es la sumatoria de los recaudos garantizado en valores constante en el plazo de la concesión y demás exigencias de esta norma técnico-jurídica. Tampoco cumplen con el establecimiento de los indicadores técnicos que deben estar taxativamente pactados. No determinan los ahorros de energía que se esperan con el cambio de tecnología led durante el plazo de la concesión.
- ✓ No cumple con el decreto 2424 de 2006 y la resolución 123 de 2011 por no establecer los principios de suficiencia y eficiencia financiera como la estructura de costos del servicio ni determinan variables macro económicas para ser tenidas en cuenta durante el plazo de la concesión, no determinan variables de costo de energía que ya fueron pactadas con el comercializador y que son necesarias para evaluar el proyecto conforme al RETILAP, ni determinan los costos máximo de CAOM que fueron calculados por la entidad y que no son objeto de valoración por parte del proponente entre otros.

- ✓ No cumple con el art. 15 del decreto 1510 de 2013 porque si bien hacen un análisis del sector no incluyen los análisis de precios unitarios del sector.
- ✓ No cumple con el principio de publicidad de que trata el art. 19 del decreto 1510 de 2013 por cuanto no fueron publicados todos los documentos exigidos en el Estatuto de contratación dentro del plazo, ni a la fecha de envío de este escrito.
- ✓ No cumple con el art. 26 del decreto 1510 de 2013 porque los factores de calificación no se ajustan a los factores de calidad y precio como se demuestra en este escrito.
- ✓ No cumple con los precios del mercado porque la inversión se establece en un monto sin obedecer a una estudio financiero y económico del objeto contractual no se sabe como lo determinan sin estar soportado en estudios a las reales necesidades del Municipio.

En general ese proceso no cumple con el principio de legalidad que en ejercicio del principio de Poder deben ajustarse los servidores públicos, dado que de suyo es en el hacer público, que cualquier actividad de la administración, sea cualquier forma en que se manifieste (actos administrativos, hechos administrativos se incluyen las omisiones administrativas, operaciones administrativas, contratos estatales o vías de hecho), debe tener una limitación a la arbitrariedad y debe obedecer al buen servicio y al fin en sí mismo que es el hombre y la sociedad, asistiéndole la obligación de cumplir con el principio de legalidad del Estado de Derecho, porque postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado.

Es el hacer que los servidores públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede e igualmente es desarrollado en la Ley General de la Administración Pública, actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Todo lo anterior, está plenamente compaginado en abstracto de cara con el principio de legalidad, toda vez, que él mismo, impone al Estado, la prohibición, para actuar dentro de aquellas esferas privadas, no perjudiciales a la sociedad, al desarrollo pleno y lícito de sus metas y fines; y que encuentra su sustento jurídico en el art. 6 de la constitución y al sometimiento del imperio de la ley como lo establece el art. 230 de nuestra carta política, que la Corte Constitucional ha doctrinado que no solamente es fuente de consulta la

constitución y la ley sino todo el ordenamiento jurídico de Colombia, postulado entendible aún más para la administración pública y no solo de la alzada del poder judicial en *stricto sensu*.

Reciba un cordial saludo,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'John C. Pinto', with a stylized flourish at the end.

John C. Pinto

Copia: Entes de Control.