

Contratistas Contratacion

De: Henry Alberto Bermudez [henalber01@gmail.com]
Enviado el: miércoles, 10 de diciembre de 2014 11:25
Para: Contratacion
Asunto: OBJECIONES A LA LICITACIÓN MP-LP-DA-039-2014 – CONTRATO DE CONCESIÓN PAR LA OPTIMIZACIÓN DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO

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

Correo de envío: contratacion@palmira.gov.co

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 permitido^[1] 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 la ley al cual están igualmente sometidos los particulares incluidos aquellos que en su condición de oferentes participan en un proceso que a todas luces presenta vacíos jurídicos que atentan contra el ordenamiento jurídico.

La 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, derivándose que todos en cualquier calidad conozcan previamente de los actos ilícitos y continúan en procesos viciados y no lo anticiparon como deber ciudadano igualmente están comprometidos en las consecuencias que de estos actos se derivan como se ha expresado.

Este principio inherente a la contratación estatal concebida 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 y bajo la cual se compromete tanto el convocante como el convocado para lograr la economía y eficacia procesal, la cual debe erigirse sobre el estandarte constitucional del art. 209 de la Constitución al cual llanamente están vinculados tanto servidores públicos como oferentes bajo el principio de responsabilidad jurídica en los términos alcances de que trata la primaria en su art. 6.

Es así que en virtud del principio de transparencia, imparcialidad, eficacia, celeridad, economía y publicidad determinados como fuente vinculante a todos los colombianos sin distinción del derecho público o privado, ante la exigencia del Estatuto de Contratación y Anticorrupción la exigencia de la publicación de los actos previos del proceso contractual para la escogencia del contratista mediante selección licitación o concurso públicos, salvo los eventos de contratación directa, debe ser el resultado de 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. Pero no es ajena a los particulares que conocen previamente bajo el principio de publicidad de colgar en el portal del secop todos los actos previos que en el evento de algunos estar fuera de nuestro ordenamiento jurídico esta dentro de su deber advertir para evitar posteriormente que los actos que crean derechos jurídicos particulares no resulten ser actos nulos por no estar ajustados entre otras causales a la constitución y la ley.

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, los arts. 5 y 29 de la ley 1150 de 2007, el art. 224 del decreto 019 de 2012, los arts. 15, 19, 21 y 26 del decreto 1510 de 2013, las resoluciones CREG 122 y 123 de 2011 y la 005 de 2012, el RETILAP y el debido proceso contractual.

Este posible 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. Posteriormente de la apertura, se publicaron el acta de audiencia de aclaraciones a los pliegos, acta de visita de obra, un documento adicional como adenda 1 cambiando el cronograma, un documento de observaciones 2 presentado por 4 interesados, un documento de respuesta a observaciones 2 de la entidad y un documento adicional como adenda 2, por medio del cual se subsanan básicamente el aspecto de cuantía de la póliza de seriedad de la propuesta, a aclarar el puntaje del software adicional a 250 puntos, requisitos fotométricos, se acepta la experiencia proporcional de los consorcios y uniones temporales tal cual como se predica en el art. 7 de la ley 80 de 1993 que antes no se aceptaban pese a que aún continúa exigiendo solo certificaciones expedidas por servidores públicos con un contenido taxativos y concreto sin incluir la copia de los contratos como alternativa en caso de no existir dichas certificaciones y que así lo manda la ley.

En ese orden de ideas, me permitiré sustentar los argumentos fácticos y de derecho que aquejan el proceso tornándolos insulso y desajustado a derecho, como evidencia manifiesta y sin lugar a dudas, este proceso raya contra el debido proceso contractual, el cual se tipifica cuando el Alcalde inicia el proceso contractual de licitación pública que deriva en la suscripción de un contrato de concesión, sin estar debidamente facultado por los concejales para suscribir el mismo, en cumplimiento de los Nums. 2 y 5 del parágrafo 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."

Basta compaginar en abstracto el inciso último del acto administrativo de apertura Resolución 852 de noviembre 18 de 2014, en el cual refieren que las facultades para suscribir contrato de concesión del Señor Alcalde y comprometer vigencias futuras nacen a partir que el Acuerdo queda en firme, es decir haya sido publicado debidamente este Acuerdo y la fecha de expedición de este Acuerdo es noviembre 14, pero no obstante los actos previos del proceso contractual como son:

El aviso en los términos del art. 224 del decreto 019[2] de 2012, determina que deben ser publicado hasta 3 veces con una anticipación de 10 a 20 días calendarios a la fecha de apertura de la licitación con una frecuencia 2 y 5 días calendarios en la página web de la entidad contratante y en el SECOP, no obstante el único aviso publicado antes del 18 de noviembre es calendado octubre 31 de 2014, es decir antes del Acuerdo 049 de noviembre 14 de 2018, antes que el Señor Alcalde gozará de plenitud absoluta para iniciar el proceso contractual.

El proceso contractual nace del cumplimiento por parte del Alcalde o el ordenador del gasto cuanto esté debidamente facultado por el Concejo, que para el caso del contrato de concesión solo se materializa con la expedición y publicación del Acuerdo 049 de noviembre 14 de 2014, es decir que todos aquellos actos como así aparece en el SECOP de octubre 31 de 2014 que fueron publicado como el aviso, los pre pliegos, los estudios previos y la matriz de riesgo sin estar el Alcalde con facultades, es decir son actos previos que exige el proceso contractual conforme a lo establecido en el decreto 1510 de 2013 pero por no gozar de las facultades plenas el Alcalde tal cual como se predica en el art. 18 de la ley 1551 de 2012, 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 otorgadas antes de octubre 31 de 2014 por los Concejales, resultando a la postre actos nulos por no estar ajustado al parágrafo 4 del art. 18 de la ley 1551 de 2012, ni al decreto 1510 de 2013.

El decreto 1510 de 2013 determina como parte del proceso contractual actos previos, acto administrativo y actos de ejecución, dentro de los primeros se contextualizan el aviso que debe ser conforme al art. 224 del decreto 019 de 2012; sin embargo, solamente se publica un solo aviso cuando deberían ser 3, evidenciándose que no se dio tampoco cumplimiento a lo normado en este articulado ni al principio de publicidad constitucional como el del Estatuto de Contratación Estatal.

Al revisar el contenido de este único aviso publicado en octubre 31 de 2014 se encuentra que no contiene lo exigido en el Num, 7 del art. 21 del decreto 1510 de 2013 como es la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal, resultando imposible para el Alcalde cumplir con esta exigencia, porque para octubre 31 de 2014, el Alcalde no tenía facultades plenas del Concejo de comprometer vigencias futuras que para ese caso fueron otorgadas como excepcionales ergo no podía mencionar el monto de las vigencias comprometidas ni la disponibilidad de las mismas, dejando entreabierto este hecho circunstancial del cual me referiré más adelante.

Seguidamente, dentro del proceso contractual se debe publicar los estudios de oportunidad y conveniencia, los estudios del sector, los pre pliegos o proyectos de pliegos que se surtió en el SECOP en octubre 31 de 2014 desconfigurándose el estar a tono jurídicamente por no estar aún el Alcalde debidamente facultado, que tan solo se materializa en noviembre 14 de 2014.

Frente a los estudios del sector no se encuentra que haya cumplido con las directrices de Colombia Compra Eficiente, en el cual se debe analizar los precios unitarios de las luminarias objeto del compromiso real de la modernización de la infraestructura del Municipio de Palmira, no es el hecho de consultar la página del SECOP y publicar como se está comportando el mercado quienes están modernizando sin adentrarse en un análisis serio del estudio del sector en especial de los precios unitarios de las luminarias led de cara con la calidad, que precisamente en este caso rompen con el RETILAP al exigir prácticamente un tipo de luminarias acomodado a su amaño y forma de quien solo podrá ofrecerlas.

En este campo, el fin del art. 26 del decreto 1510 de 2013 del ofrecimiento más favorable no resulta de exigir más o menos de lo que el RETILAP determina, 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 y no exigiendo calidades más allá del RETILAP.

Corresponde a la entidad convocante en esta materia dado que el RETILAP ni ninguna norma determina cuales deben ser las exigencias mínimas para la tecnología led, la cual aún no se ha determinado frente a las mismas y no es cierto

que el RETILAP obligue a la modernización en tecnología led, de hecho no regula técnicamente la misma sino contrariamente, esta norma técnico-jurídica lo que exige es que se evidencie realmente un ahorro energía que aún la misma no cumple por cuanto el cambio de una luminaria de vapor de sodio de alta presión por una de tecnología led no es factible por no cumplir con los niveles luminosos que de acuerdo a la clasificación vial determina la norma sujeto al DPEA cuando se trate solo de vía públicas y no resulta extensiva a los demás espacios públicos que hacen parte del mismo en los términos y alcance del decreto 1504 de 1998 en el cual taxativamente define que elementos naturales y artificiales hacen parte del mismo en concordancia con la sección 560 del RETILAP.

Para construir los diseños y cálculos lumínicos la entidad convocante debió establecer unas especificaciones técnicas básicas y posteriormente determinar que quien mejore la calidad de las luminarias vs. el menor precio sería uno de los factores de calificación a tener en cuenta, no obstante determinó factores que desbordan el ofrecimiento más favorable de que trata el art. 26 del decreto 1510 de 2013 como más adelante explicaré.

No se exige en que software se deben correr los diseños lumínicos, cuando se debió exigir en los certificados y no se especifica si se deben entregar los formatos en extensión .lpj, tampoco exigen el binnin de los leds, ni las curvas L79 y 80, ni el tipo de marcas que si bien resulta necesario desde el orden técnico para garantizar las calidades y asegurar la vida útil de las 100 mil horas de vida útil. Tampoco se refiere a la temperatura de color en °K que augure que sea luz blanca neutra y no vayan a ser color blanco cálidos o frío azulosos. No define la máxima temperatura de operación del conjunto óptico donde están los leds que resultan inestables cuando aumenta la temperatura en °C, entre otras variables que por no estar expresamente determinadas en el RETILAP para la tecnología led corresponde determinarlas.

Para continuar además en esta dilucidación de la evidente violación de este proceso, 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 de 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 fórmula 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 ella, de conformidad con la construcción de las unidades debidamente valoradas y depreciadas en el tiempo en virtud de la resolución 123 de 2011.

Al no incluir en ninguno de los documentos este costo máximo de referencia calculado directamente por el Municipio, tal cual como se prohija en la resolución 123 de 2011, quizás podría estarse 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.

Lo cierto es que no aparece ni en los estudios previos, ni en los del sector ni en los pliegos de condiciones, cuál 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).

Tampoco se incorpora en ningún documento como insumo a proporcionar por parte del Municipio para hacer parte del modulo de los egresos del modelo financiero, los costos de la actividad de facturación y recaudo de que tratan las resoluciones 122 de 2011 y 005 de 2012 y cuya estructura debió ser corrida por el Municipio y haberse incorporado dentro de los estudios previos, dado que si bien el art. 26 del decreto 1510 de 2013 no permite que se publique el modelo financiero corrido por la entidad convocante, era claro que para tratar a todos los interesados en iguales condiciones estos costos y el numero de comercializadores que deben facturar conjuntamente el impuesto deben recibir una paga por esta actividad que nace desde el art. 29 de la ley 1150 de 2007, cuando faculta a la CREG a incluir como parte de los egresos del servicio de alumbrado público los costos de la actividad de facturación y recaudo del impuesto conjuntamente con las facturas de energía que expiden los comercializadores a sus suscriptores.

El Municipio deja para sí y sin determinar en los documentos previos contractuales 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 y que hacen parte del modelo financiero en el acápite de egresos.

Se circunscribe esta necesidad de haber publicado la entidad tanto los costos CAOM como los costos de facturación y recaudo a pagarse a las comercializadoras porque ellos hacen parte de los costos del servicio y dependen de modelar las estructuras tarifarias determinadas la primera, como se ha dicho en la resolución 123 de 2011 y la segunda, en las resoluciones 122 de 2011 y 005 de 2012 para posteriormente sensibilizar el modelo financiero cada uno de los interesados en presentar propuesta y cumplir con lo establecido en el art. 29 de la ley 1150 de 2007, que el plazo de la concesión no puede ser un juego al azar sino que debe obedecer al mismo plazo del modelo financiero, que el Municipio ha determinado en 25 años. Se suma esto a lo ya endosado del no cumplimiento del art. 29 de la ley 1150 de 2007 de este proceso.

Ahora bien, 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 participe 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 limite 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.

En la respuesta de las observaciones 2 de la entidad de fecha 03-12-2014 omite frente a esta exigencia desproporcionada de exigir contratos de concesión que se hayan ejecutado con 2 años de experiencia, cuál es la relación que mide la entidad al pedir 2 años si el plazo es 25 años porque 2 o no 5 años que sería la tercera parte o quizás 12,5 que sería el 50% del plazo, cuando el fin buscado es exigir experiencia es demostrar que conoce de concesiones y que tiene la capacidad económica de cumplir con las inversiones.

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 afinar 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, es el valor de un contrato de concesión es el recaudo garantizado sumado en valores constantes, al cual se obliga el Municipio a pagar mensualmente durante el plazo al concesionario sujeto a una TIR y al VPN de conformidad con lo establecido en el art. 29 de la ley 1150 de 2007, que determina lo siguiente:

*“Artículo 29. Elementos que se deben cumplir en los contratos estatales de alumbrado público. Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, **incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero.**”(negrilla, subraya y cursiva fuera de contexto)*

Tampoco la inversión es el valor que deba 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 en las vigencias futuras excepcionales.

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 como discriminados una a una en el Aviso de que trata el decreto 1510 de 2013.

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 Num. 2 del parágrafo 4 del art. 18 de la ley 1551 de 2012 en armonía con el art. 12 de la ley 819 de 2003 si son vigencias ordinarias o con el art. 1 de la ley 1483 de 2011 si son vigencias excepcionales a las cuales se acogió el Municipio de Palmira, según obra en el Acuerdo 049 de 2014 que por regla general solo son aplicables cuando el proyecto que hayan sido declarado de importancia estratégica previamente al otorgamiento de las facultades del Concejo de Vigencia futuras excepcionales en el Consejo de Gobierno fundamentados en estudios de reconocido valor técnico que contemplen la definición de obras prioritarias e ingeniera de detalle, de acuerdo a la reglamentación del Gobierno Nacional y que debería ser uno de los requisitos para tramite de dicho Acuerdo 049 de 2014 siempre y cuando las mismas superen el periodo institucional del Alcalde que para el caso en diserto lo supera por determinar el plazo de la concesión por 25 años.

Frente a este aspecto la Contraloría Departamental del Valle del Cauca se ha pronunciado de los requisitos de las vigencias futuras en este tenor:

"La vigencia futura es una operación que afecta esencialmente el presupuesto de gastos y se entiende como un compromiso que se asume en un año fiscal determinado, con cargo al presupuesto de gastos o ley de apropiaciones de un año fiscal posterior. Los requisitos establecidos por el estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, la ley 819 y sus reglamentos para que procedan las vigencias futuras excepcionales son, a grandes rasgos, las siguientes:

a. En primer lugar se requiere que las obligaciones que se pretende atender con cargo a esas vigencias no cuenten con apropiación presupuestal en el año de que se trata. De lo contrario, se estaría ante una vigencia futura ordinaria, cuyos requisitos y trámites difieren de los de las vigencias futuras extraordinarias.

b. En segundo lugar, las obligaciones a cubrir con las vigencias futuras no deben corresponder a contratos de empréstito ni a intereses derivados de esos contratos. Lo anterior debido a que esas operaciones se rigen por la normativa propia de las operaciones de crédito público y no por las reblas sobre vigencias futuras.

c. En tercer lugar, es necesario tener presente que el mecanismo de las vigencias futuras es, por definición, excepcional. Por esta razón, tanto el artículo 3° de la ley 225 de 1996, en la redacción original, como el artículo 11 de la Ley 819 de 2003, establecen que las vigencias futuras extraordinarias sólo pueden aprobarse para obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, o para garantías a las concesiones teniendo en cuenta, en todos los casos, el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

d. Si se cumplen las anteriores condiciones, la entidad interesada en acudir a las vigencias futuras debe solicitar la autorización correspondiente al Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS). La solicitud de autorización debe estar acompañada de un concepto técnico-económico favorable del ente al cual esté adscrito o vinculado el órgano que solicita las vigencias futuras (vgr. Ministerio de Minas), y de una proyección de ingresos para los periodos que se afectarán. Adicionalmente, cuando se trate de proyectos de inversión nacional debe obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo.

e. En principio, las vigencias futuras no pueden exceder el periodo de gobierno del Presidente de la República; sin embargo, en el caso de proyectos de inversión, es posible solicitar la aprobación de vigencias futuras que excedan ese periodo, para lo cual se requiere autorización del CONPES. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 23, en concordancia con el artículo 21 del decreto 4730 de 2005, esa autorización del CONPES requiere del aval previo del CONFIS, entidad que debe analizar la consistencia de la solicitud con el Marco de Gasto de Mediano Plazo y el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

f. Es importante poner de presente que, según lo dispone el Decreto 3629 de 2004, cuando en un proceso de contratación amparado por vigencias futuras no sea posible realizar la adjudicación en la misma vigencia fiscal en la que se aprobaron, será necesario solicitar una nueva autorización, aunque sin repetir el proceso de selección.

g. Una vez autorizadas las vigencias futuras, el órgano respectivo deberá informar a la Dirección General del Presupuesto Nacional, antes del 31 de enero de cada año, sobre la utilización de cupo de vigencias futuras. En este punto debe tenerse en cuenta que las vigencias futuras no utilizadas caducan, sin excepción, el 31 de diciembre del año en que fueron autorizadas.

Las anteriores consideraciones, están relacionadas, en lo fundamental, con las entidades ejecutoras del Presupuesto General de la Nación. Para las entidades territoriales es necesario tener en cuenta además, lo siguiente:

- A nivel territorial la competencia para impartir la autorización necesaria para comprometer vigencias futuras está radicada en la Asamblea o Concejo, según el caso, previa aprobación del Confis territorial o de quien haga sus veces.

- Para los proyectos que involucren inversión nacional no se requiere concepto previo y favorable del ministerio del ramo, ya que para ello basta el concepto del Departamento Nacional de Planeación.

- La Asamblea o Concejo debe abstenerse de autorizar las vigencias futuras si los proyectos que se pretenden financiar con ellas no hacen parte del Plan de Desarrollo Territorial, o si sumado todos los compromisos que se pretenden adquirir por esta modalidad incluyendo sus costos de administración y mantenimiento, desbordan la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial.

- Por regla general, las vigencias futuras no pueden ir más allá del período de Gobierno, salvo aquellos casos en que el Consejo de Gobierno previamente los declara de importancia estratégica. En el mismo sentido, y salvo lo establecido en el párrafo transitorio del artículo 12 de la ley 819, no pueden aprobarse vigencias futuras."

Si bien este concepto nace antes de la expedición de la ley 1483 de 2011, hoy todo esta fundamentación en la misma y se obligan los Alcaldes y Concejales a su estricto cumplimiento.

Este requisito de determinar año por las vigencias futuras comprometidas excepcionales debieron determinarse taxativamente en los 3 avisos de que obliga el art. 224 del decreto 019 de 2012; no obstante, el Municipio no cumplió con este deber de referir la disponibilidad con que contaba para iniciar el proceso contractual por ello, esta es una razón más que demuestre que este proceso adolece de ajustarse en derecho.

Frente a la determinación de la inversión inicial que ha sido confundida con el valor del contrato de concesión, el cual para efectos fiscales y constitución de la garantía única debió establecer una a una de las disponibilidades y el valor del contrato debió ser el valor del primer año el valor del recaudo garantizado sumado que es la obligación presupuestal a que queda sometida cumplir el Municipio en el marco de la norma orgánica de presupuesto de que trata el decreto 111 de 1996, desde la expedición del decreto 2424 de 2006 que ordenó en el párrafo único del art. 4 a incluirlo dentro del presupuesto de la entidad a diferencia que en el pasado dichos recursos por ser de tercero no hacía parte de dicho presupuesto.

Para la sensibilización del modelo por parte de los interesados era esencial que el Municipio determinara en los documentos previos contractuales los costos de operación de las leds y la tarifa de la energía suministrada por el comercializador EPSA, con el inventario de luminarias por potencia con sus respectivas pérdidas técnicas por cada potencia distinguen qué luminarias están conectadas al nivel 1 o al nivel 2 de la red como determinar 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 fórmula tarifaria de recuperación de la inversión determinado en el capítulo IV de la resolución 123 de 2011 de la mano con el RETILAP sección 610.7 para traducir esta inversión en el CAU, resultando el más conveniente el que ofrezca menor costos CAU obviamente que el Municipio le obliga a determinar estos costos para igualdad de condiciones como el factor de mantenimiento de las luminarias; sin embargo no cumplió con este deber ser.

Se une a quebrantamiento de la objetividad en este proceso, cuando determinan tanto en los estudios como en los pliegos que el plazo de la concesión es de 25 años rompiendo con lo determinado en el art. 29 de la ley 1150 de 2007, que el plazo de la concesión deberá ser igual al plazo del modelo financiero.

Nace la inquietud de cómo se determina el plazo del modelo, precisamente cuando el inversionista recupera su inversión por ello la variable macroeconómica de la TIR no puede resultar mayor al valor determinado en el marco jurídico del alumbrado público. El plazo no nace como un interés del particular en mantener a su antojo los amañados contratos del pasado cuanto no existía reglamentación alguna, el plazo de la concesión debe ser coherente con el plazo del modelo financiero y el plazo del modelo es aquel que se determina financieramente con la recuperación de la inversión sometida a una tasa de descuento que hoy ya está reglamentada y no sujeta a voluntad de partes, tal cual como se prohija en el art. 29 de la ley 1150 de 2007.

Ante ya se había predicado la quebrantamiento del art. 26 del decreto 1510 de 2013 en relación a la propuesta más favorable articulada con los factores de calificación que se acogieron en estos pliegos resultan discordante con dicha exigencia al determinar 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, la entidad determinó como factores de calificación que en nada se relacionan con la calidad y el precio, ni 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.

Si el objeto de esta licitación es la modernización de la infraestructura del servicio de alumbrado público y la AOM del mismo, surge la siguiente inquietud: ¿ En qué se beneficia el Municipio cuando el oferente presente un equipo mínimo calificable, como 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 de 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 (como fue aclarado en la adenda No. 2), 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 AREA 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 lo 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, si 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 una pago arregle 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.

Igualmente se debió establecer por el Municipio del nivel lumínico por vía a modernizarse el consumo actual y el consumo que el oferente proyecta obtener con el cambio de la tecnología led para revisar si realmente se cumple con

las exigencias del RETILAP como es el nivel lumínico y la uniformidad con un ahorro energético real y tomar como factor de calificación quien más ahorro de energía demuestre y que se comprometa a cumplir en la concesión.

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, ni al ser coherente el plazo de la concesión con el plazo del modelo art. 29 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, los arts. 5 y 29 de la ley 1150 de 2007, a los arts. 15, 19, 21 y 26 del decreto 1510 de 2013, el art. 224 del decreto 019 de 2012, al decreto 2424 de 2006, a las resoluciones 122 y 123 de 2011 y la 005 de 2012, 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 art. 209 de la Constitución.

- ✓ 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 determinan tarifas de energía y los CAOM como costos de facturación y recaudo para ser incluidos dentro del modelo financiero y determinar un plazo del modelo coherente con el plazo de la concesión.

- ✓ No cumplen con el art. 29 de la ley 1150 de 2007 porque no otorgan los insumos necesarios a los oferentes para que determinen en plazo de la concesión a 25 años sin estar conforme al plazo del modelo financiero. No justifican porque decide la entidad que dicho plazo sea 25 años.

- ✓ 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 derecho de igualdad de determinar los insumos para que los oferentes puedan construir su propuesta como determinar todos los egresos de la concesión como las tarifas de energía, los costos CAOM, el índice de disponibilidad, los costos de facturación y recaudo que permitan sensibilizar el modelo

financiero con las variables reales ni permiten determinar la inversión en los alcances y términos de la resolución 123 de 2011 y la sección 610.7 del RETILAP.

✓ 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. 224 del decreto 019 de 2012 porque no expidieron los 3 avisos con la frecuencia establecida y dentro del rango anticipado.

✓ No cumple con el art. 21 del decreto 1510 de 2013 del contenido del aviso en particular no determina la disponibilidad con que cuenta la entidad para iniciar el proceso contractual por cuanto a la fecha el alcalde ni tenía facultades para suscribir el contrato de concesión de que trata el parágrafo 4 del art. 18 de la ley 1551 de 2012 en sus numerales 2 y 5 ni tenía autorizadas las vigencias futuras excepcionales.

✓ No cumple con los Numerales 2 y 5 del parágrafo cuarto del art. 18 de la ley s 1551 de 2012 ni con el art. 1 de la ley 1483 de 2011 de cumplir con la exigencia para constituir vigencias futuras excepcionales previamente antes de iniciar el proceso contractual ni con los requisitos para constituir dichas vigencias. No determinan en ninguna parte del proceso la constitución de la disponibilidad para iniciar el proceso determinando como se hará con las vigencias futuras excepcionales en cada anualidad.

✓ 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*.

Adicionalmente se solicita publicar estas objeciones al proceso licitatorio en el SECOP.

Cordial saludo,

HENRY ALBERTO BERMUDEZ

Copia: Entes de Control.

[1] Art. 6 de la Constitución

[2] Art. 224 del decreto 019 de 2012: El numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, quedará así:

"3. 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, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en la página Web de la entidad contratante y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete (7) días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación".