

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

## RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DEFINITIVOS DE LA LICITACIÓN No. MP-LP-DA-039-2014

El Municipio de Palmira procede a dar respuesta a las observaciones presentadas durante la etapa de preparación y presentación de propuestas a los pliegos de condiciones definitivos de la LICITACIÓN No. MP-LP-DA-039-2014. Las observaciones y las respuestas se colgarán en el portal SECOP, tal como lo ordena el artículo 19 y 23 del decreto 1510 de 2013.

Inicia la observación señalando el peticionario que el proceso MP-LP-039-2014 no cumple con el principio de legalidad al conculcar el artículo 209 C.P., el artículo 28 de la ley 80 de 1993, el artículo 5° de la ley 1150 de 2007, los artículos 15, 19. y 26 del decreto 1510 de 2013, la resolución 123 de 2011, el RETILAP y el debido proceso contractual.

1. En primer lugar se indica que hay incumplimiento en el contenido de los documentos publicados en la página SECOP. Solo un aviso, documento adicional correspondiente a los estudios ajustados previos de oportunidad y conveniencia como los del sector, el acto de apertura , los prepliegos y los pliegos de condiciones definitivos.

Tampoco se cumple con el debido proceso, por cuanto de acuerdo con el observante "... este base 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:

[...]. La norma referenciada establece que para los contratos de concesión se requiere autorización al alcalde por parte del Consejo Municipal.

Luego advierte que para que el Acuerdo de autorización quede en firme, debe haber sido publicado.

El único aviso se publicó el 31 de octubre de 2010, el proceso se inicia sin la autorización del Consejo. El aviso, los prepliegos y los estudios previos debieron tener ese empoderamiento, lo que los hace nulos ya que estos documentos hacen parte del proceso precontractual previo. Son nulos en aplicación del párrafo 4° del art. 18 de la ley 1551 de 2012.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 1 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

## RESPUESTA

De conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la ley 1150 de 2007 respecto de la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones y estudios previos, el mismo estableció que la publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.

Por lo tanto, no compartimos el criterio del observante en cuanto a que habría un vicio de nulidad en el proceso licitatorio por no contar con la autorización del Consejo Municipal al momento de publicar el aviso, los proyectos de pliegos de condiciones y los estudios previos, toda vez que ni los estudios previos ni el proyectos de pliegos de condiciones son actos administrativos, más bien se trata de actos de trámite que no vincula a la entidad hasta tanto no se expida el acto administrativo que ordena la apertura. Tan es así este criterio, que la publicación de estos documentos no obligan a la entidad estatal a ordenar la apertura. En esos términos, caso contrario sería la expedición del acto administrativo que ordena la apertura, el cual, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 30 de la ley 80 de 1993, se trata de un acto administrativo motivado, que al ser expedido debe garantizar la respectiva competencia, y si los contratos de concesión exigen la autorización para adelantar el proceso de selección y de suscribir el contrato, al momento de expedir el acto que ordena la apertura, se tendría paralelamente esta autorización, como finalmente se cumplió en el Municipio de Palmira.

De acuerdo a lo expuesto, no hay nulidad del proceso de selección por cuanto el alcalde del Municipio de Palmira tiene autorizado por su Consejo Municipal la celebración del contrato de concesión para garantizar la prestación del servicio de alumbrado público.

Pero si queremos ser exegéticos como lo es el observante en la aplicación de la ley, al leer el parágrafo 4º del artículo 18 de la ley 1551 de 2012, la autorización expedida por el Consejo Municipal es para celebrar el contrato de concesión, así que seguiríamos cumpliendo el ordenamiento jurídico, por cuanto el contrato de concesión aún no se ha adjudicado, y ya se obtuvo la correspondiente autorización de la corporación pública.

2. El artículo 10 del decreto 2424 de 2006 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 por el artículo 11 del mismo decreto. Advierte la observación que con base en esta facultad se expidió la resolución 123 de 2011, en la cual se determinó la remuneración de cada una de las actividades y concluye que solo se detendrá en el CAOM como costo máximo de la actividad de AOM.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 2 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Señala en este punto que en los estudios previos no se determinaron los costos máximos calculados por el Municipio para esta actividad y que se hayan estructurado bajo la fórmula tarifaria adoptada por la resolución 123 de 2011 y que sirva de guía a los interesados en presentar oferta y en esos términos “.. rompiendo con la órbita de selección objetiva y resguardando este costo esencial para unos pocos que sirvan de guía en su propuesta y cercenando la participación de pluro oferentes”. Luego agrega que en los pliegos de condiciones no está como causal de rechazo que las propuestas cobren por un mayor valor del CAOM. Para concluir que con este actuar se está favoreciendo a aquellos que tengan acceso a la infraestructura o inventario debidamente valorado, y de esta manera rompiendo el principio de igualdad de condiciones a los oferentes y el de selección objetiva.

## RESPUESTA

2.1 En primer lugar es necesario hacer la aclaración que de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del decreto 1510 de 2013, en los contratos de concesión las entidades estatales no se encuentran obligadas a mostrar el modelo financiero que sirvió de soporte para ordenar la apertura de la licitación pública. Esto es lo que indica el mencionado artículo 20:

Artículo 20 del Decreto 1510 de 2013. Estudios y documentos previos.

Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

..

El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. **Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.** (La negrilla, cursiva y subraya fuera del texto).

Por lo tanto, no es cierto que el Municipio de Palmira estuviera obligado a imponer unos valores mínimos de AOM. Estos costos los debe determinar el proponente respetando eso

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 3 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

si los reglamentos impuestos para el servicio de alumbrado público por las autoridades competentes.

2.2 Por otra parte, es incorrecto señalar que esta valoración solo la conocen unos cuantos y que no es pública, es importante aclarar que el Municipio de Palmira cuenta con un sistema georreferenciado y costeadado con sus debidos activos y unidades constructivas, requisito básico para el cálculo de los diferentes parámetros de la resolución 123 del 2011 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). Esta información debido a su peso y como se estipula en el Capítulo IV de los pliegos de condiciones, desde la etapa de pre pliegos se ha podido encontrar en la Alcaldía de Palmira y han estado todo el tiempo disponibles para los interesados en el proceso. Este anexo tiene toda la información discriminada y detallada luminaria por luminaria y postes exclusivos en el Municipio de Palmira, entre otra información, con su debida georreferenciación, valoración y toda la información necesaria para que los interesados estructuren a un nivel de detalle especializado que le asegura al Municipio el cumplimiento total de la Resolución No 18054 del 30 de Marzo del 2010 (RETILAP) pedido por el Ministerio de Minas y Energía y sus modificación; y la Resolución 123 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

Adicional a lo anterior, es importante aclarar los pliegos de condiciones tienen un capítulo que se denomina "CAUSAS QUE DA LUGAR A RECHAZAR UNA OFERTA" (páginas 48 y 49) y que reza lo siguiente:

"Cuando el modelo financiero sea inconsistente e incoherente desde un análisis financiero objetivo".

Desde un análisis financiero objetivo, es inconsistente e incoherente que si el Municipio ya tiene valorada en costos máximos su propia infraestructura el proponente modifique y aumente estos costos a su conveniencia de manera arbitraria y sin sustento ni autorización legal por parte del valorado de los activos que en este caso es el municipio de Palmira, violando así directamente una resolución de orden nacional y de obligatorio cumplimiento.

3. Respecto a la experiencia, Colombia Eficiente ha sido enfática que no hay razón de peso para que la entidad convocante solicite experiencia solo del sector público o por determinado años o en los últimos, que además de resultar desproporcionados e irracionales, en opinión del observarte obstruyen la congruencia de varios oferentes y limitan a solo quien la pueda cumplir de manera sesgada la exigencia armado a su amaño.

Agrega que Colombia Eficiente, que la experiencia es el conocimiento del proponente derivado de su participación previa en actividades iguales o similares a las previstas en el

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 4 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

objeto del contrato y que esta experiencia se obtiene con contratantes en el sector público, privado, nacional o extranjera. Señala por lo tanto que no hay límite frente al número de contrato o a la fecha en la cual estos fueron celebrados. Para Colombia Eficiente, en su criterio, 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 la complejidad del contrato a celebrar. Continúa el relato el observante, que para Colombia Eficiente, la experiencia no se agota con el paso del tiempo y por el contrario los proponente adquieren mayor experiencia con el paso del tiempo en la medida en que continúen con sus actividades y no es determinante el sitio donde se adquiera ni con la entidad y el derecho a que se haya sujeto contractualmente.

Por lo anterior concluye: "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".

Por lo tanto solicita la revocatoria de la resolución 852 de 2014.

## RESPUESTA

En primer lugar hay que advertirle al observante que es al estado a quien le corresponde en sus competencias discrecionales, el definir cuál sería el proponente que mejor le

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 5 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

garantice el cumplimiento del futuro contrato, y solo mediante las solicitudes de los proponentes se puede constatar el ajuste de dichas reglas de participación, si algún interesado considera lesionado su derecho de participación y allí entrara la entidad estatal a revisar la solicitud y a efectuar los respectivos ajustes para garantizar la libertad de concurrencia, siempre y cuando no se ponga el riesgo del interés general. Si se hubiera detenido el observante al analizar la regla de experiencia exigida en los pliegos de condiciones notaría que la misma fue pensada no como él lo afirma, para “taponar” la libre concurrencia, sino por el contrario para propiciarla. Si aplicáramos de manera estricta el estatuto de contratación, especialmente, el artículo 5 de la ley 1150 de 2007 encontraríamos que para el requisito habilitante experiencia, la ley exige que este sea “adecuado” y “proporcional” con la naturaleza del contrato y con su valor. El contrato que se pretende suscribir es para administrar una infraestructura aproximada de 24.000 luminarias. Por lo tanto, de manera estricta se podría decir que la experiencia mínima sería de solicitar un solo contrato que acredite la administración de una infraestructura de 24.000 luminarias para garantizar el servicio de alumbrado público en el Municipio de Palmira. Sin embargo para permitir la pluralidad de oferentes, se reduce a la mitad de las luminarias y que usted como proponente demuestre que tiene capacidad para operar estas 12.000 luminarias en máximo seis contratos de concesión. Lo único que se vuelve un poco más estricto el pliego de condiciones, es que por lo menos en un contrato de los acreditados se haya garantizado que se hayan efectuado las inversiones para un sistema de alumbrado de 12.000 luminarias, regla que se modificó con la adenda No. 2 al permitir dicha acreditación en máximo dos contratos, para acceder a la petición de un proponente.

En la sentencia C-400 del dos (2) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), actuando como Magistrado Sustanciador, el Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, un ciudadano interpone acción pública de inconstitucionalidad, demandando la inexecutable entre otros del artículo 29 del Estatuto de la Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993).

Indica el demandante que el artículo 29, conduce a la escogencia de un contratista y no de una oferta. Agrega que en su sentir, los factores previstos en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993 para evaluar las ofertas de los particulares interesados en celebrar contratos con las entidades estatales, deberían ir encaminados a calificar, en condiciones de igualdad, con criterios objetivos, justos, claros y completos, la oferta de un proponente legalmente apto. Sin embargo, para el demandante a pesar de tener capacidad de acuerdo con la calificación del registro de proponentes, no pueda calificar como proponente apto para el contrato, por no tener la experiencia, la capacidad financiera, ni la organización que precisan los pliegos, dejándose de lado el principio de igualdad.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 6 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

En las consideraciones de la Corte Constitucional, se fundamenta el proceso licitatorio en la prevalencia del interés general, para demostrarlo acude al artículo 209 de la Constitución Política que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales. Entonces si la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal, tiene como consecuencia que dicha contratación también está al servicio de ese interés general. Lo anterior se refuerza con el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, que prescribe que la contratación administrativa persigue “*el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines.*”

Teniendo claro que el interés general está relacionada con la actividad contractual y en esos términos determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Para la Corte Constitucional, esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. Ello significa que el interés común impone también que en la contratación administrativa no sea indiferente la persona del contratista que celebra un convenio o acuerdo con la Administración. En otros términos para el Tribunal, la Administración no puede exponer la cabal obtención de aquel interés general, confiando la ejecución de los objetivos contractuales en manos de personas que no reúnan las garantías y condiciones suficientes. Y concluye que por el contrario, se le impone un celo especial en la selección de aquella persona que mejores condiciones y garantías presenta.

Por lo tanto, en sentir de la Corte Constitucional, de este modo se garantiza que la entidad que va a contratar seleccione a los proponentes que cumplan los requisitos mínimos y objetivos necesarios para participar en la licitación, y que entre ellos evalúe las propuestas, de acuerdo con los criterios de selección prefijados, todo ello con el fin de escoger a aquel contratista que con su oferta ofrezca las mejores garantías al interés general que debe tutelar la administración

Luego la Corte Constitucional para rebatir el argumento del demandante en el sentido de favorecer la discriminación, argumento también utilizado por el observante, indica al estudiar el artículo 29 de la ley 80 de 1993 (hoy derogado pero regulado nuevamente por el artículo 5° de la ley 1150 de 2007), que el legislador propone de entrada que los procesos de selección deben ser ajenos a cualquier consideración subjetiva. A renglón seguido cuestiona el argumento del demandante al establecer que son criterios subjetivos, la experiencia, la organización, los equipos etc. y allí nos aclara el Tribunal:

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 7 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Sin embargo, por todo lo anteriormente expuesto, la Corte encuentra que la selección que no tuviera en cuenta tales circunstancias, no resultaría suficientemente garantista del interés general, y podría, incluso, clasificarse de negligente. Y por otro lado ve también que las circunstancias anotadas, cuando llevan a la selección, no la hacen subjetiva o discriminatoria, y ello por cuanto de conformidad con lo reiteradamente afirmado por la jurisprudencia constitucional, la igualdad no consiste necesariamente en dar un trato idéntico a todos los individuos. En efecto, esta Corte en muchas oportunidades ha hecho ver que un trato desigual está muchas veces constitucionalmente legitimado; así por ejemplo en la Sentencia C-530 de 1993, expuso los siguientes conceptos, que una vez más se reiteran:

...

En el caso de la selección de los oferentes para la contratación administrativa, el trato diferente consistente en la selección de uno o varios y no de todos los licitantes, está plenamente justificado por cuanto: a) la situación de hecho en que se encuentran los distintos sujetos no es la misma, toda vez que unos presentan mejores garantías de seriedad que otros, dados sus antecedentes profesionales. b) El trato diferente persigue un fin, cual es la consecución del interés general, y este principio es constitucionalmente válido, lo cual hace razonable el trato diferente, y c) el trato diferente es racional, dado que resulta adecuado para la obtención del fin perseguido, esto es la garantía de la prevalencia del interés general.

Para el caso que nos ocupa, está autorizado constitucionalmente que el Municipio de Palmira defina una reglas de experiencia que en su consideración garantizan el cumplimiento del contrato del futuro concesionario. Ese es su criterio que materializa el interés general, y sin embargo, en una observación sobre este criterio de experiencia, donde un observante considera que podía se desproporcionada la exigencia de la acreditación de luminarias en un solo contrato, en la adenda No. 2 se autorizó a la acreditación de las luminarias exigidas en dos contratos de concesión, con lo cual se demuestra la actitud del Municipio de Palmira frente a la libertad de concurrencia.

En el evento que un interesado hubiese observado el criterio de experiencia por sentirse discriminado, el Municipio de Palmira estaría en disponibilidad de estudiar la solicitud y hacer los ajustes que corresponden siempre en la consideración que la petición no pusiere en riesgo el cumplimiento del interés general, en esta caso la ejecución del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público.

4. El valor del contrato al ser indeterminado rompe con el principio de legalidad. Señala el observante que el valor del contrato de concesión no es el valor de la inversión realmente en precios corrientes, ni muchos el valor que se debe apropiar dentro del presupuesto en

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 8 de
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	28

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

virtud del párrafo único del decreto 2424 de 2006, tal como lo exige el decreto 111 de 1996. El valor del contrato en el criterio del observante, es el recaudo garantizado sumado en valores constantes durante el plazo y traídos a valor presente con la tasa de descuento utilizada dentro del modelo. Agrega que anualmente se debe incluir dentro del presupuesto este monto de acuerdo con el monto de vigencias futuras sumadas en el plazo, que fueron autorizadas por el Consejo.

Para el observante es errado constituir la vigencias futuras sobre el monto de la inversión.

Por otro lado, el Municipio dejar sin determinar en los documentos previos los costos de operación, la tarifa de la energía, ni el inventario que relacionan con las pérdidas técnicas por cada potencia; tampoco el índice de disponibilidad, todas estas variables que se requieren para los cálculos en la formula tarifaria de recuperación de la inversión.

## RESPUESTA

4.1 Por una parte, el valor indeterminado en los contratos de concesión es una constante en razón a que solo el valor es determinable por la ejecución del contrato en el plazo pactado. Y es que no es posible establecer un monto del contrato por cuanto depende exclusivamente del proceso de actualización del impuesto de alumbrado público que se de cada año y su recaudo. Ello es tan evidente que el concesionario está asumiendo el riesgo del recaudo efectivo y solo el Municipio de Palmira entraría a revisar el contrato en caso que por "hechos del príncipe", se presentara una reducción de la tarifa del impuesto de alumbrado público por parte de la Administración Municipal, en donde dicho riesgo lo asume, como quedo en la matriz de riesgos, el Municipio de Palmira, aunque se deja claro que su ocurrencia puede ser excepcional.

4.2 Por otra parte, es errado determinar el valor del contrato como el valor de los recaudos futuros por las siguientes razones:

1) El recaudo es base para el pago del contrato de energía, facturación y recaudo e interventoría. Sería incorrecto asumir que el concesionario obtendrá todo el recaudo del impuesto por cuanto violaría el artículo 29 de la ley 1150 del 2007.

2) El recaudo del impuesto es fluctuante en el tiempo y sería imposible determinar con exactitud cuáles serían los recaudos de todo el tiempo de la concesión, es así que se podría tener un valor proyectado mas no un valor real, solo se podrá obtener este valor a medida que se vaya causando la ejecución del contrato, como ya se advirtió.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 9 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

También el observante esta errado en cuanto a la observación sobre las vigencias futuras, debido a que estas no se aprobaron por el monto de la inversión inicial y por el contrario se calcularon en base al recaudo del impuesto de alumbrado público, para el pago de todos los contratos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público y con base al modelo económico el cual es soporte para la presente licitación.

Finalmente, la información del valor de la energía se encuentra en el anexo 9 y los costos de los activos; el inventario relacionando las perdidas técnicas por cada potencia; la probabilidad de fallo de cada luminaria para el cálculo del índice de disponibilidad, requisitos básicos para el cálculo de los diferentes parámetros de la Resolución 123 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), debido a su gran peso y como se estipula en el Capítulo IV de los pliegos de condiciones, es una información que se encuentra disponible para los interesados en el proceso desde la etapa de pre pliegos en la Alcaldía.

Este anexo técnico tiene en toda la información discriminada detallada luminarias por luminaria y postes exclusivos en el Municipio, entre otra información, con su debida georreferenciación, valoración y toda la información necesaria para que los interesados estructuren a un nivel de detalle que le asegura al Municipio el cumplimiento total de la Resolución No 18054 del 30 de Marzo del 2010 (RETILAP) expedido por el Ministerio de Minas y Energía y sus modificación; y la Resolución 123 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), obteniendo así el cumplimiento del RETILAP de los niveles mínimos exigidos cada luminaria de acuerdo al tipo de vía.

5. Para el observante los factores de calificación no cumplen con la ley ni con el decreto 1510 de 2013, pues en su consideración, dichos factores no se relacionan con la calidad y el precio, ni mucho menos con la relación costo-beneficio.

## RESPUESTA

En primer lugar es necesario antes de valorar cada uno de los criterios de selección, presentar una postura del Consejo de Estado frente a la naturaleza de lo pliegos de condiciones y la facultad discrecional de las entidades estatales en su elaboración, en la Sentencia del cinco (5) de junio de 2008, actuando como Consejero Ponente el Doctor Mauricio Fajardo Gómez, expediente No. 8431.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 10 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Con respecto a la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, aclara el Consejo de Estado que se ha indicado en reiterada jurisprudencia que el mismo es un acto administrativo unilateral de carácter general que se proyecta en la fase precontractual y en la ejecución del contrato, tratándose de "...un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.

Luego, al estudiarse la naturaleza jurídica de la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado al estudiar el decreto 222 de 1983 en concordancia con la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2.007 "se limitan como no podría ser de otra manera a regular este asunto señalando apenas criterios o parámetros generales que defieren a la Administración, en cada supuesto concreto, la responsabilidad de señalar los reglas y criterios, se insiste, objetivos y razonables, que habrán de gobernar el proceso de selección del cual se trate".

Siendo que los pliegos de condiciones tienen como objetivo cumplir el interés general, es de entender que dicho interés general no se encuentra precisado en la ley, por lo tanto, queda a discreción de la administración pública para que "previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional» .

Otra postura para elegir el interés general se encuentra en la posibilidad que tiene el estado cuando el legislador le ha otorgado pautas formales, es decir, un espacio o un ámbito de decisión no regulado o regulado apenas de forma parcial por el ordenamiento, donde se le otorga a la Administración, con el propósito de que ésta decida de manera libre, eligiendo cualquiera de las alternativas que se ofrezcan como posibles para resolver el caso, posición que no es de recibo por el Tribunal, por cuanto la administración no es el titular de los intereses que procura sino su gestora, y ello significa que debe buscar en cada caso en concreto como lograr de mejor manera que sirva para dichos intereses atendiendo criterios objetivos y razonables de decisión.

Y agrega el Consejo de Estado: "Sin embargo, en el seno de un Estado de Derecho, las decisiones de la Administración, a la que se encomienda la gestión de los intereses generales, no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el libérrimo arbitrio del decisor de turno. La salvaguarda de esos intereses generales obliga a sus gestores a

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 11 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad artículo 209 de la Constitución Política. Ello implica que la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta debe realizarse atendiendo a criterios objetivos, fijados en sede aplicativa por la autoridad administrativa en cuanto no previstos por la norma (que por tal razón ha dejado abierta la posibilidad de opción entre una o varias consecuencias jurídicas)".

Ya en lo que respecta a los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado establece esta primera conclusión: "Lo hasta ahora expuesto deja el camino despejado a efecto de ilustrar la manera en la cual ha de operar la Administración al momento de configurar los pliegos de condiciones o el documento equivalente a los mismos dentro de un procedimiento administrativo de selección contractual: en primer lugar, las normas de rango legal o reglamentario que regulan el contenido mínimo y los parámetros a los cuales ha de ceñirse la elaboración de los referidos actos administrativos los cuales luego se incorporarán, en lo pertinente, al clausulado contractual, según se explicó, en la medida en que son deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas, defieren a la Administración la responsabilidad de fijar las reglas y los criterios que orientarán cada proceso de selección en particular; en segundo término, la Administración ejercerá esa facultad estableciendo los mencionados reglas y criterios objetivos y razonables, de forma completa, precisa y detallada los cuales completarán el supuesto de hecho de los preceptos normativos inacabados o incompletos que atribuyen la respectiva facultad, para regir tanto el proceso de selección del contratista como la celebración y ejecución del contrato; cual resulta evidente, esa actividad de la Administración es materialmente normativa.

Y, en tercer término, aquello que debe hacer la Administración es subsumir procedimiento de aplicación reglada del Derecho en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos en los pliegos de condiciones por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, lo cual, en materia de contratación estatal, supone, en especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los plurimencionados pliegos de condiciones o sus equivalentes. De ahí que esta concepción de la discrecionalidad encaje perfectamente con la postura que ha asumido la Sala en el sentido de sostener que la facultad que ejerce la entidad pública al adjudicar el contrato es eminentemente reglada y no discrecional, como en otras ocasiones se sostuvo".

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Para el Consejo de Estado, así se definen los subprincipios enunciados: “Y es que para superar el primer examen planteado por el subprincipio o mandato de adecuación o idoneidad, la medida debe, cuando menos, facilitar o tender a la obtención del propósito buscado, mientras que a fin de salvar el segundo propuesto por el subprincipio o mandato de necesidad o de menor lesividad, no se trata ya de valorar la idoneidad del medio elegido para alcanzar el fin de interés público propuesto, sino que lo imprescindible es que no exista otra medida más moderada al efecto”.

Para el tercer subprincipio, esto se requiere para su aplicación: “El subprincipio de proporcionalidad strictu sensu mandato de ponderación impone, por tanto, que los costos y los beneficios que se deriven de la adopción de la decisión guarden un equilibrio razonable y para establecer si ello es así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estructurado el denominado “juicio de ponderación”, cuyo propósito no es otro que establecer si la decisión o actividad que se somete a dicho tamiz respeta, o no, la denominada «ley de la ponderación», de conformidad con la cual cuanto mayor sea el grado de detrimento del principio, derecho o interés jurídico que retrocede en el caso concreto, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción de aquel principio, derecho o interés que se hace prevalecer”.

Y así el Consejo de Estado justifica la aplicación de esta sub regla: “Luego el Consejo de Estado se pone a la tarea de aplicar los anteriores principios a la confección de pliegos de condiciones tanto para el decreto 222 de 1983, como con el actual estatuto de contratación contenidos en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, concluyendo que “... todos los citados preceptos se limitan como no podría ser de otro modo a regular el tema fijando apenas criterios o parámetros generales que defieren a la Administración, en cada supuesto concreto, la responsabilidad de definir las reglas y los criterios objetivos y razonables que habrán de gobernar el proceso de selección respectivo. Sólo en algunos supuestos excepcionales, algunos de los referidos preceptos contienen mandatos que regulan o condicionan, de forma más precisa, las facultades de la Administración en esta materia”. Y agrega: **“Lo dicho conduce a concluir que, en principio y dado que los amplios márgenes de los cuales dispone la Administración para confeccionar pliegos de condiciones pues el ordenamiento, en esta materia, las más de las veces apenas fija pautas generales y sólo de forma excepcional contiene normas de acción concretas y específicas, la intensidad del control judicial basado en los principios referidos debería, en principio, limitarse a la exclusión de aquellas previsiones que, en el pliego de condiciones o sus equivalentes, resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias pues, en los demás casos si, por ejemplo, se trata de**

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

**fiscalizar los criterios técnicos que tiene en cuenta la Administración para establecer los factores de escogencia entre los ofrecimientos presentados por los proponentes, no resultaría jurídicamente atendible ni explicable que el juez sustituyera los criterios elegidos en sede administrativa por los que él considerare más apropiados o más convenientes para el interés general, a no ser que aquellos fijados por la Administración incurran en error manifiesto de apreciación, ... (...)**”.

Para la Corporación se hace necesario esclarecer como es la incidencia de los mencionados principios en la configuración de los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Señala el Tribunal que los principios tienen claro reflejo en las exigencias que cabe formular a la Administración cuando ésta se da a la tarea de elaborar los pliegos de condiciones dentro de un procedimiento administrativo de selección, exigencias que, en lo sustancial, se refieren a las reglas que en los aludidos pliegos se establecen tanto para la presentación como para la calificación de las propuestas. De acuerdo con la entidad, buena parte de las anotadas exigencias han sido positivizadas en el antes citado numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que establece que, en los pliegos de condiciones o en sus equivalentes, se deben definir "reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierto de la licitación o concurso". En ese orden de ideas, "**... las reglas que de manera previa a la apertura del procedimiento administrativo de selección deben ser fijadas por la Administración y que habrán de gobernarlo hasta su culminación toda vez que a la luz de ellas y sólo de ellas debe adjudicarse el contrato han de ser reglas justas, esto es, que realmente apunten a posibilitar la selección del mejor contratista, a la persona natural o jurídica o al grupo de personas que de mejor manera pueda cumplir con el objeto contractual, haciendo prevalecer, por tanto, las condiciones sustanciales de los proponentes respecto de los meros formalismos; reglas objetivas en la medida en que se establezcan de manera tal que sean ellas y exclusivamente ellas, las que determinen el resultado del procedimiento de selección, cerrando las puertas a que sean las estimaciones o los enfoques y criterios personales de los evaluadores los que devengan definitivos**, a tal efecto, en el momento de aplicar las referidas reglas; éstas, por lo demás, como corolario del antes comentado principio de objetividad, deben haber sido fijadas con fundamento en las evaluaciones y en los estudios técnicos, económicos, jurídicos, de conveniencia o de oportunidad que la entidad ha debido llevar a cabo con el propósito de ubicarse en la mejor posición antes de configurar los pliegos de condiciones o sus equivalentes principio de objetividad". Y agrega: "Deben ser, así mismo, reglas claras, cuya redacción dé lugar a que la interpretación que de ellas efectúe la instancia que las fijó, sea exactamente la misma que puedan realizar tanto los posibles

	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 14 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

oferentes como quienes tengan a su cargo la evaluación y calificación de las propuestas, de suerte tal que la univocidad de su configuración conduzca a un único entendimiento posible de su contenido y, finalmente, han de ser reglas completas, esto es, que para efectos de resultar aplicables no remitan a o no precisen de la información o de los conceptos o de los criterios incluidos en otros preceptos o, en general, en fuentes externas o ajenas al propio pliego de condiciones, menos aún cuando no exista certeza en punto a cuáles son los elementos que integran dichas fuentes externas, lo cual ocurriría, por vía de ejemplo, cuando se remita "al estado del arte o de la ciencia" en un específico ámbito del saber técnico, científico o especializado".

Ya en lo respecta al carácter enunciativo o taxativo, el Consejo de Estado es muy enfático en señalar que "... los pliegos de condiciones deben establecer los factores y criterios de selección así como su ponderación precisa y detallada para cada caso en particular, tomando en consideración la naturaleza, el objeto y la cuantía del contrato, pues las normas reguladoras de la materia artículos 29 de la Ley 80 de 1993, 5 de la Ley 1150 de 2.007 y 6 del Decreto 66 de 2008 apenas consagran algunos parámetros generales y los enuncian de manera no taxativa, lo cual se antoja plausible dado que las exigencias que resultan razonables en un supuesto específico, probablemente devendrán desproporcionadas o absurdas para otro". (la subraya, negrilla y cursiva fuera del texto).

En esos términos de acuerdo al planteamiento del Consejo de Estado, los pliegos de condiciones como acto administrativo de carácter general debe respetar los lineamientos dados por el legislador que de todas maneras es de orden mas general que particular, y es a las entidades estatales a quienes les corresponde en cada caso en concreto definir las reglas de participación de acuerdo con el negocio jurídico que pretendan adjudicar, en donde la precaución que debe tomar el Estado, es que el proponente seleccionado y futuro contratista le garantice el cumplimiento del contrato. Por eso aclara la jurisprudencia analizada que en los criterios de selección deben excluirse aquellas previsiones que resulten manifiestamente desproporcionadas o manifiestamente irrazonables o manifiestamente arbitrarias, y por lo tanto deben ser reglas que como ya se advirtió apunten a posibilitar la selección del mejor contratista, a la persona natural o jurídica o al grupo de personas que de mejor manera pueda cumplir con el objeto contractual, haciendo prevalecer, por tanto, las condiciones sustanciales de los proponentes respecto de los meros formalismos; en ultimas se trata de reglas objetivas cerrando las puertas a que sean las estimaciones o los enfoques y criterios personales de los evaluadores.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 15 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Con estos parámetros estableceremos la justificación de cada uno de los criterios de selección adoptados:

5.1 Cuestiona en primer lugar si se trata de la modernización de la infraestructura de alumbrado público, pregunta cuál es el beneficio el Municipio cuando el oferente presente un equipo mínimo calificable, y en esos términos este factor no está llamado a prosperar, por no ajustarse a las calidades como manda la ley. Este proceso en su criterio no es un concurso de méritos sino un proceso de concesión.

### RESPUESTA

Sobre este primer cuestionamiento no se trata de establecer que le aporta a la concesión un equipo mínimo calificable, sino si este pedido del pliego de condiciones se considera desproporcional, irracional o arbitrario, y la respuesta sería no, por cuanto es razonable que un proyecto a largo plazo tenga un responsable como Director del proyecto con una experiencia suficiente que pueda convertirse en un interlocutor válido entre el concesionario y la administración. Esa es la razón que no solo se exija un director del proyecto sino un personal de apoyo, el que el Municipio de Palmira considero como recurso humano mínimo, que debe estar durante todo el tiempo de ejecución del contrato.

5.2 Por otra parte se califica el cumplimiento contractual sin resultar armónico con la relación costo-beneficio. Pregunta cuál es el beneficio que el proponente no haya sido nunca sancionado para obtener los 50 puntos? Sin allegar la Sentencia de la Corte Constitucional, asegura dicha corporación ha señalado que no se puede sancionar dos veces a una misma persona por la misma cosa.

### RESPUESTA

No consideramos acertado el planteamiento del observante, por cuanto si se tratara de una sanción, la adjudicación de puntos sería negativa y en este caso la adjudicación de puntos es positiva, quien no haya tenidos sanciones contractuales en los últimos 5 años tendrá 50 puntos. Este criterio no es nuevo, desde el decreto 222 de 1983 se adjudicaban puntos por razón del cumplimiento en contrato anteriores. Incluso en entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, en el artículo 29 también lo consagró:

#### Artículo 29. Del deber de selección objetiva

La selección de contratistas será objetiva.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 16 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad 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.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

En esos términos, si bien jurídicamente en la ley 80 de 1993 estaba consagrado como requisito de ponderación, el régimen actual deja a discrecionalidad de la administración definir los aspectos técnicos de la oferta, y que el reglamento definió como calidad. Por lo tanto, es válido jurídicamente establecer como criterio de calidad el definir que un contratista sea adjudicado con un número de puntos por demostrar haber sido cumplidor de sus obligaciones en el pasado, lo que representa una garantía para el interés general.

5.3 También se señala que “atrofia” el derecho público el incluir otro factor de calificación el de favorecer las propuestas adicionales sin examinar el cumplimiento de la propuesta básica. En criterio del observante, el Estatuto de Contratación determina que las propuestas adicionales son alternativas una vez se cumpla la 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”.

## RESPUESTA

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 17 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

✓

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Se equivoca el observante cuando califica los criterios de selección como propuestas adicionales, dice el numeral 6° del artículo 30 de la ley 80 de 1993, sobre las propuestas alternativas lo siguiente:

**Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección.** La licitación se efectuará conforme a las siguientes reglas:

...

6°. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

Se ha entendido esta cláusula como la posibilidad que tienen los proponentes de presentar una propuesta diferente desde el punto de vista técnico o jurídico que se aparta de las especificaciones técnicas de los pliegos de condiciones y que no debe significar que solo ejecuta el contrato si le adjudican la excepción técnica o económica, pero al comparar con el pliego de condiciones que está siendo observado, encontramos que la adjudicación de puntos adicionales es sobre el mismo escenario técnico elaborado por el Municipio de Palmira. En otras palabras, se trata de la misma propuesta en donde el proponente para acceder a unos puntos adicionales decide proponer realizar la modernización del sistema de alumbrado público con recursos privados. En resumen, una alternativa técnica es una propuesta diferente a la propuesta básica, y este no es el caso, siempre se trata de ofrecer un esquema de modernización con la misma tecnología LED.

5.4 Tampoco cumplen los pliegos de acuerdo a la exposición del observante, al no resultar coherente con los únicos criterios calificables que deben ser la calidad, la asignación de 250 puntos a una propuesta adicional del software cuando de resultar que estas exigencias garantizan un buen servicio en la operación y debería en su criterio establecerse como un requisito habilitante, tal como lo exige la sección 580 del RETILAP, cuyos alcances y términos están claramente definidos.

## RESPUESTA

Es importante aclararle al observante que los requisitos mínimos que exige la sección 580 del RETILAP están cubiertos por los criterios habilitantes del software, el puntaje adicional que se da es por módulos adicionales que el proponente pueda ofrecer, no exigibles por el RETILAP, sino que obedece a la oportunidad de poder digitalizar y recoger información adicional del servicio de manera especializada en donde el municipio pueda llegar a un

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 18 de
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	28

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

nivel mayor de detalle que le permita así mejorar aun más la calidad del servicio que la solo exigida por el RETILAP.

5.5 También cuestiona los incentivos de que trata la norma contractual, pues en su criterio guardan gran distancia entre lo exigido por el decreto 1510, pues los mismos en su opinión no pueden ser parte de los factores básicos de calificación salvo en lo contemplado en el artículo 151 del decreto 1510. En su interpretación del ordenamiento indica que la norma en materia de incentivos de refiere a los bienes y servicios y oferentes nacionales o aquellos considerados nacionales con ocasión del trato nacional, lo cual resulta distinto al incentivo que fue considerado como criterios de calificación.

De acuerdo con el artículo 22 del Decreto 1510 de 2013, los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información:

“Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar”.

Por otra parte se encuentra el capítulo II relativo al incentivo en la contratación pública pero referido al tratamiento que se debe dar a los nacionales y a las convocatorias públicas limitadas únicamente a Mipymes y que se encuentra regulado en los siguientes términos:

## CAPÍTULO II

### Incentivos en la contratación pública

**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.

Este incentivo no es aplicable en los procesos para la adquisición de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes.

**Artículo 152. Convocatorias limitadas a Mipyme.** La Entidad Estatal debe limitar a las Mipyme nacionales con mínimo un (1) año de existencia la convocatoria del Proceso de Contratación en la modalidad de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos cuando:

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 19 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

1. El valor del Proceso de Contratación es menor a ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$125.000), liquidados con la tasa de cambio que para el efecto determina cada dos años el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y

2. La Entidad Estatal ha recibido solicitudes de por lo menos tres (3) Mipyme nacionales para limitar la convocatoria a Mipyme nacionales. La Entidad Estatal debe recibir estas solicitudes por lo menos un (1) día hábil antes de la Apertura del Proceso de Contratación.

**Artículo 153. Limitaciones Territoriales.** Las Entidades Estatales pueden realizar convocatorias limitadas a Mipyme nacionales domiciliadas en los departamentos o municipios en donde se va a ejecutar el contrato. La Mipyme debe acreditar su domicilio con el registro mercantil o el certificado de existencia y representación legal de la empresa.

**Artículo 154. Acreditación de requisitos para participar en Convocatorias Limitadas.** La Mipyme nacional debe acreditar su condición con un certificado expedido por el representante legal y el revisor fiscal, si está obligado a tenerlo, o el contador, en la cual conste que la Mipyme tiene el tamaño empresarial establecido de conformidad con la ley.

En las convocatorias limitadas, la Entidad Estatal debe aceptar solamente las ofertas de Mipyme, Consorcios o Uniones Temporales formados únicamente por Mipyme y promesas de sociedad futura suscritas por Mipyme.

**Artículo 155. Desagregación Tecnológica.** Las Entidades Estatales pueden desagregar tecnológicamente los proyectos de inversión para permitir:

- (a) la participación de nacionales y extranjeros, y
- (b) la asimilación de tecnología por parte de los nacionales.

En ese caso, las Entidades Estatales pueden adelantar varios Procesos de Contratación de acuerdo con la desagregación tecnológica para buscar la participación de la industria y el trabajo nacionales.

Sobre el particular no compartimos la lectura que del decreto reglamentario hace el observante, pues su conclusión es que el incentivo de que trata el artículo 22 solo tiene su desarrollo en el capítulo II, y nuestra interpretación del decreto 1510 de 2013, es que reguló en dos oportunidades los incentivos. Uno de carácter general que se encuentra en la reglamentación de los pliegos de condiciones, del mencionado artículo 22 y una

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 20 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

especifica, la del capítulo II y que contiene reglas para proteger la industria nacional y más en particular, a los procesos que se adelanten con la participación de las mipymes.

Para el primer caso simplemente el reglamento de los pliegos de condiciones indica que en los criterios de selección se deben incluir los incentivos. Al remitirnos al artículo 3º del decreto 1510 de 2013, esto nos dice respecto de las definiciones:

**“Artículo 3º. Definiciones.** Los términos no definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio. Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados”.

Por lo tanto, al no estar definido el concepto jurídico “incentivo”, nos tenemos que apoyar en la definición de la Real Academia de la Lengua Española<sup>1</sup>:

**incentivo, va.**

(Del lat. *incentivus*).

1. adj. Que mueve o excita a desear o hacer algo. U. m. c. s. m.
2. m. *Econ.* Estímulo que se ofrece a una persona, grupo o sector de la economía con el fin de elevar la producción y mejorar los rendimientos.

Consideramos que de la definición tomada para la Real Academia de la Lengua, a segunda definición es la que más se acerca a la pretensión del Municipio de Palmira, pues dicha definición nos indica que el incentivo se trata de un estímulo que se ofrece a una persona, a fin de elevar una producción; en este caso, el Municipio de Palmira le ofrece a los interesados en presentar propuesta técnica y económica un estímulo en puntos a fin de propiciar que los interesados asuman unos riesgos en las inversiones a su cargo y no dejar que el simple recaudo del impuesto de alumbrado público determine el proceso de modernización. Entonces el estímulo consiste en obtener más puntos, es decir, que su propuesta se haga más competitiva si decide el proponente asumir las inversiones de la modernización del sistema de alumbrado público a tecnología LED. Un proponente más cauteloso podrá hacer la modernización con base en los excedentes financieros que le deje la inversión inicial con el ahorro de energía; en tanto que, para

<sup>1</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=incentivo>

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

aquel oferente que decida con sus propios recursos modernizar la infraestructura en los primeros años de la concesión, tendrá el estímulo de los puntos adjudicados y en los rangos establecidos en el pliego de condiciones.

Por lo tanto, contrario a lo expuesto por el observante, el artículo 22 del decreto 1510 de 2013 si nos autorizaba a incluir el componente de incentivos para adjudicar puntos en los criterios de selección.

6. Adicionalmente indica el observante que a la escalada de errores, se suma el factor de calificación la oportunidad de la inversión. Indica que 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 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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

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”.

## RESPUESTA

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 23 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Al revisar el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se define el contrato de concesión en los siguientes términos:

**Artículo 32. De los contratos estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

...

**4º. Contrato de Concesión.**

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (La subraya, negrilla y cursiva fuera del texto).

Como se puede observar, en los contratos de concesión es primordial la asignaciones riesgos al concesionarios convirtiéndose estos, en riesgos transferidos por la entidad y consecuentemente serían apalancados por el concesionario como se estipulan en los pliegos de condiciones y la matriz de riesgos. Adicionalmente, indiferentemente del tipo de tecnología a implementar, se debe realizar no solo los mantenimientos correctivos sino también los preventivos y los demás pruebas exigidas por el RETILAP, cuyos costos deberán asumir el concesionario a su riesgo y están regulados por las CREG como se explico en anteriores respuestas.

El Municipio de Palmira tiene estructurados las modelaciones de los flujos respectivas en donde se plantean los diferentes escenarios de acuerdo al proceso del licitación, y se puede corroborar que en todos los casos están dentro de los parámetros de la Regulación 123 del 2011 de la CREG. Para el municipio fue necesario comparar la conveniencia

6

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

antes de decidir abrir el proceso licitatorio; sin embargo, de acuerdo a la ley el modelo económico es reserva legal, tal como lo establece el artículo 20 del decreto 1510 de 2013.

Se considera que todo tipo de proyecto genera un beneficio para los involucrados (Habitantes, Municipio y Concesionario) el cual en su papel a desempeñar dentro del proyecto, tendrá diferentes beneficios sean Sociales (Seguridad, Esparcimiento, Cobertura, etc.) beneficios económicos (transferencia de riesgos del municipio al concesionario, tranquilidad y sostenibilidad del sistema por los próximos 25 años, retorno de la inversión, etc.) Beneficios Administrativos (entrega de la responsabilidad del sistema a contratista especializado y con capacidad operativa) entre otros beneficios. Es así, que como parte de cualquier tipo de concesión, sea Vial, Aeropuertos, Puertos marítimos, entre otros deben presentar un atractivo para su implementación y así apalancar los proyectos en donde la entidad no tenga la especialización ni el apalancamiento necesario para la realizar este tipo de proyectos. Los contratos de antaño a los que aduce el observante, corresponden a contratos donde el municipio no cumplía con los requerimientos ni la maduración de proyectos que actualmente obliga la ley 1474 del 2011, que incluye la estructuración del proyecto con su modelo económico debidamente viabilizado, donde el municipio tiene la certeza de que el recaudo es suficiente para apalancar las modernización e inversiones requeridas en los diferentes escenarios.

También indica el observante que 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.

Es importante aclarar que todo modelo de concesión, entre mayor sea el apalancamiento, mayor deberá ser la remuneración de la misma, ya que la esencia de los contratos de concesión prima la transferencia de riesgo como lo establece la definición legal, la cual deberá ser compensada con la tasa de retorno para así ser lo suficientemente llamativa para los inversionistas sean nacionales o internacionales sin que este exceda los costos máximos regulados por la CREG.

Por otra parte es importante anotar, que si el concesionario hace la modernización con mayor inmediatez, tendrá que apalancar la operación y mantenimiento hasta que los costos financieros cesen y así pueda empezar a percibir el ahorro del negocio, por ende tendría mayores riesgos que esto le representaría. Sin embargo, es decisión del concesionario la TIR que escojan y justifiquen dicho riesgo, eso si cumpliendo las normas y regulaciones vigentes como lo exige la resolución 123 del 2011 de la CREG.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 25 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Lo que si es claro, es que el Municipio de Palmira en su modelo económico de los diferentes escenarios, se cercioro que el recaudo es suficiente para apalancar la modalidad que el proponente ofrezca. Para el Municipio son muchos los beneficios que le traería si la modernización es inmediata, debido a la fluctuación del precio de la energía por los fenómenos naturales y que son riesgos retenidos del municipio; y por ende, una afectación en el alza de energía podría afectar el contrato de energía negativamente y al tener una carga instalada tan alta, afectaría un mayor valor a pagar por energía, caso contrario donde el concesionario se comprometa a hacer la modernización en menor tiempo, debido a que este riesgo se minimizaría en el porcentaje de ahorro que se generaría por esa modernización.

Por otra parte, es necesario aclara que como responsabilidad del concesionario, se encontrará la disminución del consumo de energía eléctrica a partir de la modernización de la infraestructura en el menor tiempo, este ahorro, diferente como expresa el observante, se calcula a partir que el concesionario debe valorar su VCIA que corresponde a costos de inversión por kw ahorrado, entre menor sea este valor significa que la luminaria a ofertar tendrá el menor precio y a su vez el mayor ahorro posible, y por consiguiente esta luminaria será la utilizada para los ahorros de las modernizaciones futuras, el cual según su modelo financiero se compromete a realizarlas para la consecución del contrato si decide tomar los puntajes por incentivo.

Se aclara igualmente que si el concesionario logra mejores resultados con el tiempo debido a nuevas potencias o fotometrías puedan beneficiar aun más el municipio bajo las estimaciones ya logradas en la presentación de la oferta. De igual forma, el flujo de caja del proyecto va directamente ligado al ahorro de energía logrado por las modernizaciones ofrecidas, el cual se considera que dicho costo es de interés general para las partes conservando la relación (Inversión - Ahorro)

Continuando con la observación sobre el Director del Proyecto, el perfil profesional y la experiencia del mismo, se considera un perfil como lo indica el pliego de condiciones, capacitado para llevar a cabo la correcta planificación, realización, verificación, mitigación y correcciones del SALP, la calidad se ve impactado en el servicio, debido que mayor experiencia del personal mayor capacidad de generar los controles de calidad y escogencia profesional que lleva a prestar un mejor servicio a la comunidad. Adicional se considera el proyecto de modernización de tecnología LED en el Municipio de Palmira como un proyecto de gran envergadura el cual, se es necesario un personal altamente calificado para liderar el proyecto, teniendo en cuenta la cantidad de luminarias y habitantes del municipio a satisfacer.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 26 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

Así mismo es necesario aclarar que de acuerdo a los pliegos, el proyecto debe cumplir en todo con el RETILAP, por ende el proponente debe entregar la evaluación correspondiente con los costos equivalentes anuales para determinar la mejor luminaria a instalar de acuerdo a los costos iniciales vs los costos operativos tal como lo exige el RETILAP, debido que en el Capítulo IV se obliga claramente al cumpliendo a cabalidad del mismo y el RETILAP exige este requisito. El no diligenciamiento de esta información, al ser el cálculo identificado de alto impacto por el reglamento, estaría infringiendo

directamente el RETILAP, junto con los documento que exige el reglamento de obligatoriedad.

También se debe tener en cuenta la calificación de precios es el mejor costo beneficio para el municipio debido a que la formula establece que para la asignación a los proponentes del puntaje del valor de la propuesta económica se obtendrá de evaluar el costo beneficio calculado a partir de obtener el menor valor del costo de inversión por Kw ahorrado obtenido de dicha inversión, de acuerdo a la siguiente formula:

$$VCIA = (Vi) / (AE)$$

Donde:

VCIA = Valor del costo de inversión por Kw ahorrado.

Vi = Valor de la inversión propuesta por el oferente.

AE = Ahorro energético obtenido de las zonas de inversión.

Es así que el proponente que tenga menor VCIA representa para el municipio un mayor costo beneficio. Debido a que la valoración de la correcta luminaria a utilizar se deberá realizar los cálculos fotométricos con las exigencias del RETILAP y los pliegos de condiciones, con el propósito de obtener las luminarias correctas para cada punto dentro de la inversión inicial, demostrando el ahorro y el cumplimiento de todos los parámetros del RETILAP y el URE. Cabe recalcar que la correcta selección de las diferentes fotometrías del mercado serán responsabilidad del oferente tomando en cuenta el capítulo de valoración del proyecto exigido por el RETILAP y así mismo logrará su mejor propuesta y mayor ahorro energético.

7. Y por ello concluye la necesidad de proceder a revocar la licitación pública cuestionada.

Tal como se pudo demostrar en cada una de las respuestas, no existe mérito suficiente por la argumentación presentada por el observante para proceder a la revocatoria del acto

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 27 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 3</b>	TRD:

de apertura, y por lo tanto es decisión del Municipio de Palmira seguir adelante con el proceso de convocatoria pública, el cual como se demostró cumple con los principios que orientan la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política y con los principios de la contratación estatal de transparencia, economía y responsabilidad.

Palmira Valle, Diciembre 11 de 2014

Atentamente,



**DIEGO FERNANDO SAAVEDRA PAZ**  
ALCALDE (E) MUNICIPIO DE PALMIRA

Proyecto Ernesto Matallana

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 28 de 28
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	