

 <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 4</b>	TRD:

**RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS A LA PUBLICACION DEL PROYECTO DE PLIEGOS DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN No. MP-LP-DA-039-2014**

El Municipio de Palmira procede a dar respuesta a las observaciones presentadas en la LICITACIÓN No. MP-LP-DA-039-2014, presentada por medio electrónico por el señor HENRY ALBERTO BERMUDEZ. La observación y la presente respuesta se colgará en el portal SECOP, tal como lo ordena el artículo 19 y 23 del decreto 1510 de 2013.

**RESPUESTA A LA OBSERVACION PRESENTADA POR HENRY ALBERTO BERMUDEZ**

1. Inicia el observante su correo indicando que hay carencia del cumplimiento jurídico en el contenido de los documentos publicados en la página del SECOP, encontrando que solo se publicó un aviso.

Luego agrega que pasa a sustentar los argumentos fácticos y de derecho que aquejan en su criterio el proceso y lo califica como desajustado a derecho, indicando que 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.

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:

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 1
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

El aviso en los términos del art. 224 del decreto 019 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. (La subraya, negrilla y cursiva fuera del texto).

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 2
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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.

## RESPUESTA

1.1 Respecto de la observación que efectivamente el 31 de octubre de 2014 se publicó un unico aviso, y que se acuerdo con el portal SECOP, se reporta como de cumplimiento del artículo 30 de la ley 80 de 1993. Al leer el artículo 224 del decreto 019 de 2012 que modificó el numeral 3º del artículo 30 de la ley 80 de 1993, esto fue lo que reguló:

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 3
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

ARTÍCULO 224. ELIMINACIÓN DE LA PUBLICACIÓN DE LAS CONVOCATORIAS A LICITACIÓN. 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".

Como se deduce de la norma, ella establece la publicación de hasta 3 avisos, es decir, se cumple con el ordenamiento, publicando uno, dos o tres. Por lo tanto, se dio cumplimiento al ordenamiento jurídico y en eso diferimos de los planteado en la observación que se contesta, en donde en una mala interpretación de la norma exige que sean tres avisos, cuando de la lectura de la misma, con un aviso se cumple con el postulado de la ley.

1.2 Por otra parte, en el sentir del observante, 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.

 <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 4</b>	TRD:

Sobre el particular, el numeral 7º del artículo 21 del decreto 1510 de 2013, esto es lo que exige el aviso de convocatoria

Artículo 21. *Aviso de convocatoria.* El aviso de convocatoria para participar en un Proceso de Contratación debe contener la siguiente información, además de lo establecido para cada modalidad de selección:

...

7. El valor estimado del contrato y la manifestación expresa de que la Entidad Estatal cuenta con la disponibilidad presupuestal.

Como se colige de la norma, el decreto reglamentario exige que la entidad estatal cuente con disponibilidad presupuestal.

De conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Decreto 568 de 1996 se define el Certificado de Disponibilidad Presupuestal el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga las veces, con el cual se garantiza la existencia de la apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos [...].

Para el caso que nos ocupa, este proceso de selección no requiere disponibilidad presupuestal que afecta el presupuesto del año 2014, por cuanto la ejecución del contrato se iniciará a partir del 1º de Enero del año 2015. En esos términos no se vio necesario diligenciar este aparte del artículo 21 del decreto 1510 de 2013, toda vez que como se explicó, este proceso de selección solo exige el trámite de vigencias futuras excepcionales, en la medida en que su ejecución como se advirtió se inicia a partir del 1º de enero de 2015.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 5
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

1.3 Así mismo plantea el observante que el Alcalde de Palmira sin tener la autorización del Concejo Municipal publica el Aviso de Convocatoria, los estudios previos, la matriz de riesgos y el proyecto de pliego de condiciones, con lo cual vicia todo el trámite licitatorio.

Tal como se expresó en una respuesta a una inquietud similar, 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, mas 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 1° 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.

Pasaremos a demostrar que el acto administrativo que ordena la apertura se expidió con la correspondiente autorización del Consejo Municipal de Palmira, al quedar en firme con anterioridad a la Resolución No 852 del 18 de Noviembre, el

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 6
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

Acuerdo No. 049 del 14 de noviembre de 2014, por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal de Palmira para asumir obligaciones que afectan apropiaciones de presupuestos de vigencias futuras, de carácter excepcional, y se concede autorización para contratar.

Señala el artículo 3° del Acuerdo No. 049 en comento, que el Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación, y hay constancia de la Radio Difusora Armonías del Palmar, que certifica que el día 14 de noviembre de 2014, entre las 9:30 y las 10:30 de la mañana, se publicó el Acuerdo No. 049, con el contenido ya transcrito. Adicionalmente, en el portal [www.palmira.gov.co](http://www.palmira.gov.co) se encuentra publicado el acuerdo en comento. Finalmente la publicación en la Gaceta Municipal en su edición No. 11 de Octubre Noviembre de 2014, queda publicado el Acuerdo No. 049 del 14 de noviembre de 2014.

En esos términos, si verificamos la fecha de expedición del Acto Administrativo que ordena la apertura de la licitación, tiene fecha 18 de noviembre de 2014, posterior a la publicación del Acuerdo 049 del 14 de noviembre del año en curso, por tal razón este acto se encuentra bien expedido y 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 4° 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.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 7
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

1.4 Sin embargo, es necesario dar una claridad conceptual sobre el planteamiento del observante por cuanto jurídicamente es inexacto que se indique que el aviso de convocatoria, la matriz de riesgos, los estudios previos y los prepliegos sean actos previos, entendido este últimos, como verdaderos actos administrativos; es decir, como manifestaciones unilaterales de la administración que producen efectos jurídicos, y que en nuestra consideración, el aviso de convocatoria, la matriz de riesgos, los estudios previos y los prepliegos son simples actos de trámite, pues no se asimilan a lo que doctrina ha denominado “actos preparatorios” o “actos separables”, que son susceptibles de ser demandados en sede judicial por su carácter de acto administrativo definitivo como pasaremos a demostrar. Para efectos de lo anterior, nos apoyaremos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001, actuando como Magistrado Ponente el doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA, cuando se le planteó la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 87 (parcial) del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), y allí la Corte Constitucional explora la naturaleza jurídica de los actos preparatorios del contrato administrativo:

La naturaleza jurídica de los actos preparatorios del contrato administrativo y su control judicial. Evolución legal y jurisprudencial.

3. Los actos preparatorios del contrato administrativo, pertenecen a la categoría que la doctrina ha llamado “*actos separables del contrato*”. Aunque no han sido definidos por la ley, han sido entendidos por el h. Consejo de Estado como aquellos que constituyen decisiones unilaterales de la Administración en las etapas precontractuales<sup>1</sup>.

Lo que distingue genéricamente a los actos separables del contrato es, según la jurisprudencia de ese Tribunal, que los mismos no son de contenido bilateral como es propio de los contratos, sino autónomos o unilaterales de la entidad contratante. Además, “*el acto separable impugnado debe ser un acto administrativo decisorio en el sentido técnico jurídico*” ¿ha agregado el Consejo de Estado-, pues “*los simples actos de la administración, meramente preparatorios, no pueden ser objeto de*

<sup>1</sup>. Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 6 de 1987.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 8
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 PALMIRA AVARZA	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

*impugnación*<sup>2</sup>.2 Ahora bien, las acciones que se reservan para impugnarlos (nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho), persiguen que los administrados que tengan un interés, o aun quienes abogan por el interés general, puedan demandar las ilegalidades que pueden afectar tales actos, sin inmiscuirse en las acciones contractuales que la legislación reserva a las partes del contrato. De esta manera, la separabilidad de los actos a que se viene haciendo referencia, esto es su posibilidad de ser individualizados frente al contrato, o aislados de éste para efectos de su impugnación, viene a ser una garantía del interés general y de los derechos de las personas afectadas con ellos, quienes frente a las acciones contractuales serían terceros no revestidos de legitimidad en la causa para demandar.

Conforme con lo anterior, los actos preparatorios o previos al contrato, de contenido decisorio, que conducen a la formación de la voluntad contractual, serían actos separables para efectos de su impugnación. Un sector de la doctrina y también en ocasiones la jurisprudencia, ha estimado que sólo esta categoría de actos, es decir los previos al contrato, son los que pueden considerarse "separables" para esos efectos. Sin embargo, otro sector y también la jurisprudencia en ciertos momentos, considera que los actos unilaterales de la Administración llevados a cabo en la etapa de ejecución o de cumplimiento del contrato pertenecen así mismo a la categoría de los actos separables, y pueden ser atacados independientemente del contrato. El Consejo de Estado, en un tiempo consideró que el acto separable *"es por su esencia misma el precontractual, con lo cual se hace fácil y comprensible la precisión de los sujetos de derecho que pueden impugnarlo..."*<sup>3</sup>, y en otros ha sostenido la posición según la cual la calificación de actos separables no se reserva a los precontractuales, sino que cobija también otros actos unilaterales de la administración, proferidos en otras etapas de la actividad contractual.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 6 de 1987.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, auto de abril 6 de 1987.

<sup>4</sup> Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de marzo de 1994. consejero Ponente, Juan de Dios Montes.

 PALMIRA AVARZA	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 9
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

Las consecuencias de la teoría de la separabilidad, como se dijo, radican en que los actos separables pueden ser demandados independientemente del contrato a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, al paso que para los actos no separables se reservan las acciones contractuales.

La doctrina de la separabilidad de los actos previos se opone a la de la indivisibilidad de los actos preparatorios, que estima que los mismos forman con el contrato un todo inescindible, no pudiendo independizarse de él, por lo cual tampoco podrían ser demandados en forma autónoma por personas ajenas a la relación contractual. Quedarían excluidas de esta posibilidad, personas tales como los licitantes u oferentes. Esta posición toma pie en la consideración según la cual la ilegalidad y la consecuencial nulidad de un acto previo, se traduce en la ilegalidad y nulidad de los actos subsiguientes y por ende del contrato mismo.

La jurisprudencia y la legislación colombianas han sufrido una evolución en lo referente a la doctrina de los actos separables y dentro de ellos los actos previos al contrato administrativo, que ha corrido paralela a las variantes de la legislación y que puede sintetizarse de la siguiente manera<sup>5</sup>:

4. Desde cuando el conocimiento de las controversias contractuales originadas en los contratos administrativos se radicó en cabeza de la jurisdicción-contencioso administrativa, surgió la preocupación jurisprudencial en determinar cuál era el mecanismo idóneo para llevar a cabo el control jurisdiccional de los llamados actos separables. Una de las primeras referencias al tema, se encuentra en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del h. Consejo de Estado, emitido el 18 de abril de 1969, en donde se distinguió claramente entre las acciones de nulidad procedentes en contra de los actos separables, y las acciones contractuales propiamente dichas, en los siguientes términos:

<sup>5</sup> Esta evolución legal y jurisprudencia aparece analizada *in extenso* en la Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera en marzo 10 de 1994. Expediente 9118,. Consejero ponente: Juan de Dios Montes

 <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 4</b>	TRD:

"Las operaciones administrativas susceptibles de descomponerse en distintos actos jurídicos, como los contratos, pueden dar lugar a acciones de nulidad diferentes, bien contra el contrato mismo o contra los actos que lo anteceden. Aunque se trata de una misma operación, algunos actos pueden independizarse para que los tribunales examinen su validez ante la ley, dentro de las competencias establecidas y con la finalidad propia de cada una de las acciones que se ejerciten.

"Así, en el proceso administrativo contractual los actos que autorizan el contrato admiten su confrontación con la ley, en acción de nulidad, para determinar si se ajustan a las competencias y a los procedimientos que señala, pero sin que en el ejercicio y decisión de esta demanda pueda invalidarse el contractual que se reserva en forma privativa al competente para conocer de las controversias relativas a contratos celebrados por la administración."<sup>6</sup>

Posteriormente, en Sentencia de abril 12 de 1978, el Consejo de Estado reiterando su jurisprudencia anterior y haciendo precisiones sobre el tema del control jurisdiccional de los actos separables expresó:

"En providencia de abril 6 de 1972, el Consejo de Estado precisó que "la acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el art. 66, "a toda persona", no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativas", precisándose que de igual manera que en el derecho francés se excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos "que sólo son susceptibles de la de plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquella proceda, como también sucede en el régimen colombiano contra los actos separables de los mismos."<sup>7</sup>

5. Paralelamente al desarrollo de la jurisprudencia que se acaba de reseñar, en la legislación colombiana también se evidencia una evolución en cuanto al reconocimiento de los llamados actos separables en la

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil., Concepto de 18 de abril de 1969. Anales del Consejo de Estado, tomo LXXVI, 1969, primer semestre, págs 10 y 11.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1978, expediente 1942.

 <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 4</b>	TRD:

contratación administrativa. La primera mención legal a esta noción jurídica, se encuentra en el artículo 3° de la Ley 19 de 1982, que se refirió a los actos administrativos en la *formación y adjudicación* de los contratos administrativos de derecho privado de la administración. Más adelante, el Decreto 222 de 1983 dispuso lo siguiente en el párrafo de su artículo 17:

*"...en los contratos de derecho privado de la administración en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso-administrativa".*

Aunque estas referencias legales se restringieron al ámbito de los contratos de derecho privado de la administración, denotan una delimitación conceptual de la noción de actos separables, los cuales fueron entendidos entonces por el legislador como los expedidos en la *formación o adjudicación* del contrato.

6. Posteriormente, el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 87 (relativo a las acciones contractuales) y 136 (referente a la caducidad de las acciones), hizo menciones explícitas al distinto régimen jurídico de los actos separables de los contratos y de los actos contractuales propiamente dichos. Estas normas establecieron lo siguiente:

*"Artículo 87*

...

*"Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en el Código"*

*"Artículo 136.*

...

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 12
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 PALMIRA <small>avanza</small>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

*Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato."*

Como las normas transcritas se refirieron a "actos separables" sin precisar tal noción, y en especial sin distinguir si el concepto cobijaba solamente a los actos preparatorios del contrato o también a otros proferidos unilateralmente por la Administración en etapas posteriores a la celebración del mismo, la interpretación de tales disposiciones llevó a la jurisprudencia a definir qué cosa debía entenderse por actos separables, estableciéndose entonces que a esta categoría pertenecían solamente los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, es decir los actos previos al mismo, y no los proferidos durante las etapas de ejecución y liquidación del contrato, los cuales debían entenderse como propiamente contractuales y por lo tanto inseparables. Comentando esta precisión de la jurisprudencia, el propio Consejo de Estado, en Sentencia de marzo 10 de 1994<sup>8</sup>, afirmó:

"Los inconvenientes se presentaron cuando se trató de precisar lo que se debía entender por actos separables de los contratos; finalmente, la jurisprudencia definió que tal calificación estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, siendo los contractuales propiamente dichos (y por ende no separables), los que se produjeran en las etapas de ejecución y liquidación.

Deducido lo anterior, el régimen descrito, conforme se explicó antes<sup>9</sup>, en los artículos 87 y 136, se aplicó a los actos previos; los actos contractuales

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 10 de 1994. consejero ponente, Juan de Dios Montes

<sup>9</sup> Esta explicación era la siguiente, dada por la misma Sentencia que se viene transcribiendo:

"a) Que se debía distinguir al interior de los actos contractuales unos separables del contrato y otros que no lo eran.

"b) Que los actos separables no se controlaban por medio de las acciones contractuales (artículo 87), sino por las "otras acciones previstas en el Código, es decir las de nulidad (artículo 84) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85).

 PALMIRA <small>avanza</small>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 13
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

se debían impugnar, en consecuencia, a través de las acciones del artículo 87<sup>10</sup>."

7. Los artículos 87 y 136 del Decreto 01 de 1984 fueron derogados por los artículos 17 y 23 el Decreto 2304 de 1989. No obstante, el Consejo de Estado siguió aplicando la doctrina de los actos separables en la forma en que se relata en la misma Sentencia que se viene comentando, que al respecto describe así la evolución jurisprudencial subsiguiente a la referida derogatoria:

"El decreto 2304 de 1989, por sus artículos 17 y 23 modificó los artículos 87 y 136 del C.C.A y eliminó de ellos los textos transcritos; sin embargo, la situación de los actos contractuales y de los separables continuó igual, según diversas manifestaciones jurisprudenciales, con la salvedad de que la impugnación, por vía jurisdiccional, de estos últimos se podía hacer sin la limitación del artículo 136 antes transcrito; en otros términos, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se podía intentar desde el momento de su expedición, para todos ellos y no solamente para el acto de adjudicación.

"Dentro de este contexto se admitieron demandas de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra diversos actos previos, tales como resoluciones de apertura de licitación, pliegos de condiciones, actos de adjudicación y aquellos por los cuales se declara desierta la licitación o el concurso, una vez expedidos dichos actos y sin que se cuestionara al mismo tiempo el contrato que pudo haberse celebrado..."

En lo demás, como se dijo, la situación no varió: Los actos separables (vale decir los precontractuales), se podían cuestionar, bien con independencia del contrato a través de las acciones previstas por los artículos 84 y 85 del C.C.A., o bien como fundamento de la nulidad del

"c) Que, sin embargo, dichos actos únicamente eran impugnables jurisdiccionalmente "una vez terminado o liquidado el contrato"

d) "De la regla anterior quedaba exceptuado el acto de adjudicación que era susceptible de ser impugnado según las reglas generales (artículo 136)"

<sup>10</sup> Se refiere a las acciones contractuales

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 14
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

contrato, evento en el cual se entendía que la acción revestía naturaleza contractual."<sup>11</sup>

8. Vino entonces la Ley 80 de 1993 que en el artículo 77 estableció lo siguiente:

*"ARTICULO 77. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.*

*"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*"PARAGRAFO 1o. El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

*"PARAGRAFO 2o. Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina." (Negrillas por fuera del origina))*

El h. Consejo de Estado, interpretó la anterior disposición en el sentido según el cual la misma se refería a todos los actos administrativos producidos con motivo u ocasión del contrato, y no solamente a los preparatorios o previos. Y además estimó que todos ellos admitían una sola vía de impugnación judicial, cual era la acción contractual. Sin embargo, reconoció que excepcionalmente la ley permitía en ciertos casos, que los actos contractuales fueran impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dijo así ese Tribunal:

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., consejero ponente, Juan de Dios Montes

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V)	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 15
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 PALMIRA <small>avanza</small>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

"Por consiguiente, cuando el artículo 77 de la ley se refiere a *"los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual"*, está comprendiendo, bajo una denominación única, a todos los actos, tanto los previos al contrato como los posteriores a su celebración y los está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sola acción contenciosa: la contractual, salvo que *excepcionalmente* la propia ley haya *permitido* que ciertos actos, tres en total, puedan ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho."

La regla general (acción contractual) y las excepciones en las cuales la ley permitía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra ciertos actos de la actividad contractual, fueron explicadas así por la Sentencia en comentario:

"Esta circunstancia y el hecho de que, excepcionalmente, la mencionada ley haga referencia de ciertos actos para permitir frente a ellos acciones distintas de la contractual, está indicando que la regla general *para todos los actos contractuales* está prescrita por el mentado art. 77.

Las excepciones a la regla general eran las siguientes:

"Así ocurre, por ejemplo, con la calificación y clasificación de proponentes inscritos en las cámaras de comercio que puede *"ser objeto...de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho"* (art. 25); el acto de adjudicación (parágrafo 1° del art. 77), y su contrario, el acto por el cual declaran desiertos la licitación o el concurso, por su propia naturaleza, y por la aplicación remisoria, que establece el mismo art. 77 del C.C.A. (en éste, los arts. 50, incisos primero final, 83, 135, inc.1°, y 138, inc. 3°)"

El mismo fallo hizo las siguientes precisiones en torno a la posibilidad de demandar los actos previos al contrato, y de las acciones procedentes en contra de ellos:

"En consonancia con lo anterior, y teniendo en cuenta que la acción contractual parte del supuesto de la celebración del contrato, es claro que los actos previos a él, con la excepciones vistas, solamente se podrán

 PALMIRA <small>avanza</small>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 16
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

impugnar con posterioridad a dicha celebración, conjuntamente con el contrato, o con independencia de él (parágrafo del artículo 77), pero siempre bajo la égida de la misma acción."

...

"...hoy la ley toma partido por un camino intermedio: los actos administrativos que son fruto de la actividad contractual (el problema se presenta respecto de los previos) son impugnables luego de la celebración del contrato, mediante la acción contractual; no hay necesidad de atacar, con ellos, el contrato, pero éste será nulo de nulidad absoluta cuando "se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten" (art. 44-4°), evento en el cual, "el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato...y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre" (inc. 2° del art. 45). Previsiones como estas buscan sin duda, dar eficacia al control jurisdiccional de los actos previos (lo que no siempre ocurría en la legislación anterior), sin entorpecer la actuación administrativa en el procedimiento contractual." (Negritillas fuera del original)

Tenemos entonces que a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso-administrativo estimó, en interpretación del artículo 77 de dicha Ley, que en contra de los actos previos o preparatorios del contrato como regla general sólo cabían las acciones contractuales -luego de la celebración del mismo-, con las excepciones mencionadas por esa misma jurisprudencia. Entendió entonces el h. Consejo de Estado, que la voluntad del legislador de 1993 había sido la de "excluir del control de lo contencioso de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, la totalidad de los actos contractuales, incluyendo en esta noción los actos previos a la celebración del contrato, y que cuando ha querido sujetarlos a dicho régimen lo ha hecho expresamente."

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V)	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 17
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

Como vemos, para Corte Constitucional, apoyada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, considera como “actos previos”, los “actos preparatorios” o “actos separables” del contrato, y en estos términos, los únicos actos previos, preparatorios o separables que pueden ser susceptibles de ser demandados son el acto administrativo que ordena la apertura de la licitación pública o en general de cualquier convocatoria pública que exija este requisitos, los pliegos de condiciones, y el acto de adjudicación.

En esos términos se equivoca el observante al darle la naturaleza de actos previos a los estudios previos, al aviso de convocatoria, a la matriz de riesgos y al proyecto de pliego de condiciones.

Solo queda por aclarar si el proyecto de pliegos de condiciones es el mismo pliegos de condiciones calificado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como acto previo. Consideramos que en aplicación del artículo 8 de la ley 1150 de 2007, cuando señala que la publicación del proyecto de pliego de condiciones no obliga a ordenar la apertura del proceso de selección, allí consideramos que hay una coherencia entre la norma y la postura de la Corte Constitucional, pues definitivamente lo que serian actos previos, preparatorios o separables, serían los pliegos de condiciones definitivos, los cuales solo se aprueban una vez expedido el acto administrativo que ordena la apertura de la licitación pública, y que como manifestación unilateral de la administración puede ser demandables por la acción de nulidad y también la solicitud de suspensión provisional de los mismos.

Reiteramos como ya se demostró, el acto administrativo por medio del cual se ordenó la apertura de la licitación observada, se trata en últimas del primer acto previo, acto preparatorio o acto separable; por tanto, susceptible de ser demandado en sede judicial, fue publicado el 18 de noviembre del año en curso, ya cuando se encontraba en firme el Acuerdo del Consejo del Municipio de Palmira que le otorgó facultades al Alcalde de Palmira, para celebrar el contrato de concesión para la modernización, optimización, operación, mantenimiento y

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 18
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <b>Palmira</b> <i>palma</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 4</b>	TRD:

conservación del sistema de alumbrado público del municipio, y eso hace jurídicamente válido todo el proceso licitatorio.

2. 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 tamaño y horma 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

 <b>Palmira</b> <i>palma</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 19
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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 precios 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.

## RESPUESTA

Es equivocado y errático del observante determinar que se está exigiendo “prácticamente un tipo de luminarias acomodado a su tamaño y forma de quien solo podrá ofrecerlas.”, este es un contrato de concesión que requiere una modernización y se debe obtener el mayor costo oportunidad para el municipio. Para dar un ejemplo podremos señalar que para el Municipio de Palmira no sería conveniente que un oferente ofrezca una luminaria que pueda tener un valor de \$200.000 pesos COP y que su ahorro por mala fotometría y/o distribución lumínica pueda ser solo del 15% del proyecto, pero sí una luminaria que pueda tener un valor de \$400.000 pesos COP pero su fotometría es adecuada para la zona a iluminar y llegue a un ahorro por encima del 40%. Lo anterior tiene su explicación en cuanto a que puede suceder debido a que una luminaria mas económica pueda tener una mala fotometría de distribución en el espacio y por consiguiente se obligue a poner más postes intermedios para el cumplimiento del RETILAP, no solo afectando el ahorro del proyecto sino también aumentando la instalación de luminarias y postes en la vía.

Por lo anterior, el Municipio de Palmira determinó la selección de una luminaria que tenga el mayor ahorro al menor precio posible y la menor cantidad de luminarias y postes adicionales a instalar, a su vez que esta misma luminaria cumpla con todos los requisitos técnicos y eléctricos para una correcta inversión,

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 20
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

ya que el ahorro se va a obtener por todo el tiempo de la concesión. En esos términos, se debe tener en cuenta que 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.

De tal forma que el proponente que tenga menor VCIA representa para el municipio un mayor costo beneficio, debido que para 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 mejores fotometrías de luminarias para cada punto dentro de la inversión inicial, demostrando el ahorro y el cumplimiento de todos los parámetros del RETILAP y el DPEA. 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, teniendo en cuenta lo plasmado en el RETILAP sección 210.2.4 literal (i) de mostrar por lo menos 3 proponentes o fabricantes para que de ellos se escoja el más económico, más eficiente y el que genere un mayor ahorro energético.

Concluyendo para la selección del proveedor de las luminarias se tienen en cuenta criterios como los siguientes:

- Menor costo en las luminarias.
- Mayor eficiencia de la luz en el espacio.
- Mayor ahorro.

Es importante tener en cuenta las garantías que ofrecen los fabricantes para el proyecto sobre cada luminaria que se instalará en el municipio de Palmira.

	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 21
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

De acuerdo a los estudios en poder del municipio las luminarias LED si cumplen cabalmente con las exigencias lumínicas del Densidad de potencia eléctrica para alumbrado público que exige el respectivo RETILAP. Aunque el reglamento no determina explícitamente la tecnología a utilizar, si exige unos niveles lumínicos a obtener en cada calculo fotométrico, lo cual es indiferente a la tecnología a usar, siempre y cuando el luminancímetro y luxómetro corrobore mediante mediciones el cumplimiento de las cd/m2 y luxes mínimos exigidos por el RETILAP. En caso de que alguna luminaria LED no cumpla con estas exigencias no se habilitará al proponente como se estipula el Capítulo IV del presente pliego de condiciones.

3. 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 frio 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.

## RESPUESTA

En este campo cabe resaltar que el reglamento técnico de iluminación y alumbrado público-RETILAP. no pretende que los diseños de iluminación se realicen con un programa en específico, en la sección 520.2 USO DE SOFTWARE EN EL DISEÑO FOTOMETRICO DE ALUMBRADO PUBLICO establece las pautas necesarias para poder realizar los respectivos diseños fotométricos. En los pliegos de condiciones se exige que el software utilizado para el respectivo cálculo fotométrico debe cumplir con el artículo mencionado anteriormente, en el cual debe tener un reporte de validación de pruebas expedido por un organismo o laboratorio de iluminación acreditado, nacional o internacional; en consecuencia con lo anterior, los formatos LPJ no se exigen en los pliegos porque solo

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 22
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

estaríamos favoreciendo a una clase de software debido que este tipo de archivos solo son utilizados por un programa específico en el mercado y esto podría limitar el acceso a la licitación pública ya que estaríamos obligando a que los oferentes compren la licencia de ese software así ya tengan uno que tenga la misma funcionalidad y esté debidamente validado. Sin embargo, los cálculos fotométricos se entregan en formato PDF y si se requiere validación de la información suministrada por el proponente, se puede corroborar con los archivos de las fotometrías usadas en el formato .IES. Las cuales deben ser entregadas por cada proponente.

En el caso del Binning o agrupamiento de LED en la especificación y selección de las luminarias no es exigido en el reglamento RETILAP, pero si se exigen en los pliegos de condiciones ya que se piden los LM 79 de cada proveedor, los cuales miden la calidad del lote de luminarias que se ofertaran en el cual se encuentran dichas pruebas de verificación.

Finalmente para el caso de la temperatura de color de la fuente de luz, cabe resaltar que en los requisitos lumínicos se exigen la temperatura de color donde deben operar los led, la cual se encuentran entre los 4000 y 4500 °K; esta temperatura adquiere una tonalidad de color blanco neutro; también se encuentran los Lm 79, 80 y las respectiva temperatura de operación en las especificaciones técnicas y eléctricas.

4. 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:

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 23
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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

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

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

Hace parte de los fines de esta contratación que el proponente debe establecer dentro de su modelo financiero a un plazo de 25 años dentro de los componentes de egresos el costos de la actividad de administración, operación y mantenimiento conocido como el CAOM en la resolución 123 de 2011 y que aquellos que ofrezcan un mayor, al máximo calculado basado en las unidades construcción

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 24
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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).

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 25
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 26
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

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.

## RESPUESTA

4.1 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).

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V)	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 27
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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

4.2 Por otra parte, es incorrecto señalar que esta valoración solo la conocen unos cuantos y que no es publica, es importante aclarar que el Municipio de Palmira cuenta con un sistema georreferenciado y costado 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.

 <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 4</b>	TRD:

5. 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 partícipe de un consorcio y/o unión temporal, por cuanto se entiende que la ejecución directa del contrato recae en la sociedad y no en sus socios o recae en la unión temporal y no en sus integrantes.*

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 29
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

*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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 30
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

iguales o similares a las previstas en el objeto del contrato y que esta experiencia se obtiene con contratantes en el sector público, privada, nacional o extranjera. No hay límite frente al número de contratos o a la fecha en la cual estos fueron celebrados.

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

Prorrumpa 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 afínca 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.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 31
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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.

## RESPUESTA

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 32
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

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).

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V)	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 33
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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.

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.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 34
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <b>Palmira</b> <i>variza</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 4</b>	TRD:

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:

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

 <b>Palmira</b> <i>variza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 35
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

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 ser 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

	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 36
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

la ejecución del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público.

6. 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**

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 37
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

*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)*

 <b>Palmira</b> <i>avanzada</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 4</b>	TRD:

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 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 párrafo 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 ingeniería de detalle, de acuerdo a la reglamentación del Gobierno Nacional y que debería ser uno de los requisitos para trámite de dicho Acuerdo 049 de 2014 siempre y cuando las

 <b>Palmira</b> <i>avanzada</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 39
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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*

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 40
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

adscrito o vinculado el órgano que solicita las vigencias futuras (vgr. Ministerio de Minas), y de una proyección de ingresos para los períodos 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 período 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 período, 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.

 Palmira	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 41
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

· *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 Alcalde 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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 42
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 43
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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.

## RESPUESTA

6.1 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.

6.2 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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 44
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

obtener este valor a medida que se vaya causando la ejecución del contrato, como ya se advirtió.

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 calculo 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.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 45
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

7. Antes 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.*

 <b>Palmira</b> <small>varianza</small>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

*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

 <b>Palmira</b> <small>varianza</small>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 47
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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

 <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 4</b>	TRD:

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. SOTFWARE DE GESTIÓN DEL ALUMBRADO PÚBLICO, de que trata en la sección 580 del RETILAP cuyos alcances y términos están claramente definidos.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 49
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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

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

Refiere esta providencia que en materia de incentivos se debe incluir dentro de la propuesta para los bienes, servicios y oferentes nacionales o aquellos que considerados nacionales con ocasión de la existencia de trato nacional, resultando totalmente distinto al incentivo que fue considerado como criterio de calificación a folio 64 de los pliegos que en el numeral 3, que se lee así:

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

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 50
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

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

 <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 4</b>	TRD:

## 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.

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 52
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <b>Palmira</b> <i>sanza</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 4</b>	TRD:

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 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)”.

 <b>Palmira</b> <i>sanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 53
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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 4</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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 55
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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 sí, por ejemplo, se trata de 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 5° 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 desierta 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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 56
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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 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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 57
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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.

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

7.1 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.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 58
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <b>Palmira</b> <i>palma</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 4</b>	TRD:

## 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.

7.2 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:

 <b>Palmira</b> <i>palma</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 59
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

Artículo 29. Del deber de selección objetiva

La selección de contratistas será objetiva.

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.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 60
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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.

7.3 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

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:

...

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 61
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

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.

7.4 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 nivel mayor de detalle que

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 62
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

le permita así mejorar aun mas la calidad del servicio que la solo exigida por el RETILAP.

7.5 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.

## RESPUESTA

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 63
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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:

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 64
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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 específica, 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 3° del decreto 1510 de 2013, esto nos dice respecto de las definiciones:

“Artículo 3°. *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”.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 65
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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>12</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 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.

<sup>12</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 4</b>	TRD:

8. 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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 67
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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.

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 68
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURÍDICO	FECHA:
	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

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 compromiso 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

	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 69
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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.”*

## RESPUESTA

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 70
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <b>Palmira</b> <i>sanza</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 4</b>	TRD:

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 deberá 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 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

 <b>Palmira</b> <i>sanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 71
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 72
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	SECRETARÍA JURÍDICA	CÓDIGO:
	PROCESO: APOYO JURÍDICO ADMINISTRATIVO	VERSIÓN:
	SUBPROCESO: ADMINISTRATIVO JURIDICO	FECHA:
ALCALDÍA DE PALMIRA (V) NIT: 891.380.007-3	<b>RESPUESTA OBSERVACIONES 4</b>	TRD:

riesgo, eso si cumpliendo las normas y regulaciones vigentes como lo exige la resolución 123 del 2011 de la CREG.

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 aclarar 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

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 73
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <b>Palmira</b> <i>palma</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 4</b>	TRD:

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.

Asi 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 Capitulo 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 calculo 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:

 <b>Palmira</b> <i>palma</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 74
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

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

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.

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

## RESPUESTA

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 de apertura, y por lo tanto es decisión del Municipio de Palmira seguir adelante con el proceso de convocatoria pública, el cual como se

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 75
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76

 <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 4</b>	TRD:

demonstró 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 , Diciembre 18 de 2014

Atentamente,

  
**JOSE RITTER LOPEZ PEÑA**  
Alcalde Municipio de Palmira

Proyecto y Elaboro Ernesto Mata - Asesor Externo

 <b>Palmira</b> <i>avanza</i>	EDIFICIO CAMP CALLE 30 CON CARRERA 29 ESQUINA PBX: 2709500	Página 76
	<a href="http://www.palmira.gov.co">www.palmira.gov.co</a>	de 76