

Santa Marta (Magdalena), Noviembre 10 de 2017.

Señores

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Atn. Doctor **LEANDRO ALBERTO RAMOS CASTIBLANCO**

Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública

Carrera 5 No. 15 - 80 - Piso 17

Bogotá D.C. -

E. S. D.

Dilectísimo señor Procurador Delegado,

Dándole alcance a su actuación preventiva radicada el día 01 de noviembre de 2017 en la cual formula observaciones al proyecto de pliego de condiciones identificado de la LP No. 015 de 2017 orientado a entregar en Concesión para la operación, administración, mantenimiento, modernización, reposición y expansión del sistema de Alumbrado público en el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, Departamento Del Magdalena.

Para tal efecto, se procede a dar respuesta a cada uno de los interrogantes y observaciones hechas, en el mismo orden expositivo en que han sido planteadas por la vista disciplinaria, de conformidad con lo siguiente:

1. CON RELACIÓN A LA EXPERIENCIA EXIGIDA.

En cuanto a la experiencia exigida en el punto 5.1.3.1 manifiesta el señor Procurador, que una vez analizado el pliego de condiciones se deben realizar unas modificaciones al mismo en los siguientes términos:

1. En la observación No. 1 el delegado de la Procuraduría solicita:
 - a. **Incluir el elemento instalación en el numeral 1º del punto 5.1.3.1 del pliego de condiciones. En cuanto a esta observación nos permitimos manifestar lo siguiente:** Dentro de las actividades descritas en el objeto licitado en la LP 015 de 2017 podemos destacar las gestiones contractuales que se enumeran así: *“Concesión para la **operación, administración, mantenimiento, modernización, reposición y expansión** del sistema de Alumbrado público”.*

Para los fines pertinentes, es conveniente aclararle a la vista disciplinaria que dentro de las actividades contractuales enumeradas en el pliego definitivo, estas llevan intrínseco la **instalación**, dado que no es posible acometer las gestiones de modernización, reposición y expansión del sistema, sin antes llevar a cabo la **“instalación”** de las citadas luminarias, es imposible modernizar un sistema de alumbrado público, sin antes hacer la respectiva instalación de los elementos lumínicos.

A manera de conclusión y sin hacer uso de términos técnicos, la “instalación” debe ser vista como una actividad accesoria y no principal, por estar íntima dentro de la modernización, reposición y expansión del sistema del alumbrado público. Al darle una mirada sistemática, la Administración Distrital consideró que es accesoria a las actividades principales del objeto licitado y contenida dentro de las primeras, razón suficiente para no establecerla dentro de las actividades de la licitación avocada por la entidad territorial.

- b. **Con referencia al numeral 2º del punto 5.1.3.1. del pliego, el Procurador considera que se debe ampliar el requisito relativo a la experiencia, el cual está establecido en 15 años, teniendo en cuenta que este tipo de contratos tienen vigencias extensas alrededor de los 20 años. Respecto a esto nos permitimos señalar que:** Para la Administración Distrital la experiencia mínima a ser acreditada por los proponentes es de mínimo 15 años ejecutados a la fecha del cierre del proceso, pero con la Adenda No. 1 se abrió el espectro considerando que es posible abonar en la propuesta los contratos que se encuentren en ejecución, pero que a la fecha de cierre, por lo menos se hayan ejecutado como mínimo 15 años, termino exiguo fijado con criterio técnico por la administración para exigir experiencia y de ésta manera garantizar un óptimo y eficiente servicio de alumbrado público.

El requerimiento depositado en el numeral 2º del acápite 5.1.3.1 **“experiencia general del proponente”** brota como resultado de ser mayormente garantista de la pluralidad de oferentes y de la libre concurrencia, en aras de marcar la selección objetiva y la transparencia como pilares emblemáticos de la contratación estatal.

Por otro lado, aumentar en años la experiencia mínima sería generar la ruptura de los principios legislados y supletorios de la contratación estatal, dado que serían pocos los proponentes que a la fecha de cierre tuvieran esa experiencia general y atenuarlos conllevaría a que radicarían ofertas proponentes que no tendrían la capacidad jurídica, técnica y financiera suficiente para prestar el servicio de alumbrado público en el Distrito de Santa y de cierta manera sería desproteger el tributo de los Samarios como fuente de pago de éste importante servicio público.

2. **De acuerdo a la Observación No 2, en la cual se solicita modificar el numeral segundo del punto 5.1.3.1. en el cual a juicio del Procurador Delegado resulta excesivo e innecesario que se acredite la experiencia de 15 años por cada contrato, puesto que, se estaría exigiendo que se acredite una experiencia total de 30 años. Nos permitimos manifestar lo siguiente:** El pliego de condiciones definitivo establece que la experiencia general del proponente puede ser acreditada mediante “máximo” dos (2) contratos de concesión cuya experiencia sea de mínimo 15 años de manera individual, pero el determinante de la experiencia no es la cantidad de años de ejecución del contrato abonado, sino la cantidad de luminarias que se estimó en 62.000 luminarias y que la misma, podía ser acreditada en máximo dos (2) contratos de concesión.

Tal requerimiento de luminarias tiene su razón de ser en la cantidad de lámparas que deberán ser atendidas por el adjudicatario de la LP 015 de 2017 en el mediano y corto plazo y la administración solo busca que quienes se presenten tengan la experiencia, equipos y personal con la suficiente experiencia y capacidad de reacción para prestar el servicio de alumbrado público en Santa Marta, en aras de propender por la mejora del servicio.

3. **Con relación a la Observación No 3 donde se requiere que la experiencia se debe referir y exigir de acuerdo a las actividades a desarrollar en el objeto del contrato objeto del proceso licitatorio, y no solamente a los acreditados en ejecución de un contrato de concesión de acuerdo a lo señalado en el Decreto 2424 de 2006. Discurrimos lo siguiente:** La Administración Distrital de Santa Marta no accede a la solicitud de ampliar la experiencia general de los proponentes, teniendo en cuenta que el estudio hecho al SALP entregó un diagnóstico en el cual recomienda contratar bajo la modalidad de concesión como tipo contractual especial previsto en el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993 y de manera especial por el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, dado que el riesgo es trasladado al concesionario y por la dinámica misma de inversión que se pretende realizar. En ese mismo orden de ideas, el Acuerdo 010 de Mayo 17 de 2017 facultó al ordenador del gasto de Santa Marta para que contrate bajo la modalidad de concesión del SALP y no mediante otra modalidad contractual, hacerlo implicaría de suyo, desbordar las autorizaciones conferidas por el órgano de representación plural, siendo camisa de fuerza la instrucción contenida en el artículo 313-3 y de manera especial en la Ley 1551 de 2012 y ellas se entregan de manera expresa, puntual y taxativa y hacerlo sería rayar y bordear en acciones y omisiones al deber funcional. No obstante, ampliar el espectro de los tipos contractuales en aras de garantizar la pluralidad de oferentes, sería de cierta manera transitar en contraposición a las facultades conferidas y hacerlo, conlleva a la comisión de injustos penales y disciplinarios por extra-limitación de facultades, bajo la premisa que la autorización entregada por el Concejo Distrital es para contratar bajo concesión y teniendo como experiencia contratos de concesión no otros modelos contractuales. Adicionalmente, la administración busca tercerizar la administración, operación, mantenimiento, reposición, modernización y expansión del SALP solo con quienes hayan tenido experiencia en

contratos de concesión y no bajo otra figura contractual, dada las características inherentes de ésta forma contractual que es totalmente contraria a las otras formas propuestas.

Ahora bien, con respecto a la experiencia específica del proponente, señaladas en el punto 5.1.3.2 del pliego de condiciones, la procuraduría nos establece el siguiente interrogante: **¿Cuál es el sustento para solicitar que uno de los contratos aportados acredite experiencia de haber operado 50.000 luminarias? ¿Cuántas ciudades del país tienen 50.000 luminarias y cuántas de éstas funcionan con tecnología LED? A juicio del Procurador la exigencia resulta muy restrictiva.**

En cuanto a éste punto nos permitimos manifestar lo siguiente: La experiencia general exigida busca que los interesados en depositar oferta en el LP 015 de 2017 tengan máximo dos (2) contratos de concesión cuyo objeto sea taxativamente la Administración, Operación, Mantenimiento, Modernización y Expansión del Sistema de Alumbrado Público, atendiendo que estos contratos tienen una dinámica de ejecución distinta a los demás modelos contractuales que trae la Ley 80 de 1993 y los contratos del derecho privado, por tratarse de una tipología contractual “sui-generis”, exigir unos contratos con objetos diferentes sería alegarse de la finalidad que busca contratar la entidad territorial y no satisfacer el objeto y las actividades que trae inmerso un contrato de concesión de alumbrado público, gestiones contractuales que están previamente dibujadas en el Decreto 2424 de 2006 y en la Resolución CREG 123 de 2011.

Adicionalmente, se exigió que el o los contratos acreditados como experiencia general hayan sido ejecutados como mínimo 15 años a la fecha del cierre, ese requerimiento va encaminado a que el proponente interesado por lo menos haya ejecutado el 60% del tiempo total que la entidad pretender concesionar, éste tipo de experiencia general conlleva a que la entidad contratante pueda tener la tranquilidad suficiente que los proponentes han ejecutado proyectos con similares características y patrones, todo redundando en beneficio de los administrados.

En cuanto a la acreditación de las 62.000 luminarias estas son el doble de las luminarias existentes en el Distrito de Santa y que en un mediano plazo se estima sea el censo real de la entidad territorial, por ello, la exigencia de una experiencia general en cantidad de lámparas atendidas para garantizar en un corto plazo una óptima y eficiente calidad del servicio de alumbrado público, exigir unos índices de experiencia inferiores a los consignados en la regla de disciplina del proceso 015 de 2017 significaría invitar a participar en la licitación pública a proponentes que no tendrían la capacidad de respuesta a corto y mediano plazo de la demanda del SALP como servicio que no solo propende por la iluminación de vías y zonas de uso público, sino que también es un coadyuvante de la seguridad y convivencia pacífica de los sectores urbanos del Distrito de Santa Marta.

Adicionalmente, tenemos que dentro de las ciudades que actualmente cuentan con 5.000 o más luminarias en tecnología LED ubicamos a Bogotá DC, Medellín, Barranquilla, Ocaña, Cali y Pálmira, entre otras, todas ellas entregadas en concesión excepto la ciudad de Bogotá DC., situación que deja ver que la experiencia requerida no es desproporcionada, solo que apunta a ciudades capitales o ejes de desarrollo nacional (ciudades medianas o grandes).

4. **Acorde a lo anterior, en la Observación No 4 la Procuraduría Delegada requiere dejar abierto el número de luminarias certificadas en cada contrato y permitir que la suma de dos contratos exigidos complete un mínimo requerido, respecto a esto manifestamos lo siguiente:** La exigencia de una experiencia general en cantidad de lámparas atendidas para garantizar en un corto plazo una óptima y eficiente calidad del servicio de alumbrado público, exigir unos índices de experiencia inferiores a los consignados en la regla de disciplina del proceso 015 de 2017 significaría invitar a participar en la licitación pública a proponentes que no tendrían la capacidad de respuesta a corto y mediano plazo de la demanda del SALP como servicio que no solo propende por la iluminación de vías y zonas de uso público, sino que también es un coadyuvante de la seguridad y convivencia pacífica de los sectores urbanos del Distrito de Santa Marta. Ahora bien La Ley 80 de 1993 en su artículo 7 introdujo lo siguiente:

“(…) ARTÍCULO 7o. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por: 1o. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman. 2o. Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal. (...)”

Con las anteriores formas asociativas es posible que personas naturales, personas jurídicas nacionales y extranjeras puedan asociarse y presentarse en el proceso licitatorio 015 de 2017 garantizándose la libre concurrencia y la pluralidad de oferentes, dado que bajo esas formas asociativas pueden concurrir sendos proponentes donde cada uno aporte un número de luminarias para poder atender la exigencia de la experiencia general que consiste en 62.000 luminarias de alumbrado público.

5. Así mismo en la Observación No. 5 sugiere nuevamente que sería pertinente incluir en el numeral segundo el criterio de *instalación* dentro de la experiencia acreditada en luminarias LED, a lo que alegamos: En relación con la acotación dispensada en este acápite nos reiteramos en lo indicado y explicado en el numeral 1 literal a) de éste documento.

• **EN CUANTO AL PUNTO 2.5 EN LOS CRITERIOS DE PONDERACIÓN**

Las inquietudes manifestadas por la procuraduría delegada en este numeral son las siguientes:

- ¿Cuáles fueron las razones para incluir el recurso humano como un criterio ponderable o dentro de los ítems a valorar? Resulta conveniente aclararle al órgano de control disciplinario que dentro del pliego de condiciones se establece un personal mínimo en calidad de requisito habilitantes.

Pero, se decidió ponderar la experiencia general y específica adicional a la aportada como requisito habilitantes, a fin de propender que el personal mínimo requerido tenga una experiencia específica adicional que propenda por la calidad en la prestación del servicio, teniendo claridad que los seres inanimados como son las personas jurídicas son dirigidos por seres animados y entre más experiencia tenga esa persona, ésta golpeará la calidad del servicio ofertado.

Siguiendo con la misma guisa y en aras de darle luces a la Procuraduría encontramos que en procesos licitatorios de alumbrado público se ha hecho una constante la ponderación del personal, solo medio estrechamente ligado a la calidad y eficiencia del servicio, en razón que una entidad o persona jurídica no es eficiente en la medida que se personal no esté capacitado y con la experticia suficiente.

En el mismo orden de ideas, afirmamos al órgano disciplinario que hemos podido identificar siete (7) procesos licitatorios de alumbrado público, donde la entidad concedente ha tenido a su criterio ponderar el personal propuesto por los proponentes y dentro de esos emblemáticos procesos siguientes:

1. LP 004 de 2016 – Municipio de Anorí-Antioquia “Contrato de concesión del sistema de alumbrado público;” Estado: Adjudicado.
2. LP 001 de 2017 – Municipio de San Pedro de los Milagros “Contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público;” Estado: Adjudicado.
3. LP 01 de 2014 – Municipio de Apicalá – Tolima “concesión para la operación del sistema de alumbrado público”; Estado: Adjudicado.

4. LP 004 de 2017 – Municipio de Amaga – Antioquia “Concesión para la prestación del servicio de alumbrado público”; Estado: Adjudicado
5. LP 004 de 2016 – Municipio de Cucuta – Norte de Santander “Concesión para la el sistema de alumbrado público”; Estado: Adjudicado.
6. DAJ-LP-APP-016 de 2016 – Armenia – Quindio “Concesión para la prestación del servicio de alumbrado público” Estado: Adjudicado.

Conforme a lo anterior, nótese bien que en los referidos procesos la administración le dio ponderación al personal, para contar con un equipo técnico con amplia y sobrada experiencia y garantizar la prestación óptima, eficiente y correcta del servicio de alumbrado público y no puede ser visto como un medio capcioso para garantizar puntaje a los demás proponentes del proceso.

- ¿No se establecieron requisitos habilitantes en cuanto a personal calificado y equipo mínimo requerido? Tal aseveración del órgano de función disciplinaria es contraria a la realidad de los pliegos de condiciones del proceso LP-015 de 2017, en virtud que en los pliegos se exigió un personal integrado por un Director de Proyecto, Coordinador y Asesor Jurídico con exigencias mínimas habilitantes, pero al adicionarle experiencia general y específica, ésta sería ponderada o puntuada por parte de la administración.

Indicar que el personal requerido no tiene la calidad de habilitante, sería afirmar algo que es diferente a lo vertido en la regla de disciplina del pliego, cuando quiera que se solicitó un personal mínimo en lo que tiene que ver con experiencia general y específica, cuando quiera en la medida que se acreditara mayor experiencia ésta sería ponderada con puntaje variables de carácter progresivo en relación con el tiempo de experiencia y el número de luminarias atendidas en el contrato de concesión donde se hayan prestado los servicios profesionales.

Decir que éste criterio no es objetivo y que propender por el servicio que se pretende contratar por parte de la administración Distrital sería no ver la verdadera finalidad o teleología del requerimiento del pliego, viendo que en la medida de contar con personal calificado éste se vuelca en la calidad del bien o servicio ofertado.

- **Así mismo, también planteó el Procurador Delegado, del por qué se asignaron tan solo 300 puntos a la oferta económica, siendo este uno de los criterios esenciales del Decreto 1082 de 2015 para valorar la oferta más favorable, a lo que nos permitimos resolver de la siguiente manera:** Para la Administración Distrital el factor económico le fue asignado 300 puntos siendo uno de los aspectos con mayor calificación, cuando quiera que la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 se han encargado de manifestar que en los procesos avocados por conducto de la licitación pública

solo se ponderan aspectos de CALIDAD y PRECIO, pero sin determinar cuál de los dos (2) debe tener mayor puntuación, siendo éste una variable de autonomía de la entidad territorial contratante.

Conforme a lo anterior, el Distrito de Santa Marta dio cabal cumplimiento a la prerrogativa prevista en el régimen de la contratación estatal al darle ponderación a los factores de calidad y precio, siendo que la norma positiva impone primero los criterios de calidad y de segundo, por orden de redacción el precio, entiendo que por orden semántico la mayor ponderación es la de calidad y por orden de redacción el factor de precio sería el segundo.

Es pues que decir que uno debe tener mayor ponderación, implica revisar la norma con vista subjetiva, dado que la disposición solo entrega una orden imperativa de calificar en las licitaciones públicas solo CALIDAD y PRECIO, alejando los demás factores que no estén atados a tales aspectos imperiosos.

6. **En cuanto a la observación No. 6, sugiere retirar los criterios incluidos en los numerales 1º (a, b y c) y 3 (a), por constituir criterios que exceden lo preceptuado de manera taxativa pro la normatividad aplicable y contradicen los criterios jurídicos de la autoridad orientadora en materia de contratación pública en el país. Frente a esta observación nos permitimos esbozar lo siguiente:** En lo que tiene que ver con el numeral 3 literal a) del denominado “plan de gestión del tiempo” es se señalar que cronograma lo que busca en propender por la calidad del servicio ofertado y por el tiempo utilizado para ejecutar las actividades y gestiones que se pretender contratar.

En el pliego de condiciones se previeron dos (2) acápites, el 5.1 denominado requisitos habilitantes y el 5.2 requisitos ponderables, dentro del desarrollo del capítulo 5.1 se encuentran las condiciones mínimas que se debe acreditar del personal como factor meramente habilitantes y si ese mismo personal muestra mayor experiencia general y específica, el apartado 5.2 le asigna un puntaje de carácter progresivo, es decir entre más experiencia concerniente alumbrado público obtiene un ponderable mayor. Pero si solo acredita el personal con la experiencia general sin adicionales en ella, se habilita el proponente sin obtener mayores puntuaciones en lo que a personal se refiere.

7. **En la observación No. 7, recomienda asignar un mayor valor a la oferta económica, por constituir uno de los elementos esenciales de valoración de un óptimo ejecutor. En cuanto a esto, nos permitimos manifestar que:** Recordamos al órgano disciplinaria que cumple su función preventiva que al interior de la disciplina de alumbrado público los costos para la prestación del servicio de alumbrado público se encuentran regulados por la Resolución 123 de 2011 y en dicha resolución de establecen las formuladas financieras que deben aplicarse para conocer los costos de administra-

ción, operación y mantenimiento del alumbrado público, sin dejar de lado los costos máximos de remuneración de inversión del alumbrado público.

Así las cosas, al encontrarse regulado los costos de AO&M y de Inversión, el criterio ponderador del ofrecimiento económico no poder ser el bastión central de ponderación de las ofertas de los proponentes que alleguen al proceso, dado que los mismos tienen una formulas financieras que lo arrojan a fin de evitar los sobrecostos de parte de contratistas, concesionarios y operados del sistema de alumbrado público, no obstante lo anterior, la Administración atendió los criterios marcados por el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.2.2.2 “ofrecimiento más favorables”.

8. **En la observación No. 8, sugiere el Procurador que se deben revisar los requisitos financieros habilitantes contenidos en el punto 5.1.2.1, en razón a que estos podrían registrar índices superiores a los de las condiciones del mercado y del sector.** Frente a esto manifestamos que:

Los requisitos financieros habilitantes solicitados, tienen relación directa con el monto del presupuesto oficial y financiación (ítems 1.17), el cual debe ser ejecutado en un periodo máximo de 3 (tres) años, a su vez los proponentes deben certificar su capacidad de financiación anexando cartas cupos de crédito en firme y/o certificaciones de cupo de crédito disponibles (ítems 5.1.2.2). Lo anterior obliga a que los proponentes deban ser evaluados por entidades de crédito, por fondos de inversión de capital privado y por proveedores de insumos, que a la hora de estudiar las solicitudes de los cupos de crédito, analizaran cada uno de los indicadores financieros propuestos en el pliego de condiciones, en el evento que los mismos se encuentren en niveles de tolerancia muy altos o deteriorados, la capacidad de obtener la asignación de un cupo de crédito por parte de los proponentes se verá disminuida y en el peor de los casos rechazada por estas entidades. Que el presente proceso cuente con requisitos financieros habilitantes holgados, permite garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, en especial la ejecución de la inversión en el plazo exigido, lo que demanda de unos recursos financieros disponibles de manera inmediata.

A su vez, los requisitos financieros habilitantes son calculados por medio de la metodología planteada por el Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente, esta metodología se aplica por medio de la selección aleatoria de una muestra poblacional de empresas dedicadas a actividades relacionadas con el objeto contractual, para lo cual se consultan las bases de datos del Sistema de Información y Reporte Empresarial “SIREM” de la Superintendencia de Sociedades y luego se realiza el cálculo de los indicadores financieros por medio de herramientas de estadística descriptiva de fácil aplicación.

De igual forma la ley otorga garantías para aquellas empresas que no logren cumplir de forma directa con los requisitos habilitantes exigidos, la Ley 80 de 1993, en su artículo 7 “*De los Consorcios y Uniones Temporales*” promueve estas formas de asociación entre empresas, con el fin de que las mismas sumen capacidades desde lo técnico, financiero y de experiencia; y que de este modo logren presentar sus propuestas a los procesos de contratación conforme lo establecen los pliegos de condiciones de los mismos.

9. **Por último, sugirió el Procurador que, atendiendo la necesidad de hacer cambios esenciales al pliego de condiciones, se considere revocar el auto de apertura de la licitación pública para garantizar los principios de la contratación estatal. Nos permitimos manifestar de manera categórica que:** La administración considera no acceder a las recomendaciones de la Procuraduría Delegada de la Función Preventiva por las razones expuestas.

En los anteriores términos, se le da respuesta a las observaciones a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, en relación con el proceso SP-LP-015 de 2017.

Atentamente,

Original Firmado
RAFAEL ALEJANDRO MARTINEZ
Alcalde Distrital de Santa Marta

Original Firmado
SANDER RODRIGUEZ PEÑA.
Gerente de Infraestructura.