Código validación comunicación: 5c00b

Código Dependencia: 3204
Acceso: Reservado (), Público (x), Clasificado ()

Bogotá, D.C.

Doctor (a)
DISPAC S.A E.S.P
dispac@dispac.com.co
Bogotá, D.C.

Asunto: ACLARACION AOM FAZNI 2020

En atención a las comunicaciones No. 20226000009851 radicadas ante el ministerio bajo los números 1-2022-026865 y de la cual de manera específica hacemos referencia a los contratos FAZNI GGC 642 2020, FAZNI GGC 650 2020, FAZNI GGC 652 2020, FAZNI GGC 656 2020, FAZNI GGC 662 2020 y FAZNI GGC 697 2021, realizamos las siguientes aclaraciones:

1. ***solicitamos la aprobación del Ministerio de Minas y Energía para prestar los servicios de la ETAPA DE ADMINISTRACION, OPERACIÓN y MANTENIMIENTO – AOM con el apoyo de la firma DISPOWER S.A.S. E.S.P., empresa conformada por las firmas: SMART VALLEY S.A.S con un 40% de participación, SUNCOLOMBIA S.A.S. con un 35.5% de participación y GENERCOL S.A.S E.S.P con un 24.5% de participación.***

Las minutas de los contratos FAZNI 2020 indican entre otras consideraciones lo siguiente:

"(...)

15. Que el artículo 288 de la Ley 1955 de 2019 establece que quienes soliciten recursos al FAZNI y/o al IPSE para el desarrollo de soluciones energéticas particulares en Zonas No Interconectadas (ZNI), deberán ejecutar directa o indirectamente su administración, operación y mantenimiento, garantizando su sostenibilidad, durante el tiempo que se indique en el respectivo contrato. En ese sentido, el presente contrato implica no sólo la realización de la construcción o instalación de infraestructura, sino también la prestación del servicio y realización de AOM de la infraestructura, de tal forma que se garantice la sostenibilidad del proyecto. (...)"

"(...)

17. Que, respecto de la naturaleza del Contrato, la Oficina Asesora Jurídica se pronunció mediante concepto radicado N° 2019078079 del 07 de noviembre de 2019, indicando que:

"La Oficina Jurídica considera, con base en las normas, jurisprudencia y argumentos expuestos, que lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 143 de 1994 no necesariamente debe aplicar para la contratación de la ejecución de AOM de infraestructura construida a través del FAZNI.
(...)
En esa medida, en interpretación de esta oficina y concordante con la normativa y la jurisprudencia expuesta, el esquema contractual definido en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994, como contrato especial de entidades oficiales, es adecuado para que el Ministerio de Minas y Energía pueda hacer la entrega de infraestructura energética a prestadores del servicio para que se adelante el AOM sobre la misma, por lo cual no sería necesaria la oferta pública de la que trata el articulo 55 de la Ley 143 de 1994."

(...)"

De otra parte, el parágrafo de la cláusula primera indica en cuanto al alcance de los contratos FAZNI 2020 lo siguiente:

"(...) *PARÁGRAFO ALCANCE DEL OBJETO: En desarrollo del objeto de este Contrato, EL CONTRATISTA deberá ejecutar las actividades previas y de instalación de las soluciones solares fotovoltaicas individuales, así como realizar las actividades inherentes a la Administración, Operación y Mantenimiento (en adelante AOM) y posterior devolución de la infraestructura conforme a las condiciones del presente contrato*. (...)"

Ahora frente a la solicitud del visto bueno para la subcontratación o cesión para la prestación de los servicios de la Etapa de AOM nos permitimos indicar:

En principio es preciso indicar que para este Ministerio no es claro si DISPAC S.A. ESP al presentar a firma SIPOWER SAS nos esta notificando de una subcontratación o de la cesión de la operación del AOM, esto teniendo en cuenta que el aparte que transcribe hace referencia a estas dos figuras y no se identifica en el párrafo seguido a cuál de ellas hace alusión de manera específica.

Sin embargo, si nos vamos a la literalidad de cada una de ellas (subcontratación, cesión-sustitución) y más de manera específica sobre la base de lo que enmarca el literal D de la CLÁUSULA OCTAVA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA se tiene lo siguiente:

"(...) *D. OBLIGACIONES DURANTE LA ETAPA DE ADMINISTRACION, OPERACIÓN y MANTENIMIENTO: EL CONTRATISTA reconoce que la ejecución de la Etapa de Administración, Operación y Mantenimiento no genera garantía o expectativa de remuneración a su favor a cargo de EL MINISTERIO por virtud del presente Contrato.*

El CONTRATISTA podrá prestar los servicios de la ETAPA DE ADMINISTRACION, OPERACIÓN y MANTENIMIENTO - AOM directamente o ***subcontratar o ceder*** *la misma, estas dos últimas con la previa aprobación y en las condiciones de las normas aplicables, el presente contrato y lo que se determine por el MINISTERIO*

La Etapa de Administración, Operación y Mantenimiento iniciará parcialmente, cuando sea suscrita la primer Acta de Recibo Individual de conformidad con el literal c numeral 15 de la presente clausula y se cuente con el seguro de daños contra todo riesgo al que se refiere la CLAÚSULA DECIMA PRIMERA del presente contrato.

Previo al inicio de la etapa de Administración Operación y Mantenimiento, el CONTRATISTA podrá solicitar al MINISTERIO, con la debida sustentación las razones y justificaciones para que se tramite la aprobación de su ***sustitución*** *como Contratista en la Etapa de Administración, Operación y Mantenimiento, para lo cual el CAFAZNI podrá determinar que el aporte de las infraestructura se otorgue a otro contratista para que realice la actividad de AOM, y decidirá quién las ejecutará conforme a su idoneidad, experiencia, capacidad financiera y operativa. En este caso, se prescindirá de la etapa de AOM del presente contrato e iniciará de inmediato la devolución de bienes, su entrega al nuevo contratista de AOM y la terminación anticipada del contrato.* (...)" Subrayado y negrilla fuera de texto

Ahora si lo que la Empresa Distribuidora del Pacifico S.A. E.S.P. DISPAC, va a realizar es la *subcontratación* del AOM con fundamento en lo antes descrito y en el artículo 288 de la Ley 1955 de 2019 este Ministerio por intermedio del supervisor y con fundamento en el numeral 6 de la cláusula séptima de los contratos FAZNI 2020 da aprobación a la subcontratación referida. Por lo tanto, el contratista DISPAC S.A. E.S.P. se debe estar a lo que prescribe los contratos y las normas sobre la subcontratación, y para los cuales refiere entre otras:

"(...) *CLÁUSULA OCTAVA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA*

15. Contratar todos los trabajadores necesarios para el desarrollo del objeto del contrato y la ejecución de todas las actividades, obligaciones y Etapas del mismo, que serán vinculados por EL CONTRATISTA o sus SUBCONTRATISTAS, quienes deberán cumplir con todas las disposiciones legales aplicables. Estará a cargo de EL CONTRATISTA y sus SUBCONTRATISTAS los respectivos salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de todos los trabajadores vinculados a la ejecución del presente Contrato dependiendo de si los trabajadores se encuentran vinculados de manera directa al CONTRATISTA o a sus SUBCONTRATISTAS.

(...)

23. El CONTRATISTA y sus subcontratistas usarán adecuadamente la plataforma o las plataformas tecnológicas y los formatos definidos por el MINISTERIO para el envío y recepción de información, así como para el seguimiento y visualización de la ejecución del presente contrato. (...)

(...)
CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA INDEMNIDAD: El CONTRATISTA deberá indemnizar y mantener indemne a EL MINISTERIO por (i) cualquier inexactitud o falta de veracidad de las garantías y las declaraciones establecidas en las CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA y DECIMA TERCERA del presente Contrato y (ii) cualquier incumplimiento de las obligaciones establecidas en cabeza de EL CONTRATISTA en el presente Contrato. Adicionalmente, en los contratos que celebre EL CONTRATISTA para la ejecución de este Contrato, se pactarán cláusulas de indemnidad a favor de EL MINISTERIO que lo dejen a salvo de eventuales responsabilidades por demandas y/o denuncias de cualquier naturaleza que puedan presentar los contratistas o sus empleados, subcontratis-

tas o sus empleados, asesores o terceros, con ocasión de daños y perjuicios derivados de la ejecución o terminación de tales contratos.

PARÁGRAFO 1: Lo establecido en la presente Cláusula se entiende aplicable de manera directa a EL CONTRATISTA, la cual, además, no lo exonera de su eventual responsabilidad por demandas que puedan presentar los contratistas con ocasión de daños y perjuicios derivados de deficiencias en los procesos de contratación, así como en los contratos que se celebren con el fin de desarrollar el objeto del presente Contrato. EL MINISTERIO no se hará responsable directa ni indirectamente, contractual o extracontractualmente, de los eventuales daños y perjuicios que sufra(n) alguno(s) de los contratistas de EL CONTRATISTA ni terceras personas en general.

PARÁGRAFO 2: EL CONTRATISTA será responsable frente a EL MINISTERIO por deficiencias en el manejo de los recursos que le transfiera el MINISTERIO, tales como demoras en el pago de actas de avance de obra o en la liquidación de los contratos que se desarrollen con recursos del FAZNI, como parte del alcance del presente Contrato.

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA CUARTA RIESGOS

Riesgos Asignados a EL CONTRATISTA:
(...)
(...)
5. En general, los efectos favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con el objeto y las obligaciones del CONTRATISTA necesarias para la cabal ejecución de este CONTRATO, relacionadas con la subcontratación, la contratación de personal, las labores administrativas, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social, entre otros.
(...)
8. Los efectos favorables o desfavorables derivados de la destrucción total o parcial o hurto de los bienes, materiales y equipos de EL CONTRATISTA o sus SUBCONTRATISTAS. (...)"

Sobre la base de lo antes mencionado para los contratos FAZNI 2020 la Empresa Distribuidora del Pacifico S.A. E.S.P. DISPAC, tiene plena autonomía para subcontratar la Administración, Operación y Mantenimiento AOM. Sin embargo, reiteramos que el cumplimiento y responsabilidad de las obligaciones de la actividad de AOM recaen exclusivamente en cabeza de DISPAC S.A. E.S.P. Por lo tanto, el MME no tendrá relación con el subcontratista y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en cada uno de los contratos FAZNI 2020 y las normas que regulan dicha actividad, tendrán como único responsable a la Empresa Distribuidora del Pacifico S.A. E.S.P. - DISPAC S.A. E.S.P.

Por otra parte, si a lo que hace referencia DISPAC S.A. E.S.P. es a *ceder o sustituir* el contrato en lo que respecta a la Etapa de AOM, con fundamento en lo que se transcribe de las consideraciones de los contratos FAZNI 2020 y el literal D de la cláusula Octava, es indispensable que se sustenten las razones y justificaciones que soportan esta determinación. Para que de esta manera la supervisión pueda dar trámite a la aprobación de esta solicitud, ya que la determinación solo procederá mediante el CA-FAZNI y previo análisis de la idoneidad, experiencia, capacidad financiera y operativa,

se podrá autorizar tal cesión o sustitución del AOM, para lo cual siempre se deberá dar aplicación a lo establecido en los contratos FAZNI 2020.

Por tal razón y ante la falta de claridad en el planteamiento de su solicitud, requerimos se nos indique si DISPAC S.A. E.S.P. va a prestar los servicios mediante la subcontratación o tiene previsto ceder o sustituir el contrato. Por qué que ante cualquiera de los casos deberá proceder con fundamento en lo descrito anteriormente.

2. ***se requiere del Ministerio de Minas y Energía, la definición del documento que se debe suscribir entre MME y DISPAC para la recepción a título de aporte de la totalidad de la Infraestructura, para ejecutar las obligaciones contractuales relacionadas con la etapa de AOM, sin el cual no es posible la prestación del AOM ni la obtención de subsidios, lo anterior en atención al siguiente aparte de los contratos***

Sobre este requerimiento es indispensable tener en cuenta lo que estipula el literal D de la CLÁUSULA OCTAVA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, el cual de manera específica plantea cuando se da el inicio parcial y total la Etapa de AOM, así:

"(...) *D. OBLIGACIONES DURANTE LA ETAPA DE ADMINISTRACION, OPERACIÓN y MANTENIMIENTO: EL CONTRATISTA*

La Etapa de Administración, Operación y Mantenimiento ***iniciará parcialmente, cuando sea suscrita la primer Acta de Recibo Individual*** *de conformidad con el literal c numeral 15 de la presente clausula* ***y se cuente con el seguro de daños contra todo riesgo*** *al que se refiere la CLAÚSULA DECIMA PRIMERA del presente contrato.*

"(...) <<<15. Puesta en Servicio de la Infraestructura y Acta de Recibo Individual: El CONTRATISTA deberá entregar la Infraestructura, usuario por usuario, en completas condiciones de funcionalidad operativa. El CONTRATISTA suscribirá un Acta de Recibo Individual con cada uno de los usuarios beneficiados, que también será firmada por el Interventor, donde conste el inventario detallado de la infraestructura entregada, las condiciones en que se entregan los equipos al usuario, garantía de fábrica entre otros. Con esta acta suscrita EL CONTRATISTA recibe el uso y goce de la Infraestructura y se entiende que una vez suscrita inicia la Etapa de Administración, Operación y Mantenimiento respecto de la infraestructura entregada en el Acta.>>> (...)"

(...)
El plazo de la Etapa de Administración, Operación y Mantenimiento ***iniciará en su totalidad cuando se encuentre suscrita el Acta de Recibo y Entrega de Infraestructura de la totalidad de las unidades*** *de conformidad con el literal c numeral 16 de la presente clausula.*

"(...) <<< 16. Acta de Recibo y Entrega de Infraestructura de la totalidad de las unidades: Cuando la totalidad de las Soluciones Solares del Cronograma de Instalación hayas sido culminadas y puestas en servicio, se suscribirá, entre EL MINISTERIO, el Interventor y EL CONTRATISTA, el Acta de Recibo y Entrega de Infraestructura de la totalidad de las unidades que debe contener como mínimo las actas de recibo individual de las unidades fotovoltaicas, auto certificaciones RETIE de las unidades, las garantías de los activos entregados (fábrica, correcto funcionamiento, calidad, estabilidad de la obra y demás que sean aplicables) relación de los usuarios bene-

ficiados con número de identificación y localización geográfica en coordenadas. El interventor deberá verificar cada una de las instalaciones realizadas, de conformidad con lo establecido en el contrato de interventoría, frente a lo cual, el CONTRATISTA deberá acompañar y acatar las sugerencias que la misma realice. (...)"

Lo anterior en concordancia con la Cláusula Segunda de plazo la cual indica:

"(...) *Etapa de Administración, Operación, Mantenimiento: Esta etapa tendrá un plazo de diez (10) años e iniciará con la suscripción del Acta de Recibo y Entrega de Infraestructura de la totalidad de las unidades y hasta la suscripción del Acta de devolución, esto es, cumplido todo el término del contrato contado a partir de la suscripción del acta de inicio y conforme al numeral 29 del literal D de la CLÁUSULA OCTAVA*. (...)" Subrayado y negrilla fuera de texto

De otra parte, el numeral 2 del Literal D *OBLIGACIONES Y DERECHOS PRINCIPALES DEL MINISTERIOS DURANTE LA ETAPA DE ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN y MANTENIMIENTO* de la CLÁUSULA SÉPTIMA OBLIGACIONES DEL MINISTERIO, indica:

"(...)

2. *Dar en aporte el uso y goce de los bienes relacionados en el Acta de Terminación de la Etapa de Instalación.* (...)"

Por tanto, no se plantea en las minutas FAZNI 2020 la definición de un documento que se deba suscribir entre MME y DISPAC para la recepción a título de aporte de la totalidad de la Infraestructura diferente a la suscripción del Acta de Recibo y Entrega de Infraestructura de la totalidad de las unidades, para ejecutar las obligaciones contractuales relacionadas con la etapa de AOM. Por lo cual, no se puede hacer referencia a la imposibilidad de prestación del servicio de AOM ya que la minuta del contrato es clara al establecer frente a los diferentes casos cuando inicia la Etapa de Administración, Operación y Mantenimiento de los contratos FAZNI. Es preciso tener claro que las formalidades del recibo de la infraestructura y obligaciones a cumplir durante el AOM fueron establecidas desde la suscripción de cada contrato FAZNI 2020. Así las cosas, la Empresa Distribuidora del Pacifico S.A. E.S.P. DISPAC se debe acoger a lo dispuesto en cada uno de los contratos y cumplir a cabalidad con las obligaciones pactadas para la ejecución de la Etapa de Administración, Operación y Mantenimiento.

Con lo anterior esperamos haber dado respuesta a sus inquietudes, esto sin perjuicio de las aclaraciones que estimen pertinentes.

Carlos Arturo Rodríguez Castrillón
Profesional Especializado
Grupo de Supervisión

Documento firmado electrónicamente amparado en las disposiciones referidas por la Ley 527 de 1999.

Elaboró: Diana Carolina Saavedra Herrera
Revisó:
Aprobó: Carlos Arturo Rodríguez Castrillón