

Panamá, 21 de julio de 1999.

Su Excelencia
Dra. Aida Libia Moreno de Rivera
Ministra de Salud.
E. S. D.

Señora Ministra:

Mediante Nota N°. 2122 DMS/DGS/UCP/MINSA-BID, calendada 14 de junio de 1999, recibida en nuestras oficinas el día 7 de julio de 1999, nos solicita opinión jurídica respecto al Acto Público Internacional celebrado por la Unidad Coordinadora del Proyecto MINSA/BID, encargada de todo lo relativo a la tramitación del proceso administrativo en actos de contratación pública ejecutados con financiamiento de fuente internacional, por conducto del Banco Interamericano de Desarrollo y de acuerdo al Contrato de Préstamo N°803 OC PN, según se dispone en el artículo 14 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1999.

EXAMEN DE LOS HECHOS

1. Que el día 15 de diciembre de 1998, se realizó la Licitación Pública Internacional N°.002-97-1 (Segunda Convocatoria) para el suministro, transporte, entrega e instalación de un ¿Sistema de Información¿ que incluye: equipo, software, licencias, base de datos, capacitación, mantenimiento y asesoría, destinado al Ministerio de Salud.
2. En su realización fueron cumplidas las normas establecidas en la Ley N°.56 de 27 de diciembre de 1995, las que conjuntamente con la reglamentación contentiva de las Políticas Básicas y Procedimientos de Adquisición del Banco Interamericano de Desarrollo, también regían y eran de aplicación para este tipo de Licitación Pública.
3. Al referido Acto Público se presentaron siete (7) proponentes, entre los cuales, las empresas INDRA SSI, S.A. y SONITEL, S. A. Señalaron su intención de constituirse en consorcio en el evento de resultar favorecidas con la adjudicación.
4. En el Pliego de cargos se clasificaron los bienes y servicios a adquirir, en dos(2) lotes distintos para los cuales se podían presentar propuestas, así: Lote 1- Equipos y Lote 2- Programas de aplicaciones.
5. A través de informe de rigor de fecha 4 de marzo de 1999, la Comisión Técnica Evaluadora llegó a la conclusión de que las mejores propuestas habían sido, para el Lote N°1 de la EMPRESA MULTITEK PACÍFICO, S.A. y para el LOTE N°2 LAS EMPRESAS INDRA, SSI, S.A. Y SONITEL S.A. En cumplimiento de los procedimientos correspondientes, a todas las empresas participantes en el referido Acto Público se les entregó copia del Informe de la Comisión Evaluadora, a fin de que conforme determina el artículo 42, de la Ley de Contratación Pública formularan sus observaciones por escrito las que serían incorporadas al respectivo expediente.

6. El día 19 de mayo de 1999, fue realizada una reunión en la Unidad Coordinadora del Proyecto a la que fueron invitados al proceso de negociación con relación al informe elaborado por la Comisión Evaluadora. En esa ocasión, y sin que mediara ninguna comunicación previa, los representantes legales de la sociedad INDRA SSI, S.A. informan de un Convenio de Fusión por absorción contenido en la Escritura Pública N°.6961 de 12 de abril de 1999, extendida en la Notaría 10 a. del Circuito de Panamá, que deja constancia que dicha empresa junto con otras filiales, había sido absorbida por la sociedad INDRA SISTEMAS, S.A., empresa que asume los derechos y las responsabilidades correspondientes a INDRA SSI, S.A. En ese momento se informó a los funcionarios de la empresa que era necesario realizar la evaluación respectiva, requiriéndoseles el envío de la documentación de rigor.

ANÁLISIS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

La Constitución Política, en su artículo 263, dispone que en todo proceso de licitación pública debe asegurarse las medidas para que el mayor beneficio sea para el Estado y se procure plena justicia en la adjudicación.

¿Artículo 263...

...

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.

La licitación pública, es el procedimiento que utiliza la administración pública, mediante el cual expresa su voluntad en la selección de una contratista para la ejecución de una obra determinada. De este modo, se configura una limitación normativa a la discrecionalidad de los agentes públicos en la actividad contractual del Estado, a fin de que no quede a su arbitrio absoluto, sino que se circunscribe al cumplimiento de pautas prefijadas. (V. FUENTES MONTENEGRO, Luis, Constitución Política, p. 233)

La Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 ¿por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones¿ establece en su artículo 4, lo siguiente:

¿Artículo 4. En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas, en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de la presente Ley, las normas reglamentarias que se dicten al efecto y a las estipulaciones de los pliegos de cargos.¿

Se infiere de la exégesis normativa, que toda contratación pública, llevada a cabo por cualquier entidad del Estado debe cumplir con las normas constitucionales y legales que rigen la contratación al igual que las reglamentaciones y estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos. Sin embargo, el artículo 14, de la Ley 56 de 1995, prevé en las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes, servicios o asesorías, servicios técnicos o de consultoría la opción de incorporar normas y procedimientos previstos en los contratos de préstamos con organismos financieros internacionales o gobiernos extranjeros.

Los pliegos de cargos y demás documentos de las licitaciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o servicios adquiridos con fondos provenientes de los contratos de préstamos, se elaborarán tomando en cuenta lo dispuesto en este precepto.

Es decir, que todo lo concerniente a condiciones y requisitos que dispongan los Organismos Internacionales que están financiando los programas, deben estar contenidos en los pliegos de cargos para estos efectos.

¿El Pliego de Cargo o condiciones como le llama la doctrina, constituyen un conjunto de cláusulas formadas unilateralmente por el licitante. Las cláusulas especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto), las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista (relación jurídica) y las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento.) Las cláusulas del pliego de bases y condiciones constituyen normas de interés general, y, por lo tanto, son obligatorias para todos hasta para la propia administración; las propuestas deben coincidir con el pliego por ser éste la principal fuente de donde se generan los derechos y obligaciones de las partes, al que debe acudir para resolver problemas que se planteen.¿ (DROMI, Roberto, Derecho Administrativo 6ª. ed., Edit. Ciudad Argentina, Argentina, 1997, p. 353)

Ahora bien, tal como lo señala la entidad bajo su cargo, en el acto de licitación participó la empresa INDRA SSI, S.A. asociada con SONITEL, S.A., presentando oferta para el Lote N°2.

En cuanto al convenio de fusión, este constituye una transacción comercial de utilización frecuente en la esfera mercantil. Y el mismo es concebido como un acuerdo de voluntades en que se fundamenta un acto de consolidación, la cual origina una nueva sociedad que adquiere derechos y privilegios que le pertenecen a otra. Sin embargo, cuando se ha participado en un acto de pública competencia para suministrar bienes al Estado y en donde, además, participan oferentes unido al hecho de que el financiamiento para la adquisición de tales bienes proviene de organismos internacionales, debe tenerse en cuenta ciertos principios ante la futura relación contractual a concretarse, observando aquellos parámetros de transparencia y economía que eviten introducir el mínimo trastorno en la ejecución y cumplimiento final de los objetivos del proyecto.

El artículo 6, de la Ley 56 de 1995, abre el marco legal para que dos o más personas puedan presentar una misma propuesta en forma conjunta, 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. Por tanto, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en el desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros del consorcio o asociación. La cesión de participación entre los integrantes de un consorcio deberá ser autorizada previamente por la entidad licitante.

Según nos señala en su exhorto, INDRA SSI, S.A. y SONITEL, S.A. expresaron su intención de constituirse en consorcio en caso de resultar favorecidas. El día 4 de marzo de 1999, la Comisión Técnica Evaluadora llegó a la conclusión que las empresas aludidas, llenaban los requerimientos para el Lote N°2.

La empresa INDRA SSI, S. A., en su condición de proponente en el Acto Público N°002-97-1 consignó fianza de propuesta a su nombre; no obstante, dicha empresa en Convenio de fusión fue absorbida por INDRA SISTEMAS, S. A., sin notificarlo previamente a la entidad licitante.

En el Pliego de Cargos, y en la Sección V. Condiciones Generales del Contrato, numeral 20, se dispuso que ante una fusión de tal naturaleza, requiere obtener el consentimiento previo del Estado y del Banco Interamericano de Desarrollo, como entidad financiadora, lo cual no fue cumplido. Por lo tanto, INDRA SSI, S.A. de conformidad con las reglas de contratación pública y las reglamentaciones internacionales debió informar previamente tanto a la entidad licitante como a dicho organismo internacional para obtener su consentimiento.

Otro ángulo, de esta fase es, que la Comisión Evaluadora sólo puede hacer un análisis técnico y económico de las empresas más no puede recomendar las adjudicaciones según lo reseñado en el artículo 42 de la Ley de 1995.

¿Artículo 42. Al día siguiente de celebrado el acto público, el expediente pasará al análisis técnico y económico de una comisión designada por la entidad contratante, integrada, en forma paritaria, por los servidores públicos y por los particulares idóneos en las ciencias que tengan que ver con el objeto del contrato, escogidos estos últimos en la forma señalada en el Artículo 23. Salvo que exista un término fijado en el pliego de cargos, el jefe de la entidad contratante concederá a la comisión un término improrrogable, de acuerdo a la magnitud y complejidad del objeto de la contratación, no menor de diez (10) días ni mayor de treinta (30) días hábiles para rendir un informe técnico. La comisión deberá aplicar la metodología de ponderación de propuestas contenidas en el pliego de cargos. También podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estimen indispensables.

Concluido el informe, se pondrá de manifiesto a los proponentes, para que, dentro de los siguientes cinco (5) días, le formulen sus observaciones por escrito, que serán incorporadas al expediente. En ningún caso, la comisión podrá recomendar la adjudicación de la solicitud de precios o licitación a un proponente en particular.¿

Se colige del artículo en comento en su párrafo final, que la Comisión se encargará de evaluar la capacidad económica, técnica y financiera de las empresas pero no podrá recomendar la adjudicación de la solicitud de precios o licitación a un proponente en exclusivo; en todo caso, le corresponderá a la entidad licitante(MINISTERIO DE SALUD) determinar si de acuerdo a las evaluaciones y observaciones, económicas, técnicas y financieras hechas por la Comisión, acepta o rechaza las propuestas de conformidad con el artículo 48, de la Ley 56 de 1995.

¿Artículo 48. La entidad licitante se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses. La facultad de rechazo podrá ejercerse, siempre que no haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista respectivo. El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiese ejercer la facultad de rechazo dispuesta en el presente artículo, después de encontrarse ejecutoriada dicha adjudicación.

A su vez, la entidad licitante podrá ejecutar la fianza de propuesta, de darse incumplimiento por parte del adjudicatario.¿

De acuerdo con este texto, la entidad licitante es la que se reserva el derecho de rechazar o aceptar las propuestas más convenientes a sus intereses; esta etapa de admisión o rechazo según la doctrina, obliga a la entidad licitante a pronunciarse sobre la admisibilidad de las propuestas que compiten por la adjudicación. La recepción de la oferta genera un derecho para el licitador, con el equivalente deber para el licitante de apreciar, considerar, estimar o valorar, positiva o negativamente, la oferta, debiendo dar razón de la decisión ya sea que la considere admisible o inadmisibile, inconveniente o desventajosa, mediante un acto fundado o motivado.

La Ley 56 de 1995, en su artículo 61, establece que las infracciones al ordenamiento jurídico serán anulables, a petición de quien tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo, dentro de los términos que para la impugnación de actos administrativos, establecen las leyes de procedimiento fiscal, transcurridos los cuales se entenderán saneados. La nulidad se decretará cuando ello sea absolutamente indispensable para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros, o para establecer el curso normal del proceso. Sin embargo, no prosperará si es posible reponer el trámite o subsanar la actuación.(V. Art. 62).

CRITERIO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

A luz de las normas constitucionales y legales, este Despacho es del criterio, que la Comisión Evaluadora, sólo podrá emitir sus evaluaciones y observaciones respecto a las propuestas, en otros términos, sólo se limitará a informar a la entidad licitante, la capacidad técnica, económica y financiera de las empresas; y la entidad contratante, o sea, el Ministerio de Salud, se reserva el derecho según sea el caso, de aceptar o rechazar las propuestas que estimen sean ventajosas o desventajosas a los intereses de la Administración de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 56 de 1995.

Por último, es importante recalcar, que el Ministerio de Economía y Finanzas como entidad normativa y fiscalizadora del sistema de contratación pública, es la que, le corresponde absolver cualquier aspecto que tenga que ver con la selección de contratista o de una contratación pública, que se esté desarrollando. No obstante, sea la posición de la Administración de Salud, debe tenerse presente en toda Contratación Pública, los principios de transparencia y responsabilidad. El cumplimiento de estos principios, debe ser exigido, tanto del lado del particular (administrados) como de la Administración pública (administrador) pues, esto garantizará la igualdad de oportunidades en el acceso de la contratación, la escogencia objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa siendo este último, uno de los elementos intrínsecos del acto que deberá observarse no sólo en esta etapa sino durante todo el proceso de licitación.

Sin embargo, este Despacho recomienda, tomar en cuenta, la Nota s/n, fechada 16 de julio de 1999, por medio de la cual, la empresa INDRA SISTEMAS, S.A., reitera su compromiso con las sociedades proponentes a saber: SONITEL, S.A. e INDRA SISTEMAS, S.A., (fusionada con INDRA SSI, S.A.) de mantener la propuesta presentada el día 15 de diciembre de 1999 y de resultar adjudicatarios de la licitación referida, celebrar en conjunto, como consorcio o asociación incidental debidamente documentada mediante convenio, el contrato respectivo con la entidad licitante, manteniendo las mismas obligaciones establecidas en la propuesta presentada, con lo cual se subsana la omisión y puede continuar con el procedimiento.

Sin otro particular, me suscribo de la señora Ministra, con la seguridad de mi más alta estima.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AmdF/20/hf