

2 de marzo de 2005

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

Concepto

La Firma Forense Barranco y Asociados, en representación de **Lanier de Panamá, S.A.**, solicita la declaración de nulidad, por ilegal, del Acta de Adjudicación Definitiva No. 2004-0-30-0-08-SP-000052, para el alquiler del equipo de fotocopiado para el Órgano Judicial, dictada por el **Presidente de la Corte Suprema de Justicia**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera,
Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.**

En virtud del traslado de la demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción, identificada en la marginal derecha, superior, del presente escrito, efectuada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, procedo a emitir la opinión correspondiente tal como se dispone en el artículo 5, numeral 4, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000.

En efecto, en los procesos contencioso-administrativos de Plena Jurisdicción, en los que se impugnen resoluciones que hayan decidido asuntos en vía gubernativa, y en los cuales haya habido controversia entre particulares por razón de sus propios intereses, la Procuraduría de la Administración interviene en interés de la Ley.

En el caso bajo examen, Lanier de Panamá, S.A. y Copiadoras de Panamá, S.A., participaron en la Solicitud de Precios No.2004-0-30-0-08-SP-000052, para el alquiler del equipo de fotocopiado para el Órgano Judicial. La adjudicación definitiva fue a favor de Copiadoras de Panamá, S.A., y agotada la vía administrativa, Lanier de Panamá, S. A., promueve el presente proceso de plena jurisdicción.

I. Los hechos enunciados en la demanda se contestan así:

Primero: Es cierto, tal como consta a fojas 1 del expediente y por lo tanto, se acepta.

Segundo: Es cierto, tal como se detalla en la foja 2 del expediente judicial y por lo tanto se acepta.

Tercero: Lo expuesto no corresponde a un hecho sino a expresiones subjetivas del actor.

Cuarto: Igual que en el anterior, lo expuesto no corresponde técnicamente a un hecho procesal, configurando solo la versión subjetiva del demandante.

Quinto: Este es un argumento subjetivo, que no cambia los resultados del acto administrativo demandado.

Sexto: Igual que el anterior, esto no es la expresión de un hecho, sino conjeturas del demandante, apropiadas para la fase de alegato.

IV. Disposiciones legales señaladas como violadas y conceptos de infracción.

1. Según la demandante, el acto administrativo acusado vulnera de manera directa, por comisión, el artículo 44 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, transcrito a foja 17 del expediente judicial.

El artículo 44 de la Ley 56 de 1995, señala a las Comisiones Evaluadoras y a las entidades contratantes el deber de aplicar los criterios, requisitos y procedimientos consignados en el Pliego de Cargos, prohibiendo que se apliquen otros criterios distintos.

Señala el actor que a Lanier de Panamá, S.A., se le asignó una puntuación de cero en lo correspondiente a la presentación de los Estados Financieros de los años 2001 al 2003, aludiendo al incumplimiento de la auditoría mediante una Firma de Contadores Públicos, requisito no dispuesto en el Pliego de Cargos, específicamente en el Capítulo III, punto 9.5, al tratar lo relativo a la situación financiera.

En el punto 9.5 se dispuso:

"9.5. El proponente deberá suministrar los Balances de Situación y Estados de Ganancias y Pérdidas de los años 2001, 2002 y 2003. Los mismos servirán para que podamos analizar algunas razones financieras básicas como lo son: la liquidez, endeudamiento y rentabilidad entre otras.

Las empresas proponentes deberán suministrar un listado donde se describa los clientes que han atendido en similares circunstancias y términos a los de este contrato".

Agrega que, con relación a la información financiera de la empresa, el Pliego de Cargos señalaba en los puntos 4.3.4 y 4.3.5, lo siguiente:

"4.3.4. Información Económica y Financiera que incluye:
Balance General o Estado de Situación. (Presentar los años 2001, 2002 y 2003).
Cartas de referencias bancarias o comerciales. (especificar montos) 4 juegos."

"4.3.5. Copia simple de la cédula de identidad personal y del certificado de idoneidad del Contador Público Autorizado que los confeccionó."

Agrega que la utilización de un criterio distinto para evaluar la documentación aportada, por parte de la Comisión Evaluadora, ha afectado el resultado final del acto público y como consecuencia de ello, Lanier de Panamá, S.A., fue calificada con cero punto en lo referente a la información financiera, por lo que perdió por 0.35, frente a la otra empresa oferente.

2. Otro cargo de ilegalidad al Acta de Adjudicación Definitiva No. 2-2004 de 21 de abril de 2004, alegado por la demandante, es que viola de manera directa, por omisión, los numerales 3 y 6 del artículo 11 de la Ley No. 56 de 27 de diciembre de 1995, reproducidos a fojas 20 y 21 del cuaderno judicial.

Señala la demandante, que la inaplicación se produce cuando la entidad contratante recibe las propuestas y revisa éstas, sin percatarse que en ambas Empresas proponentes, figura como parte del personal técnico Reynaldo Díaz, lo que afecta el recurso humano y el soporte técnico que garantiza la calidad de los servicios contratados.

3. El tercer cargo en contra del acto administrativo acusado es que viola de manera directa, por omisión, el artículo 21 de la Ley 56 de 1995, reproducido a foja 22 del cuaderno judicial.

Según la demandante la omisión del artículo 21 de la Ley 56 de 1995, queda en evidencia cuando se soslaya lo dispuesto

en la cláusula 9.3. referida al recurso humano y permite la situación ocurrida con Reynaldo Díaz, quien aparece como empleado de las dos empresas, por lo menos hasta la fecha de la presentación de propuestas, además de lo que se dispuso en cuanto a la información financiera presentada la cual fue evaluada con cero (0) puntos. De manera que, a juicio de la demandante, no se hizo una selección justa y objetiva.

Además, la empresa demandante explica su cargo, señalando que presentó objeciones y las mismas fueron respondidas por el Presidente de la Corte y no por la Comisión Evaluadora.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Según la demandante, la adjudicación definitiva del acto identificado como Solicitud de Precios No.2004-0-30-0-08-SP-000052, esta viciada porque la Comisión Evaluadora incorpora otras reglas o criterios de evaluación, afectando los resultados finales del acto público e infringiendo el artículo 44 de la Ley 56 de 1995 y las cláusulas 4.3.4. 4.3.5. y 9.5 del Pliego.

En cuanto al primer cargo identificado en la demanda, cabe la aclaración que la Comisión Evaluadora es un organismo que se encarga de hacer un análisis de las propuestas presentadas y atribuirle valor numérico a las mismas, sin recomendar a ningún proponente en particular.

El artículo 42 de la Ley 56 de 1995 señala, al respecto:

"Artículo 42: Análisis de la propuesta.
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 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 con 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, les 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."

Tal como se desprende de las constancias en autos, la Comisión Evaluadora preparó su informe y el mismo fue objetado, dentro del término, por Copiadoras de Panamá, S.A., lo que permitió la revisión y corrección del puntaje en cuanto a la situación descrita; sin embargo, Lanier de Panamá, S.A., no logró justificar la omisión de la Auditoria de una firma externa, en los balances financieros presentados.

Sobre esto, cabe dejar en claro, que la preparación de los Estados Financieros, podía estar a cargo de cualquier contador público, siempre que se acompañara el documento con

la cédula y fotocopia de la idoneidad, situación que no colisiona con el otro requisito, adicional o especial, dispuesto en el apartado 9 del Pliego, que establece que los Estados Financieros debían estar auditados por una firma de Contadores externa a la empresa proponente.

Es oportuno señalar, que el demandante acepta, a foja 19 del cuaderno judicial, que en la foja 75 del Pliego de Cargos, específicamente en la metodología de la ponderación, se señala la exigencia que los Balances Financieros estén auditados por una firma contadora externa.

Entonces, la discusión no se refiere a si es un Contador o una firma de contadores quien realiza la auditoría de los estados financieros. En el Pliego se establecen estados financieros elaborados por contadores públicos idóneos y además la auditoría de esos mismos informes financieros por una firma externa a la empresa proponente. Si no existió claridad en lo que se pedía, le correspondía al proponente solicitar la aclaración, pero antes de celebrarse el acto público y no después de la adjudicación definitiva.

A la Comisión Evaluadora nombrada para este acto Público, le correspondió asignar valores atendiendo a lo dispuesto en el Pliego y, la omisión señalada a Lanier de Panamá, S.A., fue la omisión de la auditoría a través de una firma externa a la empresa proponente.

La deficiencia de Lanier de Panamá, S.A., y su correspondiente puntuación también se presentó ante la Comisión Evaluadora, que si bien la atiende, no la acoge ni varía la puntuación de cero a la información financiera

presentada, porque tal omisión no podía sanearse. La empresa Lanier de Panamá, S.A., no se ajustó a los requisitos o condiciones señalados en el pliego. De modo que, los miembros de la Comisión Evaluadora, basándose en lo dispuesto en la página 75 del Pliego de Cargos, específicamente, en la Tabla de Ponderación, exigieron que los Estados Financieros estuviesen auditados por una firma externa a la empresa proponente, ajustándose a los parámetros definidos en el pliego de cargos.

La Tabla de Ponderación, dispuesta en el Pliego, es la definición de valores para ponderar cada aspecto determinado como requisito o exigencia que debe cumplir la propuesta. Es un patrón o guía para el evaluador, sobre el cual se vacía la información de cada propuesta y le otorga, según el grado de cumplimiento, el respectivo valor o puntaje. La ponderación es el porcentaje de cada ítem o apartado, que en total se computa como cien por ciento.

La omisión de la auditoría a través de una firma externa sobre los informes financieros, presentados por Lanier de Panamá, S.A., hace que la califiquen con cero punto, dentro de un rango que alcanza hasta cinco puntos o por ciento. Dicha empresa, como proponente, está obligada a cumplir con las condiciones exigidas por la entidad licitante y establecidas en el Pliego de cargos. Esta omisión no saneada en la etapa de reclamos ante la Comisión Evaluadora, mantiene la puntuación de cero y los proponentes cambian de posición, al punto que Lanier fue superada por su contraria. La adjudicación definitiva, hecha por el Magistrado Presidente

de la Corte, reconoce que los miembros de la Comisión Evaluadora se ciñeron a los criterios definidos en el Pliego de Cargos y muy especialmente a lo dispuesto en la Tabla de Ponderación.

En consecuencia disiento con el cargo señalado; el actor no identificó plenamente el derecho que alega contenido, en el artículo 44 de la Ley 56 de 1995. De modo que el acto administrativo acusado no es contrario a la ley.

En segundo lugar, en cuanto al cargo identificado como violación directa, por omisión o desaplicación del artículo 11, numerales 3 y 6 de la Ley 56 de 1995, la norma supuestamente infringida se identifica con los derechos y deberes del contratista beneficiado por la adjudicación del acto público. Es obvio que no estamos en ese punto de la contratación.

En cuanto al cargo en contra del acto administrativo acusado, es decir, la Resolución que adjudica definitivamente la Solicitud de Precios, consideramos que ésta no lesiona o infringe los numerales 3 y 6 del artículo 11 de la Ley 56 de 1995, pues en estos numerales se contemplan obligaciones futuras a cargo de la empresa beneficiada con la adjudicación, para cuando adquiriera la condición de contratista.

Insistimos en recordar que, el demandante encausa su acción contra la resolución de adjudicación definitiva y no contra el contrato, por lo que el cargo señalado ni siquiera está bien dirigido.

Con relación a la supuesta falsedad en la información proporcionada por Copiadoras de Panamá, S.A., la entidad contratante señaló que la contratación no era determinada por la presencia de uno de sus técnicos, pues no se trata de un contrato establecido en atención a la calidad de la persona. De modo que también disiento con este cargo.

Finalmente, en cuanto al tercer cargo, también establecido en la violación directa, por omisión o desaplicación, del artículo 21 de la Ley 56 de 1995. En atención a lo que señala la Ley No. 56 de 1995, en su artículo 42, la Comisión Evaluadora, realizó la evaluación de la documentación y propuestas presentadas, ciñéndose a las especificaciones técnicas requeridas y conforme a la Tabla de Ponderación prevista en el Pliego de Cargos.

En el informe con las puntuaciones iniciales Lanier de Panamá, S.A., obtuvo 95.00 y Copiadoras de Panamá, S.A., obtuvo una puntuación de 94.9. No obstante, el artículo 42 de la Ley 56 de 1995, confiere la oportunidad de que las partes afectadas objeten la evaluación, de modo que dentro del período legal oportuno, Copiadoras de Panamá, S.A., solicitó la revisión de su puntaje, bajo la base de que sí había entregado todos los documentos requeridos y que se constatará lo recibido con las dos copias adicionales que entregó con la propuesta. La verificación de los documentos demostró, que en efecto, la propuesta estaba ajustada a las exigencias definidas en la Ley y el Pliego, de manera que se le corrigió el puntaje. No ocurrió lo mismo con Lanier de Panamá, S.A., evaluada con cero en la presentación de los

informes financieros, porque omitió la auditoría, a través de una firma externa, situación que no pudo subsanarse. De modo que mantuvo su puntaje anterior. Con los cambios de puntaje por la revisión ante la Comisión Evaluadora, los resultados finales cambiaron y el puntaje máximo de 95.35 puntos lo obtiene Copiadoras de Panamá, S.A. y el puntaje de 95.00 para Lanier de Panamá, S.A., y así se lo comunican al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien en funciones administrativas, resuelve la adjudicación definitiva a favor de Copiadoras de Panamá, S.A., mediante el Acta de Adjudicación No. 2/2004.

Como se colige de lo expuesto, en el acto administrativo acusado, sí se aplicó el artículo 21 de la Ley 56 de 1995, de manera que no cabe la causal de violación directa por omisión o desaplicación.

El análisis de los hechos y el derecho, así como la revisión de los antecedentes del acto acusado determinan que no existe tal infracción, como tampoco se desconoce un derecho subjetivo consagrado a favor de la parte demandante; pues si se refiere al derecho de ser escuchado y atendida su queja u observación, ante los resultados de la evaluación, consta en auto que se le dieron las oportunidades permitidas hasta agotar la vía.

En consecuencia, mantengo el concepto que al demandante no le asiste la razón, cuando señala que la Resolución de No. 2004-0-30-0-08-SP-000052, infringe el artículo 21 de la Ley No. 56 de 1995, porque como destaca el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en funciones administrativas, la

Comisión Evaluadora se ciñó a la metodología determinada para evaluar y atendió los criterios, requisitos y procedimientos enunciados en el Pliego de Cargos. De modo que no se ha dado la causal de ilegalidad alegada, por ello, disiento con el cargo formulado por la demandante.

Solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera, que no accedan a lo pedido por el Demandante y declaren que **no es ilegal** el acto administrativo acusado.

Pruebas: Se aceptan los originales y las copias autenticadas de los documentos presentados junto con el libelo de la demanda.

Aducimos como prueba el expediente administrativo que contiene la Solicitud de Precios No. 2004-0-30-0-08-SP-000052, realizada por el Órgano Judicial, el cual debe reposar en la Dirección Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sección de Compras.

Derecho: Negamos el invocado por la sociedad demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

OC/9/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia:

Adjudicación, licitación, criterios de evaluación en actos públicos de selección de contratistas.

Expediente No. 366-04

Magistrado Spadafora

Reparto de 1-nov de 2004

Proyectista lic. Sarmiento

Primer Proyecto 13-1-05

Proyecto corregido 17 DE FEBRERO de 2005.

Observaciones: