

22 de junio de 1998

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Concepto. Interpuesto por la firma De Obarrio & Arrocha en representación de Hoechst de Panamá, S.A., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°1499-97-D.G. fechada 23 de julio de 1997, dictada por la Directora General de la Caja de Seguro Social, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 102, de la Ley 135 de 1943 y el numeral 3, del artículo 348 del Código Judicial, procedemos a dar contestación a la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción presentada por Hoechst de Panamá, S.A. ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos.

I. Peticiones de la parte demandante

La firma De Obarrio & Arrocha como representante judicial de la recurrente, ha solicitado a los señores Magistrados que integran esa Augusta Sala, que declaren nula, por ilegal, la Resolución N°1499-97-D.G. fechada 23 de julio de 1997, dictada por la Directora General de la Caja de Seguro Social, por medio de la cual se adjudica en forma definitiva la Solicitud de Precios N°M-1388 (18-11-96) a la empresa Nitrokemia R.T. Corp.

Asimismo ha pedido que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°15,187-97-J.D. fechada 3 de octubre de 1997, emitida por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social que confirma la decisión de primera instancia.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, la apoderada judicial de la parte demandante ha solicitado que se le adjudique en forma definitiva la Solicitud de Precios N°M-1388 a la empresa Hoechst de Panamá, S.A.

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración:

A. La apoderada judicial de la empresa demandante ha señalado como infringido el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, que a la letra expresa:

"Artículo 45: El jefe de la entidad contratante, o el funcionario en quien se delegue, si considerase que han cumplido las formalidades establecidas por la ley, mediante resolución motivada adjudicará, en un plazo perentorio, la licitación pública, el concurso o la solicitud de precios, o lo declarará desierto en los casos señalados en el Artículo 46. La adjudicación se hará a quien haya propuesto el menor precio, si éste constituye el único parámetro de adjudicación, o al proponente que haya obtenido la mayor ponderación de acuerdo con la metodología de ponderación de propuestas señaladas en el pliego de cargos.

La adjudicación no se considerará perfeccionada hasta que haya obtenido las autorizaciones o aprobaciones requeridas. Sin embargo, las personas que se consideren agraviadas con la decisión, podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas del procedimiento fiscal, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contencioso - administrativa que corresponda."

- o - o -

Como concepto de la violación, la recurrente explicó lo que a seguidas se copia:

"El jefe de la entidad contratante, o sea la Directora General de la Caja de Seguro Social, incurrió en violación literal de la Ley, concretamente del artículo 45 de la Ley 56 de 1995, por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones, al adjudicar definitivamente, mediante Resolución N°1499-97, del 23 de julio de 1997, la Solicitud de Precios N° M-1388-96 del 18 de noviembre de 1996, a la Sociedad Nitrokemia R.T. Corporation, a pesar de que obtuvo un puntaje menor al de nuestro poderdante, conforme a la metodología de ponderación señalada en el pliego de cargos.

El artículo 45 citado, es claro al señalar que la adjudicación de la Solicitud de Precios debe ser otorgada a quien obtuvo el mayor puntaje, y por lo tanto dicha solicitud ha debido adjudicarse a la Sociedad Hoechst de Panamá, S.A.; y esto es así, toda vez que el Informe Técnico de la Comisión Evaluadora Paritaria de la Caja de Seguro Social del 15 de enero de 1997, determinó el puntaje de la siguiente manera:

Nitrokemia R.T. Corporation	5%
Hoetchst de Panamá, S.A.	99.19%

Lo anterior está bien expuesto en el expediente, por lo que no nos explicamos como pudo la Dirección General de la Caja de Seguro Social, cometer un acto ilegal en violación de la Ley de contratación Pública." (Cfr. fs. 21)

- o - o -

Antes de emitir nuestro criterio es importante destacar que el Pliego de Cargos es Ley entre las partes, por lo que es indispensable que cada uno de los proponente se ciña a los parámetros indicados en éste documento; de suerte que, si alguno de los proponentes no cumple con alguno de los requisitos exigidos en el Pliego, es totalmente viable que la empresa licitante rechace su propuesta.

En este mismo sentido, el autor argentino Roberto Dromi comentó lo siguiente:

"En el pliego de bases y condiciones ya están determinados los derechos y obligaciones contractuales del contratista y de la Administración comitente (v. gr. plazo de entrega de la prestación, recepción provisional y recepción definitiva, cesión, subcontratación, rescisión, sanciones, etc.). El pliego, junto con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan y que resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo, son ley de la licitación. Por eso, sus previsiones deben respetarse y cumplirse sin que puedan, en principio, modificarse una vez efectuado el llamado a licitación."

(DROMI Roberto. Licitación Pública, 2da. ed., Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 255)

- o - o -

Sobre el tema de la obligatoriedad de lo estipulado por la entidad licitante en el Pliego de Cargos, la Ley 56 de 1995 dispone en su artículo 25, lo siguiente:

"El Ministerio de Hacienda y Tesoro elaborará las condiciones generales que sirvan de base en todos los procedimientos de selección de contratistas, de acuerdo con el objeto del contrato de que se trate.

Estas condiciones generales serán incorporadas en el pliego de cargos, y serán de obligatorio cumplimiento en todos los actos de contratación pública que celebren las entidades contratantes." (lo resaltado es nuestro)

- o - o -

En el caso que nos ocupa, el Pliego de Cargos elaborado por la Caja de Seguro Social, el cual reposa en el expediente administrativo, dispuso en el punto 16, del Capítulo Primero de las Condiciones Generales lo siguiente:

"DOCUMENTOS TÉCNICOS

El participante presentará con su propuesta el certificado de Calificación y Registro Sanitario del producto cotizado." (Cfr. fs. 50) (lo resaltado es nuestro)

- o - o -

Por otro lado, el Pliego de Cargos señaló en los subpuntos 23.2 y 23.3, del punto 23 sobre "Análisis de las Propuestas" lo siguiente:

"23. 2 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.

23.3 El informe deberá ajustarse específicamente a lo que determine el Pliego de Cargos y Especificaciones." (Cfr. fs. 49) (lo resaltado es nuestro)

- o - o -

Luego de aclarar el significado del Pliego de Cargos en una Contratación Pública, pasamos a verificar si la empresa favorecida en el acto de Solicitud de Precios N° 1388-M-1996, Nitrokemia R. T. Corporation, se ajustó a lo establecido en el Pliego de Condiciones, detectando que a la fecha de su celebración - 18 de noviembre de 1996 - ésta no contaba con el Certificado de Calificación vigente, documento exigido en el Pliego de Cargos (Cfr. fs. 13).

No obstante, la Caja de Seguro Social admitió su propuesta ya que había presentado una supuesta Certificación expedida por el Presidente de la Comisión de Medicamentos identificada con el N° C. de M. 1222-96 fechada 19 de noviembre de 1996, a raíz de una solicitud formulada por el Señor Ebélgitto Barrios, Representante Legal de la empresa Nitrokemia, el día 13 de noviembre de 1996 (Cfr. fs. 144 y 148 exp. adm.).

Lo expuesto nos demuestra que si bien, la certificación emitida por el Presidente de la Comisión de Medicamentos de la Caja de Seguro Social, la cual señalaba que la empresa Nitrokemia contaba con el Certificado de Calificación N°1804 cuya fecha de vencimiento era el día 5 de agosto de 1999, constituye un documento idóneo para que la proponente ofertara productos medicamentosos; no podemos obviar que, en el caso sub júdice, el mismo fue expedido en fecha posterior a la presentación de las propuestas del

acto de Solicitud de Precios N° 1388-M-96 señalado para el día 18 de noviembre de 1996, conforme lo indicaba el Pliego de Cargos, que dice así:

"HORA, FECHA Y LUGAR PARA RECEPCIÓN DE PROPUESTAS.

Solo se aceptarán propuestas desde las 9:00 (a.m. o p.m.), hasta las 10:00 (a.m. o p.m.) del día 18 de noviembre de 1996, en las oficinas del DEPARTAMENTO DE COMPRAS para el acto de Solicitud de Precios N° 1388-M 1996." (Cfr. fs. 57 exp. adm.)

- o - o -

Por otro lado apreciamos que, el Pliego de Cargos de la Solicitud de Precios N°1388-M-96 en el punto sobre las Condiciones Especiales, determinó lo siguiente:

"ADJUDICACIÓN DEFINITIVA:

La adjudicación definitiva estará sujeta a los criterios y procedimientos que empleará la Caja de Seguro Social para determinar al proponente ganador, así como cualquier margen de referencia y criterio distinto al precio que haya de emplearse, y el coeficiente relativo de ponderación correspondiente a cada uno de estos criterios, empleando el término y la metodología que se utilizó para realizar la evaluación de la propuesta." (Cfr. fs. 15 exp. adm)

- o - o -

"28. CRITERIO DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS:

28.1. Todas las propuestas deberán cumplir con las condiciones establecidas en el Pliego de Cargos.

Solo serán ponderados los siguientes criterios, los cuales serán valorados en un 5% para el precio y en un 95% para el resto de las condiciones, en vista de que todas son indispensable (sic) para la adquisición de los productos.

5% - Precio

95% - Certificado de Calificación

o Solicitud de Evaluación presentado 10 días previos a la celebración del Acto." (Cfr. fs. 4)

- o - o -

Lo anterior nos conduce a examinar el Informe Técnico de la Comisión Evaluadora Paritaria, visible a foja 13 del cuadernillo judicial, para determinar en primera instancia cuál fue el puntaje que obtuvieron cada una de las empresas participantes en ese acto público y, en segundo lugar, si los puntajes se ajustaron a los parámetros establecidos en el Pliego de Cargos.

Es en ese momento que observamos que la empresa Nitrokemia R.T. Corp., en el aspecto del Precio obtuvo un puntaje de 5% y en cuanto al Certificado de Calificación 0%, toda vez que éste documento no fue presentado el día 18 de noviembre de 1996, fecha en que se celebraba el acto de compra, haciendo un total de 5% del total establecido por el Pliego de Cargos que era un 100%.

La empresa Hoechst de Panamá obtuvo el 4.19% en cuanto al Precio y en lo que se refiere al Certificado de Calificación se le otorgó el 95%, lo cual hace un total de 99.19% .

En conclusión, somos de la opinión que, la empresa Nitrokemia, R.T. Corp. quien fue favorecida con la Solicitud de Precios N°1388-M-96, no cumplía con uno de los requisitos exigidos en el Pliego de Cargos; de suerte que, la Caja de Seguro Social al evaluar el Informe de la Comisión Técnica Evaluadora Paritaria, debió rechazar de plano su propuesta a pesar que su oferta contaba con un Precio menor que la empresa Hoechst de Panamá.

Por tanto, nos resulta extraño que la Directora General de la Caja de Seguro Social le confiriera definitivamente el acto de Solicitud de Precios a la empresa Nitrokemia, simplemente porque el Precio ofertado por la empresa Hoechst de Panamá era más elevado, perdiendo de vista el aspecto de los criterios de ponderación y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de Cargos, actuación que a nuestro parecer afecta lo que nosotros llamamos "Igualdad entre los Proponentes".

Sobre el tema del Precio, la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo en Sentencia fechada 18 de diciembre de 1995, se pronunció de la siguiente manera:

"A juicio de la Sala, el demandante afínca fundamentalmente sus alegaciones en uno de los factores, el precio de los bienes licitados, que debe ser considerado en toda licitación pública por la Administración, y lo considera el principal factor para adjudicar la licitación. Sin embargo, como lo preceptúa el párrafo final del artículo 27 del Decreto Ejecutivo N°33 de 9 de mayo de 1985, la Comisión Evaluadora de las Propuestas tomará como referencia el valor oficial estimado a fin de determinar si las propuestas son gravosas o riesgosas para el Estado, cosa que no ocurrió con ninguno de los proponentes favorecidos en el acto de la licitación que nos ocupa, ya que incluso en el Informe Legal que reposa en autos se manifestó que 'Dentro del análisis que se ha hecho de cada una de las ofertas se considera que desde el punto de vista legal todass (sic) cumplen con las especificaciones del pliego de cargos y en tal sentido todas pueden ser tomadas en cuenta para la adjudicación definitiva' (foja 1080).

Igualmente, consta a fojas 1076 que el Informe Técnico recomendó adjudicar a la compañía PEMCO,S.A. el renglón N° 2 por cumplir con las especificaciones técnicas y ofrecer precios convenientes a la institución."

- o - o -

La tesis expuesta por la Honorable Sala Tercera en el Fallo dictado el 18 de diciembre de 1995, nos evidencia que es esencial que las empresas oferentes cumplan con todas las especificaciones establecidas en el Pliego de Cargos para que sean tomadas en consideración al momento de ser escogidas, y la empresa licitante determinará según el Precio la que más le conviene; situación que no ha operado en el presente caso, ya que la Caja de Seguro Social obvió el requisito del Certificado de Calificación cuando le adjudicó definitivamente la Solicitud de Precios N° 1388-96, a la empresa Nitrokemia R.T. Corp.

No obstante, deducimos de la lectura del expediente administrativo que la Caja de Seguro Social le confirió dicho acto público a la empresa Nitrokemia, porque ésta era una empresa que había participado en esta clase de actos públicos con anterioridad y porque su oferta tenía un Precio más bajo que la oferta de la empresa demandante; por ende, estimamos que la decisión adoptada por la Caja de Seguro Social es ilegal, ya que la empresa Nitrokemia R.T. Corp. no cumplió con uno de los requisitos establecidos en el Pliego de Cargos.

B. La apoderada judicial de la empresa demandante indicó como infringido el Cargo N° 28.1 del Pliego de Cargos, el cual dispuso lo siguiente:

"28. CRITERIO DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS:

28.1. Todas las propuestas deberán cumplir con las condiciones establecidas en el Pliego de Cargos.

Solo serán ponderados los siguientes criterios, los cuales serán valorados en un 5% para el precio y en un 95% para el resto de las condiciones, en vista de que todas son indispensable (sic) para la adquisición de los productos.

5% - Precio

95% - Certificado de Calificación o Solicitud de Evaluación presentado 10 días previos a la celebración del Acto."

- o - o -

Como concepto de la violación, la apoderada judicial de la demandante argumentó lo que a seguidas se copia:

"Consta en el expediente que la Dirección General de Proveeduría y Gastos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, mediante Nota No.302-01-156, de 15 de abril de 1997, estableció que la Solicitud N° M-1388-96, no debió adjudicársele a la empresa NITROKEMIA R.T. CORPORATION, ya que la misma no cumplía con el pliego de cargos...

La resolución No.15,187-97-J.D. dictada por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, al momento de confirmar el acto administrativo de primera instancia, establece que es verdad que la Sociedad NITROKEMIA R.T. CORPORATION, no aportó el documento exigido por el Pliego de Cargos, pero que aportó una certificación de la existencia del documento, y que ello es válido a la luz del Código Administrativo y Judicial, lo cual es una interpretación arbitraria e ilegal, pues se trata en todo caso de un incumplimiento del Pliego de Cargos que debe dar lugar a la anulación de la Resolución No.1499-97 D.G., y de la resolución que la confirma." (Cfr. fs. 22)

- o - o -

Este Despacho ha sostenido en párrafos anteriores que, la Certificación de Calificación era requisito sine qua non para que las propuestas presentadas fueran aceptadas por la entidad licitante; pero, en el caso bajo estudio, la empresa Nitrokemia R.T. Corp. no aportó con su propuesta éste documento, ya que así lo ha señalado el Informe de la Comisión Técnica Evaluadora Paritaria fechado 15 de enero de 1997, la cual explicó lo siguiente:

"Observación: La empresa participante NITROKEMIA RT. CORP., no contaba con certificado habilitado en el momento del acto de compra el día (18-11-96)" (V. fs. 13)

- o - o -

Siguiendo este mismo orden de ideas, indicamos que luego de un examen prolijo del expediente administrativo encontramos una Certificación emitida por el Presidente de la Comisión de Medicamentos de la Caja de Seguro Social fechado 19 de noviembre de 1996, que sirvió de base para que la empresa Nitrokemia RT Corp. se le acogiera su propuesta; sin embargo, consideramos que éste documento no era idóneo porque fue expedido al día siguiente de la celebración del acto público.

Por tanto, al no cumplir la empresa beneficiada con uno de los requisitos establecidos en el Pliego de Cargos, la Caja de Seguro Social debió rechazar su propuesta.

En virtud de lo anterior, solicitamos respetuosamente a los Señores Magistrados que conforman la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, que acojan las peticiones formuladas por la apoderada judicial de la empresa demandante, toda vez que le asiste la razón en las mismas, tal como lo hemos dejado evidenciado en el transcurso de este escrito.

Pruebas: Aceptamos sólo los documentos originales y copias debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo, que reposa en los archivos de la Dirección de Asesoría Legal de la Caja de Seguro Social.

Derecho: Aceptamos el invocado, por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/11/mcs.

Licda. Martha García H.
Secretaria General
Materia:

1. Solicitud de Precios (lo estipulado en el Pliego de Cargos es ley entre las partes)
2. Pliego de Cargos (es ley entre las partes)
3. Solicitud de Precios (si la adjudicación se basa en los criterios de ponderación no debe escogerse la propuesta sólo por el menor precio)
4. Solicitud de Precios (no debe escogerse sólo por el precio más bajo)