

28 de junio de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Contestación de
la Demanda**

La firma forense Cochez-Pages y Martínez, en representación del **Grupo Pirámides, S.A.**, solicita la declaración de nulidad, por ilegal, de la Resolución de Gerencia General No. 20-2003-GG de 24 de febrero de 2003, dictada por el **Banco Nacional**, 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, procederemos a darle contestación formal, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000.

En las demandas de plena jurisdicción, como es de su conocimiento, las actuaciones de la Procuraduría de la Administración se realizan atendiendo la defensa de los intereses de la Administración Pública.

I. Las pretensiones de la parte demandante son las siguientes:

- A. Que se declare nula, por ilegal, la Resolución de la Gerencia General No. 20-2003-GG. de 24 de febrero de 2003, proferida por el Banco Nacional.

B. Que como consecuencia de la declaración anterior se declare la nulidad de la Resolución No. GG-99-2003 de 23 de julio de 2003.

C. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare nula por ilegal la Resolución No. 58-2003-JD de 4 de septiembre de 2003.

D. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores el Banco Nacional de Panamá, está obligado a adjudicar definitivamente al GRUPO PIRÁMIDE, S.A., la solicitud de Precios No. 24-2002, para el suministro, instalación, configuración y puesta en marcha de un sistema de almacenamiento para el computador central (Mainframe) para el Banco Nacional de Panamá.

II. Contestación de los hechos y omisiones a cargo de la Procuraduría de la Administración.

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

Segundo: Este no es un hecho, es la opinión subjetiva y particular de la demandante y como tal se recibe.

Tercero: Este hecho, al igual que el anterior sólo se acepta, por lo que surja de la prueba.

Cuarto: Esto es falso tal como se puede apreciar a foja 68 del Pliego, identificada como tercera addenda, por tanto lo negamos.

Quinto y Sexto: Es evidente que estos dos hechos están conectados, al momento que la addenda No.1 puede variar las condiciones anteriores y le corresponde a los interesados estar al tanto de éstas, para incorporar las correcciones o variaciones.

Séptimo: Igual que el anterior esto no es la expresión de un hecho. Son conjeturas del demandante propias a la fase de alegato y como tal se reciben.

Octavo: Esto no es la expresión de un hecho, si no argumentaciones subjetivas del demandante, las cuales son oportunas para el período de alegato y como tal se reciben.

Noveno: No me consta; por tanto, lo niego.

Décimo: Esto no es un hecho, son alegaciones de derecho que se dispensan para todos los participantes en los actos de contrataciones públicas y como tal se reciben.

Undécimo: Esto no es un hecho, son supuestas argumentaciones de derecho matizadas por la subjetividad del demandante.

Duodécimo: Esta es una declaración sustantiva del demandante con la cual pretende justificar o fundamentar la demanda contencioso administrativa y como tal se recibe.

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

1. Señala el demandante que la Resolución de Gerencia General No.20-2003-GG de 24 de febrero de 2003, expedida por el Gerente General de Banco Nacional, viola de forma directa por comisión el numeral 17 del artículo 3 de la Ley 57 (SIC) de 27 de diciembre de 1995, que señala:

"Artículo 3. Definiciones.

1.

2..

...

17. Pliego de Cargos. Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican el suministro de bienes, la

construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato.

El pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratistas y ejecución del contrato y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones."

El demandante señala la violación directa por comisión del numeral 17 del artículo 3 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, explicando que si bien en el pliego se describen las especificaciones técnicas de una manera, luego a través de una addenda, se describe otro producto, pues primero se señaló un solo chasis y luego se estableció un sistema -CTE, situación que confundió a la sociedad demandante, que se ciñó al contenido del pliego.

Además, se ha señalado la violación directa por comisión del artículo 4 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

El artículo 4 de la Ley 56 de 1995, establece:

"Artículo 4: Normas reguladoras. 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 del pliego de cargos."

La demandante ha señalado que no se dio cumplimiento a lo establecido en el pliego de cargos, porque lo que el proponente, Grupo Pirámides ofreció se ajustaba al pliego, sin embargo, la Comisión Evaluadora, estimó que no se había

cumplido con el pliego de cargos, en el aspecto de las especificaciones técnicas.

Por economía procesal se analizan ambos cargos en conjunto.

Defensa del acto acusado a cargo de la Procuraduría de la Administración.

La violación directa por comisión ocurre cuando el acto impugnado dispone algo contrario a lo que establece la ley o una norma jerárquicamente superior al acto acusado. Al aplicar la ley, se desconoce un derecho consagrado en forma clara en la disposición aplicada. (MOLINO MOLA: 2001:201).

Según la empresa demandante, el Banco Nacional al realizar la evaluación de las propuestas presentadas en la solicitud de precios No.24-2002, no se ciñó a las condiciones plasmadas en el pliego de cargos, si no que acude a lo dispuesto en una addenda.

Las addendas se refieren a las condiciones modificadas, agregadas o eliminadas dentro de la contratación pública y su inclusión legal es en paridad de condiciones a las normas del pliego de cargos. Debe entenderse que los cambios que se hacen mediante addenda modifican la cláusula referida y que el contenido valido será el dispuesto en la fecha última o posterior.

De modo que al realizarse cambios en el pliego de cargos, sea a nivel de las condiciones establecidas como especificaciones técnicas, o en las referencias de cuentas anteriores, corresponde a la entidad generar una addenda, cuyo fin es mantener informado a los proponentes de las modificaciones en la contratación, ubicado en la misma jerarquía legal.

A los proponentes o interesados le corresponde ser diligentes y darle seguimiento a la información que genere del ente público gestor.

El Grupo Pirámide, S.A., presentó su propuesta atendiendo a las especificaciones técnicas señaladas en el pliego de cargos, aunque ya existía la addenda No.1, que corregía y precisaba el objeto del concurso de precios. Esta situación, motivó que la Comisión Evaluadora se pronunciara señalando que el proponente Grupo Pirámide, S.A., no cumplió con el pliego de cargos, en cuanto no se ajustó a las especificaciones técnicas.

A nuestro juicio, lo sucedido no constituye una falta de legalidad, imputable a la institución contratante, pues en realidad, fue descuido o negligencia del postor que no le dio seguimiento a las informaciones que emanaban de la Entidad licitante.

Además, el numeral 17 del artículo 3 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, sólo corresponde a la definición terminológica o conceptual del término compuesto pliego de cargos. No establece derechos a favor de proponente, en específico, aunque se señale fuente principal de derechos y obligaciones, que en realidad se materializan, al momento de darse la selección del contratista y la adjudicación correspondiente. Por la naturaleza del artículo 3 de la Ley 56 de 1995, distinguida como DEFINICIONES y cuyo objeto es otorgar los significados de voces y expresiones utilizadas en esa Ley, podemos entender que no se desconoce derecho alguno a favor del Grupo Pirámides, S.A.

En consecuencia disentimos con los dos primeros cargos.

2. Según la demandante la Resolución de Gerencia General No. 20-2003 GG De 24 de febrero de 2003, viola de manera directa y por comisión el artículo 9 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

El artículo 9 de la Ley 56 de 1995 dispone:

"Artículo 9: Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, serán obligaciones de las entidades contratantes:

1. Obtener el mayor beneficio para el Estado o los intereses públicos, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

2. ...

3. ...

..."

La demandante explica que el Banco Nacional no consideró el precio más bajo ofrecido por el Grupo Pirámides, S.A., y por el contrario adjudicó la compra a otro proveedor que presentaba un precio muy por encima de ellos, dejando a un lado el contenido del artículo 9 de la Ley 56 de 1995.

Defensa del acto acusado a cargo de la Procuraduría de la Administración.

Como hemos mencionado la violación directa por omisión como causa de ilegalidad ocurre cuando el acto impugnado dispone alguna cosa contraria a lo que establece la ley o una norma jerárquicamente superior al acto acusado. Al aplicar la ley, se desconoce un derecho, consagrado en forma clara en la disposición aplicada. (MOLINO MOLA: 2001:201).

Señala la demandante que la adjudicación de la solicitud de precios No. 24-2002, se hizo por un precio que sobrepasa al que ella propuso, de modo que al desconocerse su propuesta, la entidad licitante está desconociendo su obligación de obtener para el Estado el mayor beneficio que

en este caso es un ahorro de más de sesenta mil Balboas, cumpliendo con todas las disposiciones legales.

Al respecto, es justo comentar que incluso en el pliego de cargos se señaló que el precio no sería el único valor a considerar si no que existiría la ponderación de otros requisitos y entonces se determinaría la mejor oferta.

En cuanto a la propuesta del Grupo Pirámides, S.A., en efecto se refiere a un precio menor, incluso excediendo, por debajo del precio oficial, pero contando en su contra el que no respondía a las especificaciones técnicas señaladas, y además no presentó autenticadas las notas o referencias en las certificaciones de instalaciones de equipos igual al ofertado o de la misma serie.

En asuntos de electrónica y computación, no es el precio más bajo la mejor oferta, es aquel que se ajuste a lo existente y al servicio específico. No hay que descuidar lo sensitivo de las ampliaciones, sobre todo cuando es de uso intensivo y de cargas voluminosas de datos.

A criterio de la Comisión Evaluadora de la solicitud de precios 24-2002, para el suministro, instalación, configuración, y puesta en marcha de un sistema de almacenamiento para el computador central del Banco Nacional, el Grupo Pirámides, S.A., pudo ofrecer un precio bajo, sin embargo, no cumplió con las especificaciones técnicas mínimas, ni con el modelo solicitado, ya que se pedía uno compatible con el IBM OS/390, sin embargo el Grupo Pirámides ofrece un modelo STORARAGETEK, que no cumple las especificaciones técnicas del pliego de cargos, tampoco presentó la certificación de las instalaciones iguales o de modelos similar, además de que como se ha dicho importa más

seguridad que precio, de manera que las certificaciones exigidas, cuando vinieran del extranjero debían ser autenticadas.

En consecuencia disentimos con este cargo.

3. Señala la demandante que el acto administrativo acusado viola de manera directa por comisión el artículo 42 de la Ley 56 de 1995, que dispone lo siguiente:

"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 tenga que ver con el objeto del contrato, escogidos éstos 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 contenida 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."

La empresa demandante al explicar su cargo, se refiere a que presentó objeciones y las mismas fueron respondidas por la Gerencia Ejecutiva de Servicios Técnicos Administrativos del Banco Nacional y no por la Comisión Evaluadora.

Al respecto, señala la demandante que la ley es clara al señalar que no le corresponde a la Comisión el formular recomendaciones en cuanto a la adjudicación de la solicitud de precios, sin embargo en el caso que nos ocupa, dicha disposición legal fue violentada porque la Gerente Ejecutiva de Servicios Técnicos del Banco Nacional de Panamá al rebatir los argumentos presentados por el Grupo Pirámide, S.A., a la Comisión Evaluadora, estaba explícitamente favoreciendo la adjudicación a GBM DE PANAMÁ S.A.

Defensa del acto administrativo acusado a cargo de la Procuraduría de la Administración.

La violación directa por comisión supone que el acto administrativo acusado disponga una cosa contraria a lo que establece la ley, o que al aplicar ésta se viole una norma jerárquicamente superior.

El acto administrativo acusado se identifica como la Resolución de la Gerencia General No.20-2003-GG de 24 de febrero de 2003 y se refiere en su parte resolutive a la adjudicación de la solicitud de precios No.24-2002, a favor de GBM DE PANAMÁ, S.A., por cumplir con todo lo exigido en el pliego de cargos y las especificaciones, su ponderación fue la más alta y su precio fue el más bajo.

Como puede determinarse la adjudicación señalada no dispone una cosa contraria a la Ley 56 de 1995, y es así mantenida en todas las instancias de la vía gubernativa, pues si bien se presentó la reclamación del GRUPO PIRÁMIDES, S.A., éste alega argumento y causal que no está contemplada entre las tipificadas en la Ley para generar la nulidad alegada.

Además, ha señalado el Banco Nacional, la situación que presenta la propuesta del GRUPO PIRÁMIDE, S.A., es que no se

ajustaba a las especificaciones técnicas mínimas, ni al modelo, ya que se pedía un modelo compatible con IBM OS/390, sin embargo GRUPO PIRÁMIDE presenta un modelo Storaragetek, que no cumple las especificaciones determinadas en el Pliego. De manera que éstas consideraciones, así como las explicaciones que le devuelve la Gerencia Ejecutiva de Servicio Técnico Administrativo del Banco Nacional, al Grupo Pirámide, ante sus observaciones, tienen asidero jurídico, en tanto que representa el cuidado que debe tener la entidad licitante al adquirir lo que en efecto necesita y no lo de menor precio, sobre todo si esto va a demandar servicios o adquisiciones futuras.

En cuanto a la referencia de las causales de nulidad es oportuno tener presente que la Ley 56 de 1995 señala cuales son las correspondientes y a ellas debe acudirse, pues estamos ante una legislación especial y materia especial. Sobre todo cuando se observa que la supuesta causa de nulidad ha sido expuesta y considerada en toda la vía gubernativa sin lograr que se compruebe su existencia.

Como decíamos a inicios de la revisión de esta causal de ilegalidad, sería oportuno determinar si el acto acusado dispone alguna cosa contraria a la ley, o a una norma jerárquicamente superior al acto acusado. 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. Igual a

las manifestaciones correspondientes a la entidad licitante, a quien le corresponde estar atenta a que la adquisición corresponda a las especificaciones técnicas determinadas y al precio correspondiente. De modo que no estamos de acuerdo con el cargo presentado y por tanto lo desestimamos.

4. El demandante ha señalado que la Resolución de la Gerencia General No. 20-2003 GG de 24 de febrero de 2003, viola de manera directa por comisión el artículo 44 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

El artículo 44 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 señala:

"Artículo 44: Criterios de evaluación. Las comisiones y las entidades contratantes deberán aplicar los criterios, requisitos o procedimientos enunciados en la documentación de precalificación, de haberla, y en el pliego de cargos y en las especificaciones. En ningún caso podrán aplicar criterios distintos a los enunciados en la presente disposición."

Según el demandante el artículo 44 de la Ley 56 de 1995 ha sido violado, de manera directa por comisión, por la Resolución de Gerencia General No. 20-2003 GG de 24 de febrero de 2003, pues la Comisión Evaluadora aplicó criterios distintos a los señalados en el pliego de cargos y las especificaciones, afectando a Grupo Pirámides, S.A., tales como exigir las autenticaciones en el país de origen de las certificaciones de instalaciones de equipo igual al ofertado, al punto que no se consideraron cinco de las siete cartas, por lo cual se les evaluó con cero puntaje. Además, las Comisiones sólo pueden aplicar las metodologías y los criterios señalados.

Defensa del acto administrativo acusado a cargo de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho considera que al demandante no le asiste la razón cuando señala que el acto administrativo acusado, identificado como la Resolución de Gerencia General No. 020-2003 de 24 de febrero de 2003, infringe el artículo 44 de la Ley 56 de 1995, porque como destaca en el expediente la Comisión evaluadora se ciñó a la metodología determinada para evaluar y atendiendo los criterios, requisitos y procedimientos enunciados en el pliego de cargo y sus addendas.

Se advierte que la empresa licitante, en algunas situaciones no se actualizó con las addendas correspondientes, sin embargo esta situación no es imputable a la institución contratante si no a la propia proponente. También destacan situaciones de contradicción en la propia demandante, tal como alegar que no se exigía la autenticación y luego nos reproduce la cláusula del pliego o addenda en donde se requiere 5 certificaciones de instalaciones del mismo equipo o igual al ofertado, dentro de los dos últimos años, en Panamá o el extranjero, **debidamente autenticadas**. Lamentablemente, si no se conocía el procedimiento de autenticación de documentos procedentes del extranjero esa situación no es imputable a la Comisión Evaluadora ni al Banco Nacional, si no a los asesores de la empresa proponente por la falta de cuidado al revisar la documentación participante en la contratación pública.

Como ya hemos mencionado, la revisión del pliego y la addenda No. 1, aportada por la demandante, al momento de la presentación de la demanda, advierten que en la addenda No.1

se determina las especificaciones técnicas del producto requerido y se enfatiza la compatibilidad del modelo y la capacidad mínima, que debía proponer el interesado en participar en la solicitud de precio No. 24.2002. El Grupo Pirámides, S.A., no acató las indicaciones señaladas con relación a las especificaciones técnicas y mantuvo la información original, o creyó oportuno adaptar la interpretación subjetiva, por generar la oportunidad de un mejor precio, lo que fue su decisión particular, sin embargo esto generó contradicciones porque no correspondía a lo requerido, presentaba un modelo distinto y además obviaba lo existente y su oportunidad de conservarlo.

La Comisión Evaluadora del acto público en mención no varió los criterios ni les asignó nuevos elementos para la evaluación pues se ajustó al artículo 44 de la Ley 56 de 1995.

La Comisión Evaluadora, integrada por personas conocedoras sobre la materia de adquisiciones públicas e informática aplicó dentro del margen señalado los criterios determinados en el pliego de cargos, lo que conlleva asumir su responsabilidad al respecto. Estamos convencidos que la valoración asignada se fundamenta en el cumplimiento o no de las especificaciones técnicas y financieras.

Consideramos que la Resolución atacada no infringe este artículo.

A nuestro juicio, no se ha dado la infracción al ordenamiento legal señalado, por ello disentimos con el cargo formulado por la demandante.

Solicitamos a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera que no accedan a lo pedido por el demandante y

en su defecto declaren la legalidad del acto administrativo acusado.

Pruebas: Aceptamos únicamente 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 el acto de contratación pública referente a la solicitud de precios No. 24-2002, realizado por el Banco Nacional y sus anexos, para la adquisición o suministro, configuración y puesta en marcha de un Sistema de Almacenamiento para el Computador Central Mainframe, que puede ser solicitado a la Gerencia General del Banco Nacional.

Prueba documental:

1. Nota Núm.259-2004-DNI de 15 de junio de 2004, dirigida al Licenciado Bolívar Pariente, Gerente General del Banco Nacional de Panamá, por el Licdo. Alvin Weeden Gamboa, Contralor General de la República.

2. Memorando NUM.437-2003-DNI-DST de 3 de abril de 2003, dirigido al Licdo. Alvin Weeden Gamboa, Contralor General de la República por la Ing. Ivette V. de Castillero, Directora Nacional de Informática de la Contraloría General de la República.

3. Memorando NÚM.712-2003-DNI-DST de 20 de mayo de 2003, dirigido al Licdo. Alvin Weeden Gamboa, Contralor General de la República por el Ing. Omar Rivera, Subdirector Nacional de Informática de la Contraloría General de la República.

Derecho: Negamos el invocado por la sociedad demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/9/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General