

27 de septiembre de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

Interpuesto por el Licenciado Cosme Idris Moreno en representación de **Gustavo Rodríguez Díaz (GRODCO) S.A. Ingenieros Civiles GRODCO SCA, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, dictada por el **Ministro de Economía y Finanzas,** el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.**

**Contestación de
la Demanda**

**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, procedemos 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, publicada en la Gaceta Oficial número 24,109 de 2 de agosto de 2000.

En los procesos 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 que es nula, por ilegal, la Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, proferida por el Ministro de Economía y Finanzas, mediante la cual se adjudica definitivamente a la Empresa Constructora del

Istmo, S.A., el Acto Público Internacional N°23-00, correspondiente al proyecto, diseño y construcción de la Carretera Panamericana Tramo Puente Bayano-Tortí, por incurrir en violación directa por omisión de los puntos 17.1, 17.3, 17.4, de la parte C, y el punto 26.3 de la parte E., todos correspondientes a la Sección II, Instrucciones Generales a los Oferentes del Pliego de Cargos del Acto Público Internacional N°23-00; Artículo 7 N°4, artículo 16 numerales 5 y 6, artículo 17, numeral 15, artículos 44 y 45 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

B. Que se declare NULO, POR ILEGAL, el acto confirmatorio consistente en la Resolución N°005-2001 de 5 de julio de 2001, expedida por el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración interpuesto, confirmando la Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001.

II. La contestación de los hechos u omisiones por la Procuraduría de la Administración.

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta.

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

Tercero: Es cierto y se acepta.

Cuarto: Es cierto y se acepta.

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

Sexto: Esto no es un hecho son alegaciones subjetivas del demandante y como tal se reciben.

Séptimo: Igual que el anterior esto no es la expresión de un hecho. Son conjeturas de la demandante que incluso

no se ajustan a la realidad. Y las cuales pueden considerarse parte de su alegato.

Octavo: Es cierto, así consta a foja 114 del expediente; por tanto, lo acepto.

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

Décimo: Esto no es un hecho, sino argumentaciones subjetivas del demandante, las cuales son propias a la etapa de alegatos y como tal, se reciben.

Undécimo: Es cierto, tal como consta a foja 1 del expediente judicial.

Duodécimo: Consideramos que esto no es un hecho. El demandante no se enmarca en eventos fácticos. Establece una gama de inferencias, propias de la fase de alegatos.

Décimo Tercero: Esto no es un hecho es una alegación de derecho y como tal se recibe.

Décimo Cuarto: Esto no es un hecho, es la referencia al acto administrativo acusado.

Décimo Quinto: Esto no es un hecho, sino inferencias del demandante.

Décimo Sexto: Es cierto y lo acepto.

IV. Disposiciones jurídicas que se dicen infringidas y sus conceptos de violación.

1. Señala el demandante que la Resolución Administrativa 001-2001 de 24 de mayo de 2001, expedida por el Ministerio de Economía y Finanzas, viola de manera Directa por Omisión los puntos 17.1; 17.3 y 17.4 de la Parte C de la Sección II, Instrucciones Generales a los Oferentes del Pliego de Cargo del Acto Público Internacional N°23-00, que disponen:

“Pliego de Cargos. Cláusula 17.1. El oferente presentará, como parte de los

documentos a presentar con la oferta, una garantía de mantenimiento de la oferta por el monto que se especifique en las Instrucciones Especiales para los Oferentes. (IEO)“

- o - o -

“Pliego de Cargos. Cláusula 17.3. La garantía de mantenimiento de la oferta será otorgada en la misma moneda de libre convertibilidad y amplio uso en el comercio internacional y adoptará una de las siguientes formas: garantía bancaria, carta de crédito irrevocable emitida por un banco establecido en el país del contratante; un cheque de caja o un cheque certificado emitido por una entidad aceptable para el contratante, o en la forma indicada en la IEO. La validez de la garantía, cualquiera sea su forma excederá en treinta días calendario el período de validez de la oferta.“

- o - o -

“Pliego de Cargos. Punto 17.4. Toda oferta que no esté acompañada de la garantía requerida de acuerdo con las cláusulas 17.1 y 17.3 será rechazada por el Contratante, por no ajustarse a los documentos de licitación de conformidad con la cláusula 26.”

Según el demandante estas tres cláusulas han sido violadas de manera directa, en concepto de omisión, *por la entidad licitante*, en virtud de que no se aplicaron las disposiciones señaladas del pliego. Si el pliego era claro al determinar el período de validez de mantenimiento de la garantía, no existía razón para utilizar un criterio distinto. Era claro, que si la validez de la oferta era por 120 días, la garantía de cumplimiento debía ser de 150 días. Agrega el demandante, “en primer lugar, el punto 17.1 señala que hay que referirse a las Instrucciones Especiales de los Oferentes (IEO) sin embargo, en ninguna parte de esta sección se hace referencia al período de validez de la garantía de mantenimiento.”

Defensa del acto administrativo por la Procuraduría de la Administración.

Se incurre en violación Directa, por omisión o falta de aplicación, como causa de ilegalidad, cuando se deja de aplicar una norma legal que decide o resuelve la situación jurídica planteada.

En consecuencia, el meollo del asunto es determinar la situación jurídica planteada, y luego verificar si la aplicación de las cláusulas 17.1, 17.3 y 17.4 del Pliego eran las normas con las cuales se resolvía el asunto.

Es obvio que la situación jurídica planteada se refiere a la adjudicación del acto público, Licitación Pública Internacional N°23-00, a la propuesta válida que convenga o favorezca a los intereses del Estado.

El demandante señala que en la determinación de las propuestas válidas no se aplicaron las cláusulas 17.1, 17.3 ni 17.4, sino que la entidad licitante, utilizó un criterio distinto. Aunque, en el pliego se señalaba que si la oferta se debía garantizar por 120 días, entonces la validez de la garantía de mantenimiento debía de ser por 150 días. No obstante este razonamiento del demandante, observamos que a continuación señaló: "aunque en ninguna parte de las Instrucciones Especiales de los Oferentes se hace referencia al período de validez".

Examinando el texto de las cláusula señaladas, podemos manifestar que estas no son normas legales que de manera clara resuelven la situación. Es más, el propio demandante reconoce el vacío o ausencia de instrucción que defina el período de validez de la garantía de mantener la oferta. Por otra parte, la Fianza de propuesta tiene su período

determinado y el de cumplimiento o mantener esa propuesta, depende de salir favorecido, cuando ésta se prorroga 30 días o más.

En su oportunidad, el Ministro de Economía y Finanzas explicó el criterio del Comité de Adquisiciones del BID, y la decisión de desestimar la queja de GRODCO SCA, contra cinco proponentes, por la supuesta deficiencia en la oferta, entre ellas la Constructora del Istmo, que salió beneficiada con la adjudicación final. Sin embargo, tal deficiencia no es sustancial para los efectos de la contratación y en el caso específico, la propuesta de Constructora del Istmo, cumple sustancialmente con todos los requisitos del Pliego de Cargos y se sustenta en el menor precio. Tal como lo decidió el BID, mediante disposición incorporada por el organismo de financiamiento, mediante la Nota CPN/1397-01 de 22 de mayo de 2001 que es conforme al artículo 14 de la Ley 56 de 1995.

Por su parte, la Constructora del Istmo señaló que su fianza para mantener la propuesta, cumple a cabalidad con las exigencias del Pliego, pues es sabido que la costumbre comercial señala el plazo de prórroga de 30 días más del convenido, en caso de salir favorecida la propuesta.

En consecuencia, las cláusulas señaladas no son las normas legales con que se resuelve o decide la situación jurídica planteada. Por lo tanto, el acto administrativo acusado, es decir la Resolución de adjudicación de la Licitación Pública, Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, no viola de modo directo, por omisión, las cláusulas señaladas. Razón por la cual esta Procuraduría disiente con el cargo presentado por la demandante.

2. Señala el demandante que la Resolución N°001-2001, incurre en violación directa por omisión de la cláusula 26.3 de la parte E de la Sección II, Instrucciones Generales a los Oferentes del Pliego de Cargos para el Acto Público Internacional N°23-00, cuyo texto señala:

"Artículo 26.3: Siempre que se trate de errores u omisiones de naturaleza subsanable, entendiéndose por éstos, generalmente aquellas cuestiones que no afecten el principio de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de licitación, el Contratante podrá corregir el error o solicitar que, en un plazo breve, el oferente suministre la Información faltante. No se podrá considerar error u omisión subsanable, por ejemplo la falta de firma en la oferta, la ausencia de garantía o cualquier corrección que altere la sustancia de la oferta o que la mejore."

Según el demandante el artículo 26.3 ha sido violado por la Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, de modo directo por omisión, porque de ninguna manera la entidad licitante debió catalogar de error subsanable la omisión de la firma por Construcciones Urbanas, S.A., y que Asfaltos Panameños no presentara el formulario de oferta, considerando que no puede existir interpretación extensiva al artículo 26.3 y que además, las anteriores causales se describen como errores no subsanables. Hace extensiva su queja a que no se debió aceptar el incumplimiento en el período de validez de la garantía de mantenimiento de la propuesta porque esto afecta directamente la oferta y ataca la intervención del BID, en cambiar el contenido del pliego.

Defensa del acto administrativo por 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 N-001-2001 de 24 de mayo de 2001, proferida por el Ministro de Economía y Finanzas infringe el artículo 26.3 del Pliego de Cargos.

En la resolución acusada se deja constancia que la Comisión Evaluadora después de aplicar los criterios de evaluación consagrados en el pliego de cargos y llevar las consultas y quejas pertinentes a la entidad financiera, aceptó e integró las recomendaciones pertinentes que no trastocan la sustancia de la oferta, tal como lo señala la cláusula 26.3 del Pliego. Y en modo alguno dejó en indefensión los intereses del Estado.

Que no puede pretenderse que situaciones ajenas a las resueltas por la Comisión de Evaluación y el BID, trastoquen el acto público. Esta discusión se debe complementar con nuestro argumento señalado a los artículos anteriores.

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

3. Menciona el demandante en su libelo que la Resolución Administrativa N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, proferida por el Ministro de Economía y Finanzas, viola el artículo 7 y el Artículo 17 numeral 15 de la Ley 56 de 1995, que por razones de economía procesal analizamos bajo un mismo hilo conductor. Las normas citadas señalan:

"Artículo 7: Competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

En consecuencia, corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro:

1. ...
2. ...
3. ...
4. Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratistas que hayan sido omitidos u ordenar la corrección o el cese de

aquellos que se han realizado en
contravención a esta Ley o su
Reglamento, de oficio o a petición
de cualquiera de los participantes en
tales procedimientos...”

- o - o -

“Artículo 17. Principio de Economía. En cumplimiento de este principio se aplicarán los siguientes parámetros:

1. ...
2. ...

15. La entidad contratante ordenará la realización de trámites omitidos o la corrección de los realizados en contravención al ordenamiento jurídico, de oficio o a petición de parte interesada, si no se hubiese propuesto recurso por vía gubernativa. Esta potestad saneadora se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7 de la presente Ley.”

Ambas normas se dicen violadas de modo directo por omisión.

El demandante considera que el Ministerio de Economía y Finanzas debe hacer cumplir lo dispuesto por la Ley de contratación pública, más aún cuando se le manifiestan estas irregularidades. En el caso que nos ocupa el Ministerio no se pronunció con respecto a la nota enviada por GRODCO SCA, en cuanto a las irregularidades que se estaban dando en el procedimiento de licitación. A pesar de que se señaló lo ocurrido con el formulario de la Garantía de mantenimiento cuyo formato ya había sido derogado, todo esto se manifestó antes de la apertura del segundo sobre. Por otra parte, el Director Ejecutivo del Programa de Desarrollo Sostenible del Darién, al igual que el Contralor fueron informados que el formulario de la Garantía de Mantenimiento no era el correcto y a pesar de esto ninguno de estos entes utilizaron la potestad saneadora.

Defensa del acto administrativo por la Procuraduría de la Administración.

Evidentemente, el argumento del demandante es muy subjetivo. Y pretende señalar como una omisión del Ministerio de Economía y de Finanzas lo que se llevó a consulta del Banco Interamericano de Desarrollo y de lo cual si se le dio respuesta al quejoso.

Como se ha explicado en páginas anteriores, la Comisión Evaluadora del Acto Público dio traslado de las quejas al Banco Interamericano de Desarrollo, que a través de su Unidad Coordinadora de Programas, coincidió con el Ministerio de Economía y Finanzas y la Contraloría, que las omisiones o las deficiencias no afectaban la parte sustancial de la propuesta y por ello no viciaban el Acto Público. En consecuencia se hizo el cruce de información, y se integró esta opinión a la documentación de la Contratación Pública, dándole la respuesta al quejoso.

En todo momento, el Ministerio de Economía y Finanzas cumplió su papel de ente rector de la Contratación Pública sin olvidar las facultades que consagra el artículo 14 de la Ley 56 de 1995 a los organismos de Financiamiento.

Como ya se ha explicado, la violación directa por omisión se materializa cuando se deja de aplicar una norma legal que decide o resuelve una situación jurídica planteada. En modo alguno puede señalarse que estas normas transcritas fueron omitidas.

En nuestro caso, es evidente que el numeral 4 del artículo 7 de la Ley 56 de 1995, fue aplicado en consonancia con la facultad de otros organismos, como la Contraloría y el BID. De manera que no hubo omisión.

Disentimos también con este cargo presentado por el demandante, en contra de la Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, porque consideramos que también se cumplió la condición contemplada en el numeral 15 del artículo 17 de la Ley 56 de 1995. Resultando que no existe la infracción al numeral 4 del artículo 7 ni al numeral 15 del artículo 17 de la Ley 56 de 1995. Por lo tanto disentimos de los cargos formulados contra el acto administrativo, bajo estos supuestos.

4. Para el demandante la Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, ha violado de manera directa por omisión los numerales 5 y 6 del artículo 16 de la Ley 56 de 1995, que señala:

Artículo 16. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observaran las siguientes reglas:

1. ...
2. ...

5. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaración de desierto del proceso de escogencia.

6. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la Ley; igualmente les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratistas y los demás requisitos previstos en la presente Ley."

Al explicar la infracción el demandante señala que de acuerdo a la norma transcrita, los actos que emita la Entidad Licitante deben ser motivados. Sin embargo, eso no ocurrió con la nota CPN/1397-01 del Encargado de la Representación

del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en Panamá, mediante la cual se decidió la protesta o queja interpuesta por GRODCO SCA, pues esta nota sólo indica que el Comité de Adquisiciones resolvió desestimar las protestas, sin refutar los argumentos de derecho.

En cuanto a la violación del numeral 6 del artículo 16 de la Ley 56 de 1995, ésta se refiere a la omisión del Ministerio de cumplir el procedimiento de selección de contratistas que establecía el plazo de mantenimiento de la oferta y que garantiza los intereses de la entidad licitante.

Defensa del Acto Administrativo, a cargo de la Procuraduría de la Administración.

Las explicaciones aportadas por el demandante criticando la nota enviada por el BID, ponen en evidencia que GRODCO CSA, sí recibió la respuesta a la queja. Además, que se están confundiendo las meras comunicaciones con los actos que en efecto deben ser motivados. En este caso debe ser motivada la Resolución que adjudica y así se puede ver a fojas 1, 2 del cuaderno judicial, lo demás son diligencias de mero trámite que no requieren tales motivaciones. En cuanto al numeral 6, del artículo 16, no existe señalamiento de abuso de poder o desviación de poder ni tampoco se ha determinado la pretermisión de requisito o trámite dentro del procedimiento de contrataciones públicas.

Consideramos que no se ha dado la causal de ilegalidad señalada por el demandante.

5. Aduce el demandante que la Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, incurre en la violación directa por omisión del artículo 44 de la Ley 56 de 1995, que 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."

Explica el cargo, el demandante, señalando que esta norma ha sido violada de manera directa por omisión, porque si bien es cierto que la entidad licitante se rigió principalmente por el pliego de cargos y el Contrato de Préstamo N°1160/OC-PN, supletoriamente aplica la Ley 56 de 1995. Y que allí es claro que los criterios de evaluación de las ofertas deben ser respetados.

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

Como se ha señalado la causal de ilegalidad por violación directa, por omisión, hace relación a la falta de aplicación de una norma que decide o resuelve la situación jurídica planteada.

En el caso que nos ocupa no puede señalarse esta causal, y luego al explicar el cargo manifestar de la manera más confusa y dubitativa que la entidad licitante se rigió principalmente por el pliego y el contrato de préstamo, refiriéndose a la Ley 56 de 1995, sólo de manera supletoria.

Es evidente que esta contratación aunque se denomine Internacional se ha regido por las leyes de Contratación Pública vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Y si de alguna manera contempla la intervención, u opiniones del ente financiero, es simplemente la aplicación del artículo 14 de la Ley 56 de 1995. La Ley 56 de 1995, no se ha aplicado con criterio supletorio y en cuanto a la aplicación de los

criterios de evaluación de las propuestas, se ha atendido a lo dispuesto en la legislación nacional, artículo 44 y 14 de la Ley 56 de 1995, a lo dispuesto en el Pliego de Cargos y en el Contrato de Préstamos. Ha exigido el cumplimiento de las pautas necesarias para asegurar los fines de la contratación y exige que se cumplan las condiciones sustanciales establecidas.

6. El demandante manifiesta que se ha violado de modo directo por omisión o por falta de aplicación el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, El artículo en mención señala:

"Artículo 45: Adjudicación de la Licitación Pública, del concurso, o de la solicitud de precios. La adjudicación se hará a quien haya propuesto el menor precio, si éste es 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."

Defensa del acto administrativo por la Procuraduría de la Administración.

La Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, no infringe de modo alguno el artículo 45 de la Ley 56 de 1995, pues ésta se apega a ella y escogió en efecto al oferente de menor precio pero con las calificaciones técnicas requeridas y puesto que ésta se profirió en atención a las facultades y competencias atribuidas a la Junta Evaluadora quien hace la recomendación al Ministro de Economía Y Finanzas.

La supuesta violación que aduce el demandante, sólo confirma nuestra posición inicial de que estos cargos no producen infracción a la legalidad, pues en realidad el demandante no presentaba las mejores expectativas como oferente. Entre el precio oficial y la oferta de GRODCO SCA,

hay una diferencia o ahorro en el proyecto de un millón punto siete, por el contrario, entre el precio oficial y la propuesta de Constructora del Istmo, la diferencia es mayor a los dos millones y medio de ahorro. Para los efectos económicos y financieros es significativa la propuesta de Constructora del Istmo. Por otra parte, el control fiscal a los intereses del Estado lo cumple la Contraloría que en ningún momento objeta el acto, y por su parte la entidad financiera internacional igualmente tuvo su intervención asegurando la transparencia, la economía, la responsabilidad y el equilibrio contractual.

En consecuencia, también negamos este cargo de ilegalidad, presentado contra la Resolución N°001-2001 de 24 de mayo de 2001, pues ha quedado demostrado que sí se cumplieron con todos los parámetros para determinar la mejor oferta. Se determinó que la ponderación utilizada se ajusta al peso dado a la oferta y a la calificación técnica, y experiencia o precalificación de las empresas. Además si la intención del Legislador hubiese sido determinar únicamente el menor precio, hubiese prescindido de la Comisión evaluadora para someterse a los números.

En consecuencia, esta Procuraduría reitera la solicitud a los Señores Magistrados para que desestimen las pretensiones de la demandante y, en su lugar, se declare la legalidad de la Resolución N°-001-2001 de 24 de mayo de 2001.

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 realizado por el

Programa de Desarrollo Sostenible de Darién, Ministerio de Economía y Finanzas y sus Anexos, que puede ser solicitado al Ministerio de Economía y Finanzas.

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

Materia:

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