



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 4 de septiembre de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Concepto.

La firma Mendoza, Valle & Castillo, en representación de **Aceti-oxígeno, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°D.N.C. 1311-2002-D.G., de 5 de diciembre de 2002, dictada por el **Director General de la Caja de Seguro Social**, y para que se hagan otras declaraciones.

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

Con el respeto acostumbrado acudimos ante ese Honorable Tribunal de Justicia, a fin de emitir concepto en torno a la demanda interpuesta en el Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción enunciado en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en interés de la ley en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 5, del Libro Primero de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. Las pretensiones de la parte demandante.

El apoderado judicial de la parte actora ha pedido a su digno Tribunal, que declare nula por ilegal la Resolución N°D.N.C. 1311-2002-D.G., de 5 de diciembre de 2002, dictada por el Director General de la Caja de Seguro Social mediante la cual se adjudica a la empresa CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA,

S.A., la Licitación Pública N°1-2002 (3-12-2002), para el suministro, transporte, entrega y descarga en el sitio, de oxígeno médico, Tipo I, Clase C, DGNTI-COPANIT 15-77-99, que consumirán los hospitales, policlínicas, ULAPS y CAPPs de la Caja de Seguro Social en las provincias de Bocas del Toro, Coclé, Colón, Chiriquí, Herrera, Los Santos, Panamá y Veraguas, por un período de dos años.

Como consecuencia de la anterior declaración se pide se ordene la convocatoria de un nuevo acto de licitación pública, en base al Pliego de Cargos correspondiente y en las leyes aplicables.

II. Las normas que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción a las mismas, son los que a seguidas se copian:

1. El artículo 133 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, el cual dispone:

"Artículo 133: Formación de la Adjudicación. La adjudicación del acto público se hará mediante resolución motivada, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos de la propuesta favorecida, en concordancia con el pliego de cargos.

La adjudicación debe recaer en la oferta que resulte sostenida en la forma más conveniente del sistema de subasta de compras al menor precio o el sistema de presentación de sobre cerrado, dentro del grupo de los precalificados.

Opcionalmente, la Autoridad de Salud realizará las compras de medicamentos, equipos e insumos médicos-quirúrgicos, al amparo de lo dispuesto en la Ley N°56 de 1995, sobre contratación pública".

Se señala que esta norma ha sido violada en forma directa por errónea interpretación, pues la Dirección General de la Caja de Seguro Social entendió que la adjudicación debía hacerse únicamente al oferente que presentara el menor precio, sin tomar en cuenta los otros factores objetivos establecidos para la Licitación Pública N°1-2002.

2. El artículo 45 de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995, cuyo texto expresa:

“Artículo 45: Adjudicación de la licitación pública, del concurso o de la solicitud de precios.

El jefe de la entidad contratante, o el funcionario en quien se delegue, si considerase que se 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.”

Sobre el concepto de infracción se dice el acto impugnado infringe por indebida aplicación la norma citada.

Según el apoderado judicial del demandante, el Pliego de cargos de la Licitación Pública N°1-2002, no especifica que el único criterio para la adjudicación del acto público lo constituía el precio ofertado; por lo que, al no haberse hecho expresamente la aclaración en el Pliego de Cargos o en el acto de reunión de oferentes para la homologación, debía procederse a la ponderación de los otros requisitos.

3. El artículo 42 de la Ley N°56 de 1995, que dice:

“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 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.”

Se alega que esta norma ha sido infringida en forma directa, puesto que la obligación de aplicar una metodología de ponderación fue omitida por la entidad licitante, ya que la adjudicación de la Licitación Pública se basó únicamente en el menor precio, sin tomar en cuenta otros requisitos establecidos en el Pliego de cargos.

4. El artículo 37 de la Ley N°56 de 1995:

“Artículo 37: Reunión previa de postores.

En el caso de licitaciones públicas o concursos, será de obligatorio cumplimiento la celebración de una reunión previa, con una anticipación no menor de quince (15) días a la fecha de celebración de la licitación pública o concurso, con el propósito de absolver consultas y formular observaciones que puedan afectar la participación de los posibles postores, en condiciones igualitarias, así como aclarar sobre cualquier aspecto del pliego de cargos u otros documentos entregados.

También se requerirá la celebración de reuniones previas en solicitudes de precios o concursos, cuando existan objeciones formuladas, con respecto a los documentos de la contratación, por quienes tengan interés en participar, presentadas a la entidad contratante, por lo menos, dos (2) días hábiles antes de la fecha establecida para la celebración del acto, o cuando así se requiera en el pliego de cargos de la contratación.

Los documentos finales de toda licitación que exceda de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250,000.00), o cuando así se exprese en el pliego de cargos, deberán ser homologados por los que aspiren a participar en la licitación, en señal de aceptación de todas las condiciones y términos de la invitación a participar en la licitación, en una sesión especial convocada al efecto. En caso de discrepancia con los interesados, si

ésta no pudiese ser resuelta, los documentos de la licitación se adoptarán de manera unilateral por la entidad contratante, procurando tomar en cuenta las observaciones de los interesados. La homologación de los documentos o, en su caso, su expedición por parte de la entidad contratante, tendrá como efecto la aceptación, sin reservas ni condiciones, de tales documentos por los participantes en la licitación. En consecuencia, no procede ningún reclamo derivado del contenido de tales documentos por parte de los interesados en la licitación que corresponda.

La presentación de propuestas equivaldrá a la aceptación de la homologación de los documentos de la licitación.

De lo actuado en la sesión de homologación se levantará un acta, que suscribirán todos los que hayan participado en ella."

Indican que la trasgresión de la norma se configura, desde que las observaciones y solicitudes de aclaración presentadas por los representantes de ACETI-OXIGENO, S.A., en la reunión de postores nunca fueron absueltas por la entidad licitante, mucho menos aquellas observaciones que le fueron presentadas por escrito.

5. El artículo 1107 del Código Civil:

"Artículo 1107: La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

En este caso, se dice, la entidad licitante adjudicó la Licitación Pública N°1-2002 al postor que ofreció el menor precio, sin haber realizado la observación o la aclaración que ese sería el único elemento a considerar y que otros elementos, como capacidad, disponibilidad, calidad,

cumplimiento que estaban en el pliego de cargos, no contarían para la determinación de la adjudicación.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

El acto administrativo cuya anulación se solicita, lo constituye la Resolución N°D.N.C. 1311-2002-D.G., de 5 de diciembre de 2002, dictada por el Director General de la Caja de Seguro Social mediante la cual se adjudica a la empresa CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A., la Licitación Pública N°1-2002 (3-12-2002), para el suministro, transporte, entrega y descarga en el sitio, de oxígeno médico, Tipo I, Clase C, DGNTI-COPANIT 15-77-99, que consumirán los hospitales, policlínicas, ULAPS y CAPPS de la Caja de Seguro Social en las provincias de Bocas del Toro, Coclé, Colón, Chiriquí, Herrera, Los Santos, Panamá y Veraguas, por un período de dos años.

Como se observa, el argumento central en el que la sociedad demandante basa su pretensión de anulación lo constituye el hecho que, a su parecer, la Caja de Seguro Social únicamente ponderó qué compañía había ofrecido el menor precio por el producto y servicio requerido, y no se evaluaron otros requisitos como los indicados en el Capítulo IV "Términos de Referencia y Especificaciones Técnicas", Número 4, Punto 4.1 (4.1.1 al 4.1.12), del pliego de cargos y que debían adjuntarse al formulario de propuesta.

Este Despacho no comparte la posición de la sociedad demandante, y considera que la Resolución N°D.N.C. 1311-2002-D.G., de 5 de diciembre de 2002, dictada por el Director General de la Caja de Seguro Social, es un acto conforme a la

Ley N°1 de 2001, Ley N°56 de 1995, decretos reglamentarios que las desarrollan y al pliego de cargos del acto público.

En su informe de conducta, el señor Director de la Caja de Seguro Social, manifiesta que el criterio de selección utilizado en la Licitación Pública N°1-2002 (3-12-2002), fue el de escoger al proponente que ofreciera el menor precio, siempre y cuando: "...cumpliera con el resto de los requisitos exigidos por el pliego de cargos. Este criterio de selección se consignó en el artículo 15, numeral 15.1, del Capítulo III, Condiciones Especiales del Pliego de cargos". A foja 33.

En efecto, señala el citado numeral 15, lo siguiente:

"15. Forma de Adjudicación. La adjudicación de esta Licitación Pública se efectuará POR RENGLÓN **a favor del oferente que oferte el menor precio por PIE CÚBICO, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos documentales exigidos en el pliego de cargos.**" (El subrayado es nuestro).

Lo dispuesto en el pliego de cargos, tiene su fundamento en el artículo 133 de la Ley N°1 de 2001, que establece la adjudicación debe recaer en la oferta que: "...resulte sostenida en la forma más conveniente del sistema de subasta de compras **al menor precio...**".

En cuanto al hecho que no se ponderaron debidamente los requisitos documentales exigidos por el Capítulo IV, Términos de Referencia y Especificaciones, Número 4, punto 4.1 (4.1.1 al 4.1.12) del pliego de cargos, entre estos, los estados financieros de los dos últimos años, referencias bancarias para determinar el respaldo económico y la certificación de

la oficina del Cuerpo de Bomberos de Panamá; puede verificarse a fojas 489 a 497 del expediente administrativo, los documentos de los estados financieros, referencias bancarias y certificación del Cuerpo de Bomberos, aportados por CRYOGAS DE CENTROAMÉRICA, S.A., con su propuesta para la Licitación Pública N°1-2002 (3-12-2002).

Por tanto, no es cierto que no se cumplieron con los requisitos documentales exigidos por el pliego de cargos.

Por todo lo anterior, estimamos debe declararse NO ES ILEGAL la Resolución N°D.N.C.1311-2002-D.G., de 5 de diciembre de 2002, dictada por el Director General de la Caja de Seguro Social.

IV. Pruebas:

Aducimos el expediente administrativo de la actuación demandada, mismo que puede ser solicitado al Director General de la Caja de Seguro Social.

Del Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/17/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General