

Panamá, 26 de marzo de 1998.

H.R. Jorge R. Panay B.
Presidente
Consejo Provincial de Panamá
E. S. D.

Distinguido Señor Presidente:

En base a las facultades que nos confiere el Código Judicial, artículo 348, numeral 4º, como asesores jurídicos de los funcionarios públicos, tenemos a bien dar respuesta a su Nota N°309-CPP de 17 de febrero de 1998, relativa a la “adjudicación del Proyecto N°113-97, Terminación del Centro de Salud de Taboga.”

Sobre el particular debemos acudir a la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995 “por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones” (G.O. N° 22.939 de 28 de diciembre de 1995) que determina los principios, normas de la celebración de actos públicos, criterios de evaluación de las propuestas, etc.

En primer lugar, es oportuno aclarar el papel del Ministerio de Hacienda y Tesoro y de la entidad que convoca el acto público, en este caso el Consejo Provincial de Panamá, así nos señala la Ley N°56 de 1995:

“ARTICULO 7.- Competencia del Ministerio de hacienda y Tesoro.

El sistema de contratación pública será realizado en forma descentralizada por las entidades contratantes. El Ministerio de Hacienda y Tesoro, no obstante, será la entidad normativa y fiscalizadora del sistema, sin perjuicio de las funciones de control fiscal que deba ejercer la Contraloría General de la República.

En consecuencia, corresponde al Ministerio de Hacienda y Tesoro:

1. Elaborar las especificaciones o condiciones generales que sirvan de base a todos los procedimientos de selección de contratistas.

2. Absolver consultas sobre cualquier aspecto de un procedimiento de selección de contratista o de una contratación pública, que se esté desarrollando.
3. Intervenir en la atención de las quejas que formulen los participantes en los procedimientos de selección de contratistas, y dejar constancia de lo actuado en el expediente del acto público de que se trate.
4. Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratistas que hayan sido omitidos, u ordenar la corrección o cese de aquellos realizados en contravención a esta Ley o su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos.
5. Elaborar instructivos y reglas para el correcto desenvolvimiento y regularidad de los procedimientos de selección de contratistas, que regula la presente Ley.” (Subrayado nuestro)

“ARTICULO 13.- Competencia para presidir actos de selección de contratistas.

La competencia para presidir los procedimientos de selección de contratistas recae en el representante de la entidad que convoca el acto público correspondiente, o en el servidor público en quien se delegue esta función. Podrá participar en dicho acto un representante del Ministerio de Hacienda y Tesoro y otro de la Contraloría de la República.” (Subrayado nuestro)

“ARTICULO 40.- Celebración de la licitación pública y solicitud de precios.

1. En la celebración...
9. La entidad licitante, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Tesoro, atenderá las quejas que se presenten por los proponentes, ejercerá su facultad saneadora del procedimiento y dejará constancia de toda la actuación en el expediente. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 de esta Ley.
10. La entidad...” (Subrayado nuestro)

De las disposiciones legales transcritas podemos inferir que si bien la entidad contratante tiene la competencia de presidir el acto público y organizarlo, también es cierto que el Ministerio de Hacienda y Tesoro puede participar en ese acto público, y lo más importante, dicho Ministerio ejerce la función de normar y fiscalizar el sistema de contratación pública, lo que implica que tiene atribuciones tales como: intervenir en la atención de las quejas hechas por los participantes del acto público, en coordinación con la entidad contratante; ordenar la realización de trámites omitidos, la corrección o cese de procedimientos contrarios a la Ley, entre otras.

Partiendo del hecho que ambas instituciones deben coordinar las quejas presentadas por los proponentes, pasemos al análisis de la normativa que regula los criterios de evaluación de las propuestas recibidas. En este caso la Ley N°56 de 1995 indica lo siguiente:

“ARTICULO 9.- Derechos y obligaciones de las entidades estatales 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. Exigir...”

“ARTICULO 10.- Derechos y obligaciones de las entidades estatales contratantes.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo 8, será la obligación de las entidades contratantes, 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.”

“ARTICULO 17.- Principio de Economía.

En cumplimiento de este principio se aplicarán los siguientes parámetros:

1. En las normas de selección y en los pliegos de cargos o en los términos de referencia, para el escogimiento del contratista, se establecerán y cumplirán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios, a fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado. Con este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las

diferentes etapas de selección, y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

2. Las normas...” (Subrayado nuestro)

“ARTICULO 20.- Interpretación de las reglas contractuales.

En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, relativas a procedimientos de selección de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre obligaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos.” (Subrayado nuestro)

“ARTICULO 21.- Deber de selección objetivo y justa.

Los funcionarios responsables deberán seleccionar al contratista en forma objetiva y justa. Es objetiva y justa la selección en la cual se escoge la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que ésta busca, con base en lo estipulado en pliego de cargos.”

“ARTICULO 24.- Estructuración del pliego de cargos.

La entidad licitante de que se trate elaborará, previamente a la celebración del procedimiento de selección del contratista, el correspondiente pliego de cargos, que contendrá:

1. Los requisitos...
5. Los criterios y procedimientos de ponderación de las propuestas a ser utilizados, por parte de la entidad licitante, de existir un parámetro adicional al precio.
6. Las condiciones...”

“ARTICULO 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.”

“ARTICULO 48.- Facultad de entidad licitante.

La entidad licitante se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses.

La facultad de rechazo podrá ejercerse, siempre que no se haya ejecutoriado la resolución que adjudica el acto público de selección de contratista respectivo.

El acto de adjudicación obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según fuere el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante encontrase ejecutoriada dicha adjudicación.

A su vez, la entidad licitante podrá ejecutar la fianza de propuesta, de darse incumplimiento por parte del adjudicatario.”

De la lectura de las normas anteriores podemos deducir que la Ley N°56 de 1995 centra reiterativamente el tema de la adjudicación de un acto público en criterios objetivos que se concilien con los mayores beneficios para el Estado e intereses públicos, basados en la Ley, su Reglamento, y el Pliego de Cargos.

Es importante destacar que entre los requisitos del Pliego de Cargos se encuentra los criterio y procedimientos de ponderación de las propuestas que sirven de parámetro junto con el precio, y que estos criterios y procedimientos deben ser acatados por la entidad contratante al momento de adjudicar un acto público, y que el Pliego de Cargos contiene las reglas de juego a las cuales se someten las partes.

Si bien somos respetuosos y acatamos fielmente el mandato legal, no confiamos cien por ciento (100%) en fórmulas matemáticas y suma de porcentajes que arrojen cifras, y de estas cifras seleccionar la propuesta de mayor puntuación, porque las ponderaciones que resulten pueden ser defectuosas, dejar de lado otros criterios también objetivos o se alejan de la realidad.

En el caso en estudio, se adjudica la licitación a la empresa que obtuvo la segunda mayor puntuación, lo cual contraría la Ley N°56 de 1995, puesto que debe ser a la empresa de mayor puntuación, decisión aquella que es fundamentada por el ente licitante

en el supuesto incumplimiento que presenta el proponente de mayor puntuación, precisamente en la ejecución de la primera fase del proyecto.

Consideramos que el incumplimiento de una empresa con el Estado es igualmente un criterio que debe tomarse en cuenta al momento de evaluar las propuestas, esté o no en la tabla de ponderación con determinado porcentaje o puntos, porque se tratan justamente de los intereses del Estado que están en juego, es decir, hay que conciliar el precio, los criterios técnicos junto con los intereses del Estado.

El alegado incumplimiento debe ser probado a fin de fundamentar sólidamente la decisión de adjudicar el acto público a la propuesta de segunda mayor puntuación, de otro modo corresponde legalmente la adjudicación a la empresa de mayor puntuación. Al respecto, podemos citar una disposición de la Ley N°56 de 1995 relacionada con el incumplimiento, que dice:

“ARTICULO 12.- Incapacidad legal para contratar.

Son inhábiles para participar en actos de selección de contratistas y celebrar contratos con las entidades públicas:

1. Las personas...
3. Las personas a quienes se les haya resuelto administrativamente un contrato por incumplimiento culposo o doloso, de acuerdo con el procedimiento establecido en la presente Ley, mientras dure la inhabilitación.
4. Los servidores...” (Subrayado nuestro)

Por otra parte, observamos que si nos centramos únicamente en el precio, cuya valoración fue del 60%, el precio más bajo es de la empresa a la cual se le adjudicó, sin embargo, esta misma presenta baja puntuación en categorías como referencias bancaria y en declaración de equipo, son igualmente importantes porque determinarán el cumplimiento oportuno del contrato.

Otro punto es el llamado de atención que efectúa el Ministerio de Hacienda y Tesoro al precisar que si se aplica estrictamente la metodología de evaluación del Pliego de Cargos la propuesta adjudicada resulta aún con menor puntuación, puesto que la evaluación hecha por la entidad licitante se basa en calificaciones parciales, y debieron ser absolutas, es decir, si cumple se le da todo la puntuación y si no obtiene cero (0), pero sólo aplicable a los renglones técnicos, no así al del precio. En este caso no nos atrevemos a manifestar nuestro beneplácito o no con la aplicación de un sistema de evaluación tan rígido pero por ejemplo si no cumple con el mínimo de equipo no se le puede dar algo de puntuación.

Es oportuno aclarar que a la Procuraduría de la Administración no le corresponde determinar a que compañía le corresponde la adjudicación de un acto público, puesto que como ya comentamos esta facultad es propia de la entidad contratante, mientras que las quejas ante esa decisión le corresponde absolverla a dicha entidad en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Tesoro, o sea, deben unificar sus criterios si se mantiene la adjudicación o si se corrige, en ambos casos presentar una posición común del Estado que evite conflictos, y fundamentarlo debidamente ante cualquier posible demanda en lo contencioso-administrativo.

En conclusión, somos del criterio que en casos extremadamente excepcionales y fehacientemente probados, la entidad licitante puede apartarse de los parámetros y procedimientos de ponderación señalados en el Pliego de Cargos, basados en el interés del Estado, en la prerrogativa que tiene el Estado sobre los particulares por ser el representante de los intereses colectivos, de lo contrario debe seguir las pautas de la Ley N°56 de 27 de diciembre de 1995 sobre Contratación Pública, de su Reglamento, y del Pliego de Cargos respectivo.

De esta manera esperamos haber resuelto su interrogante y así colaborar con su despacho, quedamos de usted,

Cordialmente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procurador de la Administración

AMdeF/6/cch