

30 de agosto de 1996.

Licenciada  
 VICTORIA H. FIGGE  
 Berente  
 Zona Libre de Colón.  
 E. S. D.

Señora Berentes:

Nos referimos a su atenta Nota No. S.G. 379-97, fechada 5 de agosto de 1996, mediante la cual se sirvió consultarnos aspectos relacionados con la Licitación Pública No. Z.L. 104-95 para la Contratación de Servicios de Vigilancia y Seguridad de los bienes e instalaciones y personas que se encuentran dentro de los perímetros de la Zona Libre de Colón.

La primera interrogante que se nos plantea es del siguiente tenor literal:

"¿En qué tiempo debe resolverse un recurso interpuesto contra un acto de Licitación Pública?"

La Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, por la cual se regula la Contratación Pública, no establece un término perentorio para dar contestación a un recurso interpuesto contra el acto mediante el cual se celebra una Licitación Pública, por lo que de manera supletoria debe recurrirse al Código Fiscal en lo que atañe al procedimiento administrativo en materia fiscal, y que en su artículo 1185 determina que no debe exceder de dos meses el tiempo que transcurra desde el día en que se presente un recurso, hasta que se ponga término al mismo.

Sin embargo, de transcurrir este término sin que exista un pronunciamiento de la Administración, se produciría el Silencio Administrativo que se interpreta como una negación a lo pedido, y que debe probarse plenamente para que sea operativo. Todo ello de conformidad con lo que establece el artículo 22, ordinal tercero, de la Ley 33 de 1946, que modificó el respectivo de la Ley 185 de 1943, que dice que "el silencio administrativo se produce al transcurrir dos (2) meses "sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud que se dirija a un funcionario". Luego de cumplidos estos dos (2) meses, comienza a transcurrir el término de dos (2) meses para recurrir a la vía contencioso administrativa, a través del recurso jurídico pertinente.

La Segunda Interrogante está planteada en los siguientes términos:

“¿Puede la Gerencia de la Zona Libre de Colón modificar las puntuaciones asignadas por la Comisión Técnica Evaluadora? ¿Puede la Entidad Licitante omitir las observaciones de oposición oportunamente presentadas?”

La Gerencia de Zona Libre de Colón no puede modificar las puntuaciones ni conclusiones de la Comisión Técnica Evaluadora, pues de hacerlo, dicha Comisión no tendría fundamento para existir. En efecto, esta Comisión es la encargada de analizar en base a criterios técnicos las propuestas presentadas por oferentes en una Licitación.

Este organismo, según lo estipula el artículo 44 de la Ley 56 de 1995 debe realizar un análisis técnico objetivo de las propuestas presentadas, aplicando 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.

Es importante destacar que los miembros que conforman esta Comisión, son personas idóneas en la materia objeto del contrato.

A pesar que la Gerencia de Zona Libre de Colón no puede modificar la puntuación de la Comisión Técnica Evaluadora, debemos tener claro que el criterio emitido por esta Comisión no puede recomendar la adjudicación a unos de los oferentes que participan en el acto público de Licitación, tal y como lo prevé el párrafo final del artículo 42 de la Ley 56 de 1995. Veamos:

“ARTICULO 42: Análisis de la propuesta

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”.

Así lo expuso la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en Fallo de 2 de febrero de 1995, cuando señaló:

“No es cierto, como señala la parte actora, que haya sido violado el numeral 9 del artículo 47 del Código Fiscal por cuanto, a juicio de la Sala, la Comisión Evaluadora no ha invadido en ningún momento la competencia de otro funcionario público y mucho menos de quien preside el acto de licitación pública por cuanto dicha comisión está facultada, precisamente por la norma que

se señala impugnada, para recomendar, como en efecto lo hizo, la forma en que debe adjudicarse la licitación. Para emitir dicha recomendación, que no es de obligatorio cumplimiento, sino una simple recomendación, la comisión debe tomar en cuenta ciertos aspectos tales como la conveniencia de la propuesta, la capacidad técnica, económica, administrativa y financiera de los postores, tal como lo estipula el artículo 50 del Código Fiscal.

En el presente caso, al no encontrar en ninguna de las propuestas la más conveniente por razones de orden técnico, ético y moral, y basados en el artículo 49 que señala que el gobierno se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, la Comisión Evaluadora señaló que no podía recomendar a ninguno de los proponentes por lo que debía declararse desierta la licitación, lo cual a juicio de esta Sala no infringe en modo alguno el artículo 47 numeral 9 del Código Fiscal. No procede, pues, el presente cargo.

En cuanto a si la entidad licitante puede omitir las observaciones de oposición oportunamente presentadas, de conformidad con lo estipulado en el párrafo final del artículo 42 *ibidem*; consideramos que si las mismas se encuentran debidamente fundamentadas, pudiendo afectar los intereses públicos, deben ser tomadas en cuenta por la entidad contratante.

En el caso que nos ocupa, vemos que uno de los oferentes ha presentado documentos públicos supuestamente alterados, lo cual puede enmarcarse dentro de las conductas ilícitas tipificadas en el Título VIII del Libro Segundo del Código Penal que se refiere a los delitos contra la Fe Pública, y que son exigidos como requisitos en la presente Licitación, lo cual debe sujetarse a una investigación por parte de las autoridades jurisdiccionales correspondientes, a fin de determinar la posible responsabilidad penal.

Si a la entidad licitante se le hace un llamado en cuanto a la aportación por parte de uno de los licitantes de documentación falsificada, la cual podría influir en la adjudicación definitiva de la licitación, en base al Principio de la Buena Fe que debe reinar por parte de los contratantes, la Administración está obligada a tomarlo en cuenta.

Sobre el Principio de Buena Fe del cual debe estar investida la contratación pública, el Doctor Jorge Enrique Romero Pérez, en su destacada obra "La Licitación Pública en Costa Rica", a páginas 215-216, señala:

"Así, se solicita de la Administración y de los oferentes y posibles adjudicatarios, el que actúen de buena fe. Este principio se aplica a toda la vida de este contrato e impregna todos los pasos del procedimiento de selección de contratistas. Por ello, la prueba de la mala fe, en contraposición de la buena fe, por parte de cualquiera de los participantes de esta relación, deviene en sanciones sobre el motivado por este afán lesivo para los intereses de la contraparte.

...

...si la Administración comprueba que uno o varios de los oferentes actúa de mala fe, está facultada para eliminarlo del concurso y formar el historial de este proponente, también, con esta participación insana de su parte.

...

En lo que respecta a la Administración, puede darse el caso de que el administrado pruebe ante la Contraloría, en su respectivo recurso que el ente concursante actuó de mala fe en esa específica adjudicación. De acuerdo a este ejemplo, podrá decirse que, probablemente, el órgano fiscalizador anule esa selección, obligando al licitante a que tome estas vías o bien declare desierto el concurso, y si lo quiere llame, posteriormente a otro, o bien, adjudique el contrato a otro oferente".

Por lo anterior, la Gerencia de la Zona Libre de Colón, no puede omitir las observaciones de oposición oportunamente presentadas y de las cuales se infiere que uno de los proponentes ha actuado de mala fe, lo cual perjudica los intereses de la Administración Pública.

La Tercera interrogante se formula de la siguiente manera:

"Debe el puntaje asignado por la Comisión Técnica Evaluadora por Ley cumplir con un puntaje mínimo, o bien, debe existir algún puntaje mínimo para que la entidad licitante adjudique en forma definitiva?"

A pesar que las disposiciones especiales de Licitación Pública no establecen límites porcentuales mínimos y máximos para que la entidad licitante adjudique de forma definitiva la licitación a un oferente, en base a la preservación de los mejores intereses públicos, se debe tener en cuenta el porcentaje establecido (85%) en los requisitos mínimos

exigidos para la celebración de Concursos, que se encuentra establecido en el ordinal Zero. del artículo 41 del de la Ley 56 de 1995.

Su cuarta interrogante se expresa en los siguientes términos:

"Un proponente que haya presentado en debido curso su recurso de reconsideración con apelación en subsidio, contra una resolución que declara desierta la licitación, y haya desistido del recurso, si por efecto de que otro recurrente se logra modificar la declaratoria de deserción, logrando una adjudicación definitiva, puede ese recurrente que desistió recurrir en la propia vía gubernativa contra la adjudicación definitiva?"

Al dictarse una nueva decisión que adjudica la licitación a uno de los oferentes, se trata de un nuevo acto administrativo, por lo que puede ser objeto de impugnación.

En efecto, el primer acto administrativo contra el cual se recurre, es el que declara desierta la licitación y otro acto distinto es el que adjudica definitivamente la licitación, por lo que son dos actos distintos. La parte que desistió de su recurso en el primer acto administrativo puede recurrir contra el nuevo acto mediante los recursos de la vía gubernativa.

A manera de ejemplo tenemos el Auto de 22 de marzo de 1995, emitido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quien al admitir Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, señaló lo siguiente:

"Si bien los autos que resuelven un recurso de reconsideración no son susceptibles de reconsideración como lo afirma el apelante, en el caso en estudio el resto de los Magistrados observan que la vía gubernativa se agotó cuando se dictó la Resolución No. 53 de 27 de abril de 1994 que resolvió el recurso de reconsideración de la empresa RESERMA S.A. Sin embargo, al dictarse la nueva decisión, contenida en la resolución No. 89, impugnada en la presente demanda, el Ministerio de Salud adjudicó definitivamente la Licitación Pública a la empresa RESERMA S.A., por lo que se trata de un nuevo acto que revocó una resolución administrativa ejecutoriada, contra la cual se había agotado la vía gubernativa, y por tanto puede ser objeto de impugnación".

Por lo anterior, consideramos que el proponente que desistió del Recurso de Reconsideración del acto que declaró desierta la licitación pública, puede recurrir contra la Resolución que adjudica definitivamente la misma, por ser un acto administrativo diferente.

La quinta interrogante fue planteada en los siguientes términos:

"¿Por contratos o licitaciones mayores de un monto de cincuenta mil balboas (C/50,000.00) ¿Puede actuar la Gerente de Zona Libre sin previa autorización?"

Para resolver esta interrogante es necesario analizar las funciones de los principales organismos administrativos que regentan la Zona Libre de Colón.

Así tenemos que la Dirección y Administración de la Zona Libre de Colón está a cargo de una Junta Directiva, del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva y de un Gerente.

El literal f) del artículo 6 de la ley 22 de 1977 que modificó el artículo 20 del Decreto Ley 18 de 1948, dispone lo siguientes:

"ARTICULO 20: El Comité Ejecutivo de la Junta Directiva tendrá las siguientes atribuciones:

a)...

b)...

c)...

d) Autorizar toda operación, negociación o transacción con relación a la Institución o bienes de la misma que implique inversión, erogación y obligación por más de cincuenta mil (C/50,000.00) balboas, o que sea por un plazo mayor de un (1) año o que salga del giro normal y corriente de los negocios; en todo caso deberán seguirse las disposiciones del Código Fiscal".

En tanto, el literal f) y el Parágrafo final del artículo 8 de la Ley ibídem precetúan:

"ARTICULO 8: El Gerente de la Zona Libre de Colón tendrá las siguientes atribuciones:

a)...

f) Autorizar gastos o contratos hasta por la suma de cincuenta mil balboas; conforme a las disposiciones del Código Fiscal;

PARAGRAFO: El Gerente deberá informar al Comité Ejecutivo de todas las operaciones,

negociaciones o transacciones que celebre por sí solo de acuerdo con el acápite (f) de este artículo y previo cumplimiento de las disposiciones del Código Fiscal.

De las disposiciones protranscritas, se infiere diáfamanente que el Gerente de Zona Libre de Colón requiere de la autorización del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva para celebrar cualquiera negociación que implique una inversión, erogación u obligación que exceda de cincuenta mil balboas (B/.50.000.00.).

No obstante lo anterior, es importante destacar que lo establecido en la disposición anterior, no implica que el Gerente de la Zona Libre de Colón necesite autorización para llevar a cabo una licitación, o para declarar la misma desierta (Ver artículo 45, Ley 56 de 1995), pues en donde se necesitará la autorización del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva, será luego que el Gerente haya adjudicado la Licitación y requiera de la Autorización para firmar la contratación con el oferente escogido.

Lo antes expuesto, es el procedimiento que siguen las entidades autónomas y semiautónomas en cuanto a Licitación Pública. A manera de ejemplo, tenemos que a nivel de la Caja de Seguro Social se cumplen las siguientes formalidades:

a). El Director General es quien convoca y adjudica por medio de Resolución, las Licitaciones Públicas sin necesidad de autorización de la Junta Directiva, a pesar que la misma exceda de B/.20,000.00, de conformidad con lo que establece el literal g) del artículo 17 de la Ley Orgánica de esa entidad de seguridad social.

b). Posteriormente, el Director General remite la Resolución de Adjudicación a la Junta Directiva para que la misma autorice el gasto.

Su última interrogante a la letra señala lo siguiente:

"¿Cumple el acto de licitación pública No.04-95 la Zona Libre de Colón, o no con los requisitos para que se dé una adjudicación definitiva?"

Un análisis detallado de la documentación que acompaña su Consulta, nos llevan a la conclusión que los oferentes que participaron en la licitación antes señalada, no cumplieron con las exigencias de la Administración, en cuanto a la experiencia, el personal, el costo por hombre, además de la posible inclusión de documentos públicos falsificados, por lo que en base a la preservación del interés público, lo más factible era declarar desierta la licitación tantas veces señalada.

La Administración de la Zona Libre de Colón, debe llevar a cabo proyectos que redunden en beneficio económico y social para nuestro país, y en especial de la Provincia de Colón. Para garantizar esta labor, es necesario que los proyectos e inversiones que se realizan en esta Zona Franca Internacional, estén revestidos por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, pero sobre todo en la preservación del interés público.

De esta manera dejo expuesto mi criterio en torno al procedimiento que se llevó a cabo en la Licitación Pública No. 04-95 de la Zona Libre de Colón. Reciba por tanto, las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración.

AMdeF/13/cch