

Panamá, 7 de febrero de 1997.

Su Excelencia
Ingeniero
LUIS BLANCO
Ministro de Obras Públicas
E. S. D.

Señor Ministro:

Con la celeridad solicitada doy respuesta a su Nota DM-36, de 26 de enero de 1997, recibida en este Despacho en aquella misma fecha, en la cual, en nuestras atribuciones como Consejeros Jurídicos de los funcionarios administrativos, ahora consulta que formula en los siguientes términos:

"El Ministerio de Obras Públicas llevó a cabo el pasado 29 de abril de 1996, la segunda convocatoria del Acto Público N° 36- 95, para el Financiamiento, Construcción y Mantenimiento de la Carretera Punta Peña - Almirante en la Provincia de Bocas del Toro.

En esta segunda convocatoria sólo presentó propuesta la empresa Constructora Urbana, S.A. la cual fue aceptada y pasó al examen de la Comisión Evaluadora, conforme se indicó en el Pliego de Cargos.

Luego de los análisis y negociaciones pertinentes la Comisión, integrada por funcionarios del Banco Nacional de Panamá y los Ministerios de Hacienda y Tesoro y Planificación y Política Económica, que negoció con los representantes de la empresa proponente su oferta de financiamiento, han rendido el informe pertinente recomendando al Ministerio de Obras Públicas no aceptar el financiamiento ofrecido por el proponente CONSTRUCTORA URBANA, S.A.

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional ha considerado la posibilidad de financiar la ejecución de esta obra, a través del Banco Nacional de Panamá.

Ante tal situación deseamos consultar a su despacho si resulta viable jurídicamente adjudicar y contratar con la empresa Constructora Urbana S.A. la construcción y el mantenimiento de la citada obra con el financiamiento por conducto del Banco Nacional de Panamá" (el subrayado es nuestro).

En este caso, es su opinión que "... sería procedente continuar con el trámite respectivo, y adjudicar solo la construcción y mantenimiento a la empresa Constructora Urbana S.A. y formalizar el respectivo contrato, toda vez que conforme se indica el numeral 75 de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos el Ministerio de Obras Públicas se reservaba el derecho de aceptar o no el financiamiento".

Vale señalar que la Ley 55 de 27 de diciembre 1995, "Por la cual se regula la contratación pública y se dictan otras disposiciones", establece en su artículo 5, numeral 2, que es competencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro, en sus funciones de entidad normativa y fiscalizadora del sistema de contratación pública, absolver las consultas sobre cualquier aspecto de procedimientos de selección de contratistas o de una contratación pública que se esté desarrollando.

No obstante a fin de brindar a usted alguna orientación sobre el tema y con el deseo de colaborar en cualquier gestión que redunde en una mejor y más eficiente Administración Pública en la que se respetan los principios esenciales del Estado de Derecho nos permitimos haciendo uso de las facultades de los que estamos constitucionalmente investidos, dar respuesta a sus interesantes interrogantes. Veamos:

Emilio Fernández Vázquez en su Diccionario de Derecho Público, define la licitación como el procedimiento administrativo preliminar a una contratación, mediante el cual la Administración, basada en un criterio previamente establecido, selecciona entre varias propuestas, referentes a compras, obras y servicios, la que sea mejor al interés público, al interés de la colectividad, con el fin de estipular a continuación un contrato con la propuesta que resulta más ventajosa.

El objeto, el procedimiento y la relación jurídica emergente de la selección de contratista (la licitación) están contenidos en un conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican el suministro de bienes, la construcción de obra pública 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 (artículo 3, numeral 17 de la Ley 55 de 1995).

El maestro tratadista José Roberto Dromi dice, que la función del pliego antes de nacer el contrato es el de indicar las condiciones que deben reunir las

proposiciones de los interesados, las características de la prestación solicitada u objeto cuya contratación se demanda y el trámite procesal a realizar. Por la trascendencia jurídica del pliego, sigue diciendo, como elemento imprescindible en los regímenes licitatorios de selección de contratistas en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina, con todo acierto, lo ha denominado "la ley del contrato", por cuanto establece cláusulas que son la principal fuente de derechos y obligaciones de las partes y a la cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato. (DROMI, José Roberto, La licitación pública, 4ª reimpresión, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 195 y 196).

Nuestra moderna Ley de Contratación Pública recoge estos principios en los artículos 3, numeral 17 segundo párrafo, y 50, en tanto señalan "... El pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre los 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"; "Todo proponente, en un acto de licitación pública, concurso o solicitud de precios, se obliga a aceptar el pliego de cargos sin objeciones ni restricciones".

La Comisión Evaluadora en base al Pliego de Cargos, Volumen I, Capítulo I, Condiciones Generales, Punto 16, Evaluación de las Propuestas, subpunto 16.1, modificado por Addenda N°4, decide recomendar se acoja la propuesta presentada por Constructora Urbana - Almirante por considerar que los costos unitarios de los diferentes renglones están contenidos en un rango aceptable y la oferta técnicamente balanceada" y con respecto a la propuesta financiera, se llame a la empresa a negociar. Preceptúan el punto 16.1, párrafo cuarto, de las Condiciones Generales del Pliego de Cargos y el párrafo tercero del artículo 46 de la Ley 56 de 1995, sobre Contratación Pública, lo siguiente:

*16.1

De presentarse un sólo proponente, la Comisión Evaluadora podrá evaluar la propuesta presentada o negociar la misma y recomendar al Ministro respectivo y al Director Nacional del Proyecto la adjudicación definitiva o la declaratoria de desierto"

*Artículo 46. Declaración de deserción.

Mediante resolución motivada, la entidad contratante podrá declarar desierto el acto de selección de contratista:

No obstante, si sólo se presentare en la segunda convocatoria una sola propuesta, la entidad podrá, en lugar de declararla desierta, negociar directamente el contrato únicamente con ese proponente, a un precio que en ningún caso será superior al propuesto.

Como en efecto usted me lo señala, el Pliego de Cargos, Volumen I, Capítulo III, Condiciones Especiales, numeral 23, Financiamiento, modificado por la Addenda N°1, claramente autoriza al Ministerio de Obras Públicas a reservarse el derecho de aceptar o no el financiamiento ofrecido por el proponente. En base a esta norma y tomando en consideración la obligación de la entidad estatal contratante de obtener el mayor beneficio para el Estado y para los intereses públicos, la Comisión Negociadora recomienda al M.O.P. no aceptar el financiamiento ofrecido por C.U.S.A., debido principalmente "a la condición de que los pagarés fueran utilizados para el pago de cualquier tipo de impuesto, además de la tasa de interés y del plazo estipulado".

Por estipulación del artículo 56 de la tantas veces citada Ley 56 de 1995, la entidad licitante en todos los casos de selección de contratistas y de contratación pública, se reserva el derecho de aceptar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses. En nuestro concepto que así como es Estado posee la facultad para rechazar la totalidad de una oferta, puede el mismo rechazarla o aceptarla parcialmente, pues es principio general de derecho en relación con la capacidad de las personas que si que puede lo más, también puede lo menos.

En conclusión, es nuestra opinión que en el presente proceso de licitación es factible jurídicamente adjudicar parcialmente y contratar con la empresa Constructora Urbana S.A., solamente la construcción y mantenimiento de la Carretera Punta Peña - Almirante en la Provincia de Bocas del Toro, pudiéndose obtener el financiamiento por fuente distinta de la originalmente prevista, pues así se infiere de los principios generales de derecho, de los principios de contratación pública, la ley y el pliego de cargos, y de acuerdo al más alto interés público, en este caso con el Banco Nacional, cumpliendo, en sí con los procedimientos que indica la Ley.

Con la pretensión de haber colaborado con su Despacho y con muestras de nuestro aprecio y respeto, quedo de usted,

Atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLET
Procuradora de la Administración

AMdeF/17/hf.