



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS
RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 235-2019

RECURRENTE: WHITE STORAGE, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N°1000619910 de 23 de octubre de 2019, dictada por el Hospital Doctor Rafael Hernández de la Caja de Seguro Social, dentro del acto de selección de contratista N°2019-1-10-0-04-LP-348146.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN No.018-2020-Pleno/TACP de 23 de enero de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley N°22 de 27 de junio del 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley 61 de 2017, que regula las Contrataciones Públicas en Panamá, en su artículo 136, crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

Así las cosas, el Decreto Ejecutivo N°40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 207 y siguientes, establece los requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación, con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL.

El día 9 de septiembre de 2019 a las 3:06 p.m. la CAJA DE SEGURO SOCIAL (Hospital Doctor Rafael Hernández), publicó en el portal electrónico de Contrataciones Públicas denominado "*Panamacompra*", el Aviso de Convocatoria y el Pliego de Cargos para el procedimiento de selección de contratista N°2019-1-10-0-04-lp-348146, consistente en Remodelación del Auditorio del Hospital Doctor Rafael Hernández L.; con precio de referencia de B/94,759.08.

La entidad, mediante Resolución N°100019910 de 23 de octubre de 2019, dejó constancia que de las propuestas recibidas se presentó un empate entre SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A. y CORPORACIÓN CATARINO, S.A., procediéndose al desempate, quedando como adjudicataria la empresa SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A. por un

27



monto de B/90,021.13. Dicha decisión fue objeto de recurso de impugnación por parte del licenciado EDGAR IGLESIAS actuando en representación de la empresa WHITE STORAGE, S.A. (fs.08-22)

Consultable a folios 90-102, reposa el informe de conducta presentado por la entidad, de manera extemporánea.

II. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Refiere el licenciado EDGAR IGLESIAS que todas las actuaciones, tanto de los miembros de la comisión verificadora, como de la entidad contratante, son contrarios a los procedimientos y reglas de desempate. Indica que el día 15 de octubre de 2019 se emitió acta de desempate en la que resultó favorecida la sociedad SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A.; sin embargo, posterior a la publicación del acta de desempate, el 15 de octubre de 2019, la CAJA DE SEGURO SOCIAL publicó el 15 de octubre de 2019, informe de verificación que posee dos fechas, 2 de octubre de 2019 y 14 de octubre de 2019, en el que los miembros de la comisión verificadora advierten el empate entre ambas empresas.

Añade que estas dos fechas son anteriores a la fecha de celebración del acta de desempate, lo cual es contrario al artículo 44 del Decreto Ejecutivo N°40 de 10 de abril de 2018.

En otro orden, el impugnante refiere que al confrontar la operación aritmética y el porcentaje de riesgo establecido en el pliego de cargos de 5%, se puede dirimir que ambos proponentes que se encuentran empatados, presentaron propuestas riesgosas, toda vez que, el 5% representa el margen límite de riesgo, es decir que los proponentes CORPORACIÓN CATARINO, S.A. y SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A. deben ofertar un centavo más para que su propuesta no fuera determinada riesgosa; por lo que, mal puede la entidad adjudicarle a una de ellas.

Aunado a lo expuesto, el licenciado EDGAR IGLESIAS considera que nos encontramos ante una evidente colusión entre las sociedades CORPORACIÓN CATARINO, S.A. y SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A. quienes de común acuerdo intentaron limitar la competencia dentro del procedimiento de selección de contratista, a través de la presentación de dos empresas con el supuesto precio más bajo.

Expresa que tanto la entidad contratante, como los miembros de la comisión verificadora, debieron descalificar a ambos proponentes, por ser sociedades vinculadas a un mismo grupo económico, recordando que ha quedado acreditado, a través de los miembros de las Juntas Directivas y Dignatarios y la evidencia que consta dentro de los avisos de operaciones de ambas sociedades.

9



III. ALEGATOS DE TERCEROS

Transcurrido el término para la presentación de alegatos, se desprende del expediente que reposa en el Tribunal, la presentación de memorial visible de folios 62-72, en el que el licenciado OMAR DIEPPA PÉREZ, actuando en representación de la sociedad SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERAS, S.A. negó las apreciaciones realizadas por el impugnante.

Entre otras cosas, señaló que la entidad contratante llevó a cabo el procedimiento de acuerdo a los parámetros legales establecidos y que el desempate y la adjudicación a su representada SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A., se ajustó a derecho.

Con respecto al margen de riesgo u onerosidad refirió que también se debe tomar en cuenta, además de lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto Ejecutivo N°40 de 2018, lo que establece el artículo 73 ibídem, en el sentido que ambos otorgan a la entidad contratante la facultad de considerar (valorar, estudiar y analizar) que el monto propuesto en relación con el porcentaje de riesgo u onerosidad, es conveniente para los intereses del Estado y el interés público. Y que en esta ocasión la entidad no estimó que el porcentaje de riesgo ponía en peligro el cumplimiento del objeto del contrato.

También se refirió a que, contrario a lo indicado por el recurrente, la empresa que representa no está dentro de los parámetros del artículo 2 numeral 48 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 referente a sociedades vinculadas entre sí o pertenecientes a un mismo grupo económico.

IV. ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL

Analizadas las constancias procesales que obran en el dossier que nos ocupa, en conjunto con los argumentos del impugnante, se desprende que nos encontramos ante un acto de selección de contratista por *licitación pública* definido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, en su artículo 2 numeral 34 como: *Procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a B/50,000.00.*

En primer lugar, procedemos a verificar lo referente al margen de riesgosisdad establecido por la entidad, partiendo del hecho que las dos propuestas que ofertaron el menor precio propusieron la misma suma de B/90,021.13. Al respecto debemos señalar que el pliego de cargos establece como porcentaje de riesgosisdad el 5%, lo

21



cual calculado sobre el precio de referencia de B/94,759.08, nos ofrece un total de B/4737.95; teniéndose como monto límite la suma de B/90,021.13. Es nuestro criterio que el presente resultado constituye el monto límite para las empresas interesadas en ofertar y que para que se trate de una propuesta riesgosa, la suma debe ser inferior a B/90,021.13. Con esto, aclaramos que las propuestas presentadas por SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONTRUCCIONES DIVERSAS, S.A. y CORPORACIÓN CATARINO, S.A., no son propuestas riesgosas.

Debemos aclarar, con respecto a lo sustentado en el escrito de alegatos por el licenciado OMAR DIEPPA, que no concordamos con la interpretación que plantea en el sentido que, según él, resulta aplicable el artículo 43 del Decreto Ejecutivo N°40 de 2018. Por el contrario, consideramos que en este caso dicha norma no encuentra asidero, tomando en cuenta que, la entidad, sí estableció margen de riesgo, y no queda a su potestad considerar de manera subjetiva si el monto es o no conveniente a los intereses del Estado. El efecto inmediato de establecer el porcentaje de riesgosity u onerosidad en el pliego de cargos, es que las propuestas deben ajustarse a estar dentro de la cifra que se señala, sin que la entidad deba entrar en mayores consideraciones. La conveniencia o no de los montos ofertados se someten a juicios de valor en aquellos casos en los que no se haya señalado un margen de riesgo u onerosidad y la entidad deba determinar si lo que los proponentes están ofertando es o no conveniente para los intereses del Estado y el interés público.

Ahora bien, como quiera que hemos considerado que los montos ofertados por las empresas SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONTRUCCIONES DIVERSAS, S.A. y CORPORACIÓN CATARINO, S.A, no las colocan como propuestas riesgosas, procedemos a verificar los documentos que conforman su oferta, encontrando en el caso de la primera, que se presenta como única empresa a cargo de la responsabilidad de la contratación; que a folio 261 presenta certificación de la Caja de Seguro Social, en la que se indica que no se encuentra obligada a inscribirse como empleador y que para justificar la realización de los trabajos confeccionó contrato de prestación de servicios al ingeniero JOUDY JOSEPH BATISTA, describiendo sus facultades de la siguiente manera:

PRIMERA. Objeto. EL INGENIERO, de manera independiente , sin subordinación o dependencia , utilizando sus propios medios , elementos de trabajo , personal a su cargo , prestara los SERVICIOS PROFESIONALES EN INGENIERIA CIVIL, GERENCIA DE PROYECTO Y RESIDENCIA DE OBRA para la ejecución del pliego No2019-1-10-0-04-LP-348146 REMODELACION DEL AUDITORIODEL HOSPITAL DR RAFAEL HERNANDEZ L.

Como se observa, SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONTRUCCIONES DIVERSAS, S.A., para poder cumplir con las exigencias del pliego de cargos, subcontrató con el Ingeniero JOUDY JOSEPH BATISTA, para que este, con su personal y sus herramientas de trabajo, de forma independiente, realizara, no una



parte de la obra, sino la totalidad de la misma. La cual, a nuestro parecer, no es la vía apropiada para participar como proponente en un acto de selección de contratista, puesto que, el Estado no tiene en fase de selección, cómo verificar que este subcontratista cumple con los requisitos mínimos obligatorios que se le exigen a cualquier interesado en contratar con el Estado, ya que no es quien aparece como ofertante en el acto público. A pesar de que la figura del subcontrato de obras está contemplada en el artículo 103 de la Ley 22 de 2006, esta debe considerarse viable para la fase contractual, cuando ya se ha elegido al contratista que cumplió con las exigencias del pliego de cargos, el cual se encargará de ejecutar la obra.

Artículo 103. Subcontrato de obras. Salvo que el contrato disponga lo contrario, o que de su naturaleza y condiciones se deduzca que la obra ha de ser ejecutada directamente por **el adjudicatario, este podrá concertar con terceros la realización de determinada fase de la obra.**

Nótese que la redacción del artículo citado hace referencia a que **el adjudicatario podrá concertar con terceros la realización de determinada fase de la obra**; es decir, no se está ya en etapa de selección de contratista, sino en etapa contractual, puesto que existe una empresa o proponente que ha sido beneficiado con la adjudicación del acto público y este, para poder cumplir con su obligación de ejecutar la obra, debe servirse de la participación de terceros. Llamando la atención que el tercero no irá a realizar la totalidad de la obra de manera independiente y sin subordinación, puesto que la norma indica que su participación es para *una fase de esta*.

Contratar con el Estado conlleva para el contratista una serie de obligaciones y la adquisición de una serie de derechos, los cuales solo pueden ser exigidos si se tiene plenamente identificada la figura de quien ha resultado beneficiado con la adjudicación de un acto de selección de contratista. Cuando una sola empresa no pueda participar porque por sí sola no reúne todos los requerimientos del pliego de cargos, la Ley de contrataciones públicas ofrece una salida, a través de la figura del consorcio o asociación accidental, la cual el artículo 5 lex cit explica de la siguiente forma:

“Artículo 5. Consorcio o asociación accidental.
Dos o más personas pueden presentar una misma propuesta en forma conjunta, para la adjudicación, la celebración y la ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. Por tanto, las actuaciones, los hechos y las

9



omisiones que se presenten en el desarrollo de la propuesta y del contrato afectarán a todos los miembros del consorcio o asociación accidental...”

Tal cual podemos deducir, en este caso, la exigibilidad de cumplimiento y responsabilidad es para las dos o más empresas o personas que se unan y participen en consorcio del acto de selección de contratista y posteriormente del contrato, si resultan favorecidas. Con esto el Estado se asegura que todo aquel que ejecutará un trabajo, prestará un servicio u ofrecerá un producto, cumpla con los requisitos mínimos operativos, se encuentre con su documentación en orden y esté debidamente habilitado para comprometerse. Vemos pues que hay exigencias durante la fase de selección y luego en fase contractual.

Lo propio ocurrió con la oferta de CORPORACIÓN CATARINO, S.A., la cual a folio 387 presentó certificación de la Caja de Seguro Social que indica que no se encuentra obligada a inscribirse como empleador y luego a folios 485-486 aportó un *contrato por servicios profesionales con la misma redacción del que fuese presentado por la empresa SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONTRUCCIONES DIVERSAS, S.A.*, esta vez con el arquitecto CARLOS GUERRERO GARNICA, cuyas funciones serían las siguientes:

PRIMERA. Objeto. EL ARQUITECTO , de manera independiente , sin subordinación o dependencia , utilizando sus propios medios , elementos de trabajo , personal a su cargo , prestara los SERVICIOS PROFESIONALES EN ARQUITECTURA, GERENCIA DE PROYECTO Y RESIDENCIA DE OBRA para la ejecución del pliego No2019-1-10-0-04-LP-348146 REMODELACION DEL AUDITORIUM DEL HOSPITAL DR RAFAEL HERNANDEZ L.

Al presentar un contrato por servicios profesionales para habilitar a quien realmente será el responsable de la obra, tanto profesional como materialmente hablando, la entidad pierde la oportunidad de verificar la legalidad y confiabilidad de los participantes en el acto de selección de contratista, puesto que solo se tiene certeza de la documentación aportada por la empresa CORPORACIÓN CATARINO, S.A. De esta manera, no puede exigirse al arquitecto CARLOS GUERRERO o al ingeniero JOUDY JOSEPH requisitos tales como paz y salvo de la Dirección General de Ingresos o de la Caja de Seguro Social, declaración jurada sobre medidas de retorsión o incapacidad legal para contratar, certificaciones de la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura y los documentos que acrediten la subordinación económica del personal que va a participar en la obra, así como el resto de requisitos obligatorios. Aun cuando ellos sean los profesionales que las empresas ofertantes registraron como responsables; está muy claro que son ellos con un personal independiente y con recursos e insumos propios quienes ejecutarán el objeto contractual.

37



Luego que se descartan las propuestas que ofertaron el menor precio, pasamos a verificar la documentación aportada por la empresa WHITE STORAGE, S.A. la cual a primera revisión se desprende que no se acreditó que los profesionales responsables de las obras, es decir, MARCOS PEÑARANDA y RICARDO GARIBALDI, se encuentren a su servicio en forma regular, para lo cual debían probar su dependencia jurídica y subordinación jurídica o como socio, en consorcio, o mediante asociación accidental, a través del respectivo contrato. (Resolución N°JTIA-609 de 29 de octubre de 2003)

Por otro lado, en lo que respecta al requisito de experiencia de la empresa, se aportaron dos documentos, uno firmado por la representante legal de WHITE STORAGE, S.A., que más bien indica desde cuándo operan y en términos generales ella misma afirma que tienen 20 años de experiencia. Y, por otro lado, se tiene una nota remitida por un cliente, que indica que el servicio fue brindado en el año 2017, tal como se desprende a continuación:



11 de julio de 2019

Señores
CAJA DE SEGURO SOCIAL
E. S. D

Respetados señores

Por este medio dejamos constancia que la empresa WHITE STORAGE, S.A./ WS Supplies, inscrita a ficha: 689115, documento: 1714830 de la Sección Mercantil del Registro Público de Panamá, con domicilio en Urbanización el Bella Vista, avenida Samuel Lewis Navarro, Edificio P.H. Comosa, Entrepiso Oficina 5, Corregimiento de Bella Vista, Provincia de Panamá, ejecuto en el año 2017, el proyecto denominado: Remodelación y adecuación de Auditorio e instalación de 265 butacas, destinado a proyecto que ejecutaba la empresa ese mismo año.

Nuestro contrato fue por un valor de: CIENTO VEINTE MIL BALBOAS CON 00/100 (B/ 120.000.00), el cual fue recibido a satisfacción.

Agradecemos y quedamos a sus órdenes para cualquier consulta.


Jonathan Romero M.
Representante Legal
Teléfono: 337-1950
Correo: jonathan@consorciojrm.com

De la lectura de la referida nota, en conjunto con la certificación que hace la propia empresa, consideramos que la experiencia de la misma se acredita con la nota suscrita por JMR CONSTRUCTURA, no obstante, solo da fe de trabajos realizados en el año 2017 y el pliego de cargos solicita que sean 3 años de experiencia profesional continua ejecutando trabajos similares. Por lo que, a nuestro parecer, no se satisface el requisito exigido en el pliego de cargos en cuanto a la experiencia.

41



Lo anterior, nos lleva a considerar que ninguna de las tres empresas participantes cumple con los requisitos exigidos en el pliego de cargos, por cuanto corresponde declarar desierto el acto de selección de contratista N°2019-1-10-0-04-LP-348146, todo lo anterior, según lo dispone el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018, en concordancia con el artículo 66 numeral 2 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, cuyo tenor es el siguiente, respectivamente:

Artículo 213. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar, revocar o anular lo actuado por la entidad contratante.

Artículo 66. Acto desierto. La entidad licitante, mediante resolución motivada, declarará desierto el acto de selección de contratista por las siguientes causas:

1. ...
2. Cuando ninguna de las propuestas cumple con los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.

En lo referente al destino del afianzamiento de la actividad recursiva, mediante su representatividad dentro del expediente administrativo, al no evidenciarse temeridad ni dilación alguna de la parte actora, se ordena su devolución, a través del procedimiento por secretaría de este Tribunal.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes el acto de selección de contratista N°2019-1-10-0-04-LP-348146 por medio del cual se le adjudicó a la empresa SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A. por un monto de B/90,021.13

SEGUNDO: DECLARAR DESIERTO el acto de selección de contratista N°2019-1-10-0-04-LP-348146, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, no obstante, ello no impide que, de requerirlo, la entidad pueda abrir nuevo acto público.

TERCERO: ORDENAR la devolución al impugnante de la Fianza del Recurso de Impugnación N°04-19-49990-0 de ÓPTIMA Compañía de Seguros, por un monto de B/13,503.17 emitida a orden de Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y beneficiarios CAJA DE SEGURO SOCIAL / Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a folio 032 del expediente.

27

CUARTO: DEVOLVER el expediente Administrativo del acto público N°2019-1-10-0-04-LP-348146, a la CAJA DE SEGURO SOCIAL (Hospital Doctor Rafael Hernández) contentivo de un (1) tomo integrado por (625) fojas útiles.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del Sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su presentación en el portal. (Art.145 de la Ley N°22 de 2006 ordenada por la Ley N°61 de 2017).

SEXTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

SÉPTIMO: ORDENA cumplir con lo dispuesto en la presente resolución, en un plazo no mayor de 15 días hábiles contados a partir de su notificación; según lo dispuesto en el artículo 153 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, referente al cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

OCTAVO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°235-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 2 numeral 13, 66, 136, 145, 146, 148 y 153 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 reordenada por la Ley 61 de 2017. Artículo 66 y 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018 por medio del cual se reglamenta la Ley de Contrataciones Públicas. Ley 38 de 31 de julio de 2000 sobre Procedimiento Administrativo General en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

ALEYDA CANTILLO
Secretaria General, encargada

