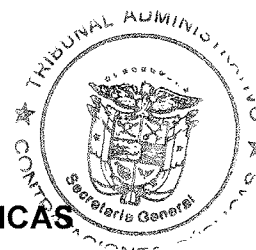




REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE N°: 075-2019

RECURRENTE: DISTRIBUIDORA MINI MARKET, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resuelto N°2177 de 13 de mayo de 2019, por el cual el MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MEDUCA), adjudicó el acto de selección de contratista por Licitación Pública No.2018-0-07-0-02-LP-035507.

MAGISTRADO PONENTE: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°129-2019-Pleno/TACP de 30 de julio de 2019 (Decisión).

CONSIDERANDO:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, en su artículo 136 crea al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia del recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidas por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

I. ANTECEDENTES.

El 20 de diciembre de 2018, el MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MEDUCA) convocó el acto de selección de contratista por Licitación Pública No.2018-0-07-0-02-LP-035507, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para el "SUMINISTRO DE VÍVERES PARA PREP. DE ALMUERZOS/ PROY. JORNADA EXT. ESC./REG. EDUC. COCLÉ/INST. CARMEN CONTE L., ESC. VÍCTOR RAMOS V., ESC. CHURUQUITA GRANDE Y ESC.LA VIRGILIA GONZÁLEZ DE P., AÑO 2019" (*sic*), con precio de referencia de DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN BALBOAS CON 56/100 (B/.238,741.56).

En la celebración del acto público, el 8 de febrero de 2019, participaron los proponentes a continuación detallados:

Nombre de Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
CONSORCIO EI MEDUCA	13-02-2019 04:23 p.m.	B/.222,029.61
DISTRIBUIDORA Mini Market, S.A.	13-02-2019 04:23 p.m.	B/.222,837.12

El 11 de marzo de 2019, la entidad publicó en *PanamaCompra*, el Informe de la Comisión Verificadora de 8 de marzo de 2019. Posteriormente, en atención a la Resolución No.DF-259-2019 de 1 de abril de 2019, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), el 8 de mayo de 2019 el MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MEDUCA) publicó el Informe de 7 de mayo de 2019, elaborado por los

21



nuevos integrantes de la Comisión Verificadora.

Por último, el 16 de mayo de 2019, la entidad publicó el Resuelto No.2177 de 13 de mayo de 2019, por el que adjudicó el acto público en estudio, pronunciamiento que el 23 de mayo de 2019, fue objeto de recurso de impugnación ante este Tribunal, por el licenciado Enrique Alberto Flórez Armstrong, en calidad de apoderado especial de la empresa DISTRIBUIDORA MINI MARKET, S.A.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Prevía verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación, este Tribunal en Sala Unitaria procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo a través de la Resolución No.058-2019/TACP de 24 de mayo de 2019 (Admisión).

III. PRETENSIONES DEL RECURRENTE.

A través del escrito visible a fojas 016 a 023 del expediente jurídico, la parte actora expuso su disconformidad con la adjudicación del acto público al CONSORCIO EL MEDUCA, argumentando que dicha propuesta incumple con varios requisitos del pliego de cargos, entre ellos: la fianza de propuesta, constancia de contar con vehículos refrigerados y carta de referencia por servicios prestados.

Por último, la recurrente manifestó que dadas las inconsistencias en la experiencia de cinco (5) años de EURO FOODSERVICE, S.A. (miembro del consorcio), en contraste con sus respectivos certificado de registro público, aviso de operación, permiso sanitario y paz y salvo de la Caja de Seguro Social, la Comisión Verificadora debió mínimamente solicitar las aclaraciones correspondientes, a fin de disipar las dudas existentes en el cumplimiento del consorcio adjudicatario.

En consecuencia, la actora solicitó a este Tribunal revocar el acto administrativo impugnado y revisar nuevamente las propuestas participantes dentro del acto público No.2018-0-07-0-02-LP-035507.

IV. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA ENTIDAD.

El MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MEDUCA) mediante Nota DNAL/104.1/1990/09 de 28 de mayo de 2019, (visible a foja 063 del expediente jurídico), suscrita por la Directora Nacional de Asesoría Legal, remitió el expediente administrativo original y el informe de conducta suscrito por el Ministro de Educación.

En dicho informe (visible de foja 064 a 066 del expediente jurídico) la entidad hizo un recuento de las actuaciones surtidas, desde la convocatoria de la Licitación Pública hasta la publicación del acto administrativo impugnado en *PanamaCompra*.

V. ALEGACIONES DE TERCERO.

Dentro del término de ley establecido para ello, el licenciado Jaime Franco Pérez, en calidad de apoderado especial del CONSORCIO EL MEDUCA, adjudicatario del acto público en análisis, presentó escrito de alegaciones de tercero, incorporado al expediente jurídico de foja 074 a 081, en el cual se opuso a los argumentos esgrimidos por la parte actora.



VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Iniciamos nuestro estudio señalando que el procedimiento de selección de contratista adjudicado es una Licitación Pública, consagrada en el artículo 53 de la Ley de Contratación Pública, “*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*”, utilizado cuando el monto de la contratación supere los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).

Concordantemente, en los criterios de selección del acto público No.2018-0-07-0-02-LP-035507, se estableció que se adjudicaría al proponente que ofertara el precio más bajo y a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Como quedó expuesto, la disconformidad de la recurrente se concreta en la evaluación realizada por los miembros de la Comisión Verificadora, en la que señalaron que la propuesta de menor precio, presentada por el CONSORCIO El MEDUCA, cumple lo requerido por la entidad, por ende la actora se opuso a la adjudicación del acto público a dicho proponente.

En atención a los postulados del *Principio de Transparencia*, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, tiene la obligación de motivar en forma detallada y precisa los actos administrativos que expide, con ocasión de la actividad recursiva que se desarrolla en sus estrados.

El artículo 109 de la Constitución Política de la República de Panamá, establece que es función esencial del Estado velar por la salud de la población y que el individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

La Ley 66 de 10 de noviembre de 1947, que aprobó el Código Sanitario, establece que el comercio de sustancias alimenticias, en cualquiera de sus fases, queda sujeto a control sanitario y en cuanto a la fabricación, no se podrán elaborar ni comercializar alimentos que no hayan sido analizados y registrados en la Dirección General de Salud Pública.

El Decreto Ejecutivo 437 de 28 de diciembre de 2018, señala que todo alimento y/o bebida que se procese, se envase, embotelle o empaque y/o que haya sufrido cualquier transformación en la República de Panamá, que se comercialice con nombre determinado y/o marca de fábrica, deberá registrarse en el Departamento de Protección de Alimentos de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud. Nótese que en dicho decreto se define *alimento procesado* como aquel que ha sido sometido a un proceso tecnológico adecuado, para su conservación y consumo ulterior, en consonancia con la definición que, sobre procesar, nos brinda la Real Academia Española de la Lengua: someter a un proceso de transformación física, química o biológica.

Por su parte, a través del Decreto Ley 11 de 22 de febrero de 2006 se creó la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (AUPSA), teniendo dentro de sus objetivos asegurar una base científica y técnica para la protección de la salud humana y del patrimonio agropecuario en materia de alimentos importados, así también el artículo 54 establece que todo alimento importado que se expendan envasado, embotellado o empacado en alguna forma con nombre determinado y marca de fábrica, deberá



registrarse ante la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (AUPSA) previamente a su importación.

Dicho lo anterior, en ambas propuestas presentadas observamos que fueron ofertados alimentos importados de determinadas marcas de fábrica, así como víveres declarados como elaborados en Panamá de determinadas marcas de fábrica.

Así las cosas, en el análisis integral del procedimiento de selección de contratista, cuyo objeto contractual es el suministro de víveres y alimentos que serán utilizados en la preparación de almuerzos para estudiantes de determinadas escuelas de la provincia de Coclé, nos percatamos que la entidad no solicitó a los proponentes aportar los respectivos registros sanitarios del Departamento de Protección de Alimentos del Ministerio de Salud (MINSA) o certificados de registro de alimentos de la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (AUPSA), según los alimentos ofertados sean nacionales o importados.

Lo expuesto nos lleva a concluir que, el procedimiento que nos ocupa adolece de elementos que permitan garantizar y asegurar una selección de contratista que cumpla, además de las condiciones del pliego de cargos, con las normas complementarias relacionadas con un tema de trascendental importancia como es la salud, dado que la entidad obvió requerir los registros sanitarios del MINSA o certificados de registro de AUPSA, en contravención del artículo 4 del Texto único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, en el que señala que en la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de dicha ley, leyes complementarias, a normas reglamentarias, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos.

El consumo de alimentos desempeña funciones fundamentales en el desarrollo humano, tales como la nutrición y prevención de enfermedades, sin embargo, no podemos soslayar que, aunque raras, existen enfermedades transmitidas por los alimentos y el efecto adverso sobre la salud humana puede ser significativo, es por ello que la República de Panamá, posee un conjunto normativo en aras de velar por el estricto cumplimiento de las medidas sanitarias adecuadas, que permiten producir, identificar claramente y comercializar alimentos en todo el territorio del país, cumpliendo además con las normas y acuerdos internacionales en materia de salud y alimentos.

Ahora bien, atendiendo el *Principio de eficacia* contenido en la Ley de Contrataciones Públicas, los servidores públicos deben observar las normas aplicables a los procedimientos de selección de contratista sin añadir requisitos y eliminando las formalidades no exigidas por la ley, salvo cuando en forma expresa lo exija el pliego de cargos o leyes especiales, como es el caso que nos ocupa.

Como quiera que el objeto contractual incluye el suministro, transporte, entrega y descarga de los víveres, en el pliego de cargos se solicitó a los proponentes aportar el permiso sanitario de operación, conforme al Decreto Ejecutivo 40 de 26 de enero de 2010, modificado por el Decreto Ejecutivo 856 de 4 de agosto de 2015, que establece como actividades de alto riesgo público por sus implicaciones a la salud, el acopio y distribución de huevos, productos cárnicos, lácteos, pesqueros y/o acuicultura, comestibles farináceos, frutas, hortalizas, legumbres, vegetales y/o granos, entre otros.

Lo anterior no es óbice para que los productos alimenticios nacionales o importados de determinadas marcas comerciales, que pretendan ser distribuidos en escuelas de la



provincia de Coclé para la preparación de almuerzos para los estudiantes del proyecto de jornada extendida, cuenten con registros sanitarios del Departamento de Protección de Alimentos del Ministerio de Salud (MINSA) o certificados de registro de alimentos de la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (AUPSA).

El análisis del procedimiento de selección de contratista por Licitación Pública No.2018-0-07-0-02-LP-035507, realizado por este Tribunal, evidenció que posee vicios que no permiten restablecer el curso normal del proceso. Por ello, sobre la base de las consideraciones expuestas, lo pertinente en el presente caso es anular lo actuado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MEDUCA), de conformidad con el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, según el cual 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.

Respecto a la fianza de Recurso de Impugnación, este Tribunal considera que la empresa recurrente no actuó de manera temeraria ni con el propósito de dilatar u ocasionar premeditadamente un daño al Estado o a un tercero, por lo que se procederá con su devolución.

El Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en atención a todo lo anteriormente expuesto, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista por Contratación Pública N°2018-0-07-0-02-LP-035507, celebrado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MEDUCA), para el *"SUMINISTRO DE VÍVERES PARA PREP. DE ALMUERZOS/ PROY. JORNADA EXT. ESC./REG. EDUC. COCLÉ/INST. CARMEN CONTE L., ESC. VÍCTOR RAMOS V., ESC. CHURUQUITA GRANDE Y ESC.LA VIRGILIA GONZÁLEZ DE P., AÑO 2019"* (sic), con precio de referencia de DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN BALBOAS CON 56/100 (B/.238,741.56).

SEGUNDO: ORDENAR la devolución a la empresa recurrente, de la Fianza de Impugnación No.89B73331, expedida por ASSA Compañía de Seguros, el 21 de mayo de 2019, por el límite máximo de responsabilidad de VEINTIDÓS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES BALBOAS CON 71/100 (B/.22,283.71), según la Diligencia de Consignación No.059-2019 de 23 de mayo de 2019, que reposa a foja 040 del expediente jurídico.

TERCERO: DEVOLVER al MINISTERIO DE EDUCACIÓN (MEDUCA), el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de selección de contratista, según informe secretarial visible a foja 098 del expediente jurídico.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

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

7

SEXTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 075-2019, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 4, 20, 21, 24, 53, 116, 136, 145, 146, 148, 152, 155 y 157 del Texto Único Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 85, 193, 207, 213, 215, 222 y 223 del Decreto Ejecutivo 40 del 10 de abril de 2018; artículo 109 de la Constitución Política de la República de Panamá; Ley 66 de 10 de noviembre de 1947; Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable; Decreto Ley 11 de 22 de febrero de 2006; Decreto Ejecutivo 40 de 26 de enero de 2010 y Decreto Ejecutivo 437 de 28 de diciembre de 2018.

Notifíquese y Cúmplase,

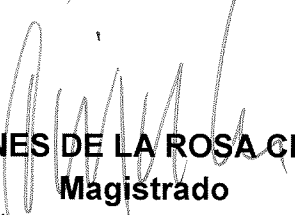

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Magistrado

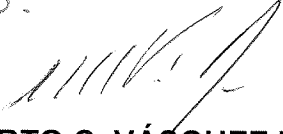

JOSÉ ARANDA RÍOS

Magistrado

CÓD. SALVAMENTO.


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

Magistrado

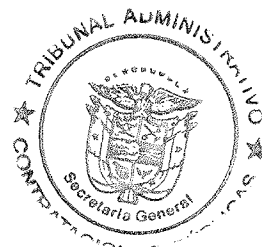

ALBERTO C. VÁSQUEZ R.

Secretario General





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO: MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA DISTRIBUIDORA MINI MARKET, S.A., EN CONTRA DEL RESUELTO No. 2177 DE 13 DE MAYO DE 2019, EMITIDA POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN EXP. 075-2019, RESOLUCION No. 129-2019-Pleno/TACP de 30 de julio de 2019 (Decisión)

Respetuosamente, a través del presente voto sustento las razones de mi disenso en relación con la Resolución emitida por la mayoría de este Tribunal.

En primer lugar, no comparto la existencia de algún vicio de nulidad que conlleve la declaratoria de nulidad el presente acto de selección de contratista No. 2018-0-07-0-02-LP-035507. Me refiero al requerimiento obligatorio del Registro Sanitario en el pliego de cargos para todos los *proponentes-ofertantes* en el caso *sub lite*; ya que como podemos observar tanto en el expediente administrativo (f. 024) examinado como de lo cotejado en el portal electrónico “PanamaCompra”, puede corroborarse el objeto contractual del acto de selección *a grosso modo* es el Suministro de víveres, no la fabricación *per se*, puesto que el propio pliego de cargos en sus condiciones especiales indican en forma indubitante tanto en el punto 3 como en el punto 5, que la empresa *oferente-contratista* está obligada solamente a la Descarga y Movilización de los víveres en el lugar señalado por el encargado del Centro Educativo, No a la elaboración o producción de los mismos; claro está con las medidas de seguridad para la realización de este suministro y distribución de los productos, ya que la Contratista se abstendrá entregar los productos a los Centros Educativos de observar francos signos de descomposición orgánica o de animales enfermos, sustancias tóxicas o extrañas en los mismos, (verificar el expediente administrativo a folios 100 a la 101). La empresa ofertante DISTRIBUIDORA MINI MARKET, S.A. (La cual a nuestro juicio es la empresa que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos) de acuerdo al objeto contractual planteado en el pliego de cargo del acto de selección de contratistas arriba citado, cumple con el registro sanitario del establecimiento solicitado (fs.136-137), más no tendría que aportar lo dispuesto en la Ley 66 de 10 de noviembre de 1947 y el decreto ejecutivo 437 de 28 de diciembre de 2018, puesto que estos requerimientos no fueron exigidos el pliego de cargos elaborado por la entidad licitante, aunado a que estos requisitos hacen referencia a las empresas dedicadas a la transformación, empaque, fabricación y comercialización de alimentos o bebidas.

Recuérdese que, existe un plexo axiológico de la contratación pública y es reducir al mínimo los pronunciamientos inhibitorios; por lo que el análisis de un nuevo requerimiento dentro de la documentación aportada por los *oferentes-contratistas* plantea evaluar los efectos jurídicos del mismo, así según el principio guía consignado en el artículo 19 del (Texto Único) de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 19. Principio de economía. En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

1.....

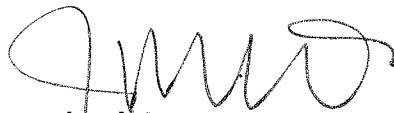
2. Las normas de los procedimientos de selección de contratista se interpretarán de manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos, para no decidir o proferir providencias inhibitorias.

11. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni otras formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma expresa lo exijan el pliego de cargos o las leyes especiales. (El subrayado es nuestro)"

No podemos negar la importancia del régimen sanitario vigente, empero, de lo anteriormente expuesto, es claro que si se comete una irregularidad administrativa, es la entidad licitante es la que debe cargar con ésta, puesto que debemos recordar que en materia de nulidades rigen los principios de especificidad y trascendencia (pas de nullité sans grief), lo cual impide declarar nulo un acto, si el defecto o error que presenta no está erigido como una auténtica causal de nulidad; y el principio de trascendencia proclama que "la declaratoria de nulidad sólo procede en caso de agravio o perjuicios procesales al que la alega, salvo las nulidades insubsanables" (art. 741 C.J.) concordantes con los artículos 134 al 140 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006. Con todo el primero está ya bastante atemperado, mientras que el segundo goza de mayor vigencia normativa y jurisprudencial hoy en día. Es por esto que somos puntuales al señalar que si *contrario sensu* en el objeto de esta contratación se estableciera como requisito para participar el que las empresas proponentes deben dedicarse a la fabricación de alimentos, tendríamos que concordar con la postura de solicitarle a todos los proponentes que aportaran dicho requisito, empero, no estamos bajo ese escenario, puesto que todo *proponente-ofertante* debe indicar solamente en su formulario de propuesta lo estrictamente esencial o básico que le permita a la entidad licitante tener concretamente la certeza de la intención del proponente aunado de que el producto a suministrar deberá cumplir con las especificaciones del pliego de cargos.

Es propicio interpretar el contenido del pliego de cargos, el cual guarda silencio sobre esta circunstancia. A nuestro juicio debe dársele una interpretación favorable a la propuesta de la empresa ante el silencio del pliego que no prevé tal circunstancia o escenario dado en la actividad precontractual; así las cosas, considero que le asiste la razón a la empresa impugnante, en los puntos de disconformidad expresados en su recurso en cuanto a los incumplimientos de la empresa adjudicataria y somos del criterio que la empresa impugnante, cumple a cabalidad con lo solicitado en el pliego de cargos y se encuentra dentro de los supuestos propios al objeto contractual solicitado, no encontrado de esta manera óbice para que este acto de selección de contratista sea debidamente adjudicado a la empresa *proponente-ofertante* que cumplan con todos los requisitos del pliego de cargos.

Por consiguiente y dejando *ut supra* nuestra opinión, expresamos que este Tribunal debió *revocar* lo actuado por la entidad licitante y restablecer el derecho vulnerado, teniendo por razón los intereses prevalentes del Estado. Por lo anterior, y con el máximo respecto de los miembros del Tribunal y sin desmeritar el concepto mayoritario, salvo mi voto.


José Aranda Ríos
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General.

Fecha *ut supra*.

