



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 063-2019 y 064-2019

RECORRENTE: RADITEK, INC y ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.14 de 26 de abril de 2019, emitido por el Ministerio de Salud, Regional de Salud de Guna Yala, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por compra menor No.2019-0-12-213-08-CM-001226.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°110-Pleno/TACP de 5 de julio de 2019 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública 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.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 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 al 210, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra"; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

El presente procedimiento de selección de contratista para el suministro de baterías solares, tuvo su origen el día 31 de enero de 2019, cuando el Ministerio de Salud, Regional de Salud de Guna Yala, transmitió en el Portal Electrónico de Contrataciones Públicas el procedimiento de selección de contratista No.2019-0-12-



213-08-CM-001226, con la indicación del día y hora de la presentación de las propuestas, el día, lugar y hora de inicio del acto público, la descripción del objeto contractual, la partida presupuestaria, entre otros, en obediencia al contenido del artículo 41 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

En razón de lo anterior, se señaló como fecha de presentación de las ofertas el día 6 de febrero de 2019, desde las 8:00 hasta las 10:00 de la mañana, y para el mismo día, pero en horario de 10:01 de la mañana como fecha y hora para la apertura de las ofertas, tomando en consideración que estamos ante un acto público de compra menor, cuyo precio de referencia es de Cuarenta y Ocho Mil Setecientos Veintisiete Balboas con 80/100 (B/.48,727.80).

La entidad, una vez valorada las propuestas participantes decidió declarar desierto el acto público en mención, por considerar que ninguna de las ofertas cumplió a cabalidad con los requisitos del pliego de cargos, pero sin indicar las razones que la llevaron a tal conclusión.

En dicho procedimiento público participaron diez (10) proponentes, en su orden de oferta: DILCIA J. RODRÍGUEZ L., JOSEPH JOSUÉ QUIRÓZ TORRES, ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A., VOICE & DATA COMMUNICATIONS EQUIPMENTS CORP., REPUESTOS JÚPITER, S.A., FPT GROUP PANAMÁ, C.A., RADITEK, INC., IMPORTADORA DE BATERÍAS, S.A., PASS, S.A. y ENCOM GLOBAL, S.A.

La Resolución No. 14 de 26 de abril de 2019 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por las empresas RADITEK, INC. y ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A., a través de sus representaciones especiales, licenciada ADRIANA SERRANO HERBRUGER y el licenciado JAQUELYS GRANADOS DE THORNE de la firma forense GRANADOS & ALVEO LAWYERS GROUP., alegando lo siguiente:

En el caso de la proponente RADITEK INC., sostiene su representación especial que, la oferta de su mandante es la cuarta de menor precio y que al no encontrarse satisfechas en su totalidad las condiciones generales y especiales de las tres primeras propuestas, debió adjudicarse el procedimiento de selección de contratista en examen al comercio RADITEK INC., por haber cumplido con todos los requerimientos que demandan el acto público.

Indica que la fecha de vencimiento del insumo se encuentra definido en la plantilla de la propuesta electrónica, al igual que toda la información suministrada.

51



Que la entidad ha realizado un estudio de las propuestas de forma equivocada sin dar una explicación clara, detallada y debidamente motivada para declarar el acto público desierto, vulnerando así las leyes vigentes de contratación pública, tales como: principio de transparencia, responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos e igualdad de proponentes.

Por su parte, la profesional del derecho, JAQUELYS GRANADOS DE THORNE, de la firma forense GRANADOS & ALVEO LAWYERS GROUP, en representación de la empresa ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A., sostiene que su representada y la empresa FPT GROUP PANAMÁ, C.A, quedaron empatadas con el precio más bajo y que en la fase de mejoras de ofertas, el comercio ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A., presentó el precio más bajo, por lo que debió ser beneficiada con la adjudicación del acto público y no sometida a una nueva revisión de los documentos.

Sigue manifestando la jurista que el día 24 de abril de 2019, la Unidad Técnica publicó un documento denominado evaluación, en el que certifican que su procurada no cumple con lo solicitado en causales de la resolución administrativa del contrato: condición 6, sin presentar mayores detalles ni aclaración alguna sobre su presunto incumplimiento.

Indica que la condición 6 señala que por cada renglón se debe incluir marca, casa productora, país de origen y la fecha del vencimiento del insumo y que toda esa información se encuentra incluida en la propuesta presentada por su representada, razón por la cual no consiente la declaración de desierto del procedimiento de selección de contratista No. 2019-0-12-213-08-CM-001226.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota No. 668DMS/OAL de 20 de mayo de 2019 y Nota No. 667 DMS/OAL de 20 de mayo de 2019, remitió a este Tribunal el informe de conducta, pero de forma extemporánea, visibles a fojas 61-62 y 141-142

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De acuerdo al Informe de Trámite de 20 de mayo de 2019 y que reposa a foja 149 del expediente del Tribunal, no se aportaron alegaciones en interés de la ley ni en interés particular.

21



IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Como consecuencia de la competencia funcional que nos concede la ley No.22 de 2006, este Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 52 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento por compra menor, por haber nacido a la vida jurídica el día 31 de enero de 2019, con la convocatoria y en la que participaron diez (10) propuestas, y así cumplir con la principal ilusión que persigue el Derecho Administrativo: el servicio objetivo al interés general.

Tomando en consideración que el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017 entró en vigencia el día 27 de marzo de 2018, y el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 cobró vida el día 12 de abril de 2018, lo que significa que el presente procedimiento de selección de contratista por compra menor debe ser analizado bajo el vigor de esas dos disposiciones legales vigentes.

Así las cosas, el recurso impetrado es en contra de una adjudicación realizada en un procedimiento por compra menor, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que tal proceso permite de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los Cincuenta Mil Balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley.

En este tipo de procedimiento si la entidad determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, procederá a la adjudicación del acto público a ese proponente en el respectivo cuadro de cotizaciones, el cual deberá contener la información originada en el acto. No obstante, si la entidad determina que la oferta de menor precio no cumple a cabalidad con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos, procederá inmediatamente a verificar la siguiente propuesta con el precio más bajo y así sucesivamente, utilizando el mismo procedimiento empleado en la verificación de la oferta anterior, hasta emitir la adjudicación del acto o la declaratoria de desierto, según sea el caso.

Lo importante es adjudicar el acto público tomando en consideración dos temas: el precio más bajo y el cumplimiento en su totalidad de los términos de referencia, para así garantizar la escogencia más ventajosa para el Estado, pues, la ley especial determina que esa escogencia ventajosa no se da únicamente por ofrecer el precio más bajo, sino también el obedecimiento en su totalidad de los requisitos estampados en el pliego de condiciones, ya que de nada valdría conceder un procedimiento de selección de contratista a una propuesta de menor precio, pero que no satisface el

21



objeto contractual; ello simplemente sería una oferta inútil y por ende un dinero público mal utilizado, sumado a la pérdida del tiempo y el desgaste de la administración que no sólo centró su atención en un acto público estéril, sino también la persistencia del bien, servicio u requerido.

El ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como certificaciones de paz y salvos, especificaciones técnicas, declaración jurada sobre medidas de retorsión, experiencia, equipos, plazo, precio existencia del proponente, entre otros, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia, pues, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio y el obediencia de las condiciones establecidas.

El mayor beneficio para el Estado debe ser apreciado no sólo desde la perspectiva del más bajo costo posible sino también de la mejor calidad en cuanto a la obra, bien o servicio de que se trate. Igualmente, ese mayor beneficio que el Constituyente quiere que se alcance a través del trámite de selección de contratista, del cual, se repite, la compra menor es sólo una de sus modalidades, debe permitir la escogencia objetiva de la mejor oferta, hecha por proponentes calificados con credenciales de seriedad y cumplimiento para asegurar las condiciones más beneficiosas al interés general.

Para garantizar la defensa del interés público con la transparencia y moralidad en la contratación administrativa, la ley impone la selección objetiva de los contratistas, con la cual se pretende proteger la igualdad de oportunidades entre los particulares y la obtención de la administración de las condiciones más ventajosas para el interés público. La selección del contratista fundado en criterios de favorabilidad para la administración busca conciliar, de un lado, la responsabilidad de los servidores públicos de actuar de acuerdo con el interés general, de manera transparente y moral y, de otro, el deber de garantizar a los contratistas igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública.

Ahora bien, como quiera que el problema jurídico estriba en la declaratoria de desierto del acto público en examen versus la insatisfacción de parte de ambas recurrentes, quienes plantean que la decisión debió favorecerles con la adjudicación, al sostener su cumplimiento a cabalidad de todos los requisitos del pliego de cargos, sin embargo, esta colegiatura observa un hecho de forma que no puede pasar por alto, por resultar transgredido el principio del debido proceso, constitucional, legal y convencionalmente reconocido.

Decimos lo anterior por cuanto la entidad simplemente señaló que ninguno de los proponentes cumplió a plenitud con las condiciones generales y especiales que resultan de los términos de referencia, lo cual, a nuestro sentido vulnera el debido proceso, la ley especial, la Carta Fundamental y los instrumentos internacionales de derechos

21



humanos y la tutela administrativa efectiva al carecer de una real motivación que sustente a las partes la razón de su no cumplimiento y no dejarlo a la mera interpretación de los participantes, quienes participan del acto público con la ilusión de que a menos la administración razone sus decisiones.

En ese sentido, vemos que la motivación del acto administrativo es una garantía inserta en el derecho al debido proceso previsto en el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá cuando señala que el juzgamiento debe ser conforme a los trámites legales; en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 2000, sobre procedimiento administrativo, que señalan que las actuaciones administrativas de todas las entidades públicas deben efectuarse con arreglo al debido proceso y que la motivación del acto administrativo como uno de los aspectos fundamentales para la emisión de un acto administrativo.

Así lo establece con claridad el artículo 155 de la Ley 38 de 2000, cuando señala que serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho los actos que afecten derechos subjetivos.

Doctrinalmente, se ha establecido lo siguiente:

"...

Desde esta perspectiva, la motivación de los actos administrativos constituye un plus respecto a la justificación. Un acto administrativo, aun sin ser arbitrario -porque ha sido dictado con una justificación verdadera y suficiente-, puede ser contrario a derecho, por cuanto no ha sido motivado. Y de ello no puede extraerse, sin más, la consecuencia de que la falta de motivación constituya un vicio formal -ergo sancionable por la vía de la anulabilidad-, porque fácilmente puede detectarse en la falta de motivación una vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución y causante de un vicio de nulidad al amparo del art. 62.1.a) de la Ley 30/1992.

La declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación es realizada de forma muy restrictiva por los Tribunales. Normalmente, exigen que se haya ocasionado indefensión y declaran, como regla general, que ésta no existe en tanto que el interesado dispone de la posibilidad de acudir a los Tribunales a defender sus derechos. (Vid. GARCÍA PÉREZ, Marta, "La Motivación de los Actos Administrativos", en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, et al (eds.), Visión Actual del Acto Administrativo (Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, República Dominicana, 2012, p. 504).

En ese contexto, el Doctor en Derecho Español Francisco Chamorro Bernal, en su libro La Tutela Judicial Efectiva, ha señalado que la finalidad de la motivación, que

27



en un Estado Democrático de Derecho legitima la función jurisdiccional, es múltiple ya que:

"...

1. Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad.

2.- Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución.

3.- Permite la efectividad de los recursos.

4.- Pone de manifiesto la vinculación de la autoridad a la Ley. (CHAMORRO BERNAL, Francisco, LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Bosch, Casa Editorial, SA., Barcelona, 1994)."

Con la motivación de las decisiones lo que se pretende es garantizar plenamente el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y que las partes sepan las razones por la cual la administración se ha pronunciado de tal manera, pues, no sólo implica el razonamiento de una adjudicación, sino también que los que no se benefician con el acto administrativo conozcan los argumentos que le impidieron la concesión del acto público.

La falta de motivación resulta un acto gravísimo, ya que deja en absoluto desamparo a los administrados que reclaman una decisión fundamentada, lo que incluso provoca un estado de indefensión al no saber que argumentar ante las posteriores autoridades, precisamente por desconocer el o los reales motivos de su rechazo.

Nuestro texto legal positivo sobre contrataciones públicas cuando se refiere al principio de transparencia lo hace en base a una serie de reglas, entre las cuales está el numeral No. 5 que refiere que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaración de desierto del acto.

Los actos administrativos deben ser motivados con sucinta referencia a los hechos y fundamento de derecho. Por tanto, a la vista de las normas aludidas, no puede dársele validez al acto administrativo que adolece de la debida motivación y mucho menos cuando dicho acto afecta derechos subjetivos. Como decimos, esta garantía prevalece indistintamente de que se trate de un acto discrecional; así se deduce no solo de la normativa constitucional y legal señalada, sino que también lo expresa la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (viva manifestación de la voluntad de los países firmantes, entre ellos Panamá).

✓



Dice la Carta en su Capítulo Segundo, numeral 4:

El principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas actuaciones administrativas, especialmente en el marco de las potestades discrecionales (Capítulo Segundo, numeral 4).

De los razonamientos dispuestos, este Tribunal concluye que lo procesalmente aplicable es la declaratoria de nulidad relativa de acuerdo al artículo 156 del Texto Único de la ley No. 22 de 2006, por cuanto la entidad no motivó las razones por la cual decidió declarar desierto el presente procedimiento de selección de contratista, para la compra de baterías solares.

Con fundamento en el contenido del artículo 153 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ordenaremos al Ministerio de Salud, Regional de Salud de Guna Yala el fiel cumplimiento de la decisión venida en impugnación, quien deberá acatar lo resuelto en un plazo no mayor de quince días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución.

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria en la presentación del presente recurso.

En atención a todo lo anteriormente valorado, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales;

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones No. 14 de 26 de abril de 2019 contenido en el procedimiento de selección de contratista No. 2019-0-12-213-08-CM-001226, iniciado por el Ministerio de Salud, Regional de Salud de Guna Yala, que decidió declarar desierto el procedimiento de selección de contratista en debate; por considerar este cuerpo colegiado que se realizó en contradicción a la ley especial de contrataciones públicas, la Constitución Política, La Ley No.38 de 2000 y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República de Panamá, tal y como se ha expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo. Por tal razón se retrotrae el procedimiento hasta la decisión, por ser la razón que originó la nulidad relativa.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución a los impugnantes de la Fianza de los recursos de impugnación, constituidas en los cheques certificados No. 000736, fechado 7 de mayo de 2019, expedida por el Banco General por un monto de Tres Mil Ochocientos Sesenta y Ocho Balboas con 70/100 (B/.3,868.70) y el Cheque certificado No. 000357 de fecha 6

1

de mayo de 2019, por un monto de Dos Mil Setecientos Treinta y Seis Balboas con 63/100 (B/.2,736.63) por parte del Banco Aliado; ambos que se encuentran a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República; cuyas diligencias de consignación reposan a fojas 18 y 104 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2019-0-12-213-08-CM-001226, al Ministerio de Salud, Regional de Salud de Guna Yala, contentivo de dos (2) tomos, integrado de trescientas cuarenta y seis (346) fojas útiles, tal y como se observa en el informe de trámite fechado 30 de mayo de 2019 y que reposa a foja 150 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR al Ministerio de Salud, Regional de Salud de Guna Yala, acatar lo dispuesto por este Tribunal en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente decisión.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles, posteriores a su publicación en el portal electrónico.

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: DISPONER la salida y el archivo de los expedientes acumulados 063-2019/TACP y 064-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 52, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,

Diógenes de la
Rosa Cisneros

Firmado digitalmente por Diógenes de la Rosa Cisneros.
DN: cn=Diógenes de la Rosa Cisneros, o=Panamá, ou=PA, ou=Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ou=Presidente TACP, email=diogenes@taco.gob.pa
Módulo: He firmado este documento
Uso: 2018-07-05 10:30:05.00

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

