



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.: 183-2017

RECORRENTE: CONSORCIO OPC-EPC

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.ADM-AL 010-2017 de 13 de noviembre de 2017, emitida por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, que adjudicó el Acto Público No. 2016-2-03-0-03-AV-005518.

Magistrado Ponente: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

Resolución No.037-2018-Pleno/TACP de 20 de febrero de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO:

El Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública en Panamá, crea en su artículo 120 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, con competencia privativa para conocer en única instancia del recurso de impugnación contra una resolución u otro acto que adjudique o declare desierto un acto público o por una resolución u otro acto administrativo en el cual se rechazan las propuestas, emitidas por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 339, 340 y s.s., establece las condiciones y requisitos para la presentación del recurso de impugnación, con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES.

En cumplimiento del numeral 1 del artículo 25 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ realizó la convocatoria del Acto Público No.2016-2-03-0-03-AV-005518, publicada en el portal electrónico "PanamaCompra" el día 17 de julio de 2017, para el "Saneamiento de la Laguna Artificial Impactada con Hidrocarburos, Remoción y Limpieza de los Suelos Adyacentes Contaminados, la Remoción de Desechos Sólidos y Líquidos y el Tratamiento de la Tierra Contaminada en Cuatro (4) Fosas que Contiene", con un



precio de referencia de Un Millón Seiscientos Sesenta y Nueve Mil Doscientos Balboas con 00/100 (B/.1,669,200.00).

De conformidad al pliego de cargos de dicha licitación abreviada por mejor valor, la fecha de presentación de las propuestas fue fijada para el día 17 de agosto de 2017, desde las 8.30 hasta las 10:30 de la mañana, y la apertura de las ofertas para ese mismo día, a partir de las 10:31 de la mañana, en el Salón de Actos del Departamento de Compras en Diablo Heights.

Cumplido lo anterior, la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ decidió adjudicar el Acto Público No.2016-2-03-0-03-AV-005518, a la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A., por considerar que cumple con los requisitos del pliego de cargos y por resultar favorecida en el acto de desempate.

Con la acción presentada, el licenciado RICARDO A. LANDERO M., de la firma forense ASESORES JURÍDICOS ASOCIADOS, adjuntó al libelo del recurso de impugnación la fianza Fian-15300000023188, fechada 17 de noviembre de 2017, expedida por ASEGURADORA MAPFRE, con un límite máximo de responsabilidad de DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS BALBOAS CON 00/100 (B/.225,342.00), que representa el 15% del valor de la propuesta presentada por el impugnante, cumpliendo así con unos de los presupuestos de ley exigidos en el artículo 103 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, quedando dicha fianza a orden de este Tribunal y como beneficiarios la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, cuya Diligencia de Consignación reposa a foja 59 del expediente del Tribunal.

II ADMISION DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

El recurso de impugnación fue admitido mediante Resolución No.157-2017-Admisión-Pleno/TACP de 13 de diciembre de 2017, y en la misma se ordenó correr traslado a la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, así como requerir el Informe de conducta y copias debidamente autenticadas del expediente administrativo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 130 de la ley positiva de contrataciones públicas.

III. PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

La parte actora del presente recurso de impugnación, solicita a este Augusto Tribunal, que una vez analizado y valorado el recurso impetrado, se revoque en todas



sus partes la resolución venida en impugnación y que en su lugar se le adjudique el mismo al CONSORCIO OPC-EPC, por considerar que fue la única oferta que se ajustó a lo dispuesto en el pliego de cargos del acto público No. 2016-2-03-0-03-AV-005518.

Basa su postura en que la propuesta beneficiada con la adjudicación no cumple con los requisitos exigidos en los términos de referencia, toda vez que la propuesta de BLACKWATER PANAMÁ, S.A. incumple con la capacidad técnica y con el punto 29 del pliego de cargos, que se refiere a la capacidad técnica sobre magnitudes y montos. A su criterio, la experiencia derivada del Contrato No.01-2012, con el INSTITUTO DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS NACIONALES, cuyo objeto es mejoras a la Laguna de Oxidación de David, Provincia de Chiriquí, no corresponde al requisito sobre experiencia de proyectos similares al objeto del contrato.

Considera que la experiencia presentada por la beneficiada de la adjudicación no demuestra la experiencia en saneamiento, ni remoción de desechos sólidos y líquidos, ni tampoco sustenta la remoción, limpieza de suelos ni de tratamientos de tierras contaminadas, por lo que la misma no debió ponderarse.

En adición alega que la segunda experiencia aportada, del proyecto The Mirage at Sailboat Cove, en Miami, Estados Unidos de América, corresponde a BLACKWATER y no a BLACKWATER PANAMÁ, S.A., y que el servicio no se realizó entre los años 2012-2017, como indica el pliego de cargos, al exigir proyectos de los últimos cinco (5) años.

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

En cumplimiento del ordinal cuarto de la resolución de admisión, la entidad presentó ante la Secretaría General de este Tribunal el Informe de Conducta, y el expediente administrativo, el cual reposa de fojas 102-106 del expediente del Tribunal.

V. ALEGATOS DE TERCEROS.

En tiempo procesal oportuno la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A., a través de representante especial, en virtud del quinto párrafo del artículo 130 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, presentó escrito de alegaciones respondiendo los señalamientos de la recurrente, el cual se aprecia de foja 73 a 81 del expediente del Tribunal y en la publicación de 21 de diciembre de 2017 del portal electrónico.

31



VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Conocida la pretensión del recurrente y la posición de la entidad, esta última plasmada a través de la Resolución de Adjudicación No. ADM-AL 010-2017 de 13 de noviembre de 2017, corresponde dar fin a la controversia, sea confirmando lo actuado por la entidad, anulando el acto público por considerar que se ha vulnerado derechos de las partes, revocando o restableciendo tal derecho vulnerado, o declarando desierto el acto público por considerar que se ajusta a algunas de las consideraciones que contempla el artículo 56 del Texto único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006.

Se trata de un procedimiento de Licitación Abreviada por Mejor Valor, según contempla el artículo 48 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, en el que el Estado selecciona y adjudica al proponente que, además de cumplir con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos, haya recibido también la mayor ponderación.

Este tipo de procedimiento de selección de contratista es aplicable cuando el monto de la contratación exceda los treinta mil balboas (B/.30,000.00) y el objeto de la contratación responda a la necesidad de satisfacer el interés social o estado de urgencia y se requiera que se efectúe en términos de tiempo menores a los dispuestos en otras modalidades de contratación.

De la observación del acto público iniciado por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, se corrobora que el precio de referencia supera el monto mínimo expresado en la norma y que se justifica la urgencia de sanear la laguna artificial, las cuatro (4) fosas y los suelos adyacentes que se encuentran en Monte Esperanza, provincia de Colón, los cuales están contaminados por productos de hidrocarburos desde hace el día 26 de diciembre de 2010. Situación que, según cuenta la entidad, fue atendida sin obtener resultados adecuados, provocando que en la actualidad constituya un riesgo para la salud humana y los ecosistemas del lugar, incluyendo las aguas de la ribera del Canal de Panamá.

En razón de lo descrito, se procede a examinar la oferta beneficiada dentro del procedimiento de selección de contratista No.2016-2-03-0-03-AV-005518, dada la activación del engranaje administrativo de justicia ante este Tribunal, como resultado de la acción incoada en tiempo procesal oportuno.

En esta ocasión, la oferta beneficiada con la adjudicación del acto público atacado es la presentada por la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A., por un monto

11



de UN MILLÓN QUINIENTOS DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA BALBOAS CON
01/100 (B/.1,502,280.01).

Los puntos en disconformidad son básicamente que la adjudicataria no cumplió con la capacidad técnica ni con realizar proyectos similares en los últimos cinco (5) años.

Al respecto, el punto No.6 de otros requisitos del pliego de cargos requiere presentar al menos dos (2) cartas que evidencien la experiencia de la empresa en proyectos similares en magnitud y montos en los últimos cinco (5) años, los cuales hayan sido entregados en su totalidad y a satisfacción del contratista.

Luego de verificar los documentos aportados con la propuesta, se coincide con la entidad y con la comisión evaluadora en que la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A. cumple con ese aspecto, puesto que los montos son superiores a los requeridos en el pliego de cargos, y en que el objeto contractual también es similar, debido a que se encuentran dos (2) actas de aceptación final, una de mejoras a la laguna de oxidación de David, provincia de Chiriquí, y otra de extracción de productos líquidos (hidrocarburos) y sólidos contaminados, limpieza y cierre de la tina de hidrocarburos, ubicada en la finca de tanques de combustibles de la antigua Terminal APSA-GATÚN. Ambas experiencias comparables en magnitud y monto al objeto de la contratación, y ambas con resultados satisfactorios.

De igual forma se aprecia la certificación de la empresa SAILBOAT COVE VENTURES LLC, indicando que la empresa BLACKWATER llevó a cabo la limpieza y sanitización de la vegetación en terreno de 5.4 hectáreas, el cual presentaba hidrocarburos y sobre el que se desarrolló el conjunto residencial The Mirage at Sailboat Cove, proyecto que también es similar con el objeto contractual.

Debe observarse que, en torno a la experiencia, el pliego de cargos exige antecedentes en trabajos similares al saneamiento, que es el objeto de la contratación. Siendo de sentido común entender que los términos empleados de saneamiento, mejora, limpieza y sanitización involucran el sinfín de procesos, métodos, elementos y/o formas de alcanzar la purificación del área contaminada con desechos de hidrocarburos, que es lo que en realidad interesa. No es del interés de este Tribunal imparcial el auspiciar alcances conceptuales inconducentes en perjuicio de la salud de la población y naturaleza afectada.

Así, el proveedor del Estado beneficiado con la adjudicación del acto público ha cumplido con la presentación de las certificaciones que demuestran su idoneidad y

00000136



experiencia en servicios como el requerido por la entidad, para alcanzar el objetivo de la contratación.

Cabe destacar que la contratación derivada de este acto público, tal como se colige de la justificación por parte de la entidad, reviste un carácter de interés público, al procurar el cumplimiento de deberes fundamentales del Estado, tutelados en la Constitución Política vigente, puesto que su finalidad es salvaguardar la vida y salud humana, así como el ecosistema y aguas de la ribera del canal, al remediar la contaminación existente en determinados puntos del área de Monte Esperanza, provincia de Colón, desde hace siete (7) años, y cuyas condiciones siguen agravándose.

Entiéndase que, dada la importancia del servicio, el Estado requiere que la prestadora tenga experiencia en la metodología, operatividad y aplicación de los procesos de descontaminación de aguas y suelos, lo cual demuestra a cabalidad la empresa beneficiada con la adjudicación.

En lo referente al período de los últimos cinco (5) años, también se cumple con el mismo, ya que el contrato celebrado para la mejora de la Laguna de David, Chiriquí, inició en el año 2012 y finalizó en el 2014, mientras el celebrado para la extracción de productos líquidos, inició en el año 2015 y finalizó en el año 2016.

Con relación a la declaración jurada sobre medidas de retorsión, se observa que el modelo contenido en el pliego de cargos es de conformidad con la Ley No.58 de 12 de diciembre de 2002, vigente al momento de la publicación del acto público e inicio del expediente electrónico, ocurrido el día 17 de octubre de 2016 a las 3:03 p.m., según consta en el portal web www.panamacompra.gob.pa.

No debe olvidarse que la Ley No.48 de 26 de octubre de 2016, por la cual se subroga la Ley No.58 de 2002, fue publicada en la Gaceta Oficial No.28147, y por tanto entró en rigor el día 27 de octubre de 2016, es decir ya publicado el acto público que nos ocupa. Cabe destacar que subroga, no deroga, a la ley anterior, a efectos de no contrariar las medidas adoptadas bajo aquella.

Así, en este caso particular, los términos de referencia fueron publicados bajo la Ley No.58 de 2002 y la presentación de las ofertas (primera y segunda convocatoria) se realizó con la Ley No.48 de 2016, lo que implica que la documentación aportada fue sustentada acatando fielmente las exigencias del pliego de cargos, cumpliéndose con ello con la ley vigente al momento de la publicación al acto público.

g/



En este análisis entran en consideración diversas normas de la Ley de Contrataciones Públicas tendientes a la objetividad y transparencia en las actuaciones estatales, de entre las cuales se citan:

"Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente Ley, los siguientes términos se entenderán así:

2. Acto público. Procedimiento administrativo por el cual el Estado, previa convocatoria pública, selecciona entre varios proponentes, ya sean personas naturales o jurídicas y en igualdad de oportunidades, la propuesta o las propuestas que reúnen los requisitos que señalan esta Ley, los reglamentos y el pliego de cargos.

33. Pliego de cargos. Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.

"Artículo 31. Aceptación del pliego de cargos. Todo proponente en un acto de selección de contratista se obliga a aceptar el pliego de cargos sin objeciones ni restricciones."

"Artículo 38. Modificaciones al pliego de cargos. Toda modificación que pretenda introducirse al pliego de cargos deberá hacerse de conocimiento público, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en los tableros de información de la entidad licitante, en atención al monto con la siguiente antelación:

2. No menor de ocho días calendario, antes del día de la celebración del acto de selección de contratista, si la cuantía excede de quinientos mil balboas (B/.500,000.00)."

Es que el Estado, para forjar un procedimiento transparente, ante todo debe contar con un pliego de cargos contentivo de procedimientos, requisitos y criterios de evaluación diáfanos, que no creen confusiones, ni sean susceptibles a interpretaciones. Debe haber claridad en las reglas de selección.

En consecuencia, resulta una obviedad que los proponentes utilicen el modelo de declaración jurada de medidas de retorsión contenida en el pliego de cargos, por cuanto que corresponde a la ley vigente al momento de la convocatoria y, en adición, porque están fatalmente sometidos al pliego de cargos, de conformidad con los transcritos artículos 2 (numerales 2 y 33) y 31. Es así como está diseñada la norma de contrataciones públicas y, por tanto, no resulta comprensible esperar que los participantes, a su exclusivo criterio, entreguen una declaración distinta a la exigida unilateralmente por la entidad licitante.

91



Al no publicar, ni modificar, el pliego de cargos para la segunda convocatoria, la entidad mantuvo el modelo de declaración jurada sobre medidas de retorsión que desde el inicio consta en el respectivo expediente electrónico, correspondiente a la Ley positiva al momento de la convocatoria, orillando a su utilización por parte de los proponentes, quienes no deben resultar afectados por esta situación.

Entonces, la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A. cumple con la presentación de la declaración jurada de medidas de retorsión en la forma exigida por la ley vigente al momento de publicación del procedimiento de selección de contratista y mantenida por la entidad licitante.

Este Tribunal como garante de los derechos de los distintos recurrentes y de la entidad, debemos velar porque la propuesta que resulte beneficiada de la adjudicación de un acto público cualquiera que sea, sea cónsono con las condiciones generales, específicas y especificaciones técnicas que la entidad ha plasmado en el pliego de cargos, para de esa forma obtener la propuesta más beneficiosa para el Estado, de una forma justa, objetiva y en igualdad de condiciones frente al resto de proponentes.

Tomando en consideración que el pliego de cargos es la principal fuente de derechos y obligaciones entre el proponente y la entidad, y por ser el instrumento jurídico en el que nacen las condiciones peticionadas por el ente estatal que debe ser cumplido a satisfacción por quienes participan del acto público correspondiente, no se puede menos que exigir que dichas características sean cumplidas en su justa dimensión, y precisamente por ser condiciones requeridas por la entidad, no podemos aceptar que se transgredan los términos de referencia en favor de unos objetos contractuales que no fueron solicitados, pero que en esta oportunidad sí vemos satisfechos cada uno de los requerimientos determinados por la entidad.

En virtud de lo anterior, y luego de la valoración de los instrumentos probatorios contenidos en el expediente administrativo y en el portal electrónico, se considera que la propuesta representada por la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A., cumple a satisfacción con el pliego de cargos para esta contratación, por tanto corresponde confirmar lo actuado por la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, a través del acto administrativo No.ADM-AL 010-2017 de 13 de noviembre de 2017.

En cuanto a la fianza de impugnación consignada por el recurrente, este Tribunal considera que la misma debe ser devuelta, porque se ha observado que no ha existido mala fe ni temeridad en la interposición del recurso de impugnación.

9

07000139



En atención al criterio esgrimido en la presente, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No.ADM-AL 010-2017 de 13 de noviembre de 2017, de la AUTORIDAD MARÍTIMA DE PANAMÁ, que adjudicó el procedimiento de selección de contratista No. 2016-2-0-03-AV-005518, a la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A., por un monto de UN MILLÓN QUINIENTOS DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA BALBOAS CON 01/100 (B/.1,502,280.01), por las razones jurídicas expuestas en la parte motiva de la presente decisión administrativa.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante de la Fianza del Recurso de Impugnación FIAN-15300000023188, fechada 17 de noviembre de 2017, por un límite máximo de responsabilidad de Doscientos Veinticinco Mil Trescientos Cuarenta y Dos Balboas con 00/100 (B/.225,342.00), que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios la Autoridad Marítima de Panamá / Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a foja 59 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER a la Autoridad Marítima de Panamá, el expediente administrativo del acto público No. 2016-2-03-0-03-AV-005518, contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de selección de contratista, el cual está conformado de seis (6) tomos, integrado por mil novecientos sesenta y un (1,961) fojas útiles, según consta en informe de trámite de 28 de diciembre de 2017, que reposa a foja 115 del expediente del Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido un (1) día hábil posterior a su publicación en el portal.

QUINTO: ADVERTIR 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.

SEXTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 183-2017, previa anotación en el registro respectivo.

21

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 48, 120, 129 y 130 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006 sobre Contrataciones Públicas; artículo 80 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

Con salvamento de voto


KAREN S. SOLÍS M.
Secretario General





00000141



República de Panamá
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Expediente: 183-2017

Resolución N°037-2018-Pleno/TACP de 20 de febrero de 2018

Con el debido respeto, luego de revisar a profundidad la decisión de mayoría, procedemos a manifestar las razones que me han llevado a apartarme de la misma:

1. El Acto Público de selección de contratista objeto de estudio tuvo su génesis mediante la publicación del pliego de cargos el 17 de octubre de 2016 a las 03:03 p.m., según consta en el portal Panamá Compra, en el enlace:
<http://www.panamacompra.gob.pa/Inicio#!/vistaPreviaCP?NumLc=2016-2-03-0-03-AV-005518&esap=1&nnc=1&it=1>

En dicho pliego se pidió aportar la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión bajo el amparo del artículo 5 de la Ley 58 de 2002, norma vigente al tiempo de la publicación del mismo, no obstante, el acto fue declarado desierto.

2. Con posterioridad, contrario a la conclusión de mayoría, el pliego de cargos del mismo acto público fue publicado en el portal Panamá Compra, en segunda convocatoria, el día 17 de julio de 2017 a las 03:58 p.m., exigiendo, en el punto N°7 de los requisitos o documentos a presentar, la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 58 de 2002, sin embargo, para la fecha de publicación del pliego, la norma antes citada había sido subrogada por el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, publicada en la Gaceta Oficial 28147-B de 26 de octubre de 2016, según se consulta en el enlace:
<http://www.panamacompra.gob.pa/Inicio#!/vistaPreviaCP?NumLc=2016-2-03-0-03-AV-005518&esap=1&nnc=2&it=1>

Es decir, la entidad erró al citar en el punto N°7 de los documentos a presentar la norma legal que regulaba la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, vigente al tiempo de la publicación del pliego de cargos (solicitud reiterada bajo los mismos términos en el punto N°20 de "otros requisitos" del pliego de cargos).



Contrario a la conclusión a la que llegó la decisión de mayoría, en el sentido que no se publicó el pliego de cargos en la segunda convocatoria, observamos que sí se dio tal publicación, siendo que lo que no se volvió a publicar fueron las especificaciones técnicas.

3. Quiere decirse que, al momento de publicar, en segunda convocatoria, el pliego de cargos el día 17 de julio de 2017, ya se encontraba en vigor el artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016, por lo que el punto N°7 de los documentos a presentar con la propuesta debió exigir que la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión se presentara acorde con la legislación vigente (reiterada bajo los mismos términos en el punto N°20 de "otros requisitos" del pliego de cargos).
4. Observamos que ambos proponentes aportaron, en esta segunda convocatoria, la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión basada en el subrogado artículo 5 de la Ley 58 de 2002.
 - Consorcio OPC-EPC (fj.1497, Tomo 6 del expediente administrativo).
 - BLACKWATER PANAMÁ, S.A. (fj. 1127, Tomo 5, expediente administrativo).
5. Este Tribunal había venido reiterando que la presentación de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión que no esté acorde con el contenido del artículo 12 de la Ley 48 de 2016, representaba un incumplimiento que no permitía la adjudicación del acto público de selección de contratista, a pesar que el error de exigir tal documento bajo el amparo de una norma subrogada (5 de la Ley 58 de 2002) hubiese provenido de la entidad contratante, posición que he venido respaldando.
6. No obstante, es conocida mi posición y apego al principio de confianza legítima en la Administración, en virtud del cual no se puede castigar a los administrados por errores inducidos o creados por la propia administración pública.

Es decir, no puede responsabilizarse a los administrados por los errores en que incurra la Administración Pública en general, una entidad pública particular o un servidor público, porque existe la presunción de que la Administración Pública y los servidores públicos actuamos de conformidad con la Ley y que todos los documentos y actos que emanan de la Administración Pública están conformes al derecho vigente y con presunción de legalidad.

21



Por tanto, los errores de la Administración y en general de quien ejerce una función pública, no son imputables al administrado. El administrado deposita o tiene confianza en las actuaciones de la Administración y de quienes ejercemos la función pública; y esa confianza debe ser tutelada y respetada por la propia Administración o por los organismos de control de los actos administrativos, tal es el caso de este Tribunal. Una actuación contraria conllevaría también la violación del principio de confianza legítima del administrado en las actuaciones de la Administración o de quien desempeñe una función pública.

7. Empero, con relación a la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión, he ponderado aquella perspectiva al considerar que la presentación de dicho documento acorde con la norma legal vigente resguarda un interés superior, me refiero al interés de la Nación y del Estado, siendo esta la razón por la que he patrocinado la descalificación de los proponentes que no la hayan aportado de acuerdo con lo normado por el artículo 12 de la Ley 48 de 2016, aun cuando la entidad contratante hubiese incurrido en el error de peticionarla sobre la base del artículo 5 de la Ley 58 de 2002, estando esta norma subrogada.
8. Ahora bien, luego de meditar mi enfoque, he llegado a la conclusión que lo que corresponde en estos casos es anular los pliegos de cargos que se publican exigiendo la presentación de la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión con el formato requerido por una norma legal subrogada, en lugar de descalificar a los proponentes e incluso a los adjudicatarios.

Lo anterior encuentra sustento precisamente en que no puede afectarse a los administrados por errores de la administración, pero al mismo tiempo este Tribunal estaría salvaguardando el interés superior al que hemos hecho alusión, el interés nacional, tutelado por la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión.

Además, no podemos perder de vista que **el artículo 13 de la Ley 48 de 2017**, que subroga la Ley 58 de 2002, que establece medidas de retorsión en caso de restricciones discriminatorias extranjeras contra la República de Panamá, y dicta otras disposiciones, **dispone que la misma es de orden público**, por lo que su aplicación y observancia debe primar frente a cualquier criterio de aplicación normativa que haya podido establecer este tribunal administrativo.

91



9. Al mismo tiempo, por ser de orden público, incluso, a mi criterio, cuando se trate de la publicación de pliegos de cargos antes de la vigencia de la Ley 48 de 2016, y la recepción de las propuestas tuviera lugar en fecha posterior a la vigencia de la aludida Ley 48 de 2016, la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión debía aportarse en observancia de la nueva Ley, aunque el pliego de cargos la hubiese pedido con fundamento en el artículo 5 de la Ley 58 de 2002.
10. En consecuencia, considero que, respecto al acto público objeto de estudio, correspondía disponer la anulación del pliego de cargos, sin entrar a considerar las propuestas presentadas, sin embargo, este criterio no fue acogido por mis colegas.
11. De otra parte, a pesar de lo antes dicho, me veo compelido a realizar algunas observaciones en cuanto al fondo del caso, especialmente en lo que atañe al punto N°6 de "otros requisitos" del pliego de cargos, consecuente con las especificaciones técnicas, relativo a acreditar el desarrollo de proyectos similares en magnitud y montos, referido a trabajos de Saneamientos de suelos contaminados, Recuperación y Remediación de Incidentes en Terminales de Combustibles, Extracción, Limpieza y Remediación de Vegetación Impactada y Residuos Remanentes de Derrame de Hidrocarburo u Otros Proyectos Similares, por cuanto observo:
- a. Se dio valor al contrato aportado por la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A., (01-2012) celebrado con el IDAAN para mejoras la Laguna de Oxidación de David, provincia de Chiriquí, sin que verse sobre actividades similares a las exigidas por las especificaciones técnicas y el pliego de cargos, según mi razonamiento. A fojas 215, Tomo 2; 1140, Tomo 5, del expediente administrativo, se describen los objetivos del sistema de tratamiento de la Laguna de Oxidación de David, siendo, repito, a mi criterio, distantes del objeto del pliego de cargos del presente acto de selección de contratista, particularmente, porque no se evidencia en ese contrato el tratamiento de desechos de hidrocarburos ni incidentes en terminales de combustibles.
 - b. Referente a la determinación de si los contratos aportados cumplían o no con el requisito de proyectos similares, estimamos que debió ordenarse de oficio una prueba pericial para tal determinación, puesto que he de reconocer que resulta posible que dicha materia escape al conocimiento técnico de quienes conformamos esta instancia administrativa, todos profesionales del derecho y las ciencias jurídicas.

21

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como similar aquello que tiene semejanza o analogía con algo, mientras que analogía, se refiere a relación de semejanza entre cosas distintas o razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en cosas diferentes.

- c. Por otra parte, para acreditar la experiencia exigida por el pliego de cargos, se ha dado valor a la carta de certificación que se encuentra a foja 1212 del Tomo 5 del expediente administrativo, que se refiere a servicios prestados por la empresa BLACKWATER, y no a la empresa BLACKWATER PANAMÁ, S.A., por lo que no corresponde a la misma empresa adjudicataria. Esta carta fue emitida en Doral, Florida, Estados Unidos de América, por servicios prestados en ese territorio.
- d. Así, estimo que no quedaba acreditada la experiencia exigida por el pliego de cargos, respecto de la empresa adjudicataria.

Dicho lo anterior, reitero mi punto de vista, en el sentido que debió anularse el pliego de cargos en lugar de decidir el fondo del asunto.

Por todo lo expuesto, salvo el voto,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

