



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 083-2017

RECURRENTE: AURAMEK ENVIROMENTAL SERVICES, INC.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N° 214 de 5 de mayo de 2017, emitida por el Ministerio de Salud, correspondiente al acto público No. 2016-0-12-0-08-LA-020554.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No.036-Pleno/TACP de 16 de febrero de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 120 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.366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 348 a 353 y s.s., establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y el Decreto Ejecutivo 188 de 27 de noviembre de 2009 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:

Con fundamento en el artículo 32 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, el Ministerio de Salud, publicó en el portal electrónico "PanamaCompra", el día 19 de diciembre de 2016, el aviso de convocatoria y el pliego de cargos, para que todo comerciante interesado en contratar con el Estado, presentara el día 28 de diciembre de 2016, en horario de 10:00 de la mañana hasta la 1:00 de la tarde, las propuestas contentivas de toda la documentación necesaria para participar del procedimiento de selección de contratista No. 2016-0-12-0-08-LA-020554, cuyo objeto contractual es el servicio de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los desechos hospitalarios peligrosos generados por las 19 instalaciones de la Región Metropolitana de Salud, para un período de 12 meses, por un precio de referencia de

91



Quinientos Siete Mil Cuatrocientos Cincuenta y Dos Balboas con 69/100 (B/.507,452.59).

Tales ofertas, según los términos de referencia, fueron aperturadas el mismo día de la entrega, es decir, el día 28 de diciembre de 2016, desde la 1:01 de la tarde.

El Ministerio de Salud, luego de la evaluación de las diferentes ofertas y de la recomendación contenida en el informe de la comisión verificadora, decidió adjudicarle el acto público en examen a la empresa CONSTRUCCIONES, LIMPIEZA Y EQUIPOS, S.A., por un precio de Cuatrocientos Cincuenta y Seis Mil Setecientos Siete Balboas con 37/100 (B/.456,707.37), por ser la recomendación indicada por la comisión verificadora. Cabe destacar que la resolución de adjudicación fue publicada en el portal electrónico el día 25 de mayo de 2017.

II. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Dentro del término procesal oportuno (art. 130 de la Ley 22 de 2006), es decir, el día 2 de junio de 2017, la licenciada JOHANY E. JUNCA V. en representación del Consorcio AURAMEK AMBIENTAL SERVICES, INC, presentaron ante la Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación en contra de la Resolución No. 214 de 5 de mayo de 2017, proferida por el Ministerio de Salud, que adjudicó la empresa CONSTRUCCIONES, LIMPIEZA Y EQUIPOS, S.A., el acto público No. 2016-0-12-0-08-LA-020554, referente al servicio de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los desechos hospitalarios peligrosos generados por las 19 instalaciones de la Región Metropolitana de salud, para un periodo de 12 meses (poder y recurso de impugnación visibles a fojas 6, 7-11 del expediente del Tribunal).

II. PRETENSIÓN DE LA EMPRESA RECURRENTE:

La licenciada JOHANY E. JUNCÁ V., apoderada especial del consorcio AURAMEK AMBIENTAL SERVICES, INC, señaló que la empresa PUMPER, S.A., para el presente acto público, adjuntó un contrato con la empresa SEDINC, lo que a su criterio podría ser considerada una asociación accidental para presentar una propuesta y que igual situación ocurre con el consorcio CONSTRUCCIONES, LIMPIEZA Y EQUIPOS, S.A.-SEDINC, por lo que concluye que ambas propuestas resultan ilegales por considerar que vulneran el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, específicamente el numeral 9 del artículo 2 y el artículo 4, puesto que ambas normas determinan la facultad que tienen 2 o más empresas en estructurar un consorcio o asociación accidental, pero que dichas alianzas estratégicas son para presentar una misma propuesta en forma conjunta.

A su criterio, la participación de SEDINC en ambas propuestas es ilegal y a su vez alternativa, puesto que uno de los integrantes del consorcio participa en dos ofertas,

91



por esa razón considera que la propuesta de la empresa PUMPER, CONSTRUCCIONES, LIMPIEZA Y EQUIPOS, S.A., debe ser descalificada.

Señala que la empresa SEDINC, que participa en dos ofertas, una como un contrato y en la otra mediante la figura del consorcio, el paz y salvo de renta y el aviso de operación aportado en las dos propuestas, se encuentran a nombre de GREGORIO MARÍN, representante legal de la empresa, no así a nombre de la persona jurídica que es el proponente que elaboró el contrato con PUMPER, S.A. y el consorcio CONSTRUCCIONES, LIMPIEZA Y EQUIPOS, S.A.

Que el pliego de cargos establecía que debía presentarse una carta de crédito por entidad financiera reconocida, por el monto total de la propuesta, pero que la empresa PUMPER, S.A. presentó una carta de una entidad bancaria cuyo texto determina que mantiene una cuenta con un movimiento de seis (6) cifras bajas y como quiera que el pliego de cargos solicitó carta de crédito, no referencia bancaria, a su criterio se reitera otro incumplimiento.

Indica que en cuanto a la observación realizada a la asociación accidental AURAMEK ENVIROMENTAL SERVICES, INC., con respecto a la vigencia de los certificados del Registro Público, sostiene que dicho documento es subsanable y en la presentación formal de la propuesta se presentó certificado de registro público de fecha 30 de junio de 2016 y en la subsanación que fue entregada el 30 de diciembre de 2016 se adjuntó el certificado original con fecha 29 de diciembre de 2016, cumpliéndose con el período de subsanación establecido en los términos de referencia.

III. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No.082-2017-Admisión-Pleno/TACP de 3 de julio de 2017, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos anunciados en los artículos 340, 341, 342 y s.s., del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, admitió el Recurso de Impugnación interpuesto por la licenciada JOHANY E. JUNCÁ VILLALÁZ, en representación del consorcio AURAMEK ENVIROMENTAL SERVICES, INC. Resolución que fue publicada el día 21 de julio de 2017, en el Portal Electrónico denominado "PanamaCompra," corriéndose traslado del recurso presentado al Ministerio de Salud, para que a partir de la notificación de la resolución precitada, compulsara dentro del término de dos (2) días hábiles, el Informe de Conducta acompañado del expediente Administrativo.

IV. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

Mediante Nota N°1154/DMS/OAL de 26 de julio de 2017, el Ministerio de Salud, remitió informe de conducta, en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad y en la que sostiene que realizó la adjudicación con apego a las

[Handwritten signature]



condiciones plasmadas en los términos de referencia y de conformidad a la recomendación realizada por la comisión verificadora.

V. ALEGACIONES DE TERCEROS:

Dentro del tiempo procesal oportuno, se presentaron escritos de alegaciones de terceros, los cuales reposan en las fojas 30-36 y 47-51 del expediente del Tribunal y en el portal electrónico en la publicación del 25 de julio de 2017.

VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

Conocida la pretensión del censor recurrente y los argumentos de la entidad, plasmados a través de la Resolución N°214 de 5 de mayo de 2017 y el Informe de Conducta, nos corresponde poner fin a la controversia, confirmando lo actuado por la entidad o anulando el acto público por considerarlo que ha vulnerado derechos de las partes, revocándolo y restableciendo el derecho vulnerado o declarándolo desierto por considerar que se ajusta a algunas de las consideraciones que contempla el artículo 56 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006.

Empero al realizar un análisis de la idoneidad formal del acto, y del pliego de cargos, denotamos que uno de los requisitos establecidos dentro del pliego, específicamente en el punto 7 dentro de "otros requisitos", señala al respecto lo siguiente: ***"Presentar carta de Crédito por entidad financiera reconocida. Mínimo por el Monto total de la propuesta,"*** de lo anterior se denota que este requisito no fue elaborado bajo las normas y premisas que consagran nuestra ley de contrataciones públicas y normas complementarias, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 numeral 3, que indica ***"Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva"***.

De un repaso crítico del pliego de cargos, se observa que en cuanto al presente requisito la entidad licitante lo elaboró de una forma genérica cuando indica que las empresas debían presentar "una carta de crédito", sin embargo el pliego no adjunta, según las reglas adelante citadas, algún tipo de modelo, formato o formulario a fin que las empresas participantes comprendieran en toda su extensión lo que realmente se requería. Y es que la denominación de este requisito como **carta de crédito** aparece una confusión o falta de claridad, ya que la **carta de crédito** deviene en una figura jurídica diferente, según la práctica y usos bancarios. Resultaría de relevancia jurídica precisar que lo que la entidad quiso requerir de los oferentes pudo ser una carta de disponibilidad financiera, o un carta de intención de financiamiento o una carta de referencia bancaria, ya sea certificando que poseía una cuenta de ahorros, cuenta corriente o línea de crédito; por la suma del valor de la propuesta; siendo ininteligible para los oferentes la naturaleza jurídica y fáctica del requisito a tal punto que el norte medular de la censura de injuridicidad del

91



recurrente lo representa el incumplimiento de tal requisito por la empresa adjudicataria.

A propósito de la naturaleza jurídica de la Carta de Crédito nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo del 20 de noviembre de 2007, se ha ocupado en delimitar y precisar su contenido y naturaleza, cual citamos a continuación:

PANASONIC LATIN AMERICA S. A. RECURRE EN CASACIÓN DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO DECLARATIVO QUE LE SIGUE A MULTI CREDIT BANK INC. PONENTE: JOSE A. TROYANO. -PANAMÁ, VEINTE (20) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL SIETE (2007).

.....

En relación con este punto, resulta ilustrativa la posición del autor SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO quien en su obra denominada "Contratos Bancarios" (Biblioteca Felaban, Bogotá, Colombia, 1990) al referirse a la definición de la carta de crédito y a sus características, manifiesta lo siguiente en relación con una de esas características, la literalidad:

5. LA CARTA DE CREDITO

5.1 DOCUMENTO TIPICO

La carta de crédito es el documento peculiar nacido de la celebración del contrato de crédito documentario que refleja los términos y condiciones derivados del mismo.

...

5.2 CARACTERISTICAS

Se ha discutido por algunos autores e incluso propuesto como una solución interesante para explicar la naturaleza jurídica del contrato que la carta de crédito constituye un título valor. No lo creemos, pero no sobra al respecto hacer algún cotejo entre los principios aceptados como característicos de los títulos valores y la forma en que ellos pudieran aplicarse a la carta de crédito. Ellos son incorporación, literalidad, legitimación y autonomía.

.....

....."

Así las cosas, se entiende que la carta de crédito es un instrumento de crédito, en el cual se le requiere al banco con la finalidad de efectuar un desembolso, es decir, se aporta al momento de dar origen a un contrato de crédito, usualmente respaldando operaciones del tráfico comercial y bancario, constituyéndose al darse los condicionamientos para ello, en un título de valor. Tal instrumento no se asemeja ni a las cartas de referencias bancarias ni a las cartas de intención de financiamiento (mera oferta de financiamiento), sino que constituye una figura de naturaleza jurídica distinta, y aún, para usos comerciales diversos pero distintos -al menos en nuestro medio- que al de la contratación pública.

Concluyéndose de manera definitiva el requisito solicitado es de suma importancia tanto para los administrados y para este Tribunal de justicia administrativa, ya que al momento de presentarse las diferentes ofertas y para la valoración de las mismas, se requiere tener certeza tanto del requisito que se solicita; su importancia para el acto; así como la calidad que el mismo aporta para los sujetos intervinientes del acto y que el mismo, de tratarse de una u otra figura, cubre el monto total de la oferta, o el porcentaje o suma que la entidad ha determinado. Una valoración sistemática del pliego de cargos y de la actuación administrativa impugnada no debe aislarse del contenido de la ley 22 de 2006, pero tampoco del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, que reglamenta la Ley de

[Handwritten signature]
51



Contrataciones Públicas, el cual señala en su artículo 30, mismo que transcribimos así:

Artículo 30: (Estructuración del pliego de cargos)

Los pliegos de cargos serán elaborados por las entidades licitantes antes de la celebración de cada procedimiento de selección de contratista o previa la excepción de éste, cuando sea necesario, y deberán contener la siguiente información:

a)

El aviso de convocatoria

i)

Los modelos de formularios que deberán completar y presentar los proponentes, como las fianzas, el proyecto de contrato, los modelos de cartas, las declaraciones juradas cuando procedan y demás documentos y certificaciones que se requieran.

Y así como también en su artículo 38, numeral c:

Artículo 38: (Modelos o formularios incluidos en los pliegos de cargos)

Las entidades incluirán, dentro de los pliegos de cargos, los modelos o los formularios necesarios que garanticen la presentación de ofertas en igualdad de oportunidades.

Estarán comprendidos dentro de estos formularios, entre otros, los siguientes:

a. El formulario de propuesta.

b. Los modelos de las fianzas.

c. Las cartas.

d. El proyecto de contrato.

e. El modelo de convenio de consorcio o asociación accidental; y

f. Las declaraciones juradas.

La entidad contratante si lo considera conveniente podrá incluir otros formularios dependiendo del acto público de que se trate.

Por lo anterior, si la entidad que profirió la convocatoria se hubiese apegado a las normas citadas, al momento de facilitar los modelos necesarios para que los interesados lo aportaran de forma uniforme y así conocer de forma clara y exacta, se hubiera evitado esos vacíos que se encontraron dentro del acto público.

Los departamentos encargados de la estructuración del pliego de condiciones, que no es más que el requerimiento de los documentos necesarios, así como la solicitud de documentos de carácter técnico, deberán consignar en forma clara e inconfundible los requisitos, con sus respectivos símbolos o terminología normalizados, tal y como lo exigen los artículos 29 y 36 de la Ley No. 22 de 2006 y el Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006, respectivamente. Por ello, se hace necesario detallar cada uno para conocer de antemano e indubitadamente, sus particularidades.

De la lectura de lo anterior, no es razonable, ni mucho menos factible intentar comprender lo que realmente requiere el Ministerio de Salud, hecho que deviene en la imposibilidad jurídica de cumplir con el acto público por parte de los ofertantes.

Este Tribunal, tomando como norte el interés público, no puede avalar que las entidades soliciten requisitos que no sean precisos y claros, aún que no correspondan a la naturaleza jurídica de los instrumentos o actos que normalmente se ejecutan en la actividad contractual pública, al aceptar como válidos documentos sin tener en cuenta el principio de igualdad de los proponentes, y las consecuencias

[Handwritten signature]



o efectos que surjan en el acto de selección de contratistas y en las etapas contractuales y post-contractuales.

La imperfección jurídica aludida es de tal trascendencia que no permite a este tribunal valorar con su justo rigor el incumplimiento o no de tal condición inserta en el pliego de cargo por parte de los proponentes, a propósito de su falta de precisión y claridad.

Por esas razones es que procederemos a anular el acto público desde su inicio, de conformidad al contenido del artículo 135 de la ley de contrataciones públicas positiva, para de esa forma enmendar el error cometido por la entidad contratante.

“Artículo 135. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona” (el resaltado es nuestro).

En anteriores ocasiones, hemos sostenido el criterio que la carga de claridad, y precisión del pliego la debe soportar la entidad licitante, y que los errores que de ella se deriven no pueden obrar en detrimento de determinado oferente, adjudicatario o contratista o, en el peor de los extremos, de todos ellos.

En esta oportunidad, verificamos que el presente proceso se encuentra viciado desde su inicio, es decir, desde la confección del pliego de cargos o términos de referencias, por ser de contenido jurídico imposible, lo que es violatorio del debido proceso, que se encuentra recogido en el artículo 32 de la Constitución Política de la República y los instrumentos internacionales de derecho ratificados por la República de Panamá y también reconocido en el artículo 135 del Texto Único de la Ley N°22 del 27 de junio de 2006, concordante con el artículo 9 (Principio del Debido Proceso) del Decreto Ejecutivo N°366 del 28 de diciembre de 2006; por lo que esta Colegiatura decide anular el mismo acto público N°2016-0-12-0-08-LA-020554, el cual tenía como objetivo la **“CONTRATACION PARA EL SERVICIO DE RECOLECCIÓN, TRANSPORTE, TRATAMIENTO Y DISPOSICIÓN FINAL DE LOS DESECHOS HOSPITALARIOS PELIGROSOS GENERADOS POR LAS 19 INSTALACIONES DE LA REGIÓN METROPOLITANA DE SALUD PARA UN PERIODO DE 12 MESES”**.

En virtud de lo anterior, este Tribunal arriba a la conclusión que lo procedente es la declaratoria de nulidad del procedimiento de selección de contratista en examen, con fundamento en el artículo 354, literal d) que establece:

“Artículo 354: (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:

- a) Confirmar lo actuado por la entidad contratante,
- b) Modificar lo actuado por la entidad contratante,
- c) Revocar lo actuado por la entidad contratante, restableciendo el derecho vulnerado,
- d) Anular lo actuado por la entidad contratante".

En cuanto a las actuaciones profesadas por la recurrente, el Tribunal no ha observado ni dilación, ni gestión temeraria alguna, por lo que resolverá la devolución de la Fianza de Impugnación representada en cheques de gerencia cheque de gerencia No.000203255 de 12 de mayo de 2017, por la cantidad de cuatro mil cuatrocientos cincuenta y ocho balboas 85/100 (B/.4,458.85), que se encuentran a orden del TACP/Contraloría General de la República.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista de Licitación Abreviada por Precio No. 2016-0-12-0-08-LA-020554, iniciado por el Ministerio de Salud, que adjudicó el mencionado acto administrativo a la empresa CONSTRUCCIONES, LIMPIEZA Y EQUIPOS, S.A., por un monto de cuatrocientos cincuenta y seis mil Seiscientos Siete balboas con 37/100 (B/.456.707.37), por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión administrativa. No obstante, si la entidad aún requiere la adquisición del objeto contractual en debate, podrá si así lo desea, realizar **otro** acto público

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza N°01-40-9541 de 2 de junio de 2017, por un monto de sesenta y ocho mil quinientos seis balboas con 11/100 (B/.68,506.11), a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y como beneficiario: Ministerio de Salud/Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a foja 013 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER al Ministerio de Salud, el expediente administrativo, contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de selección de contratista, el cual está conformado de un (1) tomo, integrado por 776 fojas útiles, según consta en informe de trámite de 31 de julio de 2017, que reposa a foja 087 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 correspondiente ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

SEXTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 083-2017, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 120, artículo 129, artículo 130 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 sobre Contrataciones Públicas; y el artículo 000 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006.

Notifíquese y Cúmplase,


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


KAREN SOLÍS
Secretaria General
Encargada.

