



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 173-2017

RECURRENTE: INGENIERIA MOSMAR, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.019-2017 IBIS de 17 de octubre de 2017 por la cual se adjudica a la empresa **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES** el acto de licitación pública No. **2017-5-12-0-02-LP-000241** por el mejoramiento de acueductos rurales proferido por el **MUNICIPIO DE PENONOMÉ**.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No.113-2018-Pleno/TACP de 22 de mayo de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que 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, y recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, que 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:

El Municipio de Penonomé, convocó el acto público No. **2017-5-12-0-02-LP-000241**, el cual consistió en el mejoramiento de acueductos rurales, con un precio de referencia de **NOVENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS BALBOAS CON 78/100 (B/. 99,800.78)**, fijando como fecha de presentación de propuestas el día 25 de septiembre de 2017, desde las 8:30 de la mañana hasta las 10:30 de la mañana, y el mismo día, pero a partir de las 10:31 de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas.

21



Luego del trámite que conlleva el procedimiento de Licitación Pública, el Municipio de Penonomé, profiere la Resolución **019-2017 IBIS** de 17 de octubre de 2017 por la cual se adjudica a la empresa **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES W**, el acto de licitación pública No. **2017-5-12-0-02-LP-000241** referente al mejoramiento de acueductos rurales, por la suma de **NOVENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHO BALBOAS CON 75/100 (B/.95,808.75)**, tal como manifestó la entidad licitante en la resolución precitada.

La decisión anteriormente descrita fue publicada en el portal electrónico de "PanamaCompra" el día 17 de octubre de 2017, e impugnada por el licenciado **JUAN RAMON MALIVERN F**, el cual actuando en nombre y representación de la empresa **INGENIERÍA MOSMAR, S.A.**, presentó ante la Secretaría General de este Tribunal formal recurso de impugnación el día 23 de octubre de 2017, es decir, dentro del término adjetivo que señala la ley positiva de contrataciones públicas.

II. PRESENTACIÓN DE RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Dentro del término procesal oportuno (art. 130 de la Ley 22 de 2006), es decir, el día 23 de octubre de 2017, el licenciado **JUAN RAMON MALIVERN F**, actuando en calidad de apoderado especial de **INGENIERÍA MOSMAR, S.A.**, presentó ante la Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación en contra de la Resolución No.**019-2017 IBIS** de 17 de octubre de 2017, emitida por el **MUNICIPIO DE PENONOMÉ** por la cual se decidió adjudicar a la empresa **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES EL ACTO DE LICITACIÓN PÚBLICA No. 2017-5-12-0-02-LP-000241**, para el **MEJORAMIENTO DE ACUEDUCTOS RURALES** (poder y recurso de impugnación visibles a fojas **(010-013)** del expediente del Tribunal.)

III. PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE:

El licenciado **JUAN RAMÓN MALIVERN**, actuando en calidad de apoderado especial de **INGENIERÍA MOSMAR, S.A.**, sustentó su recurso de impugnación con fundamento en el hecho que dentro del acto público objeto de estudio, se dieron varias irregularidades, las cuales van enfocadas a que la empresa **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES W**, no debió ser la empresa adjudicataria de dicha licitación pública.

Lo anterior, en base a que la empresa **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES W**, no cumplió con todas las especificaciones establecidas en el pliego de cargos, puesto que la declaración jurada de medidas de retorsión, fue presentada con otro nombre y otro **RUC**, como lo es **CALI LIANG E-8-86989**, quien si bien es la persona autorizada mediante poder especial de administración, no es quien

24



presenta la propuesta según los registros y la propia propuesta presentada, tampoco se estableció la existencia de un consorcio entre estas dos personas.

De igual manera señaló el recurrente que en el poder presentado por el ofertante están las facultades de que "venda, compre, realice, trámites legales, para que lo reemplace en sus ausencias momentáneas ocasionales o temporales en todos los actos personales, comerciales, municipales o nacionales que se relacionen con el buen desenvolvimiento y desarrollo de las actividades descritas en él."

Siendo así y no habiendo presentado ningún documento que conste que estén participando como consorcio entre estas dos personas, la no presentación correcta de la declaración jurada de medidas de retorsión por parte de **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES W** con **RUC 03-0723-0113** con nombre de persona natural **YICHIZY WU MO**, la descalificaría, por incumplir con el requisito de la presentación jurada de medidas de retorsión correctamente.

Por otra parte, señaló el recurrente que otra de las contravenciones cometidas a la ley dentro de este acto público fue la indebida aplicación de la norma en materia de empate, esto en atención a que el procedimiento seguido por la entidad al momento de la publicación del empate entre las empresas **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES W e INGENIERIA MOSMAR, S.A.**, fue realizar todos los pasos en un mismo día, siendo las disposiciones contempladas en la norma, disímiles a lo actuado por la entidad.

Lo anterior obedece, a que el día trece (13) de octubre de 2017, la entidad licitante publicó el informe de la comisión verificadora donde se hace constar el empate de las empresas señaladas en el párrafo que antecede y de manera conjunta publicó el mismo día la Nota No. 212 DC –MP17 la cual convoca ambas empresas a cumplir con lo establecido en el artículo 30 literal k, mismo que establece que para los efectos concernientes a la mejoras de precios, dicho acto se llevará a cabo el segundo día hábil contado desde que se produzca el empate.

Y es precisamente, la publicación por parte de la entidad en un mismo día de todos estos pasos correspondientes a las reglas de adjudicación en caso de empate, lo que lleva al recurrente a manifestar su disenter respecto a la adjudicación realizada por la entidad, toda vez que nunca se le notificó a la empresa **INGENIERIA MOSMAR, S.A.**, por ninguno de los medios posibles establecidos en la ley, es decir, (portal electrónico, teléfono, correo u otros) la publicación del informe respectivo, para la debida asistencia a la convocatoria de desempate, máxime que el procedimiento establecido en el artículo 88 literal I, establece que la entidad licitante comunicará sobre la publicación de este informe a los proponentes que, en su propuesta hayan incluido su correo electrónico o fax.

21 B



En concordancia con lo establecido en el artículo 30, literal k, el cual indica que la entidad licitante determinará la hora de la apertura de sobres con la mejora de precios, acto que se llevará a cabo el segundo día hábil contado desde que se produzca el empate.

Concluye el recurrente manifestando que antes las fundamentaciones señaladas en los párrafos que antecede solicita a este Tribunal se revoque la Resolución No.019-2017 IBIS del 17 de octubre de 2017, que adjudica el acto público No. 2017-5-12-0-02-LP-000241 a la empresa **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES W**, y se restablezca el derecho vulnerado adjudicando a la empresa **INGENIERIA MOSMAR, S.A.**, el acto público en mención, toda vez que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos y la ley.

El recurrente adujo como prueba el acto No. 2017-5-12-0-02-LP-000241, y aportó como pruebas documentales la siguiente documentación:

1. Copia notariada del certificado de registro público.
2. Copia de la cédula del representante legal.
3. Copia del pliego de cargos 2017-5-12-0-02-LP-000241
4. Copia del informe de comisión verificadora
5. Copia de la Nota No. 212 DC-MP17
6. Copia del acta de desempate No. 002-2017
7. Copia de la declaración jurada de retorsión de Centro de Materiales y construcciones W.
8. Copia del poder especial de administración de Centro de Materiales y Construcciones W.
9. Acta de Notaría Segunda de Circuito de Coclé.
10. Copia de la resolución 019-2017 IBIS del 17 de octubre de 2017.

IV. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No.153-Pleno/TACP de 04 de diciembre de 2017 (admisión), previa verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales anunciados en los artículos 340, 341, 342 y s.s., del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, admitió el recurso de impugnación interpuesto por el licenciado **JUAN RAMÓN MALIVERN FERNÁNDEZ** apoderado especial de la empresa **INGENIERIA MOSMAR, S.A.**, resolución que fue publicada el día 28 de diciembre de 2017 en el portal

81 B



electrónico "PanamaCompra," corriéndose traslado del recurso presentado al Municipio de Penonomé, 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 respectivo.

V. ALEGACIONES DE TERCEROS:

Tal como se observa mediante informe de trámite fechado diez (10) de enero de dos mil dieciocho (2018) emitido por la Secretaria de Impugnación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, visible a foja noventa y uno (091), se deja constancia que el día dos (2) de enero de 2018, se recibió en tiempo oportuno escrito de alegatos por parte del licenciado **CARLOS E. JAÉN PONCE**, apoderado especial de la señora **YICHIZI WU MO** propietaria del establecimiento cuya razón comercial es **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES W**.

VI. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

Mediante **Nota No.004DC-MP18** calendada 8 de enero de 2018, la Municipalidad de Penonomé, remitió informe de conducta en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad, la cual reposa a folio 071-085 del expediente jurídico, y cual fuese publicado a fecha 10 de enero de 2018 a las 11:44 a.m.

VII. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

Finalizada la exposición sucinta de la resolución recurrida, así como las pretensiones de la parte recurrente y los alegatos vertidos por parte del apoderado judicial de la señora **YICHIZI WU MO** propietaria del establecimiento cuya razón comercial es **CENTRO DE MATERIALES Y CONSTRUCCIONES W**, y anotados los presupuestos procesales descritos, el Tribunal ha observado, que no es posible adentrarnos a valorar el fondo de la causa en virtud del siguiente análisis.

Nótese que dentro de los requisitos mínimos obligatorios exigidos en el pliego de cargos, se encuentra en el punto No.8, la idoneidad de la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, en donde establece que los proponentes que participen en actos de selección de contratista de obras o actividades de Ingeniería y Arquitectura deben estar registrados en la Junta Técnica de Ingeniería y arquitectura, para lo cual deben estar domiciliadas en Panamá e inscritas en el Registro Público y que los profesionales responsables de las obras o de las actividades propias de la Ingeniería y Arquitectura, deberán tener los correspondientes certificados de idoneidad expedida por la Junta Técnica en sus respectivas ramas de ingeniería y arquitectura.

21



Por tal motivo, el documento previamente descrito en el párrafo que antecede constituye un requisito habilitante, es decir un documento obligatorio que deben cumplir los proponentes al momento de presentar sus propuestas.

Ahora bien, pudimos observar dentro del expediente administrativo, que se llevaron a cabo varias irregularidades, las cuales este Tribunal colegiado no puede pasar por alto, y es nuestra labor manifestarlas a fin que se aclaren aquellas acciones que han generado vicios de nulidad en dicho acto público.

Por lo cual, procedemos a detallar las actuaciones que entraron en contravención con lo preceptuado en nuestra normativa jurídica, siendo éstas las siguientes:

1. La entidad contratante, omitió específicamente en el Capítulo II, del pliego de cargos para el proyecto denominado **"MEJORAMIENTO DE ACUEDUCTOS RURALES EN EL CORREGIMIENTO DE CHIGUIRI ARRIBA, DISTRITO DE PENONOMÉ, PROVINCIA DE COCLÉ"** el cual establece las Condiciones Especiales que se llevarán a cabo en el proceso de selección de contratista, dentro de los requisitos de participación, la idoneidad de la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura.
2. En el informe de la comisión verificadora, fechado 6 de octubre de 2017, podemos observar que, al momento de la revisión de los requisitos del pliego de cargos, dicha comisión colocó en el cuadro al lado del punto No. 8, una X la cual indica que este requisito no aplica, para este acto de selección de contratista, manifestando que no es un requisito del pliego de cargos del proyecto. (visible de las fojas 217 a 225 del expediente administrativo).
3. Como último punto y no menos importante, este Tribunal se pudo percatar que, dentro del pliego de cargos, específicamente en el objeto contractual la entidad contratante hizo alusión a que trataba de un bien, sin embargo, tal como ahondaremos más adelante, reposa en el expediente un contrato de obra suscrito por la entidad contratante y la empresa contratista, donde se deja constancia que no solo estamos ante la figura del requerimiento de bienes sino también de la ejecución de una obra.

Expuestos los puntos que acarrear un evidente vicio de nulidad, debido a que dicha pretermisión indujo a que los proponentes no aportaran la documentación correspondiente a su registro en la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, siendo este un requisito de obligatorio y estricto cumplimiento, procedemos a enmarcarnos en lo taxativamente expuesto por nuestra excerta jurídica en el artículo 42 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente reordenado en el artículo 53 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, el cual a la letra reza lo siguiente:

91 42



"Artículo 42 (53) Licitación Pública: La licitación Pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos." (la negrita y el subrayado es nuestro).

En este orden de ideas, precisamos señalar lo establecido en la Resolución No. JTIA-609 de 29 de octubre de 2003, por medio de la cual se reglamenta la participación de Empresas en los actos públicos, para la contratación de Obras de Ingeniería y Arquitectura, a través de la cual se resuelve lo siguiente:

1. " Las empresas que participen en actos públicos o privados de contratación de obras o actividades de Ingeniería y Arquitectura deben estar registrada en la Junta técnica de Ingeniería y Arquitectura, para lo cual deben estar domiciliada en Panamá e inscritas en el Registro Público y que los profesionales responsables de las obras o de las actividades propias de la Ingeniería y Arquitectura, deberán tener los correspondientes certificados de idoneidad expedida por la Junta Técnica en sus respectivas ramas de Ingeniería y Arquitectura y se encuentren a su servicio en forma regular, para lo cual deberán probar su dependencia jurídica y subordinación jurídica, o como socio, en consorcio o mediante asociación accidental, a través del respectivo contrato.
2. Los entes públicos o privados quedan obligados a rechazar de plano las ofertas de las personas o empresas que no cumplan con este requisito durante los actos públicos o privados que fuesen convocados por ellos."

Dicho esto, y en aras de preservar la esencia del procedimiento administrativo, concluimos que lo correspondiente en este acto es anular el acto público de selección de contratista No. **2017-5-12-0-02-LP-000241**, a fin que se convoque un nuevo acto público, en donde se cumplan con los requerimientos exigidos en el pliego de cargos (requisitos habilitantes y los que adicione la entidad en base al objeto contractual).

Ahora bien, en este mismo orden de ideas, cabe señalar que reposa de foja 235 a 239, dentro del expediente administrativo, el contrato No. 027-17, mismo que si bien no se encuentra refrendado por la Contraloría General de la República, nos deja ver que dicha licitación pública, tiene como fin último un contrato de obras, el cual va encaminado a que el contratista se comprometa a realizar por su cuenta todo el trabajo relacionado con el proyecto: "**MEJORAMIENTO DE ACUEDUCTOS RURALES**", motivo por el cual somos del criterio que la ejecución de dicha obra, conlleva un estudio especializado por idóneos profesionales en la materia, para que el desempeño sea efectivo y no ocurra imprevistos e inconvenientes que terminen afectando la sociedad en general.

51



De ahí la exigencia de éste requisito que, por su carácter de obligatoriedad, lleva a habilitar o no un acto, en cuyo caso siendo la falta del mismo, objeto de vicio de nulidad, ante la falta de su requerimiento al momento de evaluar y ponderar los requisitos presentados por los proponentes por parte de la comisión evaluadora, la cual erradamente colocó que dicho documento no aplicaba dentro del pliego de cargos.

De esta manera concluimos que el objeto contractual es de una actividad de ingeniería por lo que el mejoramiento de acueductos rurales, requiere la idoneidad de un profesional, contrario a lo señalado por la comisión verificadora al momento de ponderar las propuestas presentadas.

Por los motivos antes expuestos, este Tribunal en aras de resolver la litigiosidad administrativa dentro de la presente encuesta, se ve en la necesidad de anular lo actuado por la entidad contratante y ordenar a dicha entidad que proceda con una nueva convocatoria respecto al acto público in comento, a fin de exigir y evaluar en debida forma el documento que hoy es motivo de nulidad.

Así las cosas, nuestra legislación de contrataciones públicas configura como una causal de nulidad los actos que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Así lo establece el artículo 135 del texto Único de la ley No. 22 de 2006, que a la letra dice.

“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”.

En esta oportunidad, verificamos que el presente proceso se encuentra viciado desde la confección del pliego de cargos emitido por la entidad contratante, por lo que nuestro pronunciamiento jurisdiccional se fundamenta en el artículo 354 del decreto ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que al tenor apunta a la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de anular la actuación de la entidad licitante.

“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:.....



d) **Anular** lo actuado por la entidad contratante" (Lo resaltado es nuestro)-

Concluimos de esta manera manifestando en base a todos los elementos previamente vertidos y las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo, que la entidad precisa llevar a cabo un nuevo acto público teniendo en cuenta la corrección del pliego de cargos en cuanto al objeto contractual, así como también añadir el requisito *in comento* en los requerimientos obligatorios mínimos exigidos en el pliego de cargos para que de esta manera sean verificadas en debida forma por la comisión verificadora.

En lo referente 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.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el acto público de selección de contratista No. **2017-5-12-0-02-LP-000241** emitido por el **MUNICIPIO DE PENONOMÉ** el cual consistió en el mejoramiento de acueductos rurales. Si la entidad administrativa mantiene su interés del requerimiento del objeto contractual deberá realizar un nuevo acto público al respecto.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la fianza de Impugnación constituida mediante cheque de gerencia No. **005144**, del 23 de octubre de 2017, emitida por Global Bank, a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas /Contraloría General de la República, por la suma total de **CATORCE MIL TRECIENTOS SETENTA Y DOS BALBOAS CON 00/100 (B/. 14,372.00)**

TERCERO: DEVOLVER al **MUNICIPIO DE PENONOMÉ**, el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de selección de contratista, que consta de un (1) tomo, integrado por doscientas cincuenta y ocho (258) fojas útiles.

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

21

QUINTO: 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.

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°173-2017, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 120, 130, 135, 141,145 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006; artículos 30,81,88, 354 y 356 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,



JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado Sustanciador



DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

