

REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 040-2018

RECURRENTE: RESTAURANTE E INVERSIONES MANA SOCIEDAD ANÓNIMA.

ACTO IMPUGNADO: Resolución de Adjudicación No.85 de 03 de abril de 2018 por la cual se adjudica el acto público de licitación pública No. 2017-0-12-0-09-LP-023126, proferido por el MINISTERIO DE SALUD.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No.121-2018-Pleno/TACP de 11 de junio 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, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá; en su artículo 120 (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.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 que 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 Ministerio de Salud, convocó el acto público No. 2017-0-12-0-09-LP-023126, el cual consistió en la "Adquisición de Comida Preparada para Desayuno, Almuerzo y Cenas", con un precio de referencia de TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/. 3,467,500.00) fijando como fecha de presentación de propuestas el día 24 de enero de 2018, desde las 8:00 hasta las 10:00 de la mañana, y el mismo día, pero a partir de las 10:01 de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas.

29



Luego del trámite que conlleva el procedimiento de licitación pública, el Ministerio de Salud a través de la Resolución No. 85 de 3 de abril de 2018, resuelve adjudicar el acto público No. **2017-0-12-0-09-LP-023126**, para la adquisición de **"COMIDA PREPARADA PARA DESAYUNO, ALMUERZO Y CENAS"**, por ser el proponente cuya oferta cumple con lo requerido en el pliego de cargos para esta contratación.

La decisión anteriormente descrita fue publicada en el portal electrónico de **"PanamaCompra"** el día 03 de abril de 2018, e impugnada por el licenciado **IRISNEL BARRERA ORTEGA**, el cual actuando en nombre y representación de la empresa **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA SOCIEDAD ANÓNIMA**, presentó ante la Secretaría General de este Tribunal formal recurso de impugnación el día 10 de abril de 2018, 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 según artículo 130 de la Ley 22 de 2006 (art. 146, recientemente reformado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017), es decir, el día 10 de abril de 2018, el licenciado **IRISNEL BARRERA ORTEGA**, actuando en calidad de apoderado especial de **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA SOCIEDAD ANÓNIMA**, presentó ante la Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación contra de la Resolución No. 85 del 3 de abril de 2018, emitida por el **MINISTERIO DE SALUD**, por la cual se decidió adjudicar el acto público No. **2017-0-12-0-09-LP-023126**, para la adquisición de **"COMIDA PREPARADA PARA DESAYUNO, ALMUERZO Y CENAS"** por ser el proponente cuya oferta cumple con lo requerido en el pliego de cargos para esa contratación. (Poder y recurso de impugnación visibles a fojas **012-016** del expediente del Tribunal).

III. PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE:

El licenciado **IRISNEL BARRERA ORTEGA**, actuando en calidad de apoderado especial de **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA SOCIEDAD ANÓNIMA**., fundamentó su recurso de impugnación sobre la base que la resolución que adjudicó el acto público de selección de contratista, fue emitida de manera ilegal, por ser contraria al debido proceso y arbitraria debido a que el pliego de cargos es un requisito exigido unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, incluyendo los términos y condiciones del contrato que va a celebrarse en el cual debe incluir reglas objetivas, justas, claras y completas que permiten la mayor participación de los interesados en igual condiciones.

27



Concluye el letrado manifestando que la entidad licitante adjudicó con una acción ilegal señalando que la empresa **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, ha presentado la oferta que corresponde al precio más bajo.

El recurrente aportó con su escrito de sustentación las siguientes pruebas documentales:

1. Resolución No. 85 de 3 de abril de 2018.
2. Copia impresa en el portal del sistema electrónico de contrataciones públicas de "**PANAMÁCOMPRA**" de la propuesta presentada por su representado.
3. Poder.
4. Copia simple del certificado de Registro Público de la empresa **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA SOCIEDAD ANÓNIMA**.

IV. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No. .035-2018 Pleno /TACP de 11 de abril de 2018, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos anunciados en los artículos 340 (207), 341, (208) 342 (210) y s.s., del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, recientemente reformado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, admitió el recurso de impugnación interpuesto por el Lcdo. **IRISNEL BARRERA ORTEGA**, apoderado especial de la empresa **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA SOCIEDAD ANÓNIMA**, Resolución que fue publicada el día 11 de abril de 2018, 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 tres (3) días hábiles, el informe de conducta acompañado del expediente administrativo.

I. SOLICITUD DE PRÓRROGA

Que el día 16 de abril de 2018, el Ministerio de Salud, mediante nota No. 671/OAL fechada 16 de abril de 2018, presentó ante la secretaria del Tribunal, una solicitud de prórroga por el máximo permitido en la Ley (Artículo 130, Ley 22 de 2006, Texto Único), visible a folio 066 del expediente del Tribunal, con el fin de atender adecuadamente el informe solicitado; la cual fue aprobada mediante Resolución No. 009-2018-TACP de 16 de abril de 2018, (visible a infolios 074 y 075 del expediente del Tribunal).

V. ALEGACIONES DE TERCEROS:

Tal como se observa mediante Informe de Trámite fechado veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018) emitido por la Secretaria de Impugnación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, visible a foja (093), se deja constancia que dentro de término de ley se recibió escrito de alegaciones de terceros, presentado por la

[Handwritten signature]



Licenciada **ELIZABETH PITTI ARAÚZ**, en su condición de representante legal de la sociedad **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**

VI. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

Mediante **Nota No. 628/DMS/OAL**, calendada 17 de abril de 2018, el Ministerio de Salud, remitió Informe de Conducta en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad, la cual reposa a folio 083-085 del expediente jurídico, y cual fuese publicado a fecha 23 de abril de 2018 a las 10:02 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, podemos observar que nos encontramos frente a un acto público de selección de contratista donde la entidad licitante, resolvió adjudicar el acto público de selección de contratista No. **2017-0-12-0-09-LP-023126**, para la adquisición de **COMIDA PREPARADA PARA DESAYUNO, ALMUERZO Y CENAS**, a la empresa **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, por ser el proponente cuya oferta cumple con lo requerido en el pliego de cargos para esta contratación.

Sin embargo, antes de entrar a detallar tanto los elementos de forma, de fondo y las evaluaciones probatorias como corresponde, debemos resaltar el hecho que, por tratarse de un procedimiento de selección de contratista, bajo la figura de la licitación pública, la cual en este caso en particular alude un porcentaje de riesgosity del 20% y onerosidad a considerar de un diez (10%) por ciento, siendo el precio de referencia de B/. 3,467,500.00 consideramos de suma importancia, realizar la operación matemática necesaria pertinente con la finalidad de tener pleno conocimiento del monto exacto que debían manejar los proponentes al momento de ofertar, en cuanto a la cifra de inicio y el límite considerando el porcentaje anteriormente descrito en cuanto a la riesgosity y onerosidad descrita en el pliego de cargos.

Siendo, así las cosas, procedemos a realizar el cálculo matemático de rigor, siguiendo los parámetros legales, de la siguiente manera:

El precio de referencia señalado en el pliego de condiciones es de B/. 3,467,500.00 (TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y MIL QUINIENTOS BALBOAS) y el porcentaje de riesgosity es de 20% y onerosidad es del 10%, motivo por el cual procedemos a realizar la siguiente fórmula:

Precio de referencia X % de riesgosity

Handwritten signature or mark.



Se multiplica el precio de referencia por el porcentaje de riesgosisdad y el resultado se divide entre 100. Reemplazando las variables, a valores nos queda así:

$$\frac{B/.3,467,500.00 \times 20\%}{100} = 693,500.00$$

Luego, al precio de referencia se le resta el resultado de la ecuación anterior, es decir, 693,500.00 lo que gráficamente queda de esta manera:

$$3,467,500.00 - 693,500.00 = 2,774,000.00$$

En atención al porcentaje de riesgosisdad a considerar, y al cálculo anteriormente realizado, cabe señalar que **ninguna propuesta debe ser menor de B/2,774,000.00.**

Respecto a la onerosidad, procedemos a realizar el cálculo respectivo a fin de establecer el monto que no debió ser superado por los oferentes dentro de esta licitación pública al momento de presentar sus propuestas, en base al 5% establecido en el pliego de cargos, y a ello nos avocamos:

Multiplicamos el precio de referencia por el porcentaje de onerosidad y el resultado se divide entre 100. Reemplazando las variables, a valores nos queda así:

$$\frac{\text{Precio de referencia} \times \% \text{ de onerosidad}}{100} \\ \frac{B/.3,467,500.00 \times 10\%}{100} = 346,750.00$$

Luego, al precio de referencia le sumamos el resultado de la ecuación anterior, es decir 346,750.00, lo que gráficamente queda de esta manera:

$$B/.3,467,500.00 + 346,750.00 = B/.3,814,250.00$$

Tenemos que el monto en cuanto al porcentaje de onerosidad no debió ser superado por **ninguno de los proponentes al momento de presentar sus ofertas, a la suma de B/.3,814,250.00.**

Concluyendo de esta manera, en que la riesgosisdad y onerosidad considerada por la entidad licitante, en cuanto a los proponentes que participaron en este acto de selección, la primera (riesgosisdad) no debe ser menor de **B/. B/2,774,000.00.** y la segunda (onerosidad) no debe ser mayor de **B/.3,814,250.00.**

Establecidas las cifras exactas que los proponentes debieron tomar en cuenta al momento de presentar cada una de sus ofertas, podemos colegir que ambas



propuestas cumplieron con el margen de riesgosisd y onerosidad, así las cosas procedemos de inmediato a entrar a dilucidar el fondo de la controversia.

Puntualizamos nuevamente que el procedimiento de selección de contratista es una licitación pública, establecida en el artículo 42 (53) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, cuya reglamentación se encuentra en el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, recientemente derogado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, en donde el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos y de conformidad con lo establecido en el artículo 130 (146) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, esta colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso.

Por tal motivo, este Tribunal procede a verificar en base a lo arribado por la entidad y a lo fundamentado por la parte recurrente, si la adjudicación realizada por el **MINISTERIO DE SALUD**, se ajustó a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico o si por el contrario le asiste la razón al recurrente.

Ahora bien, nótese que el motivo de dicha impugnación radicó en la notoria ilegalidad y arbitrariedad que a juicio del recurrente se encontró presente en la resolución mediante la cual la entidad licitante le adjudicó el acto público a **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, por ser esta empresa quien presentó la oferta que correspondía al precio más bajo, y es por esta razón que procedemos a verificar si en efecto nos encontramos ante la figura de ilegalidad y arbitrariedad, y en base a ello determinar quien ostenta la razón procesal, toda vez que estamos frente a una resolución de adjudicación y corresponde evaluar si los motivos que llevaron a la entidad a adjudicar este acto público, se ajustan a los requisitos detallados en el pliego de cargos.

De ahí que, ante el estudio del dossier administrativo, se desprenden una serie de actos procesales llevados a cabo a lo largo del procedimiento de selección de contratista, que llaman poderosamente nuestra atención, puesto que evidencia, el pronunciamiento reiterado por parte de la entidad, en cuanto al cumplimiento por parte de la empresa adjudicataria de los requisitos exigidos en el pliego de cargos, por tal razón, procedemos a realizar un recuento de las actuaciones realizadas por ambas partes y así emitir un juicio de valor que sea cónsono con la realidad procesal.

Si bien, nos encontramos ante la participación de dos proponentes de los cuales cada uno de ellos contaba con un valor distinto al momento de presentar sus ofertas, la propuesta más baja correspondía a la empresa **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA, SOCIEDAD ANÓNIMA.**, sin embargo, precisa señalar, que nuestra legislación es clara al establecer en materia de licitación pública, que el acto público será



adjudicado al oferente que ofertó el precio más bajo y que cumpla con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

En este orden de ideas, pudimos percatarnos que a lo largo de la realización de este acto público se emitieron dos informes por parte de la Comisión Verificadora toda vez que la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante Resolución No. DF-163-2018, del uno (1) de marzo de 2018, estimó que lo procedente es anular parcialmente el primer Informe de la Comisión Verificadora para que rindiese un nuevo informe atendiendo a las observaciones planteadas, en cuanto a los puntos No.10 y No.12 de la sección "Otros requisitos" de las condiciones especiales del pliego de cargos, respecto a la propuesta de **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, y confirmar el resultado de la verificación realizada por la comisión, con relación a la propuesta de **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA, SOCIEDAD ANÓNIMA**, y se cumpla con el procedimiento que establecía el artículo 42 del texto único de la ley 22 de 27 de junio de 2006.

La decisión arribada por la Dirección General de Contrataciones Públicas en el párrafo que antecede, tuvo su origen en las acciones de reclamo presentadas por ambos proponentes, toda vez que a criterio de aquellos cumplían a cabalidad con los requisitos que procedemos a detallar a fin de determinar si fueron o no cumplidos en su totalidad:

1. Por parte de la empresa recurrente, **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA, SOCIEDAD ANÓNIMA**, aludió el cumplimiento de la documentación exigida en el numeral 19 del cuadro de verificación del informe de la comisión verificadora (punto 13 de "Otros requisitos" del pliego de cargos).
2. Por parte de la empresa adjudicataria, **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, la acción de reclamo se enfocó en el cumplimiento de los puntos No. 10,12 y 13.
3. Posteriormente la empresa recurrente, presentó formal acción de reclamo enfatizado que la empresa adjudicataria **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, no había cumplido a cabalidad con el requisito establecido en el punto No. 14.

Por lo tanto, en atención a sendas acciones de reclamo interpuestas ante la entidad licitante, es nuestra labor, proceder a verificar si efectivamente los proponentes cumplieron a cabalidad con los puntos objetos de reclamos y determinar si la valoración arribada por la comisión verificadora en su nuevo informe, se ajusta a los presupuestos establecidos en el pliego de cargos.

De manera tal que, una vez verificados tanto el pliego de cargos como la adenda No.1, emitida dentro de este acto de selección de contratista, en donde ésta última establece que, los proponentes deben presentar su propuesta y los documentos que la acompañen en original, una copia simple y en formato digital, podemos colegir lo siguiente:



Ante la exigibilidad de la documentación requerida en el pliego de cargos, y verificados cada uno de los documentos aportados por ambos proponentes, coincidimos en su totalidad con el último informe emitido por la comisión verificadora, puesto que de las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo, así como las visibles en el portal electrónico de PanamáCompra, se desprende el caudal probatorio que acredita los requerimientos exigidos en esta licitación pública, los cuales nos llevan a concluir que efectivamente la empresa adjudicataria cumplió a cabalidad con los requisitos exigidos.

Lo anterior en base a que de la documentación objeto de controversia tales como:

1. Constancia de Inspección Sanitaria del vehículo que se dedicará a transportar la alimentación al Hospital.
2. Constancia de Inspección Sanitaria de las instalaciones.
3. Certificación en original emitida por el proponente en el cual hace constar que el local donde preparará los alimentos cuenta como mínimo 0.8 metros cuadrados por ración, es decir que la ración es la sumatoria de un desayuno, más un almuerzo, más una cena. Esta licitación es por 316.7 raciones diarias.
4. Listado del personal que prestará servicios con el proponente, con sus respectivos cargos, copia de carnés de manipulador de alimentos vigente, y copia de documentos que acrediten su idoneidad, esto en caso de tratarse de una profesión.

Se pudo acreditar, que la empresa adjudicataria, **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, sí cumplió con todos los requisitos exigidos, y específicamente en cuanto a los puntos listados con anterioridad los cuales fueron objeto de reclamo, reposa en el expediente administrativo, constancia de la presentación de dicha documentación, misma que se encuentra visible de foja **205, 206-207, 213**.

De igual manera, consideramos oportuno acotar que, ante la exigibilidad planteada en el pliego de cargos, en cuanto a la "Certificación en original emitida por el proponente en el cual hace constar que el local donde preparará los alimentos cuenta como mínimo 0.8 metros cuadrados por ración, es decir que la ración es la sumatoria de un desayuno, más un almuerzo, más una cena. Esta licitación es por 316.7 raciones diarias", la empresa recurrente aportó a foja 325, la siguiente certificación:

"El representante legal de Restaurante e inversiones Mana, S.A, Omar Uribe, certifica que el local de procesamiento de alimentos de restaurante e inversiones Mana, S.A sucursal No. 1 cumple con las medidas solicitadas es decir que la ración es la sumatoria de un desayuno, más un almuerzo, más una cena. Esta licitación es por 316.7



raciones diarias según el punto No. 19 de otros requisitos de la adenda solicitado por el Ministerio de Salud."

Esta certificación no alude el metraje mínimo exigido en el pliego de cargos, siendo que la ración es la sumatoria de un desayuno, más un almuerzo, más una cena, la cual arroja 316.7 raciones diarias, por lo que al realizar la siguiente ecuación matemática podemos calcular el mínimo establecido por la entidad licitante respecto al espacio con el que debe contar el lugar para preparar los alimentos:

$$0.8 \text{ metros cuadrados por ración} \times 316.7 \text{ raciones diarias} = 253.36$$

$$253.36 \times 3 \text{ (desayuno, almuerzo, cena)} = \text{Total de } 760.08 \text{ mts}^2.$$

Definido el metraje mínimo en el pliego de cargos, cabe destacar que la certificación aportada por la empresa adjudicataria si cumplió a cabalidad con el requisito exigido, toda vez que de la certificación aportada podemos observar a foja 205 del expediente administrativo, lo siguiente:

"Declaración jurada emitida por Constantino Jorge Liakópulos Falcón, secretario y representante legal de la sociedad denominada "PROCESADORA MONTE AZUL, S.A., donde certifica que PROCESADORA MONTE AZUL, S.A., cuenta con un local donde prepara los alimentos que mide 1,000 metros cuadrados que cumple con los 0.8 metros cuadrados que piden como mínimo por ración diaria en el pliego de cargos. (la negrita y el subrayado es nuestro)".

Del sustento probatorio queda desvirtuado el planteamiento realizado por el recurrente referente al punto No. 19, respecto a la "Certificación en original emitida por el proponente en el cual hace constar que el local donde preparará los alimentos cuenta como mínimo 0.8 metros cuadrados por ración, es decir que la ración es la sumatoria de un desayuno, más un almuerzo, más una cena. Esta licitación es por 316.7 raciones diarias", toda vez que, a juicio de éste, la comisión verificadora como responsable, debió buscar los mecanismos que le permite la ley de contrataciones para evaluar los requisitos solicitados en dicho pliego de cargo y escoger la propuesta con mayor beneficio (precio y requisito), planteamiento que a todas luces carece de sustento jurídico y lógico.

Lo anterior en virtud que, ante la certificación aportada por el recurrente carente de las especificaciones en concepto de metraje del local, mal pudiese la comisión verificadora haberle dado valor probatorio a un documento que no estableció las especificaciones solicitadas, en atención a lo requerido en el pliego de cargos, siendo el espíritu de dicha licitación pública no sólo la comida preparada para desayuno, almuerzos y cenas, sino también, tal como se establece en las condiciones técnicas del pliego de cargos, que el proveedor será responsable en



cuanto a prácticas de higiene, edificios y facilidades, equipos y utensilios, controles de producción y de procesos, capacitación, seguridad del agua, condiciones de aseo de todas las superficies en contacto con alimentos, prevención de la contaminación cruzada, mantenimiento de las áreas para higiene personal (lavamanos, sanitarios, etc.) protección de los alimentos contra sustancias adulterantes, rotulación, almacenamiento y uso de sustancias tóxicas en forma adecuada, control de condiciones de salud de los empleados y exclusión de plagas.

Dicho lo anterior, la necesidad de establecer en dicha certificación el metraje exacto con el que cuenta el local, es de suma importancia, para asegurar que los desayunos, almuerzos y cenas, serán preparados, en un área que cuente con el suficiente espacio que permita de igual manera cumplir con las normas de sanidad y salubridad en materia de alimentos.

De ahí que la comisión verificadora evalúo de manera correcta dicha documentación, siendo la empresa **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, a quien se le adjudicó el acto de selección de contratista, por ser ésta quien cumplía a cabalidad con la documentación exigida dentro de los parámetros establecidos en el pliego de cargos.

Por otra parte, referente al listado del personal que prestará servicios con el proponente, con sus respectivos cargos, copia de carnés de manipulador de alimentos vigente, y copia de documentos que acrediten su idoneidad, esto en caso de tratarse de una profesión, hacemos eco del planteamiento realizado por la Dirección General de Contrataciones Públicas, puesto que tal como hemos señalado en pronunciamientos anteriores, el hecho que una profesión, siendo en este caso específico, de Seguridad Alimentaria Nutricional, esté contemplada dentro de la gama de especialidades de la carrera de nutrición y dietética, debido a que se encuentra en proyecto de regulación, la misma no está reglamentada aún, de manera que no puede la entidad licitante exigir un requerimiento que por ley aún no se encuentra vigente.

En vista de lo expresado es labor de este Tribunal señalar que el tema de la carga de la prueba según la doctrina como regla de juicio para el juez, debe ser empleada cuando decide la controversia, y no antes, así las cosas, el artículo 150 de la ley 38 de 2000 sobre procedimiento administrativo, dispone que:

"Artículo 150: Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables..."

Según este orden de ideas de conformidad con lo dispuesto en la normativa adjetiva patria puede apreciarse que la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos, pues sólo se

El



circunscribió en alegar que la resolución que adjudicó y que emitió la entidad licitante ha cometido acciones ilegales y arbitrarias, haciendo énfasis al Tribunal que fue el proponente que ofertó el precio más bajo y que de manera arbitraria e ilegal la entidad licitante Ministerio de Salud, adjudicó el acto de selección de contratista a **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, violando los principios legales que regulan las contrataciones públicas.

Es menester recalcar que ante la presentación de un recurso de impugnación es deber del recurrente probar sus argumentos, aunado a que toda actuación que incurra en actos de ilegalidad o arbitrariedad, tal como alude el letrado y máxime si implica actos violatorios a los principios legales en materia de contratación pública, conllevan a vicios de nulidad, que a su vez pudiesen ser relativos o absolutos dependiendo de su implicación.

Por tal motivo, nos encontramos en la obligación de aclarar que no se ha cometido dentro de esta licitación pública, ningún tipo de acto violatorio en contra de los principios legales en materia de contratación pública, y mucho menos que encierre una arbitrariedad o ilegalidad por parte de la entidad, la comisión verificadora o los proponentes, por el contrario, hacemos hincapié que es un derecho que tiene todo aquel que se sienta agraviado, perjudicado, vulnerado, ante un pronunciamiento en este caso por una entidad de carácter administrativa, de recurrir en debida forma ante esta colegiatura, sin embargo, no es menos cierto que dicho acto de impugnación debe estar debidamente respaldado, ya que por el contrario, de carecer de pruebas que revistan su actuar, simplemente nos encontramos ante meras apreciaciones de carácter subjetivo, puesto que no se acreditó ninguno de los elementos planteados en este recurso.

Sin dejar de lado, que en materia de licitación pública, tal como hemos mencionado a lo largo de esta resolución, uno de los elementos determinantes es el menor precio al momento de ofertar, sin embargo, no es el único requerimiento, por lo que también debe tomarse en cuenta, que se cumpla a cabalidad con los requisitos exigidos en el pliego de cargos, ya que no procede adjudicar una licitación pública a una empresa que carece de uno o varios según sea el caso, de los requisitos en el pliego de cargos, puesto que este actuar si conllevaría a una acción violatoria al principio de legalidad y el debido proceso, debido a que acarrearía un perjuicio directo a la entidad licitante la cual desde un principio estableció claramente los requisitos necesarios para llevar a cabo esa licitación.

El recurrente señaló que es notorio que la resolución que adjudica y que emite el Ministerio de Salud ha cometido acciones de arbitrariedad y señaló taxativamente lo siguiente: ***“arbitraría porque el pliego de cargos es un requisito exigido unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la prestación de servicio o la ejecución de obras públicas,***



incluyendo los términos y condiciones del contrato que va a celebrarse en el cual debe incluir reglas objetivas, justas, claras y completas que permiten la mayor participación de los interesados en igual condiciones".

De la transcripción del párrafo que antecede, nos llama la atención el planteamiento del recurrente al manifestar que la arbitrariedad aducida dentro de la resolución, está inmersa en el concepto de pliego de cargos, por tal motivo, consideramos preciso manifestar que, la Doctrina ha establecido que el principio de integración instrumental del contrato, tiene la finalidad de aclarar si en caso de conflicto, impera el contenido del pliego de cargo o lo pactado contractualmente, a lo cual señala Roberto Dromi, lo siguiente:

"El pliego, como instrumento jurídico integrante del contrato, es fundamental a la hora de ejecución del mismo. De allí que se haya sostenido que la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección, ha dado fundamento para que la doctrina, en feliz expresión, lo haya denominado la ley del contrato, por ser la principal de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato" (Dromi, Roberto. Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, segunda edición actualizada. 1995. Pág. 490).

El criterio que se expone ha sido reconocido por esta Sala en la sentencia del 3 de julio de 2008, que reproducimos a continuación:

"...Como corolario de lo esbozado en los párrafos que anteceden, es menester indicar que la cláusula a la que se ha hecho mención, y que está inserta en el pliego de cargos, constituye Ley entre las partes contratantes, conforme a lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 3 de la Ley No. 56 de 1995, estableciéndose que:

Pliego de Cargos. Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante, que especifican, el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la contratación de servicios, incluyendo los términos y condiciones del contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y el contratista, y el mecanismo procedimental a seguir en la formalización y ejecución del contrato.

El pliego de cargos constituye la fuente principal de derechos y obligaciones entre proponentes y la entidad licitante, en todas las etapas de selección de contratista y ejecución del contrato y, en consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la participación de los interesados en igualdad de condiciones." (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, en representación de

21



Almacenadora Nacional, S. A., para que se declare nula, por ilegal, la nota nº dm-dni-n 0351 del 16 de febrero de 2005, emitida por el Ministerio de Obras Públicas (M.O.P.), el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones).

El tratadista Rodríguez, Libardo; ha señalado al respecto al equivalente en nuestra legislación, como pliego de condiciones: "... 547. c) Elaboración del Pliego de Condiciones que es un documento que debe detallar especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y la ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar las reglas objetivas claras y complejas." **RODRIGUEZ R., Libardo. "Derecho Administrativo General y colombiano", Editorial Temis., S.A. Décimo Tercera, Edición, Colombia, 2002. Pág. 384**

En nuestro medio, por disposición legal de las contrataciones públicas, el pliego de cargos contiene en su estructuración, además de las condiciones generales, las normas legales, los derechos y obligaciones de las partes, las reglas de selección o valoración de los proponentes, las especificaciones técnicas de los bienes o servicios requeridos.

De ahí la importancia que conlleva el pliego de cargos dentro de un acto de selección de contratista, que mal pudiese ser considerado como arbitrario, puesto que no solo representa la columna vertebral de este acto público, sino que también le otorga a los proponentes la oportunidad de exponer sus dudas o consultas, con la finalidad de aclarar los puntos exigidos dentro del pliego de cargos, para evitar errores o contravenciones al momento de la presentación de ofertas, hecho éste que desvirtúa aún más el carácter de arbitrariedad incoado por el recurrente y por tal razón, procedemos a citar el artículo 35, de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006, recientemente reformada por el artículo 46, de la Ley No.61 de 2017, el cual a la letra reza lo siguiente:

"Artículo 35 (46):

Reunión previa y homologación: la reunión previa y homologación es la celebrada entre la entidad licitante y quienes tienen interés de participar en un determinado acto de selección de contratista, cuyo monto sea superior a los ciento setenta y cinco mil balboas (B/.175,000.00), con el propósito de absolver consultas de formular observaciones que puedan afectar la participación de los posibles postores en condiciones igualitarias, así como aclarar cualquier aspecto relacionado con el pliego de cargos u otros documentos entregados.

La reunión previa a la homologación será pública y se celebrará preferentemente en una sola jornada, que deberá concluir con un acta en la que las partes homologan los documentos finales manifestando la aceptación de todas las condiciones y los términos del pliego de cargos."

El



Del precitado artículo, así como los planteamientos vertidos, el señalamiento del recurrente en cuanto al concepto de arbitrariedad es a todas luces carente de asidero jurídico, puesto que ninguna acción arbitraria conlleva la realización de reuniones previas por parte de los interesados y la entidad licitante, en aras de llegar a un consenso que se ajuste a las necesidades de la entidad y al cumplimiento efectivo de la documentación exigida por parte de los proponentes.

En base a las consideraciones anteriores, este Tribunal manifiesta que en este contexto se colige que, de acuerdo al principio de legalidad, la apreciación de la resolución de adjudicación impugnada ante esta instancia administrativa se encuentra revestida de presunción de legalidad que caracteriza a los actos administrativos, esta que no puede ser desconocida, a menos que el impugnante aporte elementos de prueba o alegación concreta, que acrediten lo contrario, situación que no ha ocurrido en el caso *in examine*.

Es de igual manera, menester de este Tribunal señalar que según el artículo 55 (65) de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, dispone que el jefe de cualquiera entidad pública contratante o el funcionario en quien se delegue; si considera que se ha cumplido con las formalidades establecidas en la *ut supra* legislación, se adjudicara el acto de selección de contratista.

“Artículo 55 (65). Adjudicación de los actos de selección de contratista. Si el jefe de la entidad pública contratante o el funcionario en quien se delegue considera que se han cumplido las formalidades establecidas por esta Ley, adjudicará o declarará desierto el acto de selección de contratista, mediante resolución motivada, en un plazo no mayor de cinco días hábiles. En el caso de que se declare desierto un acto de selección de contratista, se hará con base en lo señalado en el artículo 56 (146) de la presente Ley. *En la contratación menor se adjudicará, declarará desierto o rechazarán las propuestas en el respectivo cuadro de cotizaciones, el cual deberá contener la información originada en el acto, un número secuencial, indicación del fundamento legal, la posibilidad de interposición del recurso de impugnación, fecha y firma del representante legal de la entidad o el servidor público delegado, al cual se adjuntarán los documentos de cada propuesta recibida.* Las personas que se consideren agraviadas con la decisión podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas del procedimiento administrativo instituido en el artículo 130 de la presente Ley, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contenciosa.” (Lo resaltado es nuestro)-

De manera que, ante la clara exigencia por parte de la entidad licitante de los requisitos descritos en el pliego de cargos, así como el caudal probatorio, el cual ha quedado evidenciado a lo largo de esta deposición, somos del criterio que no existe

21



prueba alguna que sirva de argumento para revocar la decisión emitida por el Ministerio de Salud, toda vez que la misma se ajusta a los presupuestos legales previamente descritos.

Ante el planteamiento manifestado por el recurrente quedó en demasía demostrado que no se encontraron actuaciones arbitrarias e ilegales dentro del presente acto de selección de contratista, puesto que la comisión verificadora cumplió a cabalidad con lo estrictamente señalado en la ley de contrataciones públicas, siendo la empresa recurrente quien no cumplió con los requisitos exigidos, por lo que conlleva confirmar la decisión adoptada por la entidad licitante.

Esta colegiatura estima que no le asiste la razón al recurrente, el Lcdo. Irisnel Barrera Ortega, quien actúan en nombre y representación de la empresa **RESTAURANTE E INVERSIONES MANA, SOCIEDAD ANÓNIMA.**, en cuanto al cumplimiento de los requisitos y exigencias solicitadas para el acto público realizado por procedimiento de selección de contratista (Licitación Pública), por lo que este Tribunal se dispone a confirmar el acto administrativo impugnado (Resolución No. 85 del 3 de abril de 2018, emitido por el Ministerio de Salud a través del cual se adjudica el acto público No. **2017-0-12-0-09-LP-023126**, a la empresa **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, por un precio de Tres Millones Setecientos Cuarenta y Cuatro Mil Novecientos Balboas con 00/100 (**B/.3,744,900.00**); ya que no fue demostrado por la parte actora que su propuesta cumpliera en debida forma con lo requerido por la entidad licitante según el pliego de cargos y cumpliendo de esta manera con lo dispuesto en la legislación patria sobre contrataciones públicas.

Nuestro pronunciamiento jurisdiccional se fundamenta en el artículo 354 (213) del decreto ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, recientemente reformado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, que al tenor apunta a la facultad del tribunal administrativo de contrataciones públicas de *confirmar* las actuaciones de las entidades contratantes.

“Artículo 354. (213) (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; ...” (Lo resaltado es nuestro)-

En cuanto a lo referente al destino del afianzamiento de la actividad recursiva, mediante su representatividad dentro del infolio administrativo, al no evidenciarse temeridad ni dilación alguna por la parte del impugnante, se ordena la devolución de la fianza de recurso de impugnación consignada (Diligencia No. 031-2018) emitida por Banesco constituida en el cheque de gerencia No. 000118999, por un monto de



Doscientos Setenta y Siete Mil Cuatrocientos Balboas con 00/100 (B/. 277,400.00) a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, beneficiario el Ministerio de Salud / Contraloría General de la República.

De los razonamientos *ut supra* expresados, concluye el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 85 del 3 de abril de 2018, el acto público N°2017-0-12-0-09-LP-023126, proferido por el Ministerio de Salud, y en donde se decidió adjudicar a la empresa **PROCESADORA MONTE AZUL,S.A.**, en virtud de que la propuesta presentada cumple con todos los requisitos y las exigencias solicitadas en el procedimiento de selección de contratista por Licitación Pública, por un precio de Tres Millones Setecientos cuarenta y Cuatro Mil Novecientos Balboas con 00/100 (B/.3,744,900.00).

SEGUNDO: DESESTIMAR las pretensiones del recurrente, ya que no logro desvirtuar la actuación administrativa realizada por la entidad licitante el Ministerio de Salud, para el acto público N° 2017-0-12-0-09-LP-023126.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación consignada (Diligencia No. 031-2018) el día 10 de marzo del presente año, emitida por Banesco, constituida en el cheque de gerencia No.000118999, por un monto de Doscientos Setenta y Siete Mil Cuatrocientos Balboas con 00/100 (B/. 277,400.00) a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, beneficiario el Ministerio de Salud / Contraloría General de la República. (fojas 20 a la 21 del expediente del Tribunal).

CUARTO: REMITIR el expediente administrativo del acto público No. 2017-0-12-0-09-LP-023126 al Ministerio de Salud, contentivo de dos (2) tomos integrados por quinientos quince (515) fojas útiles.

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: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución a través del portal electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posterior a su publicación en el portal electrónico "PanamaCompra".

SÉPTIMO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°040-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006,ordenado por la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, recientemente reformada por la

21

Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 354 (213) y Concordantes del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, recientemente reformado por el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes y complementarias. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Notifíquese y Cúmplase,


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado
Con salvamento de voto


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General.





República de Panamá
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Expediente: 040-2018.

Partes: **RESTAURANTE E INVERSIONES MANÁ SOCIEDAD ANÓNIMA vs
Ministerio de Salud (MINSAL).**

Resolución N°121-2018-Pleno/TACP de 11 de junio de 2018 (Decisión)

Con el debido respeto, luego de analizar decisión de mayoría, esgrimida en la Resolución N°121-2018-Pleno/TACP de 11 de junio de 2018 (Decisión), así como de los documentos de cada una de las ofertas que integran el expediente administrativo y que reposan en el portal electrónico de *PanamaCompra*, respecto del presente caso, debemos manifestar que no compartimos la conclusión a la que se ha arribado, por las siguientes razones:

1. En cuanto a la posición de descartar la propuesta presentada por la empresa recurrente RESTAURANTE E INVERSIONES MANÁ SOCIEDAD ANÓNIMA (NOMBRE LEGAL), al señalar que *"ante la exigibilidad planteada en el pliego de cargos, en cuanto a que la Certificación en original emitida por el proponente en el cual hace constar que el local donde preparará los alimentos cuenta como mínimo 0.8 metros cuadrados por ración, es decir que la ración es la sumatoria de un desayuno, más un almuerzo, más una cena. Esta licitación es por 316.7 raciones diarias; la certificación presentada por la recurrente no alude el metraje mínimo exigido en el pliego de cargos"*; estimo que dicha certificación, sí cumple con el pliego de cargos, puesto que refiere textualmente lo siguiente:

"Restaurante E Inversiones Maná, S.A. CERTIFICA que el local de procesamiento de alimentos de Restaurante E. Inversiones Maná S.A. Sucursal N°1 cumple con las medidas solicitadas es decir que la ración es la sumatoria de un desayuno, más un almuerzo, más una cena. Esta licitación es por 316.7 raciones diarias según el punto No.19 de otros requisitos de la adenda solicitada por el Ministerio de Salud" (fj.325 del expediente administrativo).

Es decir que, a nuestro criterio, la certificación aportada por la recurrente, pese a que su contenido no indica taxativamente el metraje mínimo 0.8 metros cuadrados por ración, remite al requisito que detalla expresamente la necesidad de que el local donde se preparen los alimentos cuente como mínimo con 0.8 metros cuadrados por ración, advirtiendo que cumple con las medidas requeridas según el punto N°19 de otros requisitos de la adenda

29



solicitada por el Ministerio de Salud. Por tanto, la certificación aportada por la empresa recurrente hace un claro renvío al contenido del requisito N°19 de otros requisitos de la Adenda N°1 del pliego de cargos, certificando que cumple con el mismo.

Nos llama la atención que la Resolución de mayoría haya establecido una fórmula matemática para determinar el total de metros mínimos o espacio físico con el que debía contar el lugar que los proponentes destinaran para la preparación de los alimentos, cuando el pliego de cargos ni la adenda que recoge el mencionado punto N°19 de otros requisitos, señaló el total de metros cuadrados mínimos que debía tener el lugar o establecimiento donde se prepararían los alimentos.

Fíjese lo que exactamente requirió el punto N°19 de otros requisitos según la adenda publicada dentro del presente acto público:

"Certificación en original emitida por el proponente en el cual (sic) hace constar que el local donde preparará los alimentos cuenta con un mínimo de 0.8 metros cuadrados por ración, es decir, que la ración es la sumatoria de un desayuno, más un almuerzo, más una cena. Esta licitación es por 316.7 raciones diarias".

Reiteramos, el requisito citado no exige que se certifiquen los metros cuadrados totales del local o establecimiento donde se prepararían los alimentos. Lo que demanda es certificar que el local donde se vayan a preparar los alimentos cuente con un mínimo de 0.8 metros cuadrados por ración, describiendo lo que comprende la ración y el total de las raciones diarias que contempla el acto público.

Teniendo en cuenta que, en nuestra opinión, la empresa recurrente sí cumplió con el punto N°19 de otros requisitos, sin que se le haya podido imputar ningún otro incumplimiento y que, además, propuso el precio más bajo, a propósito de lo descrito en lo descrito en los párrafos anterior, recordamos la aplicación del principio de economía que regenta la contratación pública, en el sentido que debe procurarse la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado, evitando valerse de defectos de forma o recurrir a exagerados formalismos, que impidan dicha selección. Justamente, así se pronuncia el artículo 19 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, aplicable a tiempo de convocatoria del presente acto público de selección de contratista.

A nuestro criterio, concluimos, quedó evidenciado que la empresa recurrente certificó el cumplimiento de lo exigido por el punto No.19 de otros requisitos,

plasmado dentro de la adenda publicada por el Ministerio de Salud, por lo que se le ha debido adjudicar el acto público.

2. De otra parte, observamos que el punto 4 de la Declaración Jurada sobre Medidas de Retorsión presentada por PROCESADORA MONTE AZUL, S.A., no es conforme con el contenido del numeral 4 del artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016; siendo esta Declaratoria Jurada requisito de obligatorio cumplimiento para el acto público de selección de contratista, tal como lo requirió el pliego de cargos y cuyo modelo fue suministrado correctamente por la entidad contratante, queda claramente evidenciado que la empresa adjudicataria omitió la inclusión de la frase ... ***“de que se trate, o el 10% del valor anual de dicho acto público o contratación pública”***, desatendiendo el mandato legal, así como el modelo proporcionado por el pliego de cargos.

El 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 permite la adjudicación del acto público de selección de contratista.

En consecuencia, ultimamos que debió revocarse el acto impugnado y reestablecer el derecho vulnerado a la empresa recurrente.

No obstante, dado que el razonamiento expuesto no fue aceptado por la mayoría de mis colegas, salvamos el voto.


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

