



REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 114-2018

RECURRENTE: AIR CARE CORP.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 034 DC-HGNCR de 28 de agosto de 2018, proferida por el la Caja de Seguro Social, Hospital Dr. Gustavo N. Collado Ríos, dentro del procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-10-0-06-LP-294159.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 201-Pleno/TACP de 22 de octubre de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 136 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 207 al 210, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y el Decreto Ejecutivo No. 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:

La Caja de Seguro Social, convocó el día 20 de abril de 2018, para el servicio de mantenimiento, suministro de materiales, mano de obra, equipo, herramientas y todo

27



lo necesario para realizar la limpieza de los ductos de aire acondicionado de las áreas de laboratorio, farmacia y fisioterapia del Hospital Dr. Gustavo Nelson, con un precio de referencia de Setenta Mil Novecientos Quince Balboas con 00/100 (B/. 70,915.00), cuya fecha para la presentación de las ofertas ocurrió el día 30 de abril de 2018, en un horario de ocho (8:00 a.m.) hasta las once (11:00 a.m.) de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las once y un minuto (11:01 a.m.) de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas, y así, mediante un acto transparente y público adjudicar el procedimiento señalado a la empresa o persona natural que satisfaga las necesidades indicadas en el pliego de cargos, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política y a las leyes complementarias.

En dicho procedimiento público participaron tres (3) proponentes, en su orden de presentación: AIR CARE CORP., BCN DISTRIBUCION, INC. y SUPTEC, S.A.

Posteriormente, y luego de cumplir con los procedimientos de ley, el día 28 de agosto de 2018, la Caja de Seguro Social publicó en el Portal electrónico la Resolución No. 034 DC-HGNCR de 28 de agosto de 2018, en donde se decidió cancelar la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-10-0-06-LP-294159, por no haberse llevado a cabo el procedimiento contenido en el numeral 3 del artículo 53 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 positiva.

La Resolución No. 034 DC-HGNCR de 28 de agosto de 2018 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por el licenciado JOSÉ ANTONIO MULINO de la firma forense SANJUR & ASOCIADOS, en representación de la empresa AIR CARE CORP., quien sustentó lo siguiente:

Que en informe de la comisión verificadora del día 23 de mayo de 2018, se indicó que su representada fue la única propuesta que cumplió a cabalidad con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos para este procedimiento de selección de contratista, razón por la cual le fue adjudicada mediante la Resolución No. 1000501665 de 31 de mayo de 2018 el acto público No. 2018-1-10-0-06-LP-294159.

Luego de ello, y bajo el sustento de la Resolución No. 034 DC-HGNCR de 28 de agosto de 2018 decidieron cancelar el mencionado procedimiento de selección de contratista, el cual considera violatorio a la ley de contrataciones públicas vigente, toda vez que lo que correspondía era la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y no la cancelación del acto público en análisis.

51



La cancelación se encuentra basada en la presunta falta de idoneidad de los comisionados, según nota de la Contraloría General de la República, la cual no comparte por no haber sido impugnada por ninguno de los proponentes; decisión que vulnera el principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos y el de economía.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota No. H.D.r -GNC-Departamento de Compras No. 136-2018 de 18 de septiembre de 2018, remitió a este Tribunal el informe de conducta y el expediente administrativo dentro de los plazos procesales establecidos en la ley sustantiva-adjetiva, en la cual hizo un resumen de la actuación llevada a cabo por la entidad desde la convocatoria hasta la cancelación.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De conformidad al Informe de Trámite de 24 de septiembre de 2018 y que reposa a foja 61 del expediente del Tribunal, no se aportaron alegaciones en interés de la ley ni en interés particular.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

Surtidas las etapas procesales que corresponden a estos tipos de procedimientos, el Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 53 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento por licitación pública, por haber nacido a la vida jurídica el día 20 de abril de 2018, con la convocatoria y en la que participaron tres (3) propuestas: AIR CARE CORP., BCN DISTRIBUCION, INC. y SUPTEC, S.A.

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

Como quiera que el recurso impetrado es contra una decisión de adjudicación realizada bajo las reglas estatuidas en el procedimiento de licitación pública, debemos

21



ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que en tal proceso el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos y que se llevará a cabo cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00).

Por otra parte, resulta de gran importancia indicar y comprender que el tema de la contratación pública es una materia que debe resolverse de conformidad a la ley especial y no alejar su contexto ni fundamento con interpretaciones alejadas a la realidad, teniendo siempre en mente que dicha materia es uno de los vehículos instrumentales a través de los cuales el Estado atiende la satisfacción del interés general, por lo que el contenido de la normatividad que lo regula tiene que ajustarse al modelo de Estado que perfila la Constitución. Es así que, al analizar la legislación sobre contratación pública, el examen en ningún momento puede pasar por alto las orientaciones y principios que consagra la Constitución Política de la República de Panamá.

De aceptación resulta que el examen de la legalidad ordinaria tiene que desarrollarse tomando en cuenta los parámetros que recoge la Carta Fundamental, y de ahí que, también en materia de contratación pública, se impone una obligada lectura constitucional en las normas que la regulan.

Es, precisamente, en este aspecto en el cual puede apreciarse claramente la necesidad de que las interpretaciones de las normas legales de contratación pública guarden una indispensable consonancia con los postulados y principios del orden constitucional. Esta exigencia, que es directo reflejo del principio de supremacía jerárquicos que las normas constitucionales ejercen sobre los preceptos de orden legal, permite la construcción de interpretaciones que no sólo favorecen la mejor aplicación de la ley sino también ayudan en la solución de las naturales dudas y conflictos que surgen al tener que aplicarlos a los casos concretos de la vida diaria.

La principal regla que encontramos en el plano constitucional en lo que respecta a la contratación pública, se encuentra prevista en el artículo 266 de la Carta Política que es del siguiente tenor:

"La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus Entidades Autónomas o Semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".

27



La disposición constitucional citada constituye un canon general de aplicación a las contrataciones que realice el Estado y los Municipios, en tanto que ellas impliquen la disposición de fondos públicos. Esta particularidad encuentra su razón de ser en el hecho claro de que los criterios de asignación, manejo e inversión de los fondos públicos responden a una lógica distinta del que impera en el ámbito privado, y de conformidad con esto, el desembolso de los recursos de todos tiene que desarrollarse en condiciones que aseguren el mayor beneficio y el menor coste para el interés general, pero ello no puede ir divorciado de la realidad jurídica que desarrolla la norma especial, cuando señala que la escogencia debe ser conforme a la ley, lo que significa que no basta la presentación del precio más bajo, sino una concatenación de hechos y actos que forman un conjunto para lograr el fin primordial, cual es la satisfacción de las condiciones generales y especiales, el precio más bajo y el cumplimiento de la ley. No puede faltar ningún aspecto de la ecuación en un acto de adjudicación y esa debe ser siempre la fórmula, a menos en los procedimientos por licitación pública.

El referido precepto constitucional señala que la licitación pública, salvo las excepciones que prevea la ley, debe ser el procedimiento que se aplique a la ejecución o reparación de obras, compras, ventas, arrendamientos de bienes o servicios, sean estos nacionales o municipales. El verdadero objetivo que el Constituyente identificó como regla general para que tuviera lugar la inversión de fondos públicos, es el respeto a los trámites de selección de contratista, ya que se entiende que, a través de la observancia del mismo, se conjura la posibilidad de favoritismos y discrecionalidades inconvenientes en la asignación de las obras, servicios o bienes costeados con fondos públicos.

Si el trámite de selección de contratista en el ámbito público es la regla de exigencia constitucional, sus excepciones tienen que ser apreciadas en un contexto de estricta rigurosidad, pues, si bien las excepciones están autorizadas en la medida que la ley las consagre, ellas no pueden convertirse en la regla que hagan ineficaz la efectiva aplicación del mandato general. Las excepciones legales al trámite de selección de contratista, gozan de legitimidad constitucional, pero en su aplicación debe imperar una interpretación restrictiva para que se respete el claro criterio señalado por el Constituyente.

El trámite de selección de contratista que exige la Constitución en el artículo 266, debe estar orientado a la obtención de dos condiciones fundamentales y concurrentes: el mayor beneficio para el Estado; y la plena justicia en la adjudicación, la cual se logra con el trinomio al que hemos hecho referencia en líneas anteriores.

21 42



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

Por su lado, el trámite de selección de contratista debe alcanzar también la plena justicia en la adjudicación, con lo cual se quiere dejar claro que el procedimiento debe ceñirse a criterios de legalidad, objetividad, debido proceso, igualdad de trato entre los oferentes, publicidad, transparencia, lealtad, y libre concurrencia, entre otros. No se garantiza la plena justicia en la adjudicación cuando se favorece ilegalmente a un oferente en detrimento de los otros o cuando se evalúan las propuestas exigiendo requisitos o trámites no previstos en la ley con el fin de descalificar con ligereza la participación de los proponentes.

Realizada la reflexión pertinente, comenzamos con el análisis de las propuestas presentadas, con el fin de determinar si la decisión proferida por la Caja de Seguro Social corresponde a los postulados indicados, tanto constitucionales, legales, reglamentarios y a los términos de referencia, o si, por el contrario, fueron producto de la discrecionalidad de los funcionarios públicos encargados de llevar a final término el procedimiento de selección de contratista en evaluación.

Antes de ello, realizaremos un examen del procedimiento legalmente establecido con el propósito de verificar si se actuó conforme lo establece la Ley No. 22 de 2006.

Lo primero que observamos es que mediante Resolución No. 1000501665 de 31 de mayo de 2018, la entidad adjudicó el presente procedimiento de selección de contratista a la recurrente, por considerar que cumplió con todos los requisitos del pliego de cargos. Posteriormente, deciden mediante Resolución No. 034 DC-HGNCR de 28 de agosto de 2018 cancelar el mencionado procedimiento de selección de contratista, dado que la Contraloría General de República observó el tema de la idoneidad de los comisionados, tema éste que fue objeto de impugnación ante esta colegiatura y no el de la adjudicación.

En ese sentido, y por el estado procesal que se presentaba el acto público que nos ocupa, debemos expresar que, en caso de prosperar las observaciones realizadas por el ente fiscalizador de los fondos estatales, Contraloría General de la República, lo correspondiente era el rechazo de propuestas y la consiguiente compensación a la oferta en la que había recaído la adjudicación, de conformidad al texto legal positivo de

21



contrataciones públicas, contenido en el artículo 68 y que únicamente regula la cancelación de la convocatoria del acto público antes de presentar propuestas, posterior a esa actividad lo que cabría es el rechazo, siendo lo actuado un desacierto jurídico.

Es decir, que cuando se realiza la adjudicación de un acto público, sólo cabe mantener la propuesta por parte del comerciante beneficiado y la firma del contrato respectivo o declarar su rechazo, pero con la consecuencia inmediata de recibir compensación por los gastos incurridos.

Si bien es cierto que el rechazo de propuesta provoca la cancelación del procedimiento de selección de contratista, lo procesalmente aplicable resulta declarar el rechazo y por ende su cancelación, no lo contrario como en efecto se llevó a cabo, pues en este caso en particular, el rechazo vendría siendo el género y la cancelación la especie.

Recordemos que la potestad discrecional que el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 le concede a la entidad a través del artículo 68, no puede ser utilizada de forma distinta, pues tal facultad también tiene su limitación, para no caer en arbitrariedad ni abuso de poder, y por ello ha marcado unas pautas para poder arribar a una conclusión de rechazo o cancelación, como lo son los tiempos procesales en que cada una de las figuras jurídicas se desarrollan.

Por las consideraciones vertidas, procederemos a declarar la nulidad en todas sus partes de la Resolución No.034 DC-HGNCR de 28 de agosto de 2018, proferida por la Caja de Seguro Social, Hospital Dr. Gustavo N. Collado, el cual se retrotraerá hasta el informe de la comisión verificadora, con el propósito de que se emita otra resolución de decisión, pero dentro de los parámetros de ley. En cuanto al tema de la idoneidad o no de los comisionados, los mismos no serán objeto de pronunciamiento por ser un tema de fondo que no es procedente su análisis en este momento procesal.

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

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

BR



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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes la Resolución No. 034 DC-HGNCR de 28 de agosto de 2018, emitida por la Caja de Seguro Social, Hospital Dr. Gustavo N. Collado dentro del procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-10-0-06-LP-294159, que decidió cancelar el presente acto público, luego de haber sido adjudicado a la empresa AIR CARE CORP., mediante la Resolución No. 1000501665 de 31 de mayo de 2018, la cual debe retrotraerse hasta el informe de la comisión verificadora de conformidad a la parte motiva de la presente decisión administrativa.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación No. FIMI-668, fechada 31 de agosto de 2018, expedida por Acerta Compañía de Seguros, S.A., con un límite máximo de responsabilidad de Siete Mil Noventa y Un Balboas con 50/100 (B/. 7,091.50) que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios la Caja de Seguro Social/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 18 del expediente del Tribunal.

TERCERO: ORDENAR a la Caja de Seguro Social, acatar lo dispuesto por este Tribunal en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente decisión.

CUARTO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2018-1-10-0-06-LP-294159, a la Caja de Seguro Social, contentivo de un (1) tomo, integrado de trescientas veinte (320) fojas útiles, según el informe de trámite que reposa a foja 61 del expediente del Tribunal.

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

SEXTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

SÉPTIMO: DISPONER la salida y el archivo del expediente N° 114-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

21

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 53, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador

ELIAS SOLÍS GONZALEZ
Magistrado

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

