



REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 182-2018

RECORRENTE: QUIFAR INTERNATIONAL, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 542 de 14 de noviembre de 2018, proferida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por licitación pública No. 2018-2-66-0-99-LP-013989.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 037-Pleno/TACP de 11 de marzo 2019 (Decisión).

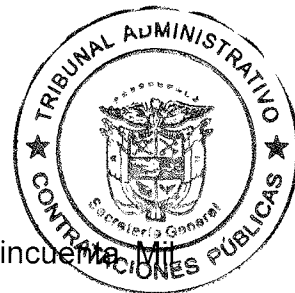
CONSIDERANDO:

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 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 Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, convocó el día 16 de mayo de 2018, el procedimiento de selección de contratista para el "Suministro de Doscientos Treinta y Cinco Mil Quinientos Treinta y Cinco con Veinte (235,535.20 KG)



Kilogramos de Hipoclorito de Calcio en Pastillas de 3" y de Ciento Cincuenta Mil Setecientos Cincuenta (150,750.00 KG) Kilogramos de Hipoclorito de Calcio Granular para ser Utilizado a Nivel Nacional, con un precio de referencia de Un Millón Cuatrocientos Ochenta y Nueve Mil Quinientos Setenta y Nueve Balboas con 62/100 (B/. 1,489,579.62), cuya fecha de la presentación de las ofertas fue señalado para el día 25 de julio de 2018, en un horario nueve (9:00 a.m) hasta las diez (10:00 a.m.) de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las diez y un minuto (10:01 a.m.) de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas, y así, mediante un acto transparente adjudicar el procedimiento señalado a la empresa, consorcio 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: Consorcio ADVANCE LABORATORIOS, MODERNA COMERCIAL, S.A. y QUIFAR INTERNATIONAL, S.A.

Posteriormente, y luego de cumplir con los procedimientos de ley, el día 14 de noviembre de 2018, el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales publicó en el Portal electrónico la Resolución No. 542 de 14 de noviembre de 2018, decidiendo la adjudicación del presente procedimiento de selección de contratista en Consorcio ADVANCE LABORATORIOS, por ser la recomendación generada por los miembros de la comisión verificadora.

La Resolución No. 542 de 14 de noviembre de 2018 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por el licenciado BOLÍVAR SÁNCHEZ BERNAL, en representación de la empresa QUIFAR INTERNATIONAL, S.A., alegando lo siguiente:

Que la comisión verificadora, por mandato de la Dirección General de Contrataciones Públicas, realizó un nuevo análisis de las ofertas, concluyendo que la recurrente incumplió en dos (2) puntos de los tres (3) señalados en el informe anterior, y que son: la incapacidad legal para contratar y la certificación de calidad del Hipoclorito de calcio en pastillas granular. Con respecto a la incapacidad legal para contratar, señalaron que no contiene el título del acto público, y en el caso del certificado de calidad, el mismo se encuentra apostillado en los Estados Unidos y la carta original fue emitida en la República Popular China.

21



Sobre ese particular argumenta el jurista señaló que su representada utilizó el modelo presentado en el formulario No. 15 que aparece en el pliego de cargos y que guarda relación con el punto No. 10 de los requisitos obligatorios y que le llama la atención que la propuesta del Consorcio ADVANCE LABORATORIOS, la comisión verificadora valoró positivamente, pese a haber presentado un modelo idéntico, existiendo así una desproporcionalidad a la hora de valorar las ofertas.

En el caso de la no inclusión del título del acto público en la declaración jurada de incapacidad legal para contratar, considera que el artículo 19 del Texto Único de la ley positiva responde a la garantía que debe obtener el Estado frente a la empresas que licitan con ellas, a fin de asegurar la efectividad en las contrataciones, como una tutela efectiva de las contrataciones públicas, por lo cual incluir requisitos ya establecidos por ley, lo ve como un requisito que va más allá de los deberes de los servidores públicos.

En cuanto a la apostilla, indica la recurrente que la empresa QUIFAR INTERNATIONAL, S.A. mantiene las oficinas del distribuidor autorizado del producto en el Estado en que se remitió, por lo cual su cumplimiento es evidente. Además, considera que la comisión verificadora no tiene facultad para valorar un documento como el mencionado.

Por otro lado, considera que el criterio de onerosidad o de riesgo nunca estuvo en el pliego de cargos y que, por lo tanto, no debió ser un elemento de referencia para descartar la propuesta de su representada y más aún cuando se observa en el pliego de cargos requisitos obligatorios como la fianza de propuesta y la de cumplimiento.

No comparte la recomendación realizada por los comisionados, puesto que, al verificar la propuesta del Consorcio ADVANCE LABORATORIOS, la misma aportó dos (2) cartas de referencia privada, correspondientes a empresas venezolanas y una carta de referencia estatal correspondiente a una empresa venezolana, señalando que lo presentado con referencia privada son dos facturas, las cuales evidencian un tiempo menor a los cinco (5) años de experiencia requerido en el pliego de cargos, entre otros.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad, luego de la concesión de la prórroga, a través de la

21



Nota No. 150-18 AL de 12 de diciembre, remitió a este Tribunal el informe de conducta, en el cual realizan un recuento del procedimiento legalmente, así como también realiza una serie de observaciones al contenido del recurso de impugnación, como por ejemplo, que la recurrente insiste en tergiversar la verdad legal de los hechos, aseverando que dicha nota (certificación) fue apostillada en los Estados Unidos, ya que es el país donde se encuentra radicado su distribuidor, siendo ese el caso, la empresa debió firmar la nota del requisito para que la firma fuera del mismo país de la apostilla y así estar en cumplimiento con los artículos descritos y que, por el contrario fue firmado por el fabricante de China, siendo esa la incongruencia que pretende ser maquillada.

Sustenta además de que, habiéndose descartado las dos ofertas de menor precio, se procedió con la tercera en donde la comisión verificadora determinó que cumple con el aspecto técnico y documental y en razón de ello realizaron la debida recomendación.

En cuanto a las disconformidades de la recurrente con el tema de la riesgosity, sostiene que, a pesar de que no se estableció un porcentaje de riesgosity, considera que la propuesta de la empresa QUIFAR INTERNATIONAL, S.A., sí lo es y que así lo manifestó la Dirección General de Contrataciones Públicas en la Resolución de fondo DF1099-2018.

Se mantiene en la concepción de que la propuesta que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos lo es la presentada por el Consorcio ADVANCE LABORATORIOS.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De acuerdo al informe de trámite de 13 de diciembre de 2018 y que se encuentra en la página 99 del expediente del Tribunal, vencido el término procesal con el que contaban los terceros en interés de la ley y en particular, no se presentó escrito de alegaciones.

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.

81 82



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 16 de mayo, con la convocatoria y en la que participaron tres (3) propuestas: Consorcio ADVANCE LABORATORIOS, MODERNA COMERCIAL, S.A. y QUIFAR INTERNATIONAL, S.A.

Como quiera que el recurso impetrado es en contra de una adjudicación realizada bajo las reglas estatuidas en el procedimiento de licitación pública, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que en dicho 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".

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.

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 significar 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 el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales 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.

Descartada la existencia de nulidad en el procedimiento legalmente establecido, procederemos con el examen de la oferta de menor precio, la cual recae en la presentada por la empresa QUIFAR INTERNATIONAL, S.A., con un monto de Novecientos Ochenta y Tres Mil Setecientos Trece Balboas con 89/100 (B/. 983,713.89).



Valorados los documentos aportados con la propuesta, los cuales se encuentran en el expediente administrativo que fue remitido a este Tribunal, y los que se encuentran en el portal electrónico, salta a la luz el incumplimiento del requisito que se refiere al tema de la apostilla, pues, a pesar de que la carta de distribuidor autorizado se encuentra apostillada, la misma mantiene sello de los Estados Unidos, mientras que la casa productora Haixing Eno Chemical Co., Ltd, proviene de la República de China; por tanto, debió ser apostillada allá y no en los Estados Unidos, por ser la República de China la autoridad competente que debe certificar la legalización del documento.

Según la convención, una apostilla es una certificación proporcionada bajo la Convención de la Haya de 1961, para autenticar documentos para su uso en países extranjeros. La principal función de la apostilla es para certificar la autenticidad de la firma del documento. Simplemente, la apostilla es un certificado que se adjunta a otro documento para que sea aceptado cuando se utiliza en otro país, por esa razón, mal podría los Estados Unidos autenticar un documento que no ha salido de su circunscripción territorial.

Ahora bien, en cuanto al tema en debate iniciado por la comisión verificadora, correspondiente a la falta del título del acto público en la declaración jurada sobre incapacidad legal para contratar, no compartimos esa visión por dos razones. La primera se debe a que en la foja 419 se encuentra la declaración jurada de forma genérica con la incorporación del título del acto público, en la forma en la que detalla el formulario No. 1.5. La siguiente foja es un anexo que presenta la recurrente, que no estaba obligada a presentar, debido a que ya había cumplido con la declaración jurada en la forma en que la entidad lo requirió, por tal razón no podemos exigir algo que no ha sido solicitado por la entidad a través del pliego de cargos. Sin embargo, a pesar de ello, como expresamos en líneas anteriores, no puede gozar de la adjudicación por las inconsistencias destacadas.

Respecto al punto No. 18 de los otros requisitos del pliego de cargos, procederemos anular el enunciado o solicitud que se refiere a la **elaboración del producto a ofrecer**, toda vez que significa que únicamente las empresas que producen el hipoclorito de calcio en pastillas y granular son las que pueden participar del presente procedimiento de selección de contratista, siendo ello una práctica monopolista y atentatoria del principio de libre concurrencia, que propone la mayor participación posible de los oferentes.

Se ha dicho en tal sentido que “interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias.” Ello, a fin que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores



condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento”, recordando que la libre concurrencia beneficia es al Estado y no al recurrente, en esencia, pues, lo que busca este principio es evitar el excesivo formalismo en los requisitos solicitados por la entidad, razón por la cual se procederá a eliminar del pliego de cargos el requerimiento que versa sobre la **elaboración**, quedando vigente el resto de condiciones que reposan en el punto No. 18 de los términos de referencia, como lo es el transporte y suministro, en atención al contenido del numeral 37 del artículo No. 2 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, positiva al momento de la convocatoria del presente acto público de selección de contratista.

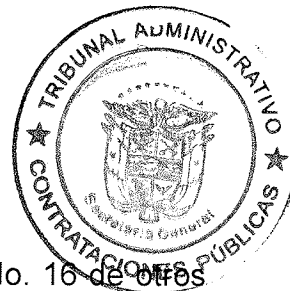
Continuando con la siguiente propuesta, le corresponde la oportunidad a la presentada por MODERNA COMERCIAL, S.A., con un precio de Un Millón Trescientos Cincuenta y Tres Mil Trescientos Ochenta y Un Balboa con 69/100 (B/.1, 353,381.69).

No presentó la declaración jurada del agente residente o presidente o quien delegue la Junta Directiva de la persona jurídica ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, en la que deberá certificar el nombre de cada persona natural que sea directa o indirectamente beneficiario final de, por lo menos, el 10 % del capital accionario y en circulación, por ser un acto de selección de contratista que excede la suma de quinientos mil balboas (B/. 500,000.00), pues la que reposa a foja 321 del expediente administrativo no es de conformidad a la que el artículo 35 de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006 exige.

Por último, es la oportunidad de la propuesta del Consorcio ADVANCE LABORATORIOS, con un monto de Un Millón Trescientos Sesenta y Ocho Mil Quinientos Nueve Balboas con 05/100 (B/. 1,368,509.05).

Evaluados los documentos aportados, apreciamos la declaración jurada de las acciones nominativas que fueron presentadas ante la Dirección General de Contrataciones Públicas de acuerdo al artículo 35 del Texto Único de la ley positiva, pero de forma defectuosa, toda vez que, por ser una declaración jurada, la misma debió contener la firma de dos (2) testigos, de conformidad al artículo 1730 del Código Civil, que señala lo siguiente, “harán fe las atestaciones que ante dos (2) testigos hagan los Notarios al pie del documento privado”.

Lo anterior significa que el documento debió ir incorporado de la firma de dos (2) testigos, además del Notario, para poder tener validez el documento, acto del que debió estar pendiente el interesado antes de presentar el documento para su respectiva valoración.



Por otro lado, la certificación de calidad que se exige en el punto No. 16 de otros requisitos del pliego de cargos y que ha sido presentada con la propuesta, no certifica el químico Hipoclorito en pastillas y granular. Además, consta una nota en la propia oferta del Consorcio ADVANCE LABORATORIO en la que señala que la lista oficial de NSF están vigentes hasta el día 19 de mayo de 2018, lo que significa que para la fecha de presentación de las ofertas se encontraban caducadas, por ende, sin valoración alguna.

Ahora bien, como quiera que nos encontramos ante un procedimiento en la modalidad de Licitación Pública, el cual fue sometido para el escrutinio de las ofertas por parte de una comisión verificadora, la cual orientó en gran medida la entidad para que arribara a la conclusión final, somos conscientes de ello, por lo que, en virtud del artículo 64 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, que faculta al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para anular o modificar el informe de la comisión evaluadora o verificadora. Por ello, luego de la revisión del expediente administrativo contentivo de la documentación de los proponentes, se optará por anular el informe de la comisión verificadora, sin la necesidad de recurrir a los comisionados, por considerar que se ha realizado en contradicción a lo establecido en el pliego de cargos.

Así las cosas, y tomando en consideración el numeral 5 del artículo 19 de la ley positiva, referente al Principio de Economía, que sostiene que adoptar procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que, con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten, se procederá a resolver el fondo de la controversia administrativa, sin la participación de la comisión verificadora, utilizando el remedio procesal otorgado por el último párrafo del artículo 64 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006.

"Artículo 64. Funcionamiento de la comisión evaluadora o verificadora...

...

...

El informe de la comisión no podrá ser modificado ni anulado, salvo que por mandamiento del representante legal de la entidad, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se declare que se hizo en contravención de lo dispuesto en esta Ley o el pliego de cargos. En estos casos, las autoridades antes mencionadas cuando ordenen un nuevo análisis total o parcial de las propuestas, ya sea por parte de la misma comisión o de una nueva comisión, dicho informe total o parcial deberá emitirse en un plazo no mayor de tres días.

Conforme lo anterior, este Tribunal cuenta con la capacidad de anular o modificar los informes de las comisiones evaluadoras o verificadoras y decidir de manera directa, sin necesidad de que tengan que remitir la actuación a los comisionados para que procedan a realizar otro estudio de las propuestas, por ser asuntos estrictamente



jurídicos, el cual puede ser resuelto por los miembros de esta Colegiatura, por tratarse de profesionales idóneos en el mundo del derecho.

Tema adjetivo que se sitúa dentro del marco del debido proceso, puesto que no se usurpa ninguna función en particular, lo cual ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 1 de diciembre de 2015, bajo la ponencia del Magistrado Abel Augusto Zamorano, razón por la cual se procede a decidir el fondo del asunto.

Sumado a lo anterior, el artículo 136 de la ley positiva otorga a este Tribunal la facultad de conocer en única instancia, en los procedimientos de selección de contratista, recurso de impugnación en contra del acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas emitidas por las entidades.

Luego de indicadas las normas jurídicas que sustentan la postura de resolver directamente el recurso de impugnación, sin necesidad de concepto de la comisión verificadora, es menester exteriorizar que no se comparte el contenido del informe de la comisión verificadora del presente acto público, cuya publicación ocurrió el día 2 de noviembre de 2018.

Sobre la base de lo anteriormente motivado, nos corresponde anular el informe de la Comisión Verificadora y por consiguiente, como quiera que ninguna de las ofertas cumple con lo exigido en los términos de referencia, corresponde la declaratoria de desierto, en virtud del contenido del numeral No. 2 del artículo 66 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, es decir, cuando ninguna de las propuestas cumple con los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.

No obstante, cabe agregar al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales que podrá convocar a un nuevo acto, pero tomando en cuenta que la nueva convocatoria se realizará con la antelación prevista en el artículo 67 de la citada ley, y que versa sobre el procedimiento en caso de nueva convocatoria.

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 al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales 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.

RESUELVE:

PRIMERO: **ANULAR** en todas sus partes el contenido del informe de comisión verificadora publicado el día 2 de noviembre de 2018, por ser contrario a la ley de contrataciones públicas y el pliego de cargos.

SEGUNDO: **REVOCAR** en todas sus partes la Resolución No. 542 de 14 de noviembre de 2018, proferida por el Instituto de Acueducto y Alcantarillados Nacionales dentro del procedimiento de selección de contratista No. 2018-2-66-0-99-LP-013989, que decidió adjudicar el presente acto público al Consorcio ADVANCE LABORATORIOS, por un monto de Un Millón Trescientos Sesenta y Ocho Mil Quinientos Nueve Balboas con 05/100 (B/1,368,509.05), por ser la recomendación indicada por la comisión verificadora.

TERCERO: **ANULAR** del punto No. 18 de los términos de referencia, el requisito que se refiere a la **elaboración** de hipoclorito de calcio en pastillas y granular, por ser contrario a la ley de contrataciones públicas, tal como se expuso en la parte motiva de la presente decisión administrativa.

CUARTO: **DECLARAR DESIERTO** el procedimiento de selección de contratista No.2018-2-66-0-99-LP-013989, por no haberse satisfecho las condiciones y exigencias que demanda el pliego de cargos. No obstante, de prevalecer la necesidad en la obtención del objeto contractual, podrán convocar un nuevo acto, tomando en consideración el procedimiento que señala el artículo 66 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017.

QUINTO: **ORDENAR** la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación No.15300000026646, fechada 20 de noviembre de 2018, expedida por Mapfre Panamá, S.A., con un límite máximo de responsabilidad de Noventa y Ocho Mil Trescientos Setenta y Un Balboa con 39/100 (B/. 98,371.39), que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 39 del expediente del Tribunal.

SEXTO: **ORDENAR** al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, 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.

SÉPTIMO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2018-2-66-0-99-LP-013989, al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, contentivo de un (1) tomo, integrado de cuatrocientos setenta y un (471) fojas útiles en total, según el informe de trámite que reposa a foja 99 del expediente del Tribunal.

OCTAVO: 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.

NOVENO: 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.

DÉCIMO. DISPONER la salida y el archivo del expediente N°182-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

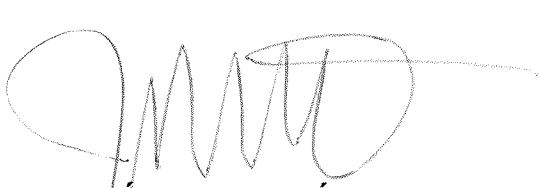
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 53, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

Voto concurrente


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





República de Panamá
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

VOTO CONCURRENTE DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Expediente: 182-2018

Recurrente: QUIFAR INTERNACIONAL, S.A.

Resolución N°037-2019/TACP de 11 de marzo de 2019 (Decisión).

Respaldo y concuro con la parte dispositiva que se dicta en la presente Resolución N°037-2019/TACP de 11 de marzo de 2019 (Decisión), puesto que ninguno de los proponentes cumplió a cabalidad con el pliego de cargos, sin embargo, siendo consecuente con la posición que he venido reiterando, con el respeto acostumbrado, disiento de la censura que se hace en la parte motiva a la declaración jurada de acciones nominativas de la empresa ADVANCE LABORATORIOS, S.A., debido a la falta de firma de los testigos en el sello notarial. Al respecto, he sostenido lo siguiente:

Firma de los testigos en el sello notarial:

Censurar y por tanto no valorar un documento presentado por un proponente debido a que el sello de autenticación de firma ante notario público, no cuenta con las firmas de los dos testigos, según la formalidad exigida por el artículo 1730 del Código Civil, no puede atribuírsele a los administrados, porque no podemos perder de vista que la Notaría Pública que estampó el sello que contiene además del espacio para la firma del notario, dos más para la firma de dos testigos, es el ente que incurre en error y no la empresa proponente, por tratarse de la prestación de un servicio público. La norma legal dispone:

“Artículo 1730. Harán fe las atestaciones que ante dos testigos hagan los Notarios al pie de documento privado (la negrita es nuestra).

Así, el error en que incurre el notario público, al suscribir el sello de autenticación de la firma del interesado, sin que conste la firma de los dos testigos, tal cual lo exige el citado artículo 1730 del Código Civil, no puede trasladarse al recurrente y por ende sufrir el perjuicio de que de descalificación de su propuesta, cuando los principios del derecho administrativo indican que la función pública se debe ejercer dentro el marco de los principios de legalidad, calidad, transparencia, eficiencia, eficacia y moralidad, garantizando una tutela administrativa efectiva a los administrados. Es decir, los errores de la administración no pueden acarrear

9



perjuicios a los administrados, y en caso que ello ocurriere, el ente administrativo investido de jurisdicción y competencia debe otorgar tutela efectiva a los administrados.

Al respecto, insistimos en que debemos tener presente que los notarios públicos desempeñan una función pública: la de dar fe pública. De modo que los notarios están investidos por el Estado de una función pública, tal como lo advierte el artículo 1727 del Código Civil

Artículo 1727. En el Notario deposita la Ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar, y su confianza respecto de los documentos que ponen bajo la custodia del mismo Notario. Correspondiéndole, en consecuencia, hacer constar las fechas de tales actos y contratos, los nombres de las personas que en ellos intervinieron, y la especie, naturaleza y circunstancia de los mismos actos y contratos. Correspondiéndole igualmente la vigilante guarda de todos los instrumentos que ante él pasen y de las piezas y diligencias, que, por precepto de la ley u orden del Tribunal, se manden insertar en los protocolos de las Notarías, o que sean custodiados en la misma Notaría (lo subrayado es nuestro).

En consecuencia, dado que la función notarial reviste la característica de función pública encomendada y atribuida por el Estado, no comparto la censura que se hace a la Declaración Jurada sobre Medidas de Retorsión, debido a que se trata de un error en que incurrió una persona investida de función pública, error que no puede atribuirse al usuario del servicio público notarial, en este caso a la empresa recurrente.

En esa misma línea de pensamiento, tampoco puede responsabilizarse al usuario del servicio público notarial de los errores en que incurra una notaría pública, cuando el mismo no interviene en las reglas establecidas por los notarios al momento de autenticar documentos. Quiere decirse que los errores de la Administración y en general de quien ejerce una función pública, no son imputables al administrado. El administrado deposita o tiene confianza en las actuaciones de la Administración y de quienes ejercen la función pública; y esa confianza debe ser tutelada y respetada por la propia Administración o por los organismos de control de los actos administrativos, tal es el caso de este Tribunal. Una actuación contraria conllevaría también a la violación del principio de confianza legítima del administrado en las actuaciones de la Administración o de quien desempeñe una función pública.

Esta Corporación ha señalado con toda claridad en sus decisiones que las entidades no pueden incurrir en exagerados formalismos, y menos trasladar las fallas del propio servicio público al administrado, puesto que se observa a todas luces que no se podía demandar del recurrente un comportamiento diferente al

depositar su confianza en el servicio público que le prestó la notaría pública a la que acudió. Por tanto, la decisión de mayoría que no compartimos resulta contraria a la postura que ha tenido esta Instancia de Tutela Administrativa.

A propósito, resulta oportuno citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 20 de agosto de 2015, bajo la Ponencia del magistrado Abel Zamorano, en virtud de la cual se ordenó la corrección de un poder debido a que faltaba en el sello de autenticación de firmas suscrito por el notario público, la firma de los testigos. Veamos:

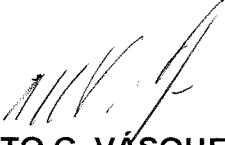
“Por otra parte, en atención al segundo cargo de oposición se observa que el poder otorgado a la licenciada Ledezma ante la Notaria Pública Segunda del Circuito de Coclé, se realizó sin la presencia de los testigos según consta a fojas 167-168, tal como lo exige el artículo 1730 del Código Civil que señala: *“Harán fe las atestaciones que ante dos testigos hagan notarios al pie de documento privado”*. La falta de estos testigos implica que el poder fue otorgado sin cumplir los requisitos de Ley, y en consecuencia debe ser corregido, por lo cual lo procedente es devolverlo a través de un despacho para que en el término de cinco (5) días, el Consejo Municipal de Aguadulce corrija el error antes indicado”.

Como podemos apreciar, la Corte Suprema de Justicia ordenó corregir un “Poder Especial”, por carecer de la solemnidad correspondiente que señala la ley, utilizando como fundamento jurídico el artículo 1730 del Código Civil, con lo cual la más alta Corporación de Justicia de nuestro país dio la oportunidad al recurrente de corregir el poder en lugar de causarle perjuicios por un error en que incurrió la Notaria Pública Segunda del Circuito de Coclé.

Una actuación distinta de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de no admitir la demanda por el error en que incurrió la notaría al no encontrarse en el sello de autenticación de firma suscrito por el notario, las firmas de los testigos, hubiese representado una falta de tutela. Dicho de otro modo, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y en particular el derecho de acceso a la justicia, que se deriva de aquel.

Por tanto, son las motivaciones expuestas las que me llevan a emitir el presente voto concurrente.


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA QUIFAR INTERNATIONAL, S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 542 DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2018, EMITIDA POR EL INSTITUTO DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS NACIONALES (IDAAAN) EXP. 182-2018, RESOLUCION No. 037-2019/TACP DE 11 DE MARZO DE 2019 (Decisión)

Con el respeto acostumbrado manifestamos que nos adherimos a la declaratoria de nulidad del caso *sub lite*, no obstante, sobre el particular expresamos los siguientes puntos a efectos de motivar nuestra opinión; siguiendo el *iter* cronológico del procedimiento licitatorio al repasar los requisitos exigidos en el punto 18 de otros requisitos del pliego de cargos para el acto público en estudio, nos encontramos con que la entidad licitante incluye y publica en el portal electrónico “Panamacompra” que todo proponente requiere referencias estatales y/o privadas que indiquen que el proponente tiene como mínimo cinco (5) años de experiencia en la elaboración y/o comercialización, transporte y suministro de Hipoclorito de Calcio en pastillas y granular. Cabe resaltar que una vez que los pliegos de cargos han cobrado publicidad, asumen una condición normativa o reglamentaria plena hasta el momento de la presentación de las ofertas y todas las propuestas presentadas debe encontrarse en estricta sujeción a lo dispuesto en el pliego de cargos. En razón de esto es que somos del criterio que la entidad licitante con el solo hecho de colocar en el pliego de cargos este requisito en todo caso si el mismo se encuentra o no de acuerdo a la legislación vigente; lo que acarree dicha actuación de la entidad licitante es que los distintos proponentes, incurrieran en un error al aportar dichos documentos según lo requerido en el pliego de cargos, siendo esta situación a todas luces contrapuesto a los principios de buena fe, legalidad o juridicidad, aunado a que afecta otro principio reconocido por la jurisprudencia nacional: la confianza legítima. De esta manera se trastoca el principio de igualdad al crearse un desbalance entre los proponentes que participaron de la Licitación Pública; puesto que éstos podrían haber tenido la oportunidad de presentar sus propuestas-*ofertas* de un modo diferente, al haber conocido, en su momento, que dichas referencias debían presentarse en distinta manera o no por el contrario no presentarlas según lo convenido en el pliego de cargos; siendo esta la normativa a cumplir por las empresas proponentes. Como bien lo explica el profesor **DROMI** al señalar que “En esta etapa la administración no podrá modificar las condiciones que se tuvieron en cuenta al ofertar, siquiera en favor del adjudicatario, atento a que quebraría el principio de igualdad perjudicando a los otros oferentes que no resultaron adjudicatarios, como así tampoco en contra del adjudicatario en tanto ello vulneraría sus derechos subjetivos”¹.

Lo antes expresado trata de que la Administración observe una conducta imparcial frente a todos los proponentes, evitando que las distintas etapas de la actividad precontractual o contractual, puedan llegarse a crear beneficios en favor de uno de los concurrentes sin que los mismos beneficios estén en condiciones de

¹ DROMI, Roberto, “La licitación Pública” Buenos Aires, 1995, p. 271

ser alcanzados por los restantes *proponentes-oferentes*; en tal sentido somos del criterio que mal podríamos pasar por alto este error, ya que estaríamos creando una pseudo-certeza de situaciones jurídicas, como también podríamos propiciar fines contrarios a derecho. Es por esto que durante toda la sustanciación del procedimiento de selección de contratista debe conservarse un trato igualitario entre los *proponentes-oferentes* teniendo en cuenta la estricta observancia de la legalidad que es el sustento fundamental de la seguridad jurídica, salvaguardando la aplicación del ordenamiento que rige a este acto público (licitación pública); sin ningún tipo de discriminaciones que beneficien a unos en perjuicio de otros. Como puede verse, la juridicidad constituye un parámetro de validez para toda actuación de la administración pública, puesto que la entidad licitante corre con la responsabilidad durante esta etapa pre-contractual respecto de las posibles ambigüedades y equivocaciones a las que puedan con esta actuación inducir a los proponentes, mal podríamos de esta manera señalar o trasladar dicha responsabilidad a los proponentes, ni mucho menos imponerles criterios distintos.

En consecuencia a los efectos anulatorios del supra citado requisito para el presente acto de selección de contratistas, no solo subyace la publicación de requisito *contra legem*, o contrarios a los legales; sino también que la publicación de este requisito según la convocatoria realizada para este acto público, induce a error a los proponentes, situación que no puede ser salvada, ni convalidada con la presentación correcta de algunos de los proponentes, por crearse una especie de distorsión al momento de verificar los requisitos de participación, afectando la igualdad de condiciones de los proponentes ante la ausencia de reglas justas claras y equitativas. Conviene agregar, que los anteriores planteamientos, se enmarcan dentro de los criterios dispuestos por la legislación sobre Contrataciones Públicas, en cuanto al cumplimiento de los parámetros establecidos para la estructuración de los pliegos de cargos, de acuerdo al artículo 25 de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 25. Estructuración del pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista o a la excepción de este, el correspondiente pliego de cargos o términos de referencia, que contendrá:

- 1.....
- 2.....
3. **Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva.**

Dentro del marco conceptual expuesto, es que comparto la parte resolutive de la decisión jurisdiccional, respetuosamente, presentando mi voto concurrente.

TA de CP

19 MAR 14 11:24AM

Jose Aranda Rios
Magistrado

Alberto C. Vázquez R.
Secretario General



Fecha ut supra.