



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ACCIÓN DE RECLAMO

EXPEDIENTE 074-2020

RECURRENTE: CONSTRUCTORA PACÍFICO ATLÁNTICO, S.A.
(COPASA)

ACTO RECURRIDO: Informe de la Comisión Evaluadora publicado el día 19 de agosto de 2020, dentro del procedimiento de selección de contratista por Licitación por Mejor Valor No.2020-1-69-01-15-LV-000476.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 120-Pleno/TACP de 17 de septiembre de 2020 (Acción de Reclamo).

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 y 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 para conocer sobre las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas, entre otros temas más.

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 las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas. Además, 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 presente procedimiento de selección de contratista para la obra de II Fase del anfiteatro de Arraiján, Corregimiento de Arraiján Cabecera, Distrito de Arraiján, Provincia de Panamá Oeste, de acuerdo al renglón No.45 de la Resolución No.60 de agosto de 2016, tuvo su origen el día 10 de enero de 2020, cuando el Municipio de Arraiján, Consejo Municipal de Arraiján, publicó en el Portal Electrónico de Contrataciones Públicas el procedimiento de selección de contratista por licitación por

91



mejor valor No.2020-1-69-01-15-LV-000476, con la indicación del día y hora de la presentación de las propuestas, el día, lugar y hora de inicio del acto público, la descripción del objeto contractual, la partida presupuestaria, entre otros, en obediencia al contenido del artículo 41 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

En razón de lo anterior, se señaló como fecha de presentación de las ofertas el día 5 de febrero de 2020, desde las 10:00 hasta las 11:00 de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las 11:01 de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las ofertas, tomando en consideración que estamos ante un acto público de licitación por mejor valor, cuyo precio de referencia es de Cuatrocientos Cincuenta Mil Balboas con 00/100 (B/.450,000.00).

De la observación del decaerir procesal contemplado en el portal electrónico, y las evidencias físicas del expediente, tenemos que la Comisión Evaluadora se pronunció respecto de las propuestas, cuya comunicación ocurrió el día 19 de agosto de 2020, y en donde la propuesta de la empresa accionante, CONSTRUCTORA PACÍFICO ATLÁNTICO, S.A., no fue la que obtuvo el mayor puntaje de acuerdo a la metodología de ponderación que establece el pliego de cargos.

En dicho informe de comisión, destacaron que la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., fue la que obtuvo el máximo puntaje, de acuerdo a los parámetros de los términos de referencia del ato público de selección de contratista No.2020-1-69-01-15-LV-000476, valoración que ha provocado la activación del reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, misma que fue admitida a través de la Resolución No.DF-454-2020 de 27 de agosto de 2020.

No obstante, como quiera que transcurrió el tiempo de ley con el que contaba la Dirección General de Contrataciones Públicas para resolver el fondo de la acción de reclamo presentada y admitida, la entidad mediante Notas No.DGCP-DS-633-2020 de 15 de septiembre de 2020, remitió a este Tribunal la acción de reclamo en análisis, cuya documentación se encuentra en el expediente electrónico, por la recomendación realizada por el Ministerio de Salud y respaldada por la Circular No.DGCP-DS-042-2020, donde se comunican los protocolos por Covid-19; acción de reclamo que fue recibida en la Secretaría General de esta Colegiatura el día 16 de septiembre de 2020, a las 9:11 de la mañana.

II. CONTENIDO DEL INFORME DE LA COMISIÓN EVALUADORA:

El Informe de la Comisión Evaluadora publicado el día 19 de agosto de 2020, concluye que la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A. que, de acuerdo a la metodología de ponderación que refiere el pliego de condiciones, es la que obtuvo el

37

mayor puntaje (100/100) razón por la cual recomienda la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No.2020-1-69-01-15-LV-000476, para la obra de II Fase del anfiteatro de Arraiján, Corregimiento de Arraiján Cabecera, Distrito de Arraiján, Provincia de Panamá Oeste, de acuerdo al renglón No.45 de la Resolución No.60 de agosto de 2016.

III. FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DE RECLAMO.

La CONSTRUCTORA PACÍFICO ATLÁNTICO, S.A., a través de su representación especial, licenciado JORGE ACOSTA, presentó acción de reclamo en contra del Informe de la Comisión Evaluadora publicado el día 19 de agosto de 2020, expresando lo siguiente:

Que la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., a quien la Comisión Evaluadora recomendó la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No.2020-1-69-01-15-LV-000476, por obtener presuntamente la mayor ponderación, ha presentado muchas inconsistencias en su propuesta, las cuales clasifica como suplantación de oferta e interpretación incorrecta en el requisito de la experiencia en desarrollo de planos, las cuales fundamenta de la siguiente manera:

Que la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., aportó cuentas bancarias a nombre del representante legal, señor GUO YU ZHANG; sin embargo, la entidad, en base al artículo 64 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, solicitó a las entidades bancarias aclarar si las cuentas bancarias que se mantienen a nombre de una persona natural corresponden o no a la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., habida cuenta que las cartas presentadas se encuentran a título personal del representante legal.

Adiciona en ese mismo tema, que la comisión evaluadora, en su rol de proveedor suple documentación presentada en la propuesta de la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., y aporta como cita la comisión "adjunta" cartas de las entidades bancarias aclarando que la mencionada sociedad anónima es cliente de ambas instituciones bancarias.

Sostiene el jurista, que la comisión evaluadora yerra al interpretar que la facultad de aclarar una propuesta debe entenderse, como la capacidad de la comisión de poder corregir, enmendar o inclusive suplantar la documentación presentada por un proveedor durante el acto de presentación de propuestas catalogando inclusive como indiscutible el contenido del artículo 77 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 2018.

Observa que la disposición reglamentaria citada en su sentido literario y alcance no da cabida a la modificación de un documento aportado con la propuesta bajo

21 



ningún concepto, hecho en el que ha incurrido la comisión evaluadora del acto público en contencioso.

Alega que la comisión evaluadora, contrario Derecho, permitió al proponente PANAMÁ MEGA STORE, S.A., modificar su oferta, aceptando como válidas 2 cartas bancarias que no responden a las aclaraciones que ilegalmente pretenden hacer. Que las cartas ilegalmente aportadas en ninguna de sus partes acreditan que en efecto las cuentas bancarias y la línea de crédito de GUO YU ZHANG es la misma que la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., como pretende el proveedor y la comisión.

Hace referencia también al incumplimiento de algunos requisitos obligatorios, como lo es el poder de representación, las cartas de intención de financiamiento y las cartas de referencia bancarias.

En el tema del poder de representación, es que el mismo se hace a título personal y no en nombre de la empresa en mención, por lo que a su criterio no satisface el punto No.3 del pliego de cargos.

En cuanto a las cartas de intención de financiamiento y las cartas de referencias bancarias; ambas se redactaron a nombre del representante legal y no de la persona jurídica.

Sobre el requisito ponderable de la experiencia en desarrollo de planos de la propuesta de su representada, la comisión calificó con cero (0) puntos; no obstante, su mandante aportó documentación de 10 fojas con las hojas de vida que cumplen a cabalidad el requisito en mención, y no sólo en razón del tiempo de experiencia, igualmente en razón de las cuantías y que además se aprecia otros requerimientos como el profesional de dibujos de planos, dibujo mecánico, méritos, educación, ejecutorias, proyectos, años, montos, al igual que del Superintendente en obras y todos los datos necesarios que demuestran el cabal cumplimiento para obtener la máxima puntuación.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

Como consecuencia de la competencia funcional que nos concede la Ley No.22 de 2006, positiva al monto de la convocatoria del presente acto público de selección de contratista, para la decisión de acción de reclamo que fuera presentada por la Dirección General de Contrataciones Públicas, por haberse vencido el tiempo para decidir el fondo de las acciones de reclamo previamente admitidas, procede esta Colegiatura a desatar las peticiones con un fundamento razonado y conforme a derecho, tomando en consideración que debemos respetar el término de que la ley nos concede para su decisión.

29



En principio, la Dirección General de Contrataciones Públicas es la competente para resolver las acciones de reclamos presentadas contra todo acto u omisión considerado ilegal o arbitrario, ocurrido durante el proceso de selección de contratista antes de que se adjudique o declare desierto, mediante resolución, el acto público correspondiente.

Sin embargo, mediante excepción, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas conoce la solicitud señalada, por ser el querer del legislador de la Nación, cuando ha estampado en el penúltimo párrafo del artículo 144 de la Ley No. 22 de 2006, que en caso de que la Dirección General de Contrataciones Públicas no resuelva la acción de reclamo en el término señalado (5 días luego de recibir el expediente administrativo de parte de la entidad que se encuentra llevando a cabo el proceso), entonces pierde la competencia el ente estatal descrito y se activa el engranaje administrativo de este foro de justicia especial, en un plazo de cinco (5) días hábiles para resolverlo, contado a partir del recibo del expediente respectivo por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas, quien cuenta de un (1) día hábil para remitirlo a este tribunal por imperio de la ley.

Ya entrando en materia, tenemos que el acto administrativo sujeto a análisis ante esta Colegiatura y cuya anulación total del acto se exige, será examinado de manera objetiva a fin de responder en Derecho al accionante en el tiempo que la ley ha establecido, para que así, luego de ello se siga desarrollando el proceso iniciado en el Municipio de Arraiján y se pueda dar respuesta a un tema colectivo en beneficio de una población en particular, luego de haberse regulado y tratado la relación de los particulares y el Poder Público, sustentada en principios jurídicos de actuación y control de la actividad administrativa.

Así las cosas, procederemos a realizar la evaluación del Informe de la Comisión Evaluadora, con el único objetivo de determinar si se ajusta o no a Derecho o si, por el contrario, las argumentaciones sostenidas por la accionante se circunscriben a la realidad jurídica materialmente planteada, verificando la ocurrencia o no de un acto u omisión ilegal o arbitrario ocurrido durante el proceso de selección de contratista antes de la adjudicación o declare desierto, y que concluiremos con una decisión razonada, respetando las garantías que cada actor procesal cuenta.

En cumplimiento de lo anterior, vemos que el primer argumento que sustenta quien presenta la acción de reclamo, se debate la satisfacción o no del punto No.13 de los otros requisitos del pliego de cargos, que trata sobre la carta de referencia bancaria, llevando el escenario jurídico en la interpretación extensiva que la comisión evaluadora le ha concedido al artículo 64 de la ley especial de compras estatales.

Al observar el Tribunal lo contencioso del asunto concede la razón a la CONSTRUCTORA PACÍFICO ATLÁNTICO, S.A., sencillamente porque la proponente

27



PANAMÁ MEGA STORE, S.A., participó del acto público como persona jurídica y no en razón de persona natural. Por ello, toda documentación aportada debe dejar clara esa situación, precisamente porque el *peculio* de una sociedad es distinto al de las personas naturales que la conforman. Si hacemos un recorrido por la Ley No.27 de 1932, notaremos que las sociedades anónimas tienen facultades expresas, entre ellas está la de tomar dinero en préstamo, contraer deudas en relación a su negocio, adquirir, comprar, vender, entre otras más, pero siempre en función de persona jurídica, por tener un patrimonio propio y a pesar de que más allá de que este conformada por sus dignatarios, entre ellos el representante legal, cada una de sus actuaciones deben ser dirigidas en nombre de la sociedad y no de forma particular de un individuo.

Así las cosas, nos remitimos a lo establecido en el artículo 251 del Código de Comercio, mismo que transcribimos a continuación:

“ ...

Artículo 251: La sociedad mercantil constituida con arreglo a las disposiciones de este Código, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios para todos sus actos y contratos.

.....
.....”

Por lo anterior, coincidimos en que la carta de referencia bancaria debió referirse a la sociedad y no estar a nombre del señor GUO YU ZHANG, quien es sólo el representante legal de la sociedad. Se trata de personas distintas. La ley, cuando hace referencia al contrato público lo detalla en virtud del acuerdo de voluntades celebrado entre dos entidades estatales, o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural, jurídica o consorcio. Hace esa distinción porque son roles diferentes, así como su patrimonio, no tendría sentido hacer esa diferencia si al final la propuesta de una persona jurídica se realiza en función de una persona natural. Costa distinta es que toda persona jurídica tiene a una persona natural como su representante legal, pero sus actuaciones son en beneficio de la sociedad como tal.

De manera tal que, claramente no se ha cumplido con el punto 13 de los otros requisitos de los términos de referencia, y la aclaración que realizó la comisión verificadora no debió originarse por muchas razones. La primera porque resulta evidente el incumplimiento con el requisito o condición especial, segundo, que las aclaraciones de los documentos se efectúan a los proponentes como bien lo describe el artículo 64 de la ley No.22 de 2006, y solo se hace necesario o contempla la posibilidad del apoyo de asesores, especialistas, etc, en caso relacionados con la materia objeto del proceso., que para el caso en particular nada tiene que ver con la carta de referencia bancaria. Es decir, la aclaración como figura jurídica se encuentra



contemplada en la norma especial; empero, su uso es en situaciones puntuales y no un argumento para que la entidad vulnere la ley y adaptarlo a su medida, mucho menos en circunstancias no permitidas, ya sea por el tiempo procesal en el que se encuentre el procedimiento o por simplemente no corresponder a lo que se debe aclarar.

El tema de la aclaración que regula el artículo 64 de la ley, tiene su origen en el artículo 50 del mismo texto legal, y es claro en que la entidad licitante podrá solicitar aclaraciones luego de presentada la propuesta y, además, solicitar que se acompañe documentación aclaratoria, siempre que esta no tenga por objetivo distorsionar el precio u objeto ofertado, ni tampoco modificar la propuesta original, pero a gran escala se observa que en efecto se ha modificado la propuesta, porque en ella se decía que la carta bancaria hacía referencia a una persona natural y no a una sociedad anónima, lo que al aclararse, cambia radicalmente lo aportado.

Debemos tener presente que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse de manera puntual, cuando resulte evidente que requiere una aclaración, siempre y cuando se respeten las reglas del juego previamente notificadas a los interesados en participar del procedimiento de selección de contratista. Ahora bien, una petición de aclaración no es para paliar la falta de un documento o de alguna información, cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que la entidad adjudicadora debe cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido, sino para que se deje claro un tema que no lo es, pero sin alteración del documento previamente aportado.

Permitir que la comisión evaluadora corrija determinada propuesta establece a todas luces una ventaja, un privilegio en detrimento de los demás participantes y, en consecuencia, de la transparencia, irse más allá de lo que la norma le permite.

La aclaración es un argumento poco utilizado, dado que se supone que las reglas del juego están claras como lo señala la normativa, pues, aunque consideramos que dicha figura es utilizada más bien para excusar algunas carencias propias del acto administrativo paralelo correspondiente al proponente determinado; sin embargo, doctrinalmente ese medio ha sido muchas veces para modificar y colocar al administrado en una situación de facto distinta a la que la propia figura pretende por definición, según el tenor literal de la norma. El documento de la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., es un claro incumplimiento del pliego de cargos, razón por la cual no cabía la aclaración en ninguna de sus modalidades, por parte del proponente ni por los miembros de la comisión evaluadora.

Otro tema en debate lo es el poder especial concedido por el señor GUO YU ZHANG al señor Ricardo Montenegro. La primera inconsistencia tiene que ver con que, estamos ante una oferta aportada por una sociedad anónima, por ende, el poder



de especial debe concederlo el representante legal, pero en representación de la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., y no de forma particular, al respecto procederemos a citar el artículo 73 del Código Civil.

“Artículo 73: Las personas jurídicas serán representadas judicialmente o extrajudicialmente, por las personas naturales que las leyes o los respectivos estatutos, constituciones, reglamentos, o escrituras de fundación determinen; y a falta de esta determinación, por las personas que un acuerdo de la comunidad, corporación o asociación de que se trata, designe con tal objeto”.

Resulta claro que las personas naturales no deben actuar por sí solas, sino en virtud y representación de la persona jurídica, porque no se trata de su representación en sí sino de una sociedad como tal.

De igual forma, analizado el contexto del poder especial, vemos que el mismo no fue concedido para un proceso determinado, en los términos del artículo 625 del Código Judicial, más bien fue realizado de manera general, pero que no lo podemos tomar como tal, debido a que la característica principal del poder general es su instrumentación de la cual carece el mandato examinado. En ese sentido, no debe ser tomado en cuenta por carecer del proceso específico para el cual se otorgó, que en esta oportunidad sería para participar del acto público de selección de contratista No.2020-1-69-01-15-LV-000476.

Las cartas de intención de financiamiento y las cartas de referencia bancaria también están dirigidas al representante legal y no a la empresa PANAMÁ MEGA STORE, S.A., por lo que como en párrafos anteriores hemos explicado, no debe proceder en favor de la sociedad anónima sino más bien en su contra como un incumplimiento a los puntos 9 y 13 de los otros requisitos del pliego de condiciones y su razón básica es que el proponente no es el señor GUO YU ZHANG, sino PANAMÁ MEGA STORE, S.A., y lo que se busca con las distintas cartas es la solvencia económica y la capacidad de financiamiento de la obra por parte de la sociedad y no de su representante legal, que al momento de alguna futura desatención del ulterior contrato u orden de compra responderá con su aporte únicamente.

En cuanto a la oferta de CONSTRUCTORA PACÍFICO ATLÁNTICO, S.A., que tiene que ver con la experiencia en desarrollo de planos, denotamos que con la documentación que se encuentra en el portal electrónico y la idoneidad de los profesionales Fredy Jiménez y Roberto Ariza, se comprueba la capacidad y experiencia requerida, la cual desconocieron los miembros de la Comisión Evaluadora del Municipio de Arraiján, bajo el contexto de que ambos profesionales señalaron experiencias en actividades distintas a las requeridas en el pliego de cargos, pero no motivan las razones de su diferencias. También añaden que la experiencia mostrada no corresponde al objeto contractual; requerimiento que no se encuentra apuntado cuando se solicita la experiencia en el desarrollo de planos y anteproyecto. Es con las

7



actas de aceptación final que se solicita la similitud en el proyecto a contratar y no en la experiencia en el desarrollo de los planos; actividad que es idónea para ambos profesionales de acuerdo a las características de su profesión y a la que se le ha sumado la experiencia en el campo. Por esa razón consideramos que debe ser ponderado con la puntuación de 10 en vez de cero como se realizó en el informe publicado el día 19 de agosto de 2020.

En base a lo anterior, consideramos que se debe anular totalmente el informe de la Comisión Evaluadora publicado el día 19 de agosto de 2020, tomando en consideración que le asiste la razón al accionante de conformidad a cada uno de los argumentos sustentados en la acción de reclamo, y razonado en la acción de reclamo que hemos desarrollado en la presente decisión. Fallo que fundamentamos de acuerdo al contenido del numeral 3 del artículo 203 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, que permite dentro de las medidas aplicables en la acción de reclamo la **anulación parcial o total del informe de la comisión.**

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR TOTALMENTE el Informe de la Comisión Evaluadora publicado el día 19 de agosto de 2020, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por licitación por mejor valor No.2020-1-69-01-15-LV-000476, convocado por el Municipio de Arraiján, Consejo Municipal de Arraiján, para la obra de II Fase del anfiteatro de Arraiján, Corregimiento de Arraiján Cabecera, Distrito de Arraiján, Provincia de Panamá Oeste, de acuerdo al renglón No.45 de la Resolución No.60 de agosto de 2016, cuyo precio de referencia es de Cuatrocientos Cincuenta Mil Balboas con 00/100 (B/.450,000.00).

SEGUNDO: ORDENAR a la entidad licitante que, a través de la misma Comisión Evaluadora, realice un nuevo análisis total, a efectos que aplique las medidas correctivas al procedimiento llevado a cabo, de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 53 del Texto único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017 y el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, de conformidad a las consideraciones expuestas en la presente resolución y que se emita un informe total debidamente motivado y en el término que establece el artículo 64 de la ley citada.

TERCERO: LEVANTAR LA SUSPENSIÓN del acto Público No.2020-1-69-01-15-LV-000476.

[Handwritten signature]

CUARTO: ORDENAR el archivo del expediente de la acción de reclamo presentada por el proponente CONSTRUCTORA PACÍFICO ATLÁNTICO, S.A. (COPASA), dentro del procedimiento de selección de contratista No.2020-1-69-01-15-LV-000476.

QUINTO: ORDENAR la devolución de los expedientes administrativos del acto público No.2020-1-69-01-15-LV-000476, a la entidad licitante.

SEXTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución es de única instancia, por lo tanto, no admite recurso alguno y surte efectos a partir del día hábil de su publicación.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 53 y 143 del Texto único de la Ley No. 22 de 2006, vigente. Artículos 85, 197-206 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

