



REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 136-2018

RECORRENTE: MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID (M.T.M.D. SUPPLIES).

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 023-2018 de 28 de septiembre de 2018, proferida por el Municipio de las Minas, Junta Comunal de Chumical, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por licitación pública No. 2018-5-48-0-06-LP-000235.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 236-Pleno/TACP de 11 de diciembre 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:

El Municipio de Las Minas (Junta Comunal de Chumical), convocó el día 27 de junio de 2018, el procedimiento de selección de contratista para el "Suministro de Materiales para Unidades de Vivienda", con un precio de referencia de Ochenta y

71 B



Cinco Mil Ochocientos Sesenta y Un Balboas con 03/100 (B/.85,861.03), cuya fecha de la presentación de las ofertas fue establecido para el día 5 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 (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 dos (2) proponentes, en su orden de presentación: GRUPO MORENO, S.A. y MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID.

Posteriormente, y luego de cumplir con los procedimientos de ley, el día 28 de septiembre de 2018, el Municipio de Las Minas publicó en el Portal electrónico la Resolución No. 023-2018 de 28 de septiembre de 2018, en la que se decidió la adjudicación del presente procedimiento de selección de contratista en la empresa GRUPO MORENO, S.A., por ser la recomendación generada por los miembros de la comisión verificadora.

La Resolución No. 023-2018 de 28 de septiembre de 2018 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por el licenciado JUAN RAMÓN MALIVERN F., de la firma BB&M ABOGADOS, en representación del señor MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID, quien se identifica como el representante legal del establecimiento comercial reconocido como M.T.M.D. SUPPLIES, alegando lo siguiente:

Como único argumento sustenta el jurista que, la proponente beneficiada con la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No. 2018-5-48-0-06-LP-000235, para el suministro de materiales para unidades de vivienda, presentó su propuesta con diferencias significativas en las especificaciones de los materiales, tomando como referencia el cuadro de desglose de precios, razón suficiente para no ser tomada en cuenta en la adjudicación del acto público que nos ocupa.

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 fechada 12 de octubre de 2018, remitió a este Tribunal copias del expediente administrativo y el informe de conducta, en el cual realizan un recuento del procedimiento legalmente establecido.

21



III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

Dentro del término procesal oportuno, el licenciado AGUSTÍN FALCON GÓMEZ en representación de la empresa GRUPO MORENO, S.A., como tercera en interés particular entra a este foro señalando que, su representada siempre ha utilizado abreviaturas en los actos públicos en los que participa sin ningún tipo de inconvenientes, siendo las abreviaturas un procedimiento que se utiliza para representar palabras escribiendo sólo una o varias de sus letras.

También manifiesta que la unidad de medida que se conoce en Panamá para el zinc es el “pie”, por ello considera que es completamente ilógico crear una incertidumbre sobre la no inclusión de la unidad de medida.

Termina alegando que la empresa GRUPO MORENO, S.A., se adecua a lo establecido en el artículo 32 de la Ley No. 61 de 2017, cumpliendo con todas las exigencias requeridas por la ley y es por ello que le fue adjudicado el acto público en debate, y que por el contrario la recurrente mantiene inconsistencias en su propuesta por dos razones. La primera obedece a la falta de información en el desglose de precios y la segunda en el aviso de operación, pues en los datos generales del representante legal del comercio se resaltan seis ceros, el cual clasifica como un dato desconocido.

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 27 de junio de 2018, con la convocatoria y en la que participaron dos (2) propuestas: GRUPO MORENO, S.A. y MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID.

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.

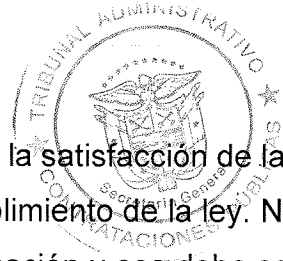
La principal regla que encontramos en el plano constitucional en lo que respecta a la contratación pública, se encuentra prevista en el artículo 266 de la Carta Política que es del siguiente tenor:

"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

94



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

31 42



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 Municipio de Las Minas 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. De igual forma, nos corresponde verificar si existen situaciones de nulidad que deba ser declarada o no en el desarrollo del procedimiento por licitación pública llevado a cabo por el Municipio de Las Minas. Análisis que incluye cerciorarnos que el procedimiento se haya desarrollado conforme a Derecho, es decir, que no se haya celebrado con contenido imposible o constitutivo de delito, entre otras razones más que puedan provocar la nulidad absoluta del mismo.

Este Tribunal, cumpliendo con su función que le concede el artículo 136 de la ley de contrataciones públicas positiva dentro de los procedimientos de selección de contratista, luego de la revisión íntegra del procedimiento, se percata de una situación particular, es decir, que en los renglones 2 y 3 se solicitan barras No. 3 y 4, pero no se advierte si son lisas o corrugadas, lo que impide un análisis objetivo por parte de esta entidad administrativa de justicia.

Lo anterior llevó a que los proponentes ofrecieran barras corrugadas (GRUPO MORENO, S.A.) y simplemente barras sin ningún tipo de connotación (MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID), queriendo decir que ni siquiera los participantes estaban cien (100) por ciento seguros de lo que se solicitaba, menos este Tribunal puede hacer el ejercicio de verificación de cumplimiento sin tener completamente claro cuál es el objeto contractual realmente solicitado.

La Ley No. 22 de 2006 positiva exige pliegos de cargos con la inclusión de reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, por esa razón las entidades deben realizar el mayor esfuerzo en tratar de describir el objeto contractual lo más claro posible, precisamente para evitar este tipo de situaciones.

Parte del objeto contractual no puede ser interpretado razonablemente, precisamente porque ha sido requerido de forma incompleta y ante tal oscuridad, no puede analizarse lo que no se entiende, siendo prácticamente imposible de satisfacer al carecer de certeza jurídica sobre lo solicitado y como quiera que se trata de una contratación en la modalidad global, se hace necesario anular el procedimiento de selección de contratista en su totalidad.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, en la cual solicita a través del pliego de cargos productos indeterminados, vulnera lo establecido en la

7



Ley No. 22 de 2006, positiva, por lo que incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 155 del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 155. Causales de nulidad absoluta.

Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona.”

En virtud de las consideraciones señaladas, estima ésta colegiatura que lo prudente es anular el acto público No. 2018-5-48-0-06-LP-000235, convocado por el Municipio de Las Minas, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, el cual dispone que:

“Artículo 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 confirmar, modificar, revocar o anular lo actuado por la entidad contratante (el subrayado es nuestro).

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.

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. 023-2018 de 28 de septiembre de 2018 y, por consiguiente, el procedimiento de selección de contratista No. 2018-5-48-0-06-LP-000235, iniciado por el Municipio de Las Minas que decidió adjudicar el presente acto público a la empresa GRUPO MORENO, S.A, por considerar este cuerpo colegiado que se realizó en contradicción a la ley especial de contrataciones públicas, tal y como se ha expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación contenida en cheque de gerencia No. 005673, fechada 8 de octubre de 2018, expedido por Global Bank, por la suma de Ocho Mil Quinientos Ochenta y Seis Balboas con 00/100 (B/. 8,586.00) que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a fojas 26 del expediente del Tribunal.

Ej

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2018-5-48-0-06-LP-000235, al Municipio de Las Minas, contentivo de un (1) tomo, integrado de ciento setenta (170) folios útiles.

CUARTO: 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.

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

SEXTO: DISPONER la salida y el archivo del expediente N°136-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

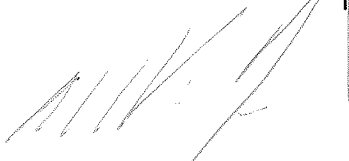
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 53, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

