

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1498

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 30 de diciembre de 2016

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

La Licenciada Alexa Espino González, actuando en representación del **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 004/2016-Decisión-Pleno/TACP de 11 de enero de 2016, emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas** y que se hagan otras declaraciones.

**Concepto de la Procuraduría de la
Administración.**

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo
Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.**

En cumplimiento de las funciones señaladas en el tercer párrafo del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, correspondiente a la defensa del acto administrativo acusado, la Procuraduría de la Administración, comparece ante esa instancia jurisdiccional con el fin de contestar el traslado de la demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción enunciada al margen superior, ordenada en la Providencia de 22 de agosto de 2016, visible a foja 21 del presente expediente.

Como quiera que en la presente acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción, existen dos entidades estatales con intereses contrapuestos (**Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral** y el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**), la Procuraduría de la Administración actúa en interés de la ley.

I. Disposiciones que se aducen infringidas.

La apoderada judicial del demandante –Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral- aduce la infracción de las siguientes disposiciones:

A. El Numeral 11 del Artículo 19 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ***“Que regula la Contratación Pública”***; norma que establece el principio de economía en los actos públicos (Cfr. foja 15 a 16 del expediente judicial);

B. Artículo 39 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ***“Que regula la Contratación Pública”***; norma que establece los requisitos de las propuestas en los actos públicos (Cfr. foja 16 a 17 del expediente judicial);

C. Artículo 54 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ***“Que regula la Contratación Pública”***; norma que regula el funcionamiento de las comisiones evaluadoras o verificadoras en los actos públicos (Cfr. foja 17 a 18 del expediente judicial);

D. Artículo 132 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ***“Que regula la Contratación Pública”***; norma que establece el requisito de apego a las normas de uniformidad, imparcialidad, celeridad, economía, eficacia y al principio de estricta legalidad en los actos públicos (Cfr. foja 18 a 19 del expediente judicial);

E. Literal “k” del Artículo 4 del Decreto 366 de 28 de diciembre de 2006, ***“Por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otra disposición”***; la cual señala el principio de economía en los actos públicos (Cfr. foja 19 a 20 del expediente judicial);

F. Artículo 146 del Decreto 366 de 28 de diciembre de 2006, ***“Por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otra disposición”***; la cual se refiere a las modificaciones del informe de la comisión verificadora o evaluadora (Cfr. foja 20 a 21 del expediente judicial);

G. Literal “g” del Artículo 321 del Decreto 366 de 28 de diciembre de 2006, ***“Por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula***

la Contratación Pública y dicta otra disposición"; la cual se refiere al principio de legalidad de los actos públicos (Cfr. foja 21 a 23 del expediente judicial);

H. Literal "c" del Artículo 354 del Decreto 366 de 28 de diciembre de 2006, *"Por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otra disposición"*; la cual se refiere a las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Cfr. foja 24 a 25 del expediente judicial); y,

I. Numeral 13 del Artículo 10 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, *"Que regula la Contratación Pública"*; y el ordinal "m" del artículo 19 del Decreto 366 de 28 de diciembre de 2006, *"Por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otra disposición"*; la cual se refieren a las competencias y funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas (Cfr. fojas 26 a 27 del expediente judicial).

II. Antecedentes.

El Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral organizó acto público consistente en la **Licitación Abreviada por Mejor Valor**, distinguida con el número **2015-0-13-0-08-AV-007582**, para la contratación del **"Proyecto de remodelación, suministro e instalación de muebles y divisiones modulares, cableado estructurado y sistema informático; para la gestión inteligente de atención al ciudadano en la Dirección de Empleo, en la sede central del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral."** El precio de referencia propuesto por la entidad licitante era por la suma de **NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL CINCUENTA Y DOS BALBOAS (B/.916,052.00)**.

La institución interesada publicó el día 21 de julio de 2015 en el portal del sistema electrónico "PanamáCompra", la convocatoria y pliego de cargo.

El acto público se realizó el día 5 de agosto de 2015, con la participación de las empresas **3Tech Moving Technology S.A.**, quien ofertó por la suma de **OCHOCIENTOS VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS BALBOAS CON OCHENTA CENTÉSIMOS (B/.824,446.80)** y **Construcciones y Remodelaciones Eurox S.A.**, la cual ofertó por la suma de **NOVECIENTOS QUINCE MIL CIENTO CUARENTA BALBOAS CON SESENTA Y CUATRO CENTÉSIMOS (B/.915,140.64)**.

El día 17 de agosto de 2015, el abogado de la empresa **Construcciones y Remodelaciones Eurox S.A.**, presentó acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, en contra del informe de la Comisión Evaluadora fechado 11 de agosto de 2015, el cual previo análisis, ordenó la anulación del referido informe y la conformación de una nueva Comisión Evaluadora, en atención a que el precio ofertado estaba dentro del porcentaje de riesgo establecido en el pliego de cargos para el acto público. La Comisión evalúa las propuestas formuladas y concluye que **3Tech Moving Technology S.A.**, cumple con los requisitos para la adjudicación del acto público y así lo recomienda a la entidad solicitante.

El día 1 de octubre de 2015, fue publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamáCompra", la Resolución 86 de esa fecha, emitida por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, mediante la cual se procede a la adjudicación del acto público a favor de la empresa **3Tech Moving Technology S.A.**

El día 7 de octubre de 2015, la empresa **Construcciones y Remodelaciones Eurox S.A.**, presentó Recurso de Impugnación en contra la resolución de adjudicación ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, la cual fue admitida el 16 de octubre de 2015.

El Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral continuó la tramitación del acto público, y el 14 de octubre de 2015 suscribió el Contrato 235 con el consorcio **3Tech Moving Technology S.A.** Mediante Nota DM-1388-2015 de 30 de octubre de 2015 se dio la orden de proceder respectiva, a efectos de iniciar los trabajos el 16 de noviembre de 2015, con una duración de noventa (90) días calendarios. De igual forma, se procedió hacer efectivo el pago anticipado establecido en el pliego de cargo, del treinta por ciento (30%) del monto total, el cual asciende a la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRECIENTOS TREINTA Y CUATRO CON CUATRO CENTAVOS (B/.247,334.04).**

El **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas** mediante la Resolución 004/2016-Decisión-Pleno/TACP de 11 de enero de 2016, resolvió el recurso de impugnación presentado por la empresa **Construcciones y Remodelaciones Eurox S.A.**, revocando la adjudicación efectuada y declarando desierto el acto público de **Licitación Abreviada por Mejor Valor (2015-0-13-0-08-AV-007582).**

El **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, a través de su apoderado judicial, presentó Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción (Cfr. fojas 2 a 30 del expediente judicial), contra la decisión del **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**, quien a través de su propio apoderado judicial, contestó la misma (Cfr. fojas 85 a 99 del expediente judicial). De igual forma, la empresa **Moving Technology S.A.**, en nombre del consorcio accidental conformado para la participación de este acto público, a través de su abogado presentó contestación a la demanda formulada (Cfr. fojas 109 a 124 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Cabe recalcar que en este proceso, la Procuraduría de la Administración actúa en interés y defensa de la Ley, guardando así mismo, el deber de velar por la buena marcha de la Administración Pública.

Surgen dos circunstancias que motivan la preocupación de este Despacho Superior, precisamente en aras de defender los intereses de su obligación legal de representar a la Administración Pública.

En primer lugar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, sobre contrataciones públicas, se establecen las condiciones fundamentales para la realización de una Licitación Abreviada, la cual puede ser por menor precio o por mejor valor. En tal sentido, señala la norma:

“Artículo 48. Licitación abreviada. La licitación abreviada es el procedimiento de selección de contratista en el que el Estado selecciona y adjudica con base en el menor precio o, en los actos de mejor valor, en la mayor ponderación, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. **Se podrá utilizar cuando el monto de la contratación sea superior a los treinta mil balboas (B/.30,000.00), el objeto de la contratación responda a la necesidad de satisfacer el interés social o estado de urgencia y se requiera que se efectúe en términos de tiempo menores a los dispuestos en otras modalidades de contratación descritas en esta Ley,** lo que deberá justificar el representante legal en la respectiva convocatoria.

...” (Lo resaltado es nuestro).

En tal sentido, es requisito *sine que-non* (fundamental) que la modalidad señalada, sea utilizada para la satisfacción de un interés social o estado de urgencia, lo que se debe realizar en términos de tiempos menores a los dispuestos en otras modalidades de contratación descritas en la Ley 22 de 2006.

Así las cosas, cabe la pregunta si el acto público **2015-0-13-0-08-AV-007582**, para la contratación del **“Proyecto de remodelación, suministro e instalación de muebles y divisiones modulares, cableado estructurado y**

sistema informático; para la gestión inteligente de atención al ciudadano en la Dirección de Empleo, en la sede central del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral” cumplía los requisitos fundamentales de **interés social o estado de urgencia**, que debía realizarse en términos de tiempos menores a los dispuestos en otras modalidades de contratación descritas en la Ley 22 de 2006.

En segundo lugar, observamos con preocupación que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en ejercicio de las facultades que le otorga la ley, dispuso revocar los efectos de la Resolución 86 de 1 de octubre de 2015, mediante el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral adjudicó el acto público **2015-0-13-0-08-AV-007582**, al consorcio **3Tech Moving Technology S.A.** De igual forma, dispuso declarar desierto el referido acto y no acceder a la pretensión del impugnante **Construcciones y Remodelaciones Eurox S.A.**, que le sea adjudicado el mismo, entre otras. No obstante, se observa que el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral continuó con la ejecución del proyecto, hasta el punto que existe el acta de aceptación final, suscrita por el representante del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, el representante del contratista y el representante de la Dirección Nacional de Ingeniería de la Contraloría General de la República (Cfr. foja 1528 del expediente judicial).

Si luego de la ponderación jurídica correspondiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia decide declarar que el acto administrativo demandado no es ilegal, manteniendo así la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, sobrevendrá una situación irregular, toda vez que el contratista aparentemente cumplió con los términos del contrato, mientras existe una decisión de declarar desierto el acto público.

En cuanto a los puntos objeto del presente debate judicial, la situación observada es que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas señala

diversas violaciones al pliego de cargos que el propio Ministerio de Desarrollo Laboral elaboró y subió al portal electrónico "PanamáCompra" al momento de realizar la convocatoria del acto público.

En tal sentido, la resolución impugnada sostiene que se incumplió el requisito de presentar cartas de referencias de trabajos de remodelación, equipamiento y cableado estructurado (tecnologías) por montos similares, que refleje la experiencia de la empresa en este tipo de proyectos, uno por rubro.

Los rubros fueron divididos en tres partes, donde las empresas que conforman el consorcio accidental desarrollarían sus actividades:

1. Instalación o reparación de paredes (Constructora Obras y Bustillo S.A.)
2. Packs de mostradores modulares de oficina (Constructora Obras y Bustillo S.A.)
3. Software de Servidor de Comunicaciones (Moving Technology S.A.)

Como quiera que el precio de referencia establecido por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y que consta en el pliego de cargos fue por la suma total de **NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL CINCUENTA Y DOS BALBOAS (B/.916,052.00)**, la redacción del mismo no aclaraba el monto por actividad, situación que pudo haber sido discutida, analizada y aclarada de haberse realizado la reunión de homologación, la cual en este caso, si bien es cierto no era obligatoria en razón del monto del acto público, era recomendable por las especificaciones técnicas.

Llama poderosamente la atención la afirmación de la abogada del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, demandante en la presente acción, cuando afirma (Cfr. foja 8 del expediente judicial):

"Hacemos la observación, que hasta este punto ninguna de las empresas participantes, ni la Dirección General de Contrataciones Públicas había objetado el pliego de cargos, el cual fue evaluado y homologado en reunión previa al acto y aceptado por los interesados, así como examinado por la

Dirección General de Contrataciones Públicas, tanto en el portal electrónico, como al momento de examinar el expediente físico producto de las Acciones de Reclamos Interpuestas.” (Lo resaltado es de la abogada demandante).

Se aportó como prueba en el expediente judicial la copia del expediente electrónico del acto público **2015-0-13-0-08-AV-007582** que obra en el portal “PanamáCompra” debidamente autenticada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en el cual no se evidencia que se haya efectuado reunión de homologación del referido acto (Cfr. fojas 51 a 56 del expediente judicial). De igual forma, esta Procuraduría de la Administración efectuó una revisión al expediente electrónico, y **no se encontró evidencia alguna de la celebración del acto de homologación** que hace referencia la abogada demandante; por lo que no se logra comprender el sentido de la afirmación que efectúa en el libelo de la demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción propuesta (Cfr. foja 7 y 8 del expediente judicial).

En tal sentido, consideramos que le asiste razón al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en considerar que la empresa a la cual se le adjudicó el acto público correspondiente, no cumplía con el monto correspondiente del precio de referencia, mediante una cifra cuya cuantía resulta abismal.

En cuanto a la presentación de especificaciones relativas a cada uno de los elementos de cableado estructurado, equipos / soluciones (switches, Access point, computadoras, teléfonos IP, cámaras, NVR, y Sistema de Gestión de Filas). Estas especificaciones pueden ser fotocopias de los manuales de producto y pueden estar en inglés o en español, la cual consta en el punto 15 de “Otros Requisitos” del pliego de cargo del acto público 2015-0-13-0-08-AV-007582.

El tal sentido, se observa que el requisito expuesto en el punto anterior, colisiona de manera directa con el artículo 39 de la Ley 22 de 2006, que a la letra señala:

“Artículo 39. Propuesta. La propuesta deberá presentarse por escrito o, en su defecto, por medio electrónico cuando la entidad se encuentre debidamente acreditada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”. **La propuesta deberá estar en idioma español o ser traducida a este idioma y** debidamente autenticada por las autoridades correspondientes del país de origen, con la firma del proponente o de su representante en el acto debidamente autorizado para ello.

Las propuestas presentadas a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” emplearán invariablemente el medio de identificación electrónica inviolable utilizado por la Dirección General de Contrataciones Públicas. Estas propuestas producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los instrumentos privados con firma autógrafa correspondiente y, en consecuencia, tendrán el mismo valor vinculante y probatorio.

Las propuestas no podrán ser retiradas, sustituidas ni modificadas después de celebrado el acto público. Sin embargo, antes de su celebración, los proponentes podrán retirar las propuestas, sustituirlas o modificarlas, cuando lo consideren necesario.

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.

En tal sentido, la propuesta debe ser entendida como un todo, y no segmentada en su documentación, por lo que la legislación nacional exige que ella esté en el idioma español, y mal puede el pliego de cargos, establecer un requisito contrario al sentir de la ley. Así las cosas, el numeral 33 del artículo 2 de la Ley 22 de 2006, señala:

“Artículo 2. Glosario. Para los fines de la presente Ley, los siguientes términos se entenderán así:

...
33. Pliego de cargos. Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas

o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.

...” (Lo resaltado es nuestro)

Si bien es cierto que la ley señala que insertar cualquier requisito o condición contraria a la Ley, es nula de pleno derecho, no se puede soslayar que la misma mantiene su vigencia, hasta tanto, haya sido declarada contraria a la ley, como lo señala el artículo 46 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, la cual señala:

“Artículo 46. Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquéllos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior.” (Lo resaltado es nuestro).

En cuanto al punto 16 de “Otros Requisitos” del pliego de cargo del acto público 2015-0-13-0-08-AV-007582, referente a la obligación de presentar una certificación del fabricante o certificado de capacidad que garantice que cuenta con altos conocimientos en soluciones tecnológicas similares (al menos un técnico

por cada solución tecnológica ofertada), el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas** consideró que se incumplió este requisito, toda vez que se encontró una Declaración Jurada o un auto certificación del consorcio que no puede ser considerada como garantía alguna, en cuanto es el propio consorcio el que se auto acredita, perdiendo sentido la intención.

En este sentido, de acuerdo al acto administrativo impugnado no se ubicó la referida certificación del fabricante, y de igual manera, los certificados aportados por los ingenieros que presuntamente fueron capacitados en las soluciones tecnológicas aparecen en el idioma inglés sin la debida traducción al idioma español, por lo que se consideró que el consorcio **3Tech Moving Technology S.A.** incumplió el requisito establecido en el pliego de cargos del correspondiente acto público.

En otro orden de ideas, el punto 19 de "Otros Requisitos" señalaba que las empresas participantes debían contar con un mínimo de diez (10) años de experiencia en este tipo de proyectos o similares, los cuales eran comprobables con el aviso de operaciones.

De acuerdo a lo que se observa, el consorcio **3Tech Moving Technology S.A.**, a quien se le adjudicó el correspondiente acto público, está conformado por las empresas **Moving Technology S.A.**, la cual presentó un aviso de operaciones cuyo inicio es de julio de 2005; y la empresa **Constructora Obras y Bustillo S.A.**, la cual presenta un aviso de operaciones de enero de 2015, incumpliendo esta última el requisito establecido en el pliego de cargos respectivo.

Debemos anotar, así mismo, que la empresa **Construcciones y Remodelaciones Eurox S.A.**, también incumplió con las especificaciones contenidas en el pliego de cargos, toda vez que se exigía presentar la certificación de control de calidad de acuerdo a las normas ISO 9001, y la misma presentó un certificado en el idioma japonés, y una traducción del mismo al idioma inglés, con

las debidas autenticaciones, no obstante, el documento no fue aportado con su traducción al idioma español.

V. Solicitud de la Procuraduría de la Administración.

En atención a las consideraciones previamente expuestas, la Procuraduría de la Administración solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 004/2016-Decisión-Pleno/TACP de 11 de enero de 2016**, emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas** y en consecuencia, se denieguen las restantes pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Se aduce como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General