



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 26 de febrero de 2008

**Proceso Contencioso
Administrativo
de Nulidad**

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

El licenciado Olmedo Sanjur, actuando en representación del **Tribunal Electoral de Panamá**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución 014-2007-Pleno/TadeCP del 8 de noviembre de 2007, emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**.

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

Acudimos ante su Despacho de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el proceso contencioso administrativo de nulidad enunciado en el margen superior.

I. ACTO ACUSADO DE ILEGAL.

A través del presente proceso judicial, la parte actora pretende que se declare nula, por ilegal, la resolución 014-2007-PLENO/TadeCP de 8 de noviembre de 2007, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mediante la cual éste resolvió revocar en todas sus partes el acuerdo 2 de Sala de Acuerdos 51 de 6 de septiembre de 2007, emitido por el Tribunal Electoral, por cuyo conducto se declaró desierta la Licitación por Mejor Valor 2007-0-40-0-08-LV-000211, para seleccionar contratista para el proyecto de Nuevo Sistema de Identificación Ciudadana y, a la vez,

adjudicar al Consorcio Sagem la citada licitación, al igual que adoptó otras disposiciones.

II. DISPOSICIONES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y CONCEPTOS EN QUE LO HAN SIDO.

1- El artículo 2, numerales 3, 36 y 46, en relación con el artículo 104, ambos de la ley 22 de 27 de junio de 2006, en la forma que expone el apoderado judicial de la entidad pública demandante a fojas 27 y 28 del expediente judicial;

2- Los artículos 18, 19, 21, 24, 41, 48, 49, 50, 90, 114 y 115 de la ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la Contratación Pública, de acuerdo con los conceptos de violación visibles en las fojas 28 a 40 del expediente judicial; y,

3- El artículo 354 del decreto ejecutivo 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, de conformidad con el concepto de violación consultable a foja 41 del expediente judicial.

III. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Después de examinar las piezas procesales que integran la presente causa contencioso administrativa, este Despacho expone su criterio jurídico de la siguiente forma:

1. Procedimiento de selección de contratista seguido por el Tribunal Electoral.

En el caso bajo examen, se observa que el 10 de agosto de 2007 el Tribunal Electoral de Panamá celebró en su salón de audiencias, el acto de recepción de ofertas para la Licitación por Mejor Valor 2007-0-40-0-08, para el proyecto

del Nuevo Sistema de Identificación Ciudadana, al cual concurrieron las empresas SMARMATIC SERVICE SOLUTION, CONSORCIO SAGEM, INDRA SOLUZIONE Y 3M PANAMA, S.A.

También observamos que la institución licitante, una vez concluido el acto de entrega de propuestas, remitió el expediente a la comisión evaluadora designada para tal propósito, la cual procedió a su revisión de conformidad con lo dispuesto en el pliego de cargos respectivo. Esta comisión emitió su informe el 27 de agosto de 2007, concluyendo que **la única propuesta que cumplía con los requisitos mínimos obligatorios era la presentada por Consorcio SAGEM, por lo que obtuvo un puntaje de 100%, siendo la única empresa que pudo ser evaluada, ya que las otras participantes no fueron sometidas al procedimiento de ponderación por no cumplir con los requisitos mínimos obligatorios.**

El referido informe de evaluación de propuestas fue publicado el 28 de agosto de 2007 en el portal del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamáCompra" y la única empresa que presentó sus observaciones sobre éste fue el consorcio INDRA-SOLUZIONE que, entre otros aspectos, objetó la información contenida en el formulario 22 del pliego de cargos, sobre "Declaración Jurada Sobre Referencia de Clientes ABIS", aportada por el consorcio SAGEM, visible a fojas 1413 del expediente del acto público.

Según consta en autos, en virtud de las observaciones presentadas por el consorcio INDRA-SOLUZIONE, el Tribunal Electoral, constituido en Sala de Acuerdos, determinó que

debía verificar el cumplimiento, por parte del Consorcio SAGEM, S.A., de la obligación de tener instalado y en uso, en entidades de gobierno en América y/o algún país Ibérico, los productos biométricos ofrecidos; obligación contenida en el capítulo II, punto 9, evaluación, numeral 10 del pliego de cargos.

Luego de realizar este análisis, el Tribunal Electoral constituido en Sala de Acuerdos, concluyó, contrario a lo señalado por la Comisión Evaluadora en su informe, que el consorcio SAGEM, S.A., incumplía con el requisito técnico antes aludido y, en tal virtud, consideró que existía una causal para descalificar su oferta, por lo que, mediante acuerdo 2 de Sala de Acuerdos 51 de 6 de septiembre de 2007, procedió a declarar desierto el acto de Licitación por Mejor Valor 2007-0-40-0-08-LV-000211.

En opinión de este Despacho, con esta actuación administrativa la entidad licitante incurrió en violación de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 48 de la ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la Contratación Pública, y a la letra dice:

“Artículo 48. ...

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 cargos. **En estos casos, las autoridades antes mencionadas podrán ordenar un nuevo análisis de las propuestas por parte de la comisión o someter las propuestas a**

un análisis por parte de un nuevo grupo de profesionales idóneos.” (resaltado nuestro)

Tal violación se hace evidente porque de acuerdo con la disposición transcrita, si la entidad licitante no estuviera de acuerdo con las conclusiones de la Comisión Evaluadora, sólo podría ordenar a esa Comisión un nuevo análisis de las propuestas o someter esas propuestas al análisis de un nuevo grupo de profesionales idóneos, pero nunca abrogarse la facultad de evaluarlas y descalificarlas, puesto que de acuerdo con lo establecido en la ley, ello sólo corresponde a la Comisión Evaluadora.

En opinión de este Despacho, permitir la a entidad licitante evaluar y descalificar propuestas, significa dejar a su entera discrecionalidad o del servidor público que la represente, la decisión sobre el resultado del acto público, lo que contraría principios cardinales de la contratación pública panameña, como son los de transparencia y debido proceso.

2. Competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para conocer y resolver el recurso de impugnación en contra del acto administrativo que declara desierto un acto público.

El argumento principal que sustenta el Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad que ocupa nuestra atención gira en torno a la supuesta falta de competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para

conocer recursos de impugnación que se presenten en contra de la resolución que declara desierto un acto público.

A juicio de esta Procuraduría, negar al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas la facultad para conocer de los recursos que impugnen dicha resolución, resulta contrario a los principios de transparencia y debido proceso, lo mismo que a las normas sustantivas y adjetivas que rigen la contratación pública panameña.

El hecho de que la entidad pública licitante pueda decidir sobre el acto público, sin que esta decisión pueda ser revisada en la vía gubernativa por otra autoridad, como sería el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, es contrario al principio de transparencia, pues niega a los afectados la oportunidad de "controvertir" la decisión adoptada, conforme lo prevé el ordinal 2 del artículo 17 de la ley 22 de 2006.

También resulta contrario al principio del debido proceso, según lo consagra el artículo 9 del decreto ejecutivo 366 de 2006 por el cual se reglamenta la ley 22 de 2006 sobre contrataciones públicas, cuyo párrafo primero a la letra dice: "El debido proceso establece que todas las personas tienen derecho a las garantías esenciales, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en los procedimientos de selección de contratista, y en las demás etapas de la contratación pública y permitirle ser oído y hacer valer sus derechos ante la entidad licitante, la Dirección General de Contrataciones Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones públicas".

Igualmente, contraría el principio sobre la interpretación de los procedimientos de selección de contratista, en los que se deben tener en consideración los intereses públicos, los fines y principios de la Ley, así como la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos.

A juicio de este Despacho, negar la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para pronunciarse de manera vinculante sobre la declaratoria de desierto de un acto público de selección de contratistas sería ignorar la vigencia del artículo 49 de la ley 22 de 2006, que al referirse a la adjudicación de los actos de selección de contratista establece que "si el jefe de la entidad pública contratante o el funcionario en quien se delegue, considera que se han cumplido las formalidades establecidas por dicha ley, deberá **adjudicar o declarar desierto el acto de selección de contratista**, mediante resolución motivada", y en su párrafo segundo fija la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas al expresar que "**las personas que se consideren agraviadas con la decisión podrán recurrir por la vía gubernativa**, conforme a las reglas del procedimiento administrativo instituido en el artículo 114 de la misma excerpta legal, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para promover la acción contenciosa".

De la lectura de los dos párrafos de la norma anteriormente citada, se desprende sin lugar a duda alguna,

que la decisión que puede ser recurrida por la vía gubernativa ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, es aquella que resuelve adjudicar o declarar desierto el acto público.

Además, resulta obvio que la referencia que hace el artículo 49 de la ley 22 de 2006 al artículo 114 de la misma excerpta, es únicamente para remitirnos a **"las reglas del procedimiento administrativo"** establecidas en el artículo 114 y no para desconocer o limitar de manera alguna la competencia que en esta materia le corresponde al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

El anterior razonamiento jurídico se confirma al examinar el contenido del artículo 114, que trata fundamentalmente del procedimiento a seguir en caso de impugnación; refiriéndose en tal sentido a las pruebas que deben acompañarse con el recurso, el plazo para interponerlo, el efecto legal de su interposición, el traslado a la entidad correspondiente que debe presentar un informe de conducta y la documentación correspondiente al acto impugnado, la posibilidad de que comparezcan otras personas en interés de la Ley o en interés particular, para alegar sobre la impugnación presentada, el trámite que debe imprimirle el tribunal, etc.; de tal suerte que, resulta un hecho incuestionable, que este mismo procedimiento es el único que puede ser aplicado en el caso de impugnarse la resolución que adjudique el acto público o la resolución que declare desierto dicho acto.

En perfecta concordancia con lo expuesto, observamos que el decreto ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la ley 22 de 27 de junio de 2006, dispone en el literal p) de su artículo 100, lo siguiente:

"Artículo 100: (Reglas del acto de celebración de licitación por mejor valor)

En el acto de celebración de la licitación pública por mejor valor se observarán las siguientes reglas:

a)...

p)Transcurrido el plazo descrito en el literal anterior, el jefe de la entidad licitante o el funcionario en quien se delegue, procederá, mediante resolución motivada, a:

1. **Adjudicar** el acto público al oferente que haya obtenido el mayor puntaje de acuerdo con la metodología de ponderación descrita en el pliego de cargos, o
2. **Declarar desierto el acto**, si todos los proponentes incumplen con los requisitos obligatorios del pliego de cargo.

a)Una vez adjudicado o **declarado desierto el acto público**, será obligatorio para la entidad contratante notificar los resultados en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas 'PanamáCompra' y fijarlo en el tablero que para estos propósitos se mantiene en cada entidad por dos (2) días hábiles.

b)Cumplidos los dos (2) días hábiles a que alude el literal anterior, **cualquiera que se considere agraviado con dicha decisión tendrá un período de cinco (5) días hábiles para interponer el recurso de impugnación** de acuerdo a lo señalado en el artículo 343 de este reglamento.

c)..."

Para esta Procuraduría resulta evidente que el artículo 100 del decreto reglamentario de la ley 22 de 2006 lo que hace es reiterar la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para conocer de los recursos de impugnación que se presenten en contra de la resolución que declara desierto el acto de selección de contratista o que, por lo contrario, adjudica el acto a determinado contratista. Y, en cuanto al procedimiento a seguir en estos casos, hace una remisión al artículo 343 del mismo decreto reglamentario.

Todo lo anterior, debe llevarnos a la conclusión que la actuación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas al emitir la resolución acusada de ilegal, se ajustó en todo momento a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen la Contratación Pública, por lo que los argumentos expuestos por la parte demandante en relación con su falta de competencia para conocer y decidir sobre el recurso de impugnación presentado por el Consorcio SAGEM, S.A., resultan carentes de todo sustento jurídico.

Por todo lo antes expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que al resolver este proceso se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la resolución 014-2007-Pleno/TadeCP del 8 de noviembre de 2007, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

IV. Fundamento de Derecho: Negamos el invocado por la parte actora en su demanda.

V. Pruebas: Aducimos el expediente administrativo de la Licitación Pública por Mejor Valor 2007-0-40-0-08-LV-000211 que debe reposar en el Tribunal Electoral, así como el expediente administrativo instruido por el Tribunal administrativo de Contrataciones Públicas relativo a este caso.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/10/mcs