

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 735

Panamá, 12 de julio de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de Plena
Jurisdicción Especial.**

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

El Licenciado José Manuel Vilar, actuando en nombre y representación del **Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN)**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 220-Pleno/TACP del 1 de octubre de 2015, emitida por el **Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas** y que se haga otra declaración.

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en interés de la ley, en atención a los intereses contrapuestos del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN) y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Antecedentes.

El Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN) promovió el Acto Público 2014-2-66-0-08-AV-008325, elaborado para la adjudicación del contrato de servicio denominado "Supervisión de los contratos de construcción de acueductos y alcantarillados de Panamá centro", con un precio de referencia de un millón doscientos setenta y nueve mil quinientos catorce balboas con ochenta y un centésimos (B/.1,279,514.81) (Cfr. foja 101-104 del expediente judicial y el sitio web www.panamacompras.gob.pa).

En tal sentido, el 19 de septiembre de 2014, se celebró la apertura de sobres de la Licitación abreviada por mejor valor, de la cual participaron empresas

como: CEMOSA S.A., Consorcio NIPSA-SGS, Proyecto S.A., Consorcio Agua de Panamá Centro/ Prointec, S.A./ Quality Construcción Services, Omniconsult, S.A., Consorcio CSI Ingenieros, S.A., International Marconsult Inc. (Cfr. foja 44 del expediente judicial).

Para diciembre de 2014, se emitió el informe de la Comisión Evaluadora conformada por el Ingeniero Noriel Franco, la Licenciada Águeda Zamora y el Ingeniero Jorge Salazar G., todos servidores públicos del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), los cuales determinaron que las empresas que cumplieron con los requisitos obligatorios fueron: CEMOSA, con un puntaje de 73.76, PROYECO, con puntaje de 81.75 y Consorcio Aguas de Panamá, con 76.37 del puntaje total (Cfr. fojas 44-49 del expediente judicial).

No obstante lo anterior, la empresa Consorcio Aguas de Panamá Centro, interpuso una acción de impugnación en contra del primer informe emitido por la Comisión Evaluadora; y en consecuencia, la Dirección General de Contrataciones Públicas, emitió la Resolución DF-044-2015 de 25 de febrero de 2015, mediante la cual ordenó retrotraer lo actuado por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), en el Acto Público 2014-2-66-0-08-AV-008325, hasta la etapa de presentación de las propuestas por parte de los proponentes que participaron (Cfr. fojas 86-99 del expediente judicial).

Producto de la decisión anterior, el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), ordenó mediante la Resolución Ejecutiva 17-2015 de 15 de marzo de 2015, asignar la nueva Comisión Evaluadora, esta vez conformada por: la Ingeniera Ariadna Arroyo, la Licenciada Cinthia Trotman y el Ingeniero Alcibiades Montenegro, quienes emitieron un nuevo informe en abril 2015, advirtiendo que las empresas CEMOSA, Consorcio NIPSA-SGS, PROYECO S.A., Omniconsult, Consorcio CSI Ingenieros International Marconsult, no cumplieron con los requisitos mínimos obligatorios, excluyendo a Consorcios Aguas de

Panamá, con un puntaje de 90.50 y Consorcio Aguas de Panamá Centro con 97.91 de puntaje total (Cfr. fojas 59-71 y 72 del expediente judicial).

Cumplida la fase de evaluación se emite la Resolución 310 de 28 de abril de 2015, mediante la cual se adjudica la Licitación Abreviada de mejor valor número 2014-2-66-0-08-AV-008325, a Consorcio de Aguas de Panamá Centro; sin embargo, la empresa Consorcio Agua de Panamá, presentó ante el Tribunal de Contrataciones Públicas, un recurso de impugnación en contra de dicha adjudicación, argumentando que el Consorcio Aguas de Panamá Centro / Prointec, no presentó el formulario número 1 que corresponde al instructivo de presentación de propuesta (Cfr. foja 22-30 del expediente judicial).

Ante dicha acción de impugnación, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, emitió la Resolución 023 de 17 de junio de 2015, a través de la que determinó que en efecto la oferta presentada por la beneficiada del acto público, no cumplió con los requisitos mínimos; por lo que, luego que la Comisión Evaluadora del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), mantuviera su postura inicial respecto a la adjudicación, ese Tribunal emitió la Resolución 019-2015 de 22 de julio de 2015, ordenando la confección de otro informe por una nueva Comisión Evaluadora del que resultó beneficiada la empresa Consorcio Agua de Panamá con un puntaje de 94.45, lo que explicaremos en detalle más adelante (Cfr. fojas 33-37 del expediente judicial).

Conforme a los hechos expuestos, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, emitió la Resolución 220-Pleno/TACP de 1 de octubre de 2015, en la que revoca en todas sus partes la Resolución 310 de 28 de abril de 2015, emitida por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), y adjudica al Consorcio Aguas de Panamá, el contrato de servicio por un millón ciento un mil cuarenta y ocho balboas con diecisiete centésimos (B/.1,101,048.17),

para la “Supervisión de los contratos de construcción de acueductos y alcantarillados de Panamá centro” (Cfr. fojas 31-39 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, la apoderada de la entidad demandante acudió a la Sala Tercera el 3 de diciembre de 2015, para presentar la demanda de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, con la finalidad que se declare la nulidad del acto administrativo referido en el párrafo anterior, indicando que el mismo vulnera los artículos 19 (1, 2 y 3) y 54 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, así como los artículos 6, 9 y 321 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006 (Cfr. fojas de 2-20 del expediente judicial).

Para una mejor aproximación de los argumentos de la demandante, nos permitimos transcribir lo siguiente:

“Artículo 6: (Principio de Eficacia)

Los sujetos del procedimiento de selección de contratista, **deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto de contratación sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez**, no determinen aspectos importantes de la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento de selección de contratista, ni causen indefensión de los interesados.

...

Que el Tribunal en reiteradas ocasiones se ha pronunciado respecto a las formalidades que rodean la celebración de los actos públicos, actuaciones estas que complica de cierta forma el desarrollo del procedimiento aplicable para la selección del contratista, basados en **aspectos que no representan ninguna importancia al momento de tomar una decisión**, tal como lo es el caso que nos ocupa el cual se refiere a la prestación de las propuestas en un documento determinado” (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Así mismo, la empresa Consorcio Agua de Panamá, en su calidad de tercero, presentó su escrito argumentando de manera medular que:

“...

La Comisión conformada por los profesionales designados por la Universidad Tecnológica de Panamá, cumplió con las exigencias del pliego de cargo y asimismo con los requerimientos del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas; y en cumplimiento del deber legal para el que fueron requeridos emitieron el informe, en el cual determinaron que el Consorcio Agua de Panamá le correspondía un puntaje de 94.45 y al Consorcio Aguas de Panamá Centro un puntaje de 86.81.

...
El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas actuó con fundamento en la ley y en ese sentido, los Comisionados designados por la Universidad tecnológica de Panamá cumplieron con la evaluación y presentación del informe. Ni la designación de los nuevos miembros de la comisión ni el informe fueron objetados de modo que carecen de sustento las argumentaciones del impugnante.” (Cfr. fojas 171-186 del expediente judicial).

En ese mismo contexto interviene el Consorcio Aguas de Panamá Centro, manifestando lo siguiente:

“En nuestra condición de terceros del presente proceso **CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA** (sic), nos confirmamos y ratificamos de todo lo actuado y los hechos y derechos aducidos por el **INSTITUTO DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS NACIONALES (IDAAN)** en su demanda correspondiente.

Asimismo, hacemos hincapié en el punto de que a todas luces no se procedió de manera objetiva ni justa, por parte del grupo de profesionales que procedieron a analizar las propuestas presentadas en la Licitación Abreviada Por Mejor Valor **No. 2014-2-66-0-08-AV-008325**, que previamente habían sido analizadas por la Comisión Evaluadora, **UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ (UTP)**, ya que procedieron a calificar al **CONSORCIO AGUAS DE PANAMÁ**, a pesar que el mismo ni siquiera cumplía con la presentación de la Certificación Bancaria de todos los miembros o sociedades que la conforman.” (Cfr. fojas 218-219 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La recurrente alega que el acto impugnado, proferido por la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, infringe las siguientes normas:

A. Los artículos 19 (1, 2 y 3) y 54 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, los cuales versan sobre los parámetros que aplicarán en cumplimiento del Principio de Economía, y respecto al funcionamiento de la comisión evaluadora o verificadora, así como la anulación o modificación de los informes emitidos por ésta (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

B. Los artículos los artículos 6, 9 y 321 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, que refieren los principios que regirán el proceso ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, así como el principio de eficacia y debido proceso (Cfr. fojas 14-17 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

El análisis de la acción que ocupa nuestra atención surge producto de la impugnación por parte de la empresa Consorcio Agua de Panamá respecto a la adjudicación realizada por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), a la empresa Consorcio Aguas de Panamá Centro.

La empresa Consorcio Agua de Panamá, manifiesta que la adjudicación carece de legalidad; puesto que la empresa beneficiada no cumplió con uno de los requisitos obligatorios que consiste en la presentación del Informe número 1 contenido en el pliego de cargos (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

Al respecto, la Comisión Evaluadora del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), advirtió lo que a continuación nos permitimos transcribir para una mejor comprensión, veamos:

“Que esta Comisión Evaluadora hace constar que dicho formulario no era un requisito o documento obligatorio exigido en el PUNTO 2.5 DE LAS CONDICIONES ESPECIALES, REQUISITOS OBLIGATORIOS del pliego de cargos de la entidad, así como tampoco formó parte del listado de los requisitos mínimos obligatorios que se detallan en el expediente electrónico del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas o plantilla electrónica.

Que el formulario No.1 INSTRUCTIVO DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA, indicado en el capítulo 4 del pliego de cargos, al que hace referencia el Tribunal, es un INSTRUCTIVO, para la PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA, refiriéndose al formulario que se anexa, es decir, el formulario No. 2 al cual fue debidamente presentado por el Consorcio Agua de Panamá Centro.

Que este formulario instructivo como instrumento a seguir para la presentación de la propuesta en el formulario No. 2 describe una serie de pasos o instrucciones que debe seguir el proponente para presentar su propuesta. Y que esa presentación de la propuesta de acuerdo al formulario No. 2, puede ser propuesto en copia o en papel simple habilitado manteniendo siempre el mismo texto exigido, **tal como fue presentado por el Consorcio Aguas de Panamá centro.**” (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

No obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, emitió la Resolución 023 de 17 de junio de 2015, mediante la cual determinó que la empresa Consorcio Aguas de Panamá Centro, **no cumplió con**

el formulario número 1, que se refiere al instructivo de presentación de la propuesta, siendo ello un requisito esencial exigido en los términos de referencia, por lo que se declaró que el informe de la Comisión Evaluadora se elaboró en contradicción a los dispuesto en el pliego de cargos respectivo y al Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenándosele a los mismos comisionados la reevaluación de la propuesta (Cfr. fojas 23-24 del expediente judicial).

Ante tal solicitud, la Comisión Evaluadora del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), emitió la Nota 622-CE de 1 de julio de 2015, mediante la cual disponen mantener la postura inicial, la cual sostiene que el formulario número 1 no es un requisito de obligatorio cumplimiento del pliego de cargos, tal como lo expusimos en líneas anteriores; no obstante, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dictó la Resolución 019-2015 de 22 de julio de 2015, mediante la cual anuló el informe de la Comisión Evaluadora y solicitó a la Universidad Tecnológica de Panamá, la colaboración de tres (3) profesionales para que confeccionaran un nuevo informe (Cfr. fojas 23-24 del expediente judicial).

El precitado informe de la nueva comisión, concluyó que **tanto la empresa Consorcio Agua de Panamá, como Consorcio Aguas de Panamá Centro / Prointec, cumplieron con los requisitos mínimos**; sin embargo, la ponderación obtenida de la nueva evaluación, benefició a la primera, es decir, a la empresa Consorcio Agua de Panamá, con un puntaje de 94.45 sobre 86.61 de la empresa Consorcio Aguas de Panamá Centro (Cfr. fojas 22-30 del expediente judicial).

Ante el escenario anterior y como quiera que la acción en estudio versa sobre la legalidad del acto acusado, corresponde a este Despacho realizar un análisis sobre los hechos acaecidos de conformidad con las normas que regulan

la materia; dicho eso, estimamos oportuno citar el artículo 54 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, cuyo contenido reza así:

“Artículo 54. Funcionamiento de la comisión evaluadora o verificadora. La comisión evaluadora o verificadora, según sea el caso, deberá estar constituida por profesionales idóneos en el objeto de la contratación, sean servidores públicos o profesionales del sector privado, quienes deberán designarse mediante resolución, antes del acto de recepción de propuestas, la cual se publicará junto con el informe de verificación o evaluación correspondiente. La comisión evaluadora o verificadora deberá aplicar los criterios de evaluación contenidos en el pliego de cargos.

En los casos necesarios, podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones y las explicaciones que estime indispensables sobre la documentación presentada, así como solicitar, por conducto de la entidad licitante, el apoyo de especialistas o asesores relacionados con la materia objeto del proceso de selección de contratista.

La comisión presentará su evaluación mediante un informe, dirigido al representante legal de la entidad licitante o el funcionario delegado, el cual deberá llevar la firma de los miembros de la comisión.

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 hábiles.” (El resaltado es nuestro)

En efecto, el artículo citado contiene los presupuestos jurídicos que permiten la anulación de los informes emitidos por la Comisión Evaluadora; sin embargo, el mismo precisa de un análisis integral y no aislado, que propicie una decisión jurídica factible.

Bajo la premisa que precede, es claro que **el informe de la comisión sólo puede ser anulado** o modificado, **por mandamiento del** representante legal de la entidad, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el **Tribunal**

Administrativo de Contrataciones Públicas, siempre que se declare que se hizo en contravención de lo dispuesto en esta Ley o el pliego de cargos.

En ese orden de ideas, se advierte de la lectura del acto impugnado, a saber, la Resolución 220-Pleno/TACP de 1 de octubre de 2015, que **el origen de la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, respecto a la anulación del informe emitido por la Comisión Evaluadora del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN)**, tal como lo hemos mencionado en líneas anteriores, se enmarca en que de acuerdo a ese Tribunal la empresa Consorcio Aguas de Panamá Centro, **no cumplió con el formulario número 1**, contenido del instructivo de presentación de la propuesta, siendo ello **un requisito esencial exigido en los términos de referencia**, tal como lo advirtió mediante la Resolución 023 de 17 de junio de 2015, a través de la cual declaró que dicho informe se elaboró en contradicción a lo dispuesto en el pliego de cargos respectivo y al Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (Cfr. fojas 23-24 del expediente judicial).

Sin embargo, **en contraposición a los planteamientos esbozados por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas**, cabe resaltar que el informe de la nueva Comisión Evaluadora conformada por los profesionales de la Universidad Tecnológica de Panamá, concluye que tanto la empresa Consorcio Agua de Panamá y Consorcio Aguas Panamá Centro / Prointec, **cumplieron con los requisitos mínimos obligatorios**; por consiguiente, **no existía una contravención al pliego de cargos que fundamentara la anulación del informe anterior** y en consecuencia no se reunían los presupuestos jurídicos del artículo 54 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que fundamentara aquella decisión.

Vale la pena acotar, que si bien el puntaje determinado por la Comisión Evaluadora de la Universidad Tecnológica, sobre las propuestas de las empresas,

dio como resultado que se beneficiara a Consorcio Agua de Panamá, estimamos que dicha valoración es inherente al proceso de adjudicación **pero no soslaya el hecho fáctico que implica que dicha comisión fue instruida sobre una decisión, que tal como ya hemos mencionado, difiere de los presupuestos jurídicos contenidos en el artículo 54 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, para anular el informe de la Comisión Evaluadora del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN).

Siendo así, para este Despacho queda claro que con la emisión de la Resolución 220-Pleno/TACP del 1 de octubre de 2015, también se produjo la vulneración del resto de las normativas invocadas por la entidad demandante, a saber, el artículo 19 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 y los artículos 6, 9 y 321 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006; toda vez que los mismos refieren los principios jurídicos que deben regir los procedimientos legales y constituyen los elementos que infieren el debido proceso y el cumplimiento de las garantías procesales, lo cual en nuestro criterio no ocurrió en el proceso que ocupa nuestra atención.

En el marco de lo antes expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se sirvan declarar que **ES ILEGAL** la Resolución 220-Pleno/TACP del 1 de octubre de 2015, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cécilia López Cadogan
Secretaria General, Encargada

Expediente 850-15