REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

La firma Forense Rodríguez, Vega & Barrios, actuando en representación de **ERIC JOEL MENDOZA (DISTRIBUIDORA MAXAVI),** interpuso Demanda Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No.060-2016-Pleno/TACP de 22 de marzo de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y para que se hagan otras declaraciones.

Mediante la Resolución No. 1356 de 7 de diciembre de 2015, el Ministerio de Salud (Hospital del Niño) adjudica el acto público No. 2015-0-12-18-08-LP-013808 a Eric Joel Mendoza (Distribuidora Maxavi) por la suma de B/.153,250.00 para el suministro de Insumos Varios Sol 222-16 LP. Dicha resolución fue revocada mediante el acto acusado de ilegal, la **Resolución No. 060-2016-Pleno/TACP de 22 de marzo de 2016**, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Púbicas, el cual además, **declara desierto**

dicho acto público, y recomienda al Ministerio de Salud realizara una nueva convocatoria.

I. PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA

La parte actora solicita a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, declare la nulidad, por ilegal, de la Resolución No. 060-2016-Pleno-TAdeCP de 22 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y en consecuencia, se mantenga vigente en todas sus partes la Resolución No. 1356 de 7 de diciembre de 2015, mediante la cual se adjudicó el acto público No. 2015-0-12-18-08-LP-013808 a Eric Joel Mendoza (Distribuidora Mendoza).

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEMANDA

El apoderado judicial de la parte actora señala que dentro del acto público en referencia, participaron como proponentes IMPORTADORA CENTRAL, S.A., GLOPER, S.A., CONFORTEX, S.A., Y ERIC JOEL MENDOZA (DISTRIBUIDORA MAXAVI); y realizada la evaluación de la propuestas presentadas por parte de la Comisión Evaluadora designada, señaló en el informe que la propuesta de (Distribuidora Maxavi), represantada por Eric Joel Mendoza, era la más favorable y que cumplía con todos los requisitos del pliego de cargos, concluyéndose que el acto público en comento debía adjudicarse a Distribuidora Maxavi), lo que se dio por la Resolución No.1356 de 7 de diciembre de 2015

Se añade, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mediante la Resolución No. 005-2016-Pleno/TACP de 2 de marzo de 2016, anuló el informe de la Comisión Evaluadora realizado, considerando que el mismo se había elaborado en contravención a la ley y lo dispuesto en el pliego de cargos, y ordenó a dicha comisión realizara una nueva verificación del cumplimiento de los requisitos y exigencias por parte de las propuestas presentadas que se ajustara al pliego de cargos y a la Ley 22 de 2006.

133

Así mismo, que en la nueva evaluación la Comisión Evaluadora señala que la propuesta de Eric Joel Mendoza (Distribuidora Maxavi) era la única que cumplía plenamente con lo establecido en la ley de contrataciones públicas y en el pliego de cargos, recomendando nuevamente que se adjudicara el acto público a Eric Joel Mendoza (Distribuidora Maxavi). Sin embargo; mediante la Resolución No. 060-2016-Pleno/TACP el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas revoca el acto adjudicatario, y declara desierto el acto público No. 2015-0-12-18-08-LP-013808 y recomienda a la entidad licitante realizar una nueva convocatoria.

III. NORMA QUE FIGURA COMO INFRINGIDA POR LA RESOLUCIÓN DEMANDADA.

La única disposición que figura como infringida por el acto acusado de ilegal, corresponde al artículo 54 del texto único de Ley 22 de 2006, tal y como se encontraba, cuando se celebra el acto público en comento. Dicha norma se cita de la manera siguiente:

> *"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 servicios 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.*

134

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 subrayado y resaltado es de la parte actora)

Hecha esa cita el demandante manifiesta concretamente:

"Esta disposición legal establece un principio de autonomía por parte de la Comisión Evaluadora o verificadora, en el sentido de que es la única facultada para aplicar los criterios de evaluación previstos en el pliego de cargos, es un ente conformada (sic) por personas idóneas especialistas en la rama para la cual fueron designados y en su defecto, conocedores por percepción propia y directa de las necesidades de la institución en la está realizando el acto público.

En el presente caso la resolución administrativa No. 060-2016-Pleno/TACP de 22 de marzo de 2016, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, viola de manera directa por comisión la norma antes transcrita al pasar por alto el informe rendido por dicha comisión, es decir, primeramente el Tribunal de Contrataciones Públicas concluye que el primer informe elaborado por la Comisión Evaluadora no se ajustó a lo señalado en la ley de contrataciones públicas ni lo establecido en el pliego de cargos, por lo que procede a decretar la nulidad de dicho informe ajustándose a los parámetros de la ley 22 de contrataciones públicas, al pliego de cargos y a sus indicaciones; y cuando la Comisión Evaluadora hace un nuevo informe siguiendo las directrices del Tribunal de Contrataciones Públicas en su resolución administrativa No. 060-2016-Pleno/TACP de 22 de marzo de 2016, lo desestima nuevamente a pesar que este nuevo informe de la Comisión Evaluadora aclara, como perfectamente lo señala la ley, que la aportación "catálogo" era un requisito indispensable o principal de la licitación y en

135

consecuencia procede a revocar la resolución 1356 de 7 de diciembre de 2015, proferida por el Ministerio de Salud (Hospital del Niño).

Honorables Magistrados, en el presente acto de licitación pública lo importante es que la institución que requiere un servicio o la provisión de determinados insumos, reciba un servicio o insumos de calidad. En el presente caso estamos hablando de telas de distintas clases y texturas requeridas por el Hospital del Niño y la mejor forma de probar la calidad de las mismas es por ello que se consideró que con las muestras que se llevaron los proponentes era más que suficiente para cumplir con este requisito y por eso le aclararon al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en su segundo informe de evaluación dicho aspecto al señalar:

"QUE PARA ESTE TIPO DE COMPRA DE CATALOGO NO ES FUNDAMENTAL Y POR ESO SE AGREGÓ COMO OTROS REQUISITOS EN EL PLIEGO DE CARGOS MAS NO COMO UN PUNTO PRINCIPAL PARA ADJUDICAR YA QUE SE LE SOLICITÓ MUESTRA DE CADA RENGLON Y ASÍ PODER EVALUAR LAS TELAS POR TEXTURA, CALIDAD Y RESPUESTA AL LAVADO DE DETERGENTES QUE UTILIZA EL HOSPITAL."

Por otro lado, las personas que conformaron la Comisión Evaluadora son funcionarios con más de 20 años de laborar en el Hospital de Niño, por lo que son perfectamente conocedores de las necesidades de la institución y en especial del objeto del presente acto público por lo que tienen toda la autoridad de idoneidad para manifestarse a favor o en contra de alguna propuesta velando siempre por los mejores intereses de la institución y en el presente caso no solo lo hicieron una vez sino dos veces por órdenes del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, sin embargo sus recomendaciones no fueron atendidas por es este Tribunal, quien, por el contrario procedió a declarar desierta la licitación y recomendar la realización de un nuevo acto."

134

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Mediante la Nota No.023-2016-TACP-DS-P de 27 de julio de 2016, legible de fojas 59 a 64 del dossier, reposa el informe de conducta remitido por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en el cual se explica lo referente al procedimiento de selección de contratista desde la apertura de la convocatoria, a la adjudicación del acto público y la presentación del recurso de impugnación contra el acto adjudicación.

Continua explicando el funcionario en el informe de conducta, que luego de analizar el recurso de impugnación, el informe de la entidad licitante, se ordenó mediante la Resolución No. 005-2016-Pleno/TACP de 2 marzo de 2016, ordena a la Comisión Evaluadora realizara una nueva verificación de las propuestas presentadas, porque la comisión centró el análisis en las propuestas que ofertaron en segundo y tercer lugar en precio más bajo, pero, sin señalar los motivos que llevaron a descalificar las propuestas de dos oferentes que resultaron empate al ofertar el precio más bajo.

Y recibido el nuevo informe de la Comisión Evaluadora en el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se procede a emitir el acto acusado de ilegal, la Resolución No.060-201-Pleno/TACP de 22 marzo de 2016, con sustento en el artículo 42 de la Ley 22 de 2006, que señala las reglas de verificación y evaluación de las propuestas por parte de la comisión verificadora, en los procedimientos de selección de licitación pública, siendo este el procedimiento utilizado en el acto público en el caso en cuestión, y que el criterio de selección establecido era que se adjudicaría al oferente que ofertó el precio más bajo y en el examen se determina no solo que la adjudicataria no cumplía con las condiciones del pliego, sino tampoco el resto de las propuestas presentadas, lo que conllevó también a declarar desierto el acto público en comento.

137

V. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante la Vista No. 590 de 16 de mayo de 2018, el Procurador de la Administración, solicita a los Magistrados de esta Sala, se sirvan declarar que no es ilegal la Resolución No. 060-2016-Pleno/TACP de 22 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, actúo de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 42 y 54 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, porque quedó comprobado que la propuesta que ofertó el precio más bajo no cumplía con todos los requisitos y condiciones del pliego de cargos.

De igual manera, la opinión del Procurador de la Administración se sustenta en que la actuación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, estaba sustentada legalmente, porque se le atribuye la facultad de anular informe de la comisión evaluadora o verificadora, cuando se expida en contravención del pliego de cargos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54 del texto único de la Ley 22 de 2006; y al quedar evidenciado que ninguna de las propuestas participantes en el acto público atendió todas las condiciones del pliego de cargos.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 206 de la Constitución Política y 97 del Código Judicial, esta Sala es competente para revisar, declarar la nulidad por ilegal de los actos administrativos y restablecer el derecho particular violado.

2. Legitimación activa y pasiva.

En el negocio en examen, la demandante es Eric Joel Mendoza (Distribuidora Mendoza) que comparece en defensa de sus derechos e

intereses, en contra de la Resolución No. 060-2016-Pleno/TACP de 22 de marzo de 2016, que le fue desfavorable.

Actúa como sujeto pasivo en la presente acción, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas teniendo, que emite el acto acusado de ilegal, con fundamento en la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

3. Consideraciones de la Sala

Observa la Sala que la disconformidad de la parte demandante radica en que a su consideración, la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de anular el informe de la Comisión Verificadora, considerando que observó que no se cumplía con uno de los requisitos del pliego de cargos, pese a que en dos ocasiones de la Comisión se señala que la propuesta de Eric Joel Mendoza (Distribuidora Maxavi) era la que cumplía con todos los requisitos del pliego, es contrario al artículo 54 (ahora 64) del texto único de la Ley 22 de 2006.

Conforme a lo planteado, en el presente caso deducimos como asunto jurídico a resolver por esta Corporación de Justicia, si la decisión del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, de revocar el acto de adjudicación, y declarar desierto el acto público, desconoció la facultad de la Comisión Evaluadora al no atender lo dispuesto en el informe en dos ocasiones, por la Comisión designada. De allí, que se debe determinar si a la propuesta de la demandante, es decir, Eric Joel Mendoza (Distribuidora Maxavi), le asiste el derecho a la adjudicación, porque contrario a lo manifestado por la Comisión Evaluadora designada por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, cumplió con los requisitos necesarios del pliego de cargos para que le asistiera el derecho a la adjudicación.

De acuerdo con la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, tiene competencia para conocer en única instancia de los recursos de impugnación en contra de las

resoluciones u acto administrativo que adjudique o declare desierto un acto de selección de contratista o por una resolución u otro acto administrativo en el que se rechazan las propuestas, en el que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias. Así mismo, dicho Tribunal administrativo de acuerdo con el su reglamentación aplicable y al adoptar sus decisiones se le faculta también para revocar lo actuado por la entidad contratante.

El presente proceso tuvo su origen en el acto público No. 2015-0-12-18-08-LP-013808, "PARA EL SUMINISTRO DE INSUMOS VARIOS SOL 222-16-LP-033-16", del cual resultó adjudicataria la propuesta de Eric Joel Mendoza (Distribuidora Maxavi), por ser la propuesta más conveniente para la institución y que además cumplía con las exigencias y condiciones del pliego de cargos correspondientes a la contratación.

De acuerdo con el artículo 42 del texto único de la Ley 22 de 2006, tal y como se encontraba vigente cuando se celebró el acto público en cuestión, la licitación pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los treinta mil balboas (B/.30,OOO.OO), para cuya celebración deberían observarse un número de reglas.

Reposa en el portal "PanamaCompra" que el criterio de selección en el acto público que motivó este proceso, sería que se adjudicaría al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Precisa acotar, que de conformidad con la normativa aplicable el pliego de cargos es el conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratistas para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de los servicios

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

Tenemos, que dentro del acto de convocatoria que originó este proceso ofertaron Distribuidora Maxavi, Importadora Central, S.A., Confortex y Gloper, S.A., de lo cual resulta adjudicataria la primera de las mencionadas, pese a ofertar un precio más alto que el resto de las propuestas, y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en virtud de un recurso de impugnación presentado por Importadora Central, S.A., observando que el informe de la Comisión Evaluadora designada centró la evaluación solamente en las propuestas de COMFORTEX Y Distribuidora Maxavi, S.A., que ofertaron el segundo precio más bajo, pero, sin señalar las razones por las cuales descalificaba las otras dos propuestas es decir, Importadora Central, S.A., y Gloper, S.A., quienes ofertaron el precio más bajo y presentaron empates.

Según consta en el examen que hiciera el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se encontró que al adentrase a examinar las distintas propuestas presentadas en el acto público en cuestión, se percató que no cumplieron a cabalidad con las exigencias del pliego de cargos, entre ellas, la propuesta que había resultado adjudicataria, Distribuidora Maxavi, porque no aportó el catálogo de los productos ofertados, y en virtud de ello, en uso de la facultad dispuesta en el artículo 54 del texto único de la Ley 22 de 2016, y el artículo 146 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, decide anular el informe de la Comisión Evaluadora, y ordena a la comisión que realizara un nuevo informe verificando nuevamente los requisitos y exigencias por parte de las distintas propuestas presentadas que se ajustara a las condiciones del pliego de cargos.

141

Así vemos, que de lo anterior resultó un nuevo informe que la comisión respectiva denomina informe final, en el cual se reitera nuevamente que la propuesta de Distribuidora Maxavi, era la que cumplía con todas las condiciones del pliego de cargos, estimando que lo oportuno era que se le adjudicara el acto público a esta propuesta. Según ese informe, que ninguna de las otras propuestas presentadas cumplió con las condiciones del pliego de cargos, y sobre la presentación del catálogo requisito exigido en el pliego, que según el informe no presentó la adjudicataria, no era funcional, por la cual aparecía en el pliego de cargos respectivo, como otro requisito, no como requisito principal.

De acuerdo con la normativa aplicable el pliego de cargos es el conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratistas para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de los servicios incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y obligaciones del contratistas y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato; por tanto, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

De ese cotejo, este Tribunal concluye que si el pliego de cargos exigió la presentación de un catálogo, que forman parte de las especificaciones técnicas, frente a la situación de que la oferta de **Distribuidora Maxavi,** no lo aportó junto con su propuesta, no exigirlo lo colocaría en un estado de desigualdad con el resto de los proponentes.

En este punto, precisa referirnos al artículo 31 (ahora 40) del texto único de la Ley 22 de 2006, según el cual todo proponente en un acto de selección de contratista se obliga a aceptar las condiciones del pliego de cargos, sin objeciones ni restricciones. De ahí, que el proponente luego de presentar la

propuesta, al evaluarse la propuesta no puede rechazar una condición del pliego de cargos, considerando que la misma no es importante.

A ese respecto, el autor Argentino Roberto Dromi en su obra Licitación Pública sostiene: "Es requisito fundamental que en la licitación ha de colocarse a todos los proponentes en pie perfecta de igualdad, siendo las cláusulas generales en que se fijaron las condiciones, derechos y obligaciones del contratista de obligada observación para ellos a fin de que sobre esta base se den los precios y se establezca la subasta que ha de permitir decidir en el momento oportuno cuál es la propuesta menos onerosa y más conveniente para el fisco."

Frente a lo anotado, este Tribunal (Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo) considera que la Comisión Verificadora tenía el deber de hacer su verificación en confrontación con las exigencias dispuestas en el pliego de cargos y atendiendo las reglas dispuestas para el procedimiento de selección de que se trate, y fue sobre esa base que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, anula el informe de la comisión.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 54 del texto único de la Ley 22 de 2016, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, tiene plena facultad legal para anular un informe de la comisión evaluadora o verificadora, cuando este se realice en contravención de la ley o el pliego cargos; y ordenar se realice una nueva evaluación, como en efecto ocurrió en este caso. De esa norma, citada con anterioridad debido a que es la norma aducida como infringida, se entiende que la Comisión, sea evaluadora o verificadora, deberá aplicar los criterios de evaluación contenidos en el pliego de cargos; así mismo, que el Tribunal Administrativo está facultado legalmente para ordenar que la comisión designada realice un nuevo análisis; o a constituya una nueva comisión, como en efecto ocurre en este caso.

143

Luego entonces, que el planteamiento que la parte actora, con respecto al cargo de ilegalidad de la referida norma jurídica, de que la aportación del catálogo no era un requisito indispensable o principal de la licitación, considerando que no era de relevancia, conforme lo dice la ley y el informe de la comisión, a nuestro criterio no puede prosperar. Por tanto, existen suficientes elementos de hecho y de derecho que llevan a descartar el único cargo de ilegalidad, siendo el artículo 54 de la ley 22 de 2006.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, la Sala Contencioso Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL,** la Resolución No.060-2016-PLENO/TACP de 22 de marzo de 2016, emitida por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, y en consecuencia, niega el resto de las pretensiones.

NOTIFÍQUESE,

ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO

KATIA ROSAS
SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFIQUESE HOY 4 DE diciembre DE 20 18
A LAS 10:10 am DE LA mañana
A Procurador de la Administración.
Firma