

DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RESOLUCIÓN Nº DF-1085-2019

De siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

EL DIRECTOR GENERAL

en uso de sus facultades legales;

CONSIDERANDO:

Que el Licenciado AHMED ZAVALA, varón, panameño, mayor de edad, abogado en ejercicio, portador de la cédula de identidad número 8-805-1351, con oficinas ubicadas en Casa 90E, calle C1, urbanización Praderas del Campo, Puerto Caimito, provincia de Panamá Oeste, con correo electrónico ajzavala@outlook.com, actuando en su condición de Apoderado Especial del Proponente PANAMA MEGA STORE, S.A., inscrita a Folio N° 576161 (S) del Registro Público de Panamá, conforme al Poder Especial que le fue conferido por el señor GUO YU ZHANG, varón, panameño, mayor de edad, comerciante, con cédula de identidad personal N° N-20-2218, ambos con domicilio en vía Interamericana, barriada Fuente del Chase, barrio Colón, provincia de Panamá Oeste, ha presentado ACCIÓN DE RECLAMO contra el Acto Público N° 2019-1-69-01-15-LP-000461, convocado por el MUNICIPIO DE ARRAIJÁN/CONSEJO MUNICIPAL DE ARRAIJÁN, bajo la descripción: "CONSTRUCCIÓN DE VEREDA CALLE EN SECTOR A-LA OMAR; RENGLÓN N°21 DE LA RESOLUCIÓN DE VIABILIDAD N097-A DEL 19DE SEPTIEMBRE DE 2018, VIGENCIA FISCAL 2018", cuyo precio de referencia asciende a SETENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.70,000.00).

Que mediante Resolución N° DF-1020-2019 de 23 de octubre de 2019, esta Dirección resolvió admitir la Acción de Reclamo en comento; así como, ordenar la suspensión del Acto Público, la remisión del Expediente Administrativo y el Informe de Conducta relativo a la Acción de Reclamo presentada.

ANTECEDENTES DEL ACTO PÚBLICO

Que el día 24 de septiembre de 2019, la Entidad Licitante publicó en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el Aviso de Convocatoria del Acto Público N° 2019-1-69-01-15-LP-000461, bajo la modalidad de adjudicación "Global", fijándose como fecha para el Acto de Presentación y Apertura de Propuestas, el día 2 de octubre de 2019.

Que siendo el caso que nos ocupa un proyecto del Programa de Inversión de Obras Públicas y Servicios Municipales, consta en el Expediente Administrativo el Acta de Consulta Ciudadana realizada el 18 de mayo de 2017 (Cfr. fs. 2), el Acta de Escogencia de Proyectos para el Plan de Descentralización de 30 de mayo de 2017(Cfr. fs. 3-4), la Resolución N° 097-A de 19 de septiembre de 2018 (Cfr. fs. 5-16), a través de la que se otorga viabilidad al proyecto in comento, el Acuerdo Municipal N° 91 de 21 de noviembre de 2017 (Cfr. fs. 17-21), por el cual se aprueba la escogencia del proyecto objeto del Acto Público.

Que la Entidad Licitante el día 4 de octubre de 2019, publicó en la sección de "Documentos Adjuntos", el documento denominado Acta de Recepción de Propuestas; sin embargo, el mismo solamente contiene el listado de empresas participantes y el monto de sus propuestas (Cfr. fs. 389-391). Ese mismo día, también se publicó en la sección de "Documentos Adjuntos", el documento denominado "Informe de Conducta" en el cual se observa que el Departamento de Compras, señala incumplimientos con relación a los proponentes ECOHABITAT, S.A. y FREELANCE INVESTMENTS S.A., para luego realizar un procedimiento de desempate utilizando el artículo 30, literal k, punto 3 del Decreto Ejecutivo N° 366 de 28 de diciembre de 2006 (Cfr. fs. 392-394).

g. .



Que posteriormente, el día 8 de octubre de 2019, en la sección de ""Documentos Adjuntos", se publica nuevamente el documento denominado Acta de Recepción de Propuestas, que solamente contiene el listado de empresas participantes y el monto de sus propuestas.

Que el día 15 de octubre de 2019, en la sección de "Documentos del Acto Público", se creó el Acta de Presentación y Apertura de Propuestas electrónica, en la que consta que presentaron sus propuestas las siguientes empresas:

PROPONENTES	PROPUESTA	PRESENTACIÓN
CONSTRUCTORA HARES S.A.	B/. 63,000.00	Papel
ABBACO LG S.A.	B/. 64,180.74	Papel
GLOBAL CONSTRUCTION LIMITED LIABILITY COMPANY	B/. 69,708.36	Papel
ECOHABITAT, S.A.	B/. 63,000.00	Papel
FREELANCE INVESTMENTS S.A.	B/. 63,000.00	Papel
SUPLIDORA GN PANAMA, S.A.	B/. 63,000.00	Papel
PANAMA MEGA STORE S.A.	B/. 63,000.01	Papel

Que ese día también se publicó en la en la sección de ""Documentos Adjuntos", el documento denominado "Informe de Comisión Evaluadora" de fecha 11 de octubre de 2019, publicado nuevamente en dicha sección el día 21 de octubre de 2019, bajo la descripción "Informe de Comisión Verificadora", acompañado del Decreto Alcaldicio N° 007-2019 de 16 de julio de 2019, por medio del cual se designan los miembros de la Comisión Verificadora (Cfr. fs. 400-406).

Que en ambos informes, los Comisionados determinaron que la empresa CONSTRUCTORA HARES S.A. ofertó dentro del rango de precio de referencia y cumplió con todos los requisitos que exige el Pliego de Cargos. No obstante, el Informe de Verificación no fue creado utilizando las funcionalidades del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", y no consta en la sección de "Documentos del Acto Público".

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE RECLAMO

Que el Accionante solicita a esta Dirección, se ordene la anulación total del Informe de la Comisión Verificadora.

Que en los hechos medulares de la Acción de Reclamo, el Accionante a su juicio señala que: "las empresas COSNTRUCTORA HARES, S.A., ECOHABITAT, S.A., FREELANCE INVESTMENT, S.A. y SUPLIDORA GN PANAMÁ, S.A., no cumplen por ser riesgosas, toda vez que las cuatro (4) ofertaron el precio de B/.63,000.00, cifra que coincide exactamente en el diez por ciento (10%) por debajo del precio de referencia del Acto Público".

Que los hechos son confrontables en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD LICITANTE

Que mediante Nota S/N, recibida vía correo electrónico por esta Dirección, el 28 de octubre de 2019, la Entidad Licitante solicitó prórroga para remitir el Expediente Administrativo y el Informe de Conducta, relativo a la Acción de Reclamo presentada por el Apoderado Especial de la empresa PANAMA MEGA STORE, S.A.

Que posteriormente, mediante Nota N° MADIM-533-18-10-2019 de 28 de octubre de 2019, recibida por esta Dirección el 29 de octubre de 2019, la Entidad Licitante entregó el Expediente Administrativo contentivo de 422 fojas útiles (1 tomo) y el Informe de Conducta, en el cual realiza un recuento cronológico de sus actuaciones dentro del Acto Público.

ger.



CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Que el Acto Público N° **2019-1-69-01-15-LP-000461**, se desarrolla bajo la modalidad del procedimiento de selección de contratista denominado Licitación Pública, regulado por el Artículo 53 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017.

Que previo al análisis de los hechos que sustentan la Acción de Reclamo, resulta oportuno indicar que, en base a lo establecido en el Artículo 12 numeral 12 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017, corresponde a esta Dirección efectuar un análisis del Acto Público citado, a efectos de determinar si se ha incurrido en un acto u omisión ilegal o arbitrario durante el proceso de selección de contratista (procedimiento), que resulte contrario al Texto Único citado y al Decreto Ejecutivo N° 40 de 2018, por parte de la Entidad Licitante y la Comisión Verificadora.

Que al respecto, al examinar el recorrido del Acto Público, este Despacho advierte que la Entidad Licitante posterior al Acto de Apertura de Propuestas y previo a la revisión realizada por la Comisión Verificadora, mediante el documento denominado "Informe de Conducta", revisó propuestas indicando incumplimientos con relación a las propuestas de las empresas ECOHABITAT, S.A. y FREELANCE INVESTMENTS S.A., siendo esto contrario al procedimiento establecido en el Artículo 53 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017, toda vez que la facultad de verificar documentos corresponde exclusivamente a la Comisión Verificadora de conformidad con el Artículo 64 Lex Cit.

Que ante lo expuesto, es preciso recordar que el Artículo 53 citado ut supra, establece que la Comisión Verificadora revisará, en primera instancia, únicamente la propuesta del proponente que ofertó el precio más bajo y comprobará el cumplimiento de todos los requisitos y exigencias del Pliego de Cargos. En caso que la Comisión Verificadora determine que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, emitirá un informe recomendando la adjudicación de este acto público a ese proponente.

Que de igual forma, esta Dirección observa que en el documento denominado "Informe de Conducta", la Entidad Licitante aplicó a las empresas elegidas a su juicio, el procedimiento de desempate contemplado en el Artículo 30, literal k, punto 3 del Decreto Ejecutivo N° 366 de 28 de diciembre de 2006, norma que se encuentra actualmente derogada. En este sentido, vale señalar que tratándose de una Licitación Pública y habiendo empate entre las ofertas presentadas, la Entidad Licitante debe sin entrar a revisar propuestas, aplicar el procedimiento de Desempate establecido en el Artículo 44 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 2018, para que posteriormente, la Comisión Verificadora realice la revisión de propuestas.

Que este Despacho observa además, la omisión por parte de la Entidad Licitante del cumplimiento del Artículo 119 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018, puesto que en el Registro Electrónico y en el Expediente Administrativo, no consta un Acta de Instalación e Instrucción de la Comisión Verificadora, previo a la remisión del Expediente Administrativo para la respectiva verificación de propuestas.

Que en relación a los hechos en que se sustenta la Acción de Reclamo, los cuales guardan relación con la verificación llevada a cabo por la Comisión, es de advertir que la confección del Informe de Verificación ha sido producto de una omisión en el trámite establecido en el Artículo 53 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017 y en los Artículos 44 y 119 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018.

Que no obstante lo anterior, al debatir el Accionante temas de riesgosidad, es necesario señalar que en pronunciamientos reiterados de esta Dirección, se ha mantenido el criterio vertido mediante la Opinión Legal N° DJ-256-2010 de 7 de diciembre de 2010, en la cual se señala que: "...al establecer un porcentaje de riesgosidad u onerosidad en el Pliego de Cargos, las Propuestas que se oferten deben estar sujetas al margen del porcentaje sugerido, el cual no

Qe.



podrá ser inferior ni estar por encima del porcentaje estipulado, de lo contrario dichas Propuestas serán consideradas onerosas o riesgosas". (Cfr. Resolución N° DF-1166-2018 de 9 de octubre de 2018).

Que dicho criterio, mantiene su sustento actualmente en el Artículo 44 numeral 2 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018, el cual en su párrafo final expresa lo siguiente: ..."En caso que el Pliego de Cargos haya establecido porcentaje de riesgo y/u onerosidad, los Proponentes no podrán presentar mejora de precios inferiores o superiores a dichos porcentajes". (Énfasis suplido). Es decir, que los porcentajes establecidos constituyen los montos exactos (mínimo y máximo) que pueden ofertar los Proponentes; por lo que, dar una interpretación diferente a la aplicación de los porcentajes de riesgosidad y onerosidad, contravendría el Artículo 44 numeral 2 Lex Cit.

Que en este sentido, este Despacho observa que el porcentaje de riesgosidad a considerar fijado en la sección "Criterios de Selección" del Pliego de Cargos Electrónico, es de en un 10% del precio de referencia; lo cual de acuerdo al Informe de Opinión Legal y al Artículo 44 numeral 2, citados ut supra, significa que son riesgosas las ofertas que sean inferiores a ese 10%.

Que en el Acto Público que nos ocupa, el precio de referencia fue fijado por la Entidad Licitante en B/.70,000.00, al que aplicándole el porcentaje de riesgosidad establecido en el Pliego de Cargos, tendríamos es de B/.7,000.00, que restado da como resultado que las Propuestas que estén por debajo del límite de B/.63,000.00, sean consideradas riesgosas.

Que de conformidad con el del Artículo 12 numeral 12 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017, es función de esta Dirección, ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratista que hayan sido omitidos, así como la corrección o suspensión de aquellos realizados en contravención a esta Ley o su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos.

Que a juicio de esta Dirección, lo procedente es ordenar a la Entidad Licitante que realice el procedimiento de desempate que ordena el Artículo 44 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018, aplicando las reglas allí descritas y que remita el Expediente Administrativo del Acto Público a la Comisión Verificadora, previamente instalados e instruidos los Comisionados designados, a efectos que emitan el informe correspondiente.

Que en consecuencia, es necesario dejar sin efectos jurídicos el documento denominado "Informe de Conducta", publicado el 4 de octubre de 2019, en la sección de "Documentos Adjuntos", así como el "Informe de Comisión Evaluadora" (SIC) de fecha 11 de octubre de 2019, publicado nuevamente en dicha sección el día 21 de octubre de 2019, bajo la descripción "Informe de Comisión Verificadora" y que una vez sea emitido, se cree utilizando las funcionalidades del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", en la sección de "Documentos del Acto Público".

Que las situaciones advertidas, nos permite hacer un llamado de atención a la Entidad Licitante, a efectos que se ajuste al procedimiento establecido el Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017 y el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018 y a su vez se le exhorta a mantener un orden en la denominación y publicación de documentos en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Que una vez examinados los hechos expuestos por el Accionante y revisado el procedimiento llevado a cabo por la Entidad Licitante y la Comisión Verificadora, siendo confrontado con el Texto Único de la Ley Nº 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017 y el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, estima esta Dirección que lo procedente es aplicar medidas correctivas al procedimiento llevado a cabo por la Entidad Licitante y ordenar la aplicación del procedimiento de desempate que establece el Artículo 44 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, así como la ANULACIÓN TOTAL del Informe de la Comisión Verificadora de fecha 11 de octubre de 2019 y realizar un nuevo análisis, por parte de una NUEVA COMISIÓN VERIFICADORA, de

Z

Jy.



todas las Propuestas presentadas, atendiendo al procedimiento establecido en Artículo 53 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017 y se emita un nuevo Informe de Verificación, debidamente motivado y en el término que establece el Artículo 64 Lex Cit, previo al cumplimiento del Artículo 119 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018.

Que en mérito de las consideraciones antes expuestas, esta Dirección,

RESUELVE:

<u>PRIMERO:</u> ORDENAR la aplicación de medidas correctivas al procedimiento llevado a cabo por la Entidad Licitante, a efectos que proceda a aplicar debidamente el procedimiento de desempate que establece el Artículo 44 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2019, dejando sin efectos jurídicos el documento denominado "Informe de Conducta", publicado el 4 de octubre de 2019, en la sección de "Documentos Adjuntos".

<u>SEGUNDO</u>: ANULAR TOTALMENTE el Informe de la Comisión Verificadora de fecha 11 de octubre de 2019, emitido dentro del Acto Público N° 2019-1-69-01-15-LP-000461, convocado por el MUNICIPIO DE ARRAIJÁN/CONSEJO MUNICIPAL DE ARRAIJÁN, bajo la descripción: "CONSTRUCCIÓN DE VEREDA CALLE EN SECTOR A-LA OMAR; RENGLÓN N°21 DE LA RESOLUCIÓN DE VIABILIDAD N097-A DEL 19DE SEPTIEMBRE DE 2018, VIGENCIA FISCAL 2018", cuyo precio de referencia asciende a SETENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.70,000.00).

<u>TERCERO</u>: ORDENAR la realización de un nuevo análisis de las propuestas presentadas, a través de una NUEVA COMISIÓN VERIFICADORA, atendiendo al procedimiento establecido en Artículo 53 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017 y se emita un nuevo Informe de Verificación, debidamente motivado y en el término que establece el Artículo 64 Lex Cit, previo al cumplimiento del Artículo 119 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018.

<u>CUARTO</u>: ORDENAR el archivo del Expediente de la Acción de Reclamo interpuesta por el Licenciado AHMED ZAVALA, contra el Acto Público N° 2019-1-69-01-15-LP-000461.

QUINTO: ORDENAR la devolución del Expediente Administrativo del Acto Público N° 2019-1-69-01-15-LP-000461 a la Entidad Licitante.

<u>SEXTO</u>: ADVERTIR que la presente Resolución es de única instancia; y de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 144 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017, no admite recurso alguno.

<u>SÉPTIMO:</u> PUBLICAR la presente Resolución en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

<u>FUNDAMENTO DE DERECHO</u>: Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 61 de 27 de septiembre de 2017 y el Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018.

Dada en la ciudad de Panamá a los siete (7) días del mes de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

RAPHAEL A. FUENTES G.

GBP/MLV/yr

DIRECCION CHARACOC CONTRATACOC