

Estado Libre Asociado de Puerto Rico
TRIBUNAL DE APELACIONES
REGIÓN JUDICIAL DE SAN JUAN
PANEL IV

PUMA ENERGY CARIBE,
LLC

Recurrente

V

AUTORIDAD DE
ENERGÍA ELÉCTRICA
DE PUERTO RICO

Recurrido

KLRA201500066

REVISIÓN
procedente de la
Autoridad de Energía
Eléctrica

SOBRE: REVISIÓN
DE ADJUDICACIÓN
Y CANCELACIÓN DE
REQUERIMIENTO
DE PROPUESTA
NÚM. RFP Q041622
(42941)

Caso Núm.
Q-170-2015-29

Panel integrado por su presidenta, la Juez García García, el Juez Hernández Sánchez y la Jueza Soroeta Kodesh.

Hernández Sánchez, Juez Ponente

SENTENCIA

En San Juan, Puerto Rico, a 28 de abril de 2015.

El 16 de enero de 2015 Puma Energy Caribe, LLC (Puma) compareció ante nos mediante recurso de revisión judicial respecto a la notificación emitida por la Autoridad de Energía Eléctrica (AEE) en la cual canceló la adjudicación de la solicitud de propuesta RFPQ041622 (RFP¹).

Otra de las proponentes, Tropigas de P.R., Inc. (Tropigas) compareció.

Al tenor del marco jurídico que más adelante esbozamos, confirmamos la decisión de la AEE.

I

Los hechos relevantes del caso ante nuestra consideración no están en controversia.

El 12 de julio de 2012 la AEE emitió una RFP para la

¹ RFP son las siglas en inglés correspondientes al término comúnmente utilizado para referirse a las solicitudes o requerimientos de propuestas, esto es, *Request For Proposals*.

contratación de servicios para el suministro de gas propano (LPG) a las Unidades 5 y 6 de la Planta Central de San Juan. El 14 de agosto de 2012 la AEE le notificó a Puma que su propuesta había sido seleccionada. No obstante, el 13 de noviembre de 2012 la AEE notificó mediante misiva que cancelaba la adjudicación de la referida RFP. No surge del expediente si alguna parte recurrió antes de tal determinación de cancelación.

El 16 de julio de 2014, la AEE reabrió la RFP e invitó a las empresas que anteriormente habían hecho sus ofertas, Tropigas, Empire Gas Company y Puma. Luego de estas someter sus propuestas, la AEE emitió un Informe de Selección con fecha de 21 de agosto de 2014 en el que consignó lo siguiente:

- Se consideraron solo las propuestas de Puma y Tropigas porque Empire no cumplió con la Fianza de Licitación.
- La AEE utilizó 6 criterios de la RFP según un valor porcentual asignado a cada uno para analizar las propuestas de Puma y Tropigas. Los criterios fueron: Precio (40%); Construcción de Infraestructura (15%); Garantía de Precio de Gas Licuado (10%); Cumplimiento con Seguridad (15%); Distribución de Costos de la Infraestructura y Conversión (5%); y Conformidad con los Términos del Contrato (15%).
- Entre los criterios analizados, la AEE destacó que ninguno de los proponentes ofreció una garantía de protección contra la volatilidad del precio de combustible por 5 años.
- Respecto al criterio de Cumplimiento con Seguridad, Tropigas incumplió, mientras que Puma no hizo una oferta específica según requerido por la RFP.
- La AEE detalló en una Tabla los porcentajes correspondientes a las propuestas de Puma y Tropigas según los 6 criterios antes mencionados, y Puma obtuvo 51% mientras que Tropigas obtuvo 53%.

- Tocante al aspecto financiero, la AEE también destacó que Puma tenía problemas consistentes de liquidez, mientras que Tropigas presentaba una liquidez adecuada, a pesar de que debía confrontar problemas con su capacidad financiera para obtener financiamiento externo. Apéndice, págs. 975-979.
- Así, concluyó la AEE:

En reunión final celebrada el 21 de agosto de 2014, el Comité Multidisciplinario concluye que Tropigas presentó la propuesta con la mayor puntuación. No obstante, esta alternativa no refleja ahorros significativos. Conforme a esta opción, el ahorro, con los indicadores al 4 de agosto de 2014, aplicados fijos en un año y con el mismo despacho, podría ser de aproximadamente \$10 a \$15 millones. Esto, sin considerar el volumen diario (promedio) establecido en el RFP. En el caso de la propuesta de Puma se descarta su oferta por onerosa.

En el mejor de los escenarios, utilizando el precio más bajo cuando se consideran los 12,000 barriles especificados, se iniciaría con ahorros los primeros años pero al tercer año la Autoridad comienza a tener pérdidas considerables. Esto, debido a que el *take or pay* nos obliga a despachar los ciclos combinados que serían objeto de este proyecto, o sea, su despacho obligado reemplazaría unidades generatrices con costos más económicos en el sistema. Además, Tropigas no cumple con los requisitos establecidos por la Autoridad para garantizar la operación segura de las facilidades. Por todo lo antes expresado, el Comité recomienda se cancele el RFP para la conversión y adquisición de gas propano para la Central San Juan al ambos incumplir con los aspectos requeridos y un ahorro que redunde en beneficio para la Autoridad y sus clientes. (subrayado nuestro) *Íd.*, pág. 979.

El 16 de diciembre de 2014 la AEE notificó el referido Informe de Selección como anejo de una misiva en la que se le indicó a las partes que la RFP había sido cancelada “definitivamente en los mejores intereses de la [AEE]”. *Íd.*, pág. 971. Igualmente la AEE destacó en su misiva el derecho de las partes a solicitar reconsideración así como revisión judicial. *Íd.*, pág. 972.

Oportunamente Puma solicitó reconsideración el 24 de diciembre de 2014 pero la AEE no tomó acción al respecto. Seguidamente, el 16 de enero de 2015 Puma presentó el recurso que nos ocupa, en el cual le imputó los siguientes errores al foro

administrativo:

Erró la Autoridad al no emitir una resolución en cuanto a los días festivos y el impacto en los términos aplicables para acudir en revisión judicial.

Erró la Autoridad al no adjudicarle el RFP a la recurrente a pesar de cumplir con los criterios de evaluación establecidos en el RFP.

Erró la Autoridad en cancelar el RFP.

Según intimado, resolvemos a la luz de los siguientes fundamentos de Derecho.

II

-A-

Es de común conocimiento que a falta de legislación especial cada organismo administrativo tiene autoridad para aprobar un reglamento que disponga el proceso a seguirse para la adquisición de bienes y servicios en sus respectivas dependencias. 3 L.P.R.A. sec. 2169; *R&B Power v. E.L.A.*, 170 D.P.R. 605, 620 (2007); *L.P.C. & D., Inc. v. A.C.*, 149 D.P.R. 869, 875 (1999); *RBR Const. SE v. AC*, 149 D.P.R. 836 (1999). Tal reglamentación deberá tener como fin el promover la mayor competencia entre las ofertas recibidas, de forma que el Estado seleccione la más beneficiosa. Además, de este modo se evita el favoritismo y el fraude al momento de la adjudicación del contrato. *R&B Power v. E.L.A.*, supra.

Por lo general, la subasta pública formal o tradicional es el mecanismo utilizado por el Gobierno para la adquisición competitiva de bienes y servicios. Para ello, cada agencia establece su propio reglamento. El proceso de subasta formal consta de diversas etapas: (1) la preparación por parte de la entidad gubernamental de los pliegos de condiciones y especificaciones; (2) el aviso de subasta al público; (3) el recibo de las propuestas recibidas y su posterior apertura pública; (4) la evaluación por el comité evaluador de las referidas propuestas; (5) la recomendación del comité evaluador a la adjudicación de la buena pro; (6) la

adjudicación de la subasta; y, (6) la notificación a los licitadores. Cabe señalar, que en este procedimiento no hay espacio para la negociación entre la agencia y el licitador. *R&B Power v. E.L.A.*, supra, a la pág. 621.

Sin embargo, el Estado también cuenta con otro mecanismo para la adquisición de bienes y servicios, denominado como la RFP o solicitud o requerimiento de propuestas. Su característica principal es permitir entablar negociaciones entre los licitadores y la agencia durante la evaluación de las propuestas recibidas, o sea, le confiere a los licitadores la oportunidad de modificar sus ofertas antes de la adjudicación de la buena pro. *Caribbean Communications v. Pol. de P.R.*, 176 D.P.R. 978, 997-998 (2009). Es un proceso más flexible que las subastas formales y mayormente se utiliza para la compra de bienes o servicios especializados o cuando hay pocos competidores cualificados. Al igual que en las subastas, la agencia debe enumerar los requisitos y factores que se tomarán en consideración para la adjudicación final. La RFP describirá como se llevará a cabo el proceso, el itinerario para recibir, evaluar y adjudicar el contrato. Incluirá los términos del acuerdo y advertirá sobre un posible procedimiento de negociación. *R&B Power v. E.L.A.*, supra, a la págs. 621-622.

A pesar de las diferencias entre la subasta formal y el requerimiento de propuestas, el Tribunal Supremo ha resuelto que esta última está sujeta a los requisitos de notificación establecidos en la Sección 3.16 de la Ley Núm. 170 de 12 de agosto de 1988, según enmendada, conocida como la Ley de Procedimiento Administrativo Uniforme (LPAU) 3 L.P.R.A. sec. 2166, al igual que los procedimientos de reconsideración y revisión judicial. *R&B Power v. E.L.A.*, supra, a la pág. 624.

Añádase que la RFP como “mecanismo, alterno a la subasta formal, participa de características adjudicativas de la misma

forma que la subasta tradicional. En vista de ello, son de clara aplicación los principios generales establecidos en la sec. 3.16 de la LPAU., 3 L.P.R.A. sec. 2166, que exige que cuando: “la agencia concluye . . . un procedimiento adjudicativo en un caso particular, . . . notificará por escrito por correo certificado con acuse de recibo a las partes su determinación, los fundamentos para la misma y el recurso de revisión disponible”. [citas omitidas] *R&B Power v. E.L.A.*, supra, pág. 624.

-B-

Los procesos de subasta están revestidos del más alto interés público. Los tribunales tenemos el deber de asegurar que las instrumentalidades públicas al efectuar sus gestiones de compra y contratación, cumplan con la ley, con sus propios procedimientos y que traten de forma justa a los licitadores. De este modo estamos seguros de que los dineros del pueblo son utilizados en beneficio del interés público. No debemos perder de perspectiva que el Gobierno es el comprador y contratante más grande del país. La adecuada fiscalización del uso de los dineros del erario resulta de vital importancia para mantener la confianza del ciudadano en el Gobierno y una democracia saludable. *Costa Azul v. Comisión* 170 D.P.R. 847, 854 (2007); *RBR Const. SE v. AC*, supra, pág. 856.

El objetivo principal de toda subasta pública es que exista competencia en las proposiciones de manera que el Estado consiga que la obra se realice al precio más bajo posible. Además, al requerirse que la subasta y el contrato se adjudiquen al postor más bajo, se evita que haya favoritismo, corrupción, extravagancias y descuido al otorgarse los contratos. *A.E.E. v. Maxon*, 163 D.P.R. 434, 439 (2004). Los propósitos principales de la legislación que regula la realización de obras y la contratación de servicios para el Gobierno y los sistemas de subastas

gubernamentales son precisamente: (1) proteger los intereses y dinero del pueblo al promover la competencia para lograr los precios más bajos posibles; (2) evitar el favoritismo, la corrupción el dispendio, la prevaricación, la extravagancia y el descuido al otorgarse los contratos; y (3) minimizar los riesgos del incumplimiento. *Aluma Const. v. A.A.A.*, 182 D.P.R. 776, 782-783 (2011); *Empresas Toledo v. Junta*, 168 D.P.R. 771, 778-779 (2006); *A.E.E. v. Maxon*, supra, págs. 438-439; *Justiniano v. E.L.A.*, 100 D.P.R. 334, 338 (1971).

No obstante, el gobierno posee gran discreción en los procedimientos de subastas. Las agencias pueden adjudicar la subasta al postor que consideren más apropiado, aun cuando no sea el más bajo, si con ello se sirve al interés público. No existe una regla inflexible en el sentido de que la subasta se debe adjudicar al postor más bajo. Cuando se trata de la adquisición de servicios técnicos de gran costo y sofisticación, la selección de un proveedor sobre otros puede conllevar decisiones que descansen en criterios que no son estrictamente matemáticos. En estos casos se requiere hacer una valorización de la tecnología y los recursos humanos con que cuenta el proveedor, a la luz de las necesidades presentes y futuras de la agencia. *Empresas Toledo v. Junta*, supra.

La subasta formal o mediante ofertas selladas es el procedimiento más comúnmente utilizado por las entidades gubernamentales para la adjudicación de bienes y servicios. El proceso de subasta formal comienza cuando la agencia prepara los pliegos de condiciones y especificaciones, y emite una invitación o un aviso de subasta al público. Luego, los interesados someten sus propuestas selladas, que se hacen públicas mediante la celebración del acto de apertura ante todos los postores. Posteriormente las propuestas pasan a un comité evaluador que luego de evaluadas emite una recomendación respecto a la

adjudicación de la buena pro. Una vez ésta es recibida, el procedimiento concluye con la adjudicación de la buena pro y su notificación a todos los postores. La particularidad del procedimiento de subasta formal reside en que las ofertas se presentan selladas. El cumplimiento de este requisito es de suma importancia, ya que garantiza la secretividad en la etapa anterior a la apertura de la licitación. Este elemento es indispensable para que exista una competencia honesta, pues impide que un postor enmiende su propuesta para superar la de un competidor. *Caribbean Communications v. Policía de P.R.*, 176 D.P.R. 978, 994-996 (2009).

Los procedimientos de subasta de las agencias o entidades gubernamentales no están regulados en una legislación especial, por lo que éstas tienen la obligación de adoptar la reglamentación para guiar los mismos y delimitar el alcance de su discreción. *A.E.E. v. Maxon*, supra, pág. 444; *Perfect Cleaning Services Inc. v. Centro Cardiovascular*, 162 D.P.R. 745, 757-758 (2004); *RBR Const. SE v. AC*, supra, pág. 850. Así pues, los tribunales tenemos la obligación de asegurar que las entidades públicas cumplan con las disposiciones normativas aplicables y con los reglamentos y procedimientos adoptados por ellas para regir la celebración de subastas para la adquisición de bienes y servicios del sector privado. También debemos asegurar que en estos procesos se trate de forma justa e igualitaria a todos los licitadores, al momento de recibir y evaluar sus propuestas y de adjudicar la subasta. *RBR Const., S.E. v. A.C.*, supra, pág. 856. A esos efectos, las agencias tienen discreción para aprobar los reglamentos que establezcan los procedimientos y guías que regirán sus propias subastas. *Caribbean Communications v. Policía de P.R.*, supra.

Entretanto, es norma establecida que el debido proceso de ley requiere que las agencias incluyan en la notificación de la

adjudicación de una subasta los fundamentos en los que se basó la Junta de Subastas para así adjudicarla. Consecuentemente, una notificación de adjudicación de subasta debe incluir lo siguiente: (1) los nombres de los licitadores en la subasta y una síntesis de sus propuestas; (2) los factores o criterios que se tomaron en cuenta para adjudicar la subasta; (3) los defectos, si alguno, que tuvieran las propuestas de los licitadores perdedores; y (4) la disponibilidad y el plazo para solicitar la reconsideración y la revisión judicial. *Pta. Arenas Concrete, Inc. v. J. Subastas*, 153 D.P.R. 733, 743-744 (2001); *L.P.C. & D., Inc. v. A.C.*, 149 D.P.R. 869, 879 (1999).

El requerimiento de que se incluyan los fundamentos en la notificación asegura que los tribunales puedan revisar esos fundamentos para determinar si la decisión fue arbitraria, caprichosa o irrazonable. Se ha señalado que ese aspecto cobra especial importancia en el caso de subastas públicas debido a que estas implican directamente el desembolso de fondos públicos. De no existir esta norma, el tribunal se vería en la necesidad de celebrar un juicio *de novo* cada vez que fuera a revisar las actuaciones de las agencias y los municipios, lo que sería sumamente ineficiente y promovería que esos organismos fundamentaran sus actuaciones *a posteriori*. *Pta. Arenas Concrete, Inc. v. J. Subastas*, supra, págs. 742-743.

-C-

Respecto a las subastas la Sección 3.19 de la LPAU, 3 L.P.R.A. sec. 2169, establece lo siguiente:

Los procedimientos de adjudicación de subastas serán procedimientos informales; su reglamentación y términos serán establecidos por las agencias. [...]

En cuanto a la revisión judicial en los casos de impugnación de subastas la Sección 4.2 de la LPAU, 3 L.P.R.A. sec. 2172, provee:

En los casos de impugnación de subasta, la parte adversamente afectada por una orden o resolución final de la agencia, o de la entidad apelativa de subastas según sea el caso, podrá presentar una solicitud de revisión ante el Tribunal de Apelaciones dentro de un término de diez (10) días contados a partir del archivo en autos de la copia de la notificación de la orden o resolución final de la agencia o la entidad apelativa, o dentro de los diez (10) días de haber transcurrido el plazo dispuesto por la sec. 2169 de este título. La mera presentación de una solicitud de revisión al amparo de esta sección no tendrá el efecto de paralizar la adjudicación de la subasta impugnada.

Para los casos de adjudicación de subastas en la LPAU, supra, solamente se uniformaron los procesos de reconsideración y revisión judicial. Las agencias deben atenerse a lo allí señalado, a falta de que otra cosa se haya dispuesto en su estatuto orgánico. Éstas no pueden disponer mediante reglamento remedios administrativos que menoscaben las garantías mínimas que dispone la LPAU. No obstante, se buscó simplificar los procedimientos de subastas al eximirlos del alcance del Capítulo III de esa legislación que está relacionado a los procedimientos adjudicativos. A las agencias se les delegó la facultad individual de aprobar las normas, condiciones y especificaciones para las subastas. *Perfect Cleaning Services Inc. v. Centro Cardiovascular*, supra.

A pesar del carácter informal *sui generis* de los procedimientos de subastas, éstos tienen ciertas características adjudicativas. La parte adversamente afectada por la decisión tiene el derecho a solicitar la revisión judicial garantizada en la LPAU, supra. Por lo tanto, es imprescindible que la agencia informe los fundamentos sobre los que descansa su determinación, de modo que el foro judicial pueda ejercer apropiadamente su función revisora.

Según antes mencionado, la resolución de la agencia en la cual se notifica la adjudicación de una subasta debe incluir, por lo menos, lo siguiente: (1) los nombres de los licitadores en la subasta y una síntesis de sus propuestas, (2) los factores o criterios que se

tomaron en cuenta para adjudicar la subasta, (3) los defectos, si alguno, que tuvieran las propuestas de los licitadores perdidosos, (4) la disponibilidad y el plazo para solicitar reconsideración y revisión judicial. *RBR Const. SE v. AC*, supra; *L.P.C. & D., Inc. v. A.C.*, supra.

La revisión judicial de los procesos de subastas se rige por principios similares a los que gobiernan la revisión de procedimientos análogos celebrados ante las agencias. Al igual que otras decisiones administrativas, las resoluciones de las agencias o entidades gubernamentales que adjudican subastas se presumen correctas y gozan de la deferencia de los tribunales. Los organismos administrativos tienen una amplia discreción en la evaluación de las propuestas de los licitadores, debido a su vasta experiencia y especialización. La jurisprudencia reconoce que las agencias se encuentran en mejor posición que los tribunales para determinar quién es el mejor postor, a base de los factores establecidos en la Ley y en el Reglamento pertinente.

Al igual que en los demás casos de revisión judicial, en la adjudicación de una subasta el tribunal no debe sustituir el criterio de las agencias por el propio, salvo si se demuestra que la decisión no está basada en evidencia sustancial, que fue dictada de forma arbitraria, caprichosa, mediante fraude o mala fe. En ausencia de estos elementos, ningún postor tiene derecho a quejarse cuando otra oferta es elegida como la más ventajosa, ya que en las subastas no existen derechos adquiridos. La cuestión debe decidirse a la luz del interés público y la determinación debe ser sostenida si cumple con el criterio de la razonabilidad. *Caribbean Communications v. Policía de P.R.*, supra, págs. 978 y 1006; *A.E.E. v. Maxon*, supra; *RBR Const. SE v. AC*, supra, págs. 836 y 856-857.

III

De entrada debemos destacar que estamos ante un recurso de revisión judicial poco usual, pues se nos invita a revisar la decisión de la AEE de dejar sin efecto una adjudicación, lo cual en efecto había ocurrido anteriormente en la misma RFP. Así, resulta imprescindible reiterar que las agencias gozan de amplia discreción en la adjudicación de una RFP, lo cual está ampliamente ligado al conocimiento especializado o *expertise* que poseen los organismos administrativos para implementar sus leyes y reglamentos, incluso la obtención de servicios afines.

Aclarado lo anterior, y examinadas las alegaciones de Puma, no encontramos motivo fundamentado alguno por el cual debemos intervenir con la decisión recurrida. Puma no destaca alguna evidencia en el expediente que desmerezca la sustancia de la prueba ponderada por la AEE, o que refute la razonabilidad de la decisión final de este organismo administrativo. Nada en el expediente apunta a que la AEE incurrió en abuso de discreción o actuó de manera arbitraria o caprichosa al emitir su determinación e Informe de Selección.

De un sosegado análisis de la notificación del Informe de Selección surge que la AEE observó los requerimientos legales de un aviso de adjudicación de subasta o RFP. Sin lugar a dudas, la AEE incluyó en la decisión aquí recurrida: 1) los nombres de los proponentes y un resumen de sus propuestas; 2) los factores o criterios que se tomaron en cuenta para adjudicar la RFP; 3) las virtudes y los defectos de las propuestas; 4) la disponibilidad y el plazo para solicitar reconsideración y revisión judicial. De hecho, la AEE fue puntillosa al indicar, incluso en una Tabla, la puntuación que cada proponente obtuvo por sus ofertas *vis a vis* los criterios de la RFP, así como las razones por las cuales resultaron favorecidas y desfavorecidas. Coligió la AEE que cancelar la

adjudicación de la RFP era la decisión que mejor servía al interés público.

Por último, con relación a los señalamientos que hacen las partes² sobre la Comisión de Energía creada por la Ley 57-2014, advertimos que eventualmente las partes podrán incoar los remedios y las acciones que estimen prudentes ante el referido foro, de conformidad con la reglamentación que finalmente se apruebe.

IV

Al amparo de todo lo anteriormente expresado, confirmamos la decisión de la AEE de cancelar definitivamente la adjudicación de la RFP de epígrafe.

Lo acordó y manda el Tribunal y lo certifica la Secretaria del Tribunal de Apelaciones.

Lcda. Dimarie Alicea Lozada
Secretaria del Tribunal de Apelaciones

² Nos referimos a las mociones presentadas por Tropigas, Puma y la AEE, respectivamente el 6 y 30 de marzo de 2015 y 8 de abril de 2015.