



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 128-2019

RECORRENTE: EASY OFFICE, INC.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones No.1000603881-04-17 de 28 de junio de 2019, proferido por la Caja de Seguro Social, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por compra menor No.2019-1-10-0-04-CM-336166.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°157-Pleno/TACP de 27 de agosto de 2019 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 136 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 207 al 210, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado “PanamaCompra”; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

El presente procedimiento de selección de contratista para el suministro e instalación de mobiliario modular, tuvo su origen el día 31 de mayo de 2019, cuando la Caja de Seguro Social transmitió en el Portal Electrónico de Contrataciones Públicas el procedimiento de selección de contratista No.2019-1-10-0-04-CM-336166, con la indicación del día y hora de la presentación de las propuestas, el día, lugar y



hora de inicio del acto público, la descripción del objeto contractual, la partida presupuestaria, entre otros, en obediencia al contenido del artículo 41 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

En razón de lo anterior, se señaló como fecha de presentación de las ofertas el día 7 de junio de 2019, desde las 9:00 hasta las 10:00 de la mañana, y para el mismo día, pero en horario de 10:01 de la mañana como fecha y hora para la apertura de las ofertas, tomando en consideración que estamos ante un acto público de compra menor, cuyo precio de referencia es de Veintiséis Mil Novecientos Ochenta y Dos Balboas con 27/100 (B/.26,982.27).

La entidad, una vez valoradas las ofertas presentadas al acto público, decidió adjudicar el procedimiento de selección de contratista No. 2019-1-10-0-04-CM-336166 a la empresa MARCUCCI LÍNEA ITALIA, S.A., por ser la que cumplió con los requisitos del pliego de cargos en su totalidad.

El Cuadro de Cotizaciones No. 1000603881-04-17 de 28 de junio de 2019, fue recurrido en tiempo procesal oportuno por la empresa EASY OFFICE, INC., a través de su representación especial, la licenciada KENIA MORALES, fundamentando lo que a continuación nos permitimos parafrasear:

Que la empresa beneficiada con la adjudicación del acto público realizó una copia exacta de las especificaciones técnicas, pero no aclararon las medidas de los puestos modulares, tampoco presentaron la descripción de los productos ofertados ni los catálogos originales del fabricante, página web o documentos de información sobre el fabricante, de manera que no facilitaron a la entidad verificar si los mobiliarios que entregará cumple con los requisitos.

Sostiene, además, que en el catálogo aportado no se percibe ninguna descripción de las medidas para ser corroboradas por la Caja de Seguro Social y menos es el catálogo original del fabricante.

Por otro lado, observa que la empresa MARCUCCI LÍNEA ITALIA, S.A., no adjuntó al formulario de compras menores, marca, modelo, casa productora ni país de origen en cada renglón, razón por la cual no debió ser tomada en cuenta para la adjudicación.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota ALCH-CH-IC-219-2019 de 18 de



julio de 2019, remitió a este Tribunal el informe de conducta en tiempo oportuno, alegando que: la proponente MARCUCCI LÍNEA ITALIANA, S.A., si bien realizó una copia exacta de las especificaciones técnicas, significa que las está tomando como propias y allí se encuentran claramente identificadas las dimensiones de largo, ancho y espesor de los mobiliarios, ya que no consta que evidencia que los participantes no puedan tomar copias de las especificaciones técnicas.

Con respecto a los catálogos del objeto contractual que según la recurrente no aportó la beneficiada con la adjudicación manifiesta lo contrario, que los mismos se encuentran de fojas 400 a la 406.

Por último, en lo que se refiere a la marca, país de origen, modelo y casa productora que según el pliego de cargos debe contener cada formulario de propuesta, se hace la salvedad de debe aportarse si el producto lo requiere. Por lo tanto, a su criterio no es obligatorio.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

En obediencia al contenido del artículo 148 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, la licenciada CINTHIA TROTMAN G., haciendo uso del derecho del derecho que le asiste a la empresa MARCUCCI LÍNEA ITALIA, S.A., presentó en tiempo procesal oportuno escrito de alegaciones en interés particular, expresando lo siguiente:

Que el punto quinto del recurso de impugnación referente al requisito contenido en el punto No. 1.2 del pliego de cargos sobre la descripción de los productos ofertados y la medida de los modulares, no atina la accionante en su motivación, puesto que su representada aportó el detalle de las especificaciones técnicas tal cual lo peticionó el pliego de condiciones, ya que los bienes y productos de su mandante son realizados con las medidas similares a los que requiere la institución.

Con relación a los catálogos, los mismos son imágenes que describen las especificaciones técnicas de los mobiliarios muy específicos y puntuales y fueron presentados ajustándose a los productos que se van a entregar, conteniendo las mismas medidas que el mobiliario requerido por la entidad.

Sobre el formulario de propuesta, opta por citar que aceptan las condiciones de los presentes términos de referencia sin objeciones ni restricciones, sumado al punto No. 3 que señala: sólo se recibirá propuesta en el formulario de propuesta aprobado por contrataciones públicas, así, pues, el formulario no se puede modificar.



Que aunque el mobiliario proviene de Colombia, la empresa MARCUCCLINEA ITALIA, S.A., es la representante legítima en Panamá para la venta y distribución y como constancia de ello fue aportada la carta del representante autorizado del fabricante.

IV. ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL

Mediante Resolución No. 030-2019-Pruebas/TACP de 25 de julio de 2019, este Tribunal admitió y negó pruebas de la recurrente, así como también solicitó de manera oficiosa la correspondiente a una prueba de informe por parte de la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, con el propósito de que, en base a su experiencia técnica nos orientara en la determinación de si el objeto contractual (suministro e instalación de mobiliario modular) requieren o no de un profesional idóneo reconocido por dicha entidad, para realizar la actividad que se requiere en el pliego de cargos.

En cumplimiento de la resolución en mención, la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura por medio de la Nota No.277-19 de 1 de agosto de 2019, respondió indicando que una vez realizada la revisión de las especificaciones técnicas del acto público de selección de contratista No.2019-1-10-0-04-CM-336166, concluyen que no requiere de la experticia de un profesional idóneo en el área de la ingeniería y la arquitectura para su realización, toda vez que dentro de las características que se hacen referencia no se trata de temas técnicos propios de su especialidad.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Como consecuencia de la competencia funcional que nos concede la ley No.22 de 2006, este Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 52 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento por compra menor, por haber nacido a la vida jurídica el día 31 de mayo de 2019, con la convocatoria, en la que participó una sola oferta, y así cumplir con la principal ilusión que persigue el Derecho Administrativo: el servicio objetivo al interés general.

Tomando en consideración que el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017 entró en vigencia el día 27 de marzo de 2018, y el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 cobró vida el día 12 de abril de 2018, lo que significa que el presente procedimiento de selección de contratista por compra menor debe ser analizado bajo el vigor de esas dos disposiciones legales vigentes.

Así las cosas, el recurso impetrado es en contra de una adjudicación realizada en un procedimiento por compra menor, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en



mente que tal proceso permite de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los Cincuenta Mil Balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley.

En este tipo de procedimiento si la entidad determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, procederá a la adjudicación del acto público a ese proponente en el respectivo cuadro de cotizaciones, el cual deberá contener la información originada en el acto. No obstante, si la entidad determina que la oferta de menor precio no cumple a cabalidad con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos, procederá inmediatamente a verificar la siguiente propuesta con el precio más bajo y así sucesivamente, utilizando el mismo procedimiento empleado en la verificación de la oferta anterior, hasta emitir la adjudicación del acto o la declaratoria de desierto, según sea el caso.

Lo importante es adjudicar el acto público tomando en consideración dos temas: el precio más bajo y el cumplimiento en su totalidad de los términos de referencia, para así garantizar la escogencia más ventajosa para el Estado, pues, la ley especial determina que esa escogencia ventajosa no se da únicamente por ofrecer el precio más bajo, sino también el obedecimiento en su totalidad de los requisitos estampados en el pliego de condiciones, ya que de nada valdría conceder un procedimiento de selección de contratista a una propuesta de menor precio, pero que no satisface el objeto contractual; ello simplemente sería una oferta inútil y por ende un dinero público mal utilizado, sumado a la pérdida del tiempo y el desgaste de la administración que no sólo centró su atención en un acto público estéril, sino también la persistencia del bien, servicio u requerido.

El ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como existencia del proponente, plazo, precio, certificaciones de paz y salvo con el Estado, entre otros, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia, pues, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio y el obedecimiento de las condiciones establecidas.

El mayor beneficio para el Estado debe ser apreciado no sólo desde la perspectiva del más bajo costo posible sino también de la mejor calidad en cuanto a la obra, bien o servicio de que se trate. Igualmente, ese mayor beneficio que el Constituyente quiere que se alcance a través del trámite de selección de contratista, del cual, se repite, la compra menor es sólo una de sus modalidades, debe permitir la escogencia objetiva de la mejor oferta, hecha por proponentes calificados con credenciales de seriedad y cumplimiento para asegurar las condiciones más beneficiosas al interés general.



Para garantizar la defensa del interés público con transparencia y justicia en la contratación administrativa, la ley impone la selección objetiva de los contratistas, con la cual se pretende proteger la igualdad de oportunidades entre los particulares y la obtención de la administración de las condiciones más ventajosas para el interés público. La selección del contratista fundado en criterios de favorabilidad para la administración busca conciliar, de un lado, el deber de los servidores públicos de actuar de acuerdo con el interés general, de manera transparente y moral y, de otro, el deber de garantizar a los contratistas igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública.

Evaluated lo anterior y aclaradas las circunstancias se llevaron a cabo en la resolución de la causa, no vemos menoscabado el procedimiento legalmente establecido, a menos con respecto a los tiempos procesales que concede la ley especial, al respetarse los términos que la ley sustantiva-adjetiva demarca. Pues, se ha obedecido el contenido del artículo 42 de la ley positiva de contrataciones públicas, que se refiere a la publicación de la convocatoria, que tratándose de una compra estatal que no rebasa los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00), pues, la convocatoria se ha realizado con un término no menor de los cinco (5) días hábiles a la presentación de las propuestas, tomando en consideración que la convocatoria del acto público ocurrió el día 31 de mayo de 2019 y la fecha para la presentación de las propuestas fue establecido para el día 7 de junio de 2019.

No obstante, lo anterior, observamos que las especificaciones técnicas contienen condiciones que resultan imposible de valorar sin un estudio previo por parte de personal idóneo en la materia, al mantener temas muy técnicos y que impide a esta colegiatura realizar algún tipo de valoración objetiva para determinar la satisfacción o no del objeto contractual, al no contar con un medio imparcial de tasación probatoria.

Recordemos que el pliego de cargos debe incluir reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones; siendo así, no vemos la posibilidad de tasar si por ejemplo los objetos contractuales aportado por los proponentes son fabricados con materiales de alta calidad y resistencia 100% idóneos. Si los controles de calidad se han adjuntado a los resultados de pruebas de resistencia a la humedad, a los impactos, a las ralladuras, absorción y capacidad de resistencia a la inflamabilidad sin someterlos a un análisis de laboratorio o el que corresponda para que este Tribunal pueda tomar una decisión ajustada a derecho, por ser los requerimientos establecidos en las especificaciones técnicas que se encuentran en el pliego de condiciones de este acto público de selección de contratista.

Las especificaciones técnicas que contiene los términos de referencia hacen alusión a un sinnúmero de características intangibles para concluir que el material compacto o interno se encuentra aglomerado de madera (fibras o partículas) que



combinado con la resina sintética y expuesto a altas temperaturas, forman una composición homogénea de mediana densidad, entre otros temas más.

No tener certeza de lo solicitado podría constituir un impacto del riesgo ante un posible incumplimiento de las especificaciones técnicas o en la ejecución del contrato y no podemos tomar como válido la transcripción literal que han optado las dos proponentes para ultimar que esa es la forma correcta de cumplimiento, sin una certeza de la calidad de los objetos contractuales que se requieren. Pues, ello sería confiarse en la calidad de los bienes muebles a proporcionar sin un examen previo sobre las particularidades demandadas e incluso sería una irresponsabilidad de nuestras partes tomar como válido el cumplimiento de las condiciones establecidas en los términos de referencia sin la exigencia de una prueba científica que lo demuestre.

Lo importante es valorar que lo aportado se adecue a las exigencias de calidad que se requieren y no dejarlo a la improvisación o confianza como si no fuera importante, cayéndose de su peso que, de acuerdo a las extensas características técnicas, se requiere una evaluación específica del producto mediante diferentes tipos de pruebas (resistencia y calidad), entre otros. Por esa razón, consideramos que la entidad debió establecer un informe de calidad o prueba de los objetos contractuales que determinasen el cumplimiento a cabalidad de esos requisitos, ya que esa falencia restringe nuestra capacidad de justiprecio de las especificaciones técnicas, al no contar con un instrumento tangible de estimación.

La problemática recurrente ante esta situación es la ausencia de un análisis profundo acerca del bien y/o servicio a ser adquirido y la necesidad de la Administración, ya que existen casos en que el usuario necesita un bien específico que cumpla con características específicas de calidad; sin embargo, el elaborador del pliego al realizar las especificaciones técnicas incluye características que se apartan de lo requerido por el usuario y culmina adquiriendo un bien que no logra satisfacer la necesidad que dio origen al proceso, o lo satisface de manera parcial. Esto es consecuencia directa de un diseño inapropiado de la selección de contratista.

En concordancia a ello, existen casos en los que la Administración, con el afán de elevar los parámetros del acto público, incluye la solicitud de certificaciones sin el análisis correspondiente tanto del objeto como de la necesidad que se pretende satisfacer incurriendo así en una desviación de lo que realmente es requerido por la entidad, pudiendo incluso con dicho requisito limitar la participación de potenciales oferentes o circunscribir dicha licitación a un solo participante.



Ante el evento descrito, somos del criterio que se debe declarar la nulidad absoluta del procedimiento en examen, al no tener reglas claras, justas y objetivas de valoración probatoria.

Esa actividad transgrede varios principios de la contratación pública, como es el caso del principio de economía, al no asegurarse de que la elaboración de los términos de referencia se realizó de forma incompleta, ambigua y confusa, al no incluir un requisito indispensable como es una certificación o el que corresponda que confirme que los objetos contractuales han satisfecho las especificaciones técnicas requeridas por la entidad.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, en su omisión de un requerimiento de tal importancia para poder tener un patrón de medición o valoración como requisito inevitable, vulnera lo establecido en la Ley No. 22 de 2006, por lo que incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 155 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, positiva.

“Artículo 155. Causales de nulidad absoluta.

Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona.”

Resulta ser una causal de nulidad absoluta por ser un vicio trascendente, al no ser posible conservar el acto público bajo examen por encontrarse viciado de nulidad, por contravenirse los mencionados dispositivos legales. El vicio observado resulta insubsanable por cuanto que posee una manifiesta transgresión de principios de la contratación pública que ha llegado a un estado en el cual no puede ser subsanado.

No anular este procedimiento de selección de contratista sería menospreciar uno de los fines de la contratación pública, como es el caso de la transparencia y la escogencia objetiva que implica el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores al afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Consecuentemente, se vislumbra que la selección objetiva debe estar presente desde el comienzo de la etapa precontractual, ya que desde los pliegos de condiciones se deben establecer las reglas que servirán de fundamento para la selección del contratista, y que deben obedecer a varios factores y que en esta oportunidad serían las reglas claras del juego desde el inicio de la convocatoria del acto público, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos de cargos.



La nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de contratista de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación. Esto con el propósito de lograr una escogencia transparente y con todas las garantías previstas en la normativa, sin beneficiar a una propuesta en particular ni descartar a otras. No obstante, como quiera que el vicio afecta el procedimiento administrativo en general, lo importante es anular todo el acto público, por tratarse de una nulidad absoluta y si la entidad aún requiere del objeto contractual, entonces podrá realizar otro acto público, pero esta vez sin menoscabar los principios generales de la contratación estatal y tomando las medidas correspondientes.

En virtud de las consideraciones señaladas, estima ésta colegiatura que lo prudente es anular el procedimiento de selección de contratista No. 2019-1-10-0-04-CM-336166, convocado por la Caja de Seguro Social, en base a lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, el cual dispone que:

"Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar, revocar o anular lo actuado por la entidad contratante (el subrayado es nuestro)."

Con fundamento en el contenido del artículo 153 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ordenaremos a la Caja de Seguro Social, el fiel cumplimiento de la decisión venida en impugnación, quien deberá acatar lo resuelto en un plazo no mayor de quince días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución.

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria en la presentación del presente recurso.

En atención a todo lo anteriormente valorado, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales;

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones No. 1000603881-04-17 de 28 de junio de 2019, convocado por la Caja de Seguro Social, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante la Fianza de recurso de impugnación No. 04-19-47475-0 de 5 de julio de 2019, expedida por Óptima Compañía de Seguros, por un límite máximo de responsabilidad de Tres Mil Novecientos Sesenta

y Nueve Balboas con 60/100 (B/.3,969.60) que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios la Caja de Seguro Social/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 17 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N°2019-1-10-0-04-CM-336166, a la Caja de Seguro Social, contentivo de dos (2) tomos, integrados de quinientas cinco (505) fojas útiles, tal y como se observa en el informe de trámite fechado 2 de agosto de 2019 y que reposa a foja 100 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR a la Caja de Seguro Social, acatar lo dispuesto por este Tribunal en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente decisión.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles, posteriores a su publicación en el portal electrónico.

SEXTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

SÉPTIMO: DISPONER la salida y el archivo de los expedientes acumulados 128-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

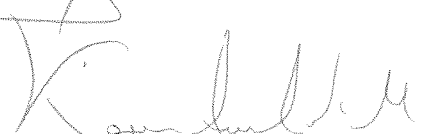
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 52, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

