

REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ACCIÓN DE RECLAMO

EXPEDIENTE N°: 147-2019

ACCIONANTE: VALE GENERAL, S.A.

ACTO DEMANDADO: Informe de la Comisión Verificadora del acto público de selección de contratista por Licitación Pública No.2019-2-82-0-08-LP-015228, celebrado por la LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA (LNB).

MAGISTRADO PONENTE: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°131-2019-Pleno/TACP de 1 de agosto de 2019 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, crea en su artículo 136 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República de Panamá, el cual tiene competencia para conocer en única instancia las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), dentro del término de cinco (5) días hábiles que esta tiene para resolver.

Dicha excerta legal establece, en su artículo 143, que la acción de reclamo podrá interponerse, contra todo acto u omisión ilegal o arbitraria ocurrida durante el proceso de selección de contratista, hasta antes que se adjudique o declare desierto, mediante resolución.

I. ANTECEDENTES.

El 16 de mayo de 2019, el Departamento de Compras y Proveeduría de la LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA (LNB), realizó la convocatoria del acto público de selección de contratista por Licitación Pública No.2019-2-82-0-08-LP-015228, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para la **“ADQUISICIÓN DE QUINCE MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS (15,922) VALERAS PARA LA COMPRA EN RESTAURANTES, SUPERMERCADOS, FARMACIAS Y OTROS COMERCIOS, PARA LA COMPRA DE COMIDA, ALIMENTOS, MEDICAMENTOS”** (sic), con precio de referencia de UN MILLÓN QUINIENTOS NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO BALBOAS CON 00/100 (B/.1,509,645.00).

De acuerdo a las constancias que reposan en el registro electrónico del acto público en mención, la recepción de ofertas se dio el 28 de junio de 2019 y se publicó el acta de apertura de propuestas en igual fecha.

El 9 de julio de 2019, la entidad publicó el Informe de la Comisión Verificadora de 8 de julio de 2019, designada dentro del acto público de marras, por lo que el 11 de julio de 2019, el licenciado Luis Eduardo Quiróz Vallejo, actuando en representación de la empresa VALE GENERAL, S.A., presentó acción de reclamo en contra del Informe de la Comisión

21



Verificadora del acto público de selección de contratista por Licitación Pública No 2019-2-82-0-08-LP-015228, la cual fue admitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas a través de la Resolución No.DF-655-2019 de 15 de julio de 2019.

Se recibió en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el 26 de julio de 2019, la acción de reclamo interpuesta por la empresa VALE GENERAL, S.A., debido a que el término para que la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) resolviera la misma ya había vencido.

II. ARGUMENTACIONES DE LA ACCIONANTE.

A través de su escrito, visible de foja 02 a 09 del expediente jurídico, la accionante se opuso a lo señalado por la Comisión Verificadora, cuando indicó que la vigencia de la fianza de propuesta presentada por la empresa VALE GENERAL, S.A., no fue fijada en días hábiles.

Respecto a lo anterior, la actora sostuvo que tanto en la Ley 22 de 27 de junio de 2006, como en el Decreto Num.21-LEG de 28 de marzo de 2018, se establece que la fianza de propuesta debe ser por un término no mayor de ciento veinte (120) días de vigencia, sin establecer que se traten de días hábiles o calendario, continuó indicando que concordantemente en la plantilla electrónica del acto público de selección de contratista en estudio, se estableció únicamente que la vigencia de la fianza de propuesta debe ser por ciento veinte (120) días, por lo que sustentó que en cumplimiento de lo requerido, la vigencia de la fianza que presentó la empresa VALE GENERAL, S.A. señala "*VIGENCIA: (120 Días) contados a partir de la FECHA DEL ACTO PÚBLICO, sin exceder en ningún caso el término máximo establecido en la ley*".

Indicó la accionante que en el documento denominado "*PLIEGO DE CARGO*", anexado al registro electrónico del acto público, se encuentra el modelo de Formulario de Propuesta (foja 38), en el cual la entidad señaló lo siguiente:

Fianza de Propuesta que cubre no menos del diez por ciento (10%) del valor total de la propuesta y con una vigencia no menor de ciento veinte (120) días calendario. Se adjunta el equivalente del _____ por ciento (____%) del valor total de la propuesta, es decir por un monto de (B/._____).

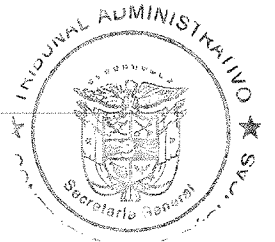
Así también expuso que en el referido documento (foja 23), anexado al registro electrónico del acto público, la entidad indicó:

8. FIANZA DE PROPUESTA: Los proponentes deberán presentar, conjuntamente con su oferta, una Fianza de Propuesta a fin de garantizar el mantenimiento de su oferta y la firma del contrato, la cual será por el diez por ciento (10%) del importe o valor total de la propuesta y por un término de ciento veinte (120) días hábiles.

Argumentó que la Comisión Verificadora actuó en desapego a la Ley de Contrataciones Públicas y a sus principios rectores, cuando estableció que la propuesta de menor precio presentada por la empresa VALE GENERAL, S.A. no cumple el pliego de cargos, desatendiendo lo reglamentado a través del artículo 53 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, en el sentido que cuando existen discrepancias entre las estipulaciones elaboradas por la entidad en la plantilla electrónica y las elaboradas en documentos adjuntos, prevalecerán las elaboradas en la plantilla electrónica del pliego de cargos.

Por todo lo expuesto, a través de la acción de reclamo presentada, la accionante solicitó anular el informe de la comisión verificadora y ordenar a la LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA (LNB) que evalúe nuevamente las propuestas.

21



III. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO E INFORME DE CONDUCTA.

Mediante Nota DGCP-DS-582-2019 de 26 de julio de 2019 (f. 029 del expediente jurídico), suscrita por el Director General de Contrataciones Públicas, fue remitida en igual fecha la acción de reclamo que nos ocupa, con un total de 28 fojas, según se desprende del expediente jurídico de este Tribunal, dentro de las que se incluye el Informe de Conducta de la LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA (fs. 023 a 026 del expediente jurídico).

La entidad indicó que cumplió con todos los principios de la Contratación Pública y se apegó al estricto cumplimiento de lo estipulado en el pliego de cargos, teniendo como fundamento el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, por ello ante la disyuntiva encontrada en las fianzas de propuestas aportadas por los proponentes, VALE GENERAL, S.A. con vigencia de 120 días y SISTEMAS DE INCENTIVOS EMPRESARIALES con vigencia de 120 días hábiles, procedió a revisar la Ley 38 de 31 de julio de 2000, encontrando que en ella se establece que todos los términos de días y horas que se señalen en los procesos administrativos, comprenderán solamente los días hábiles.

IV. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

De los hechos en que se sustenta la acción de reclamo, extraemos que la oposición del accionante es contra la evaluación realizada por la Comisión Verificadora del acto público de selección de contratista por Licitación Pública No.2019-2-82-0-08-LP-015228, para la "ADQUISICIÓN DE QUINCE MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS (15,922) VALERAS PARA LA COMPRA EN RESTAURANTES, SUPERMERCADOS, FARMACIAS Y OTROS COMERCIOS, PARA LA COMPRA DE COMIDA, ALIMENTOS, MEDICAMENTOS" (sic), cuando en su informe rechazó la propuesta de VALE GENERAL, S.A. por no haber establecido la vigencia de la fianza de propuesta en días hábiles.

Contrario a lo planteado por la accionante VALE GENERAL, S.A, la LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA (LNB) indicó que las actuaciones de la entidad se ajustan al Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017 y la Comisión Verificadora cumplió con su función valiéndose de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General.

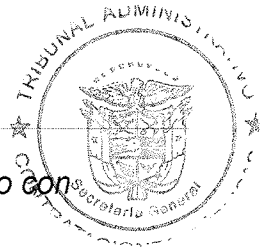
Corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la evaluación llevada a cabo por la Comisión Verificadora, en cuanto al cumplimiento de la Fianza de Propuesta aportada por la empresa accionante VALE GENERAL, S.A.

Tenemos que la Ley de Contrataciones Públicas en su artículo 113 sobre la fianza de propuesta estableció lo siguiente:

"Fianza de propuesta. Los proponentes en un acto de contratación pública que supere los cincuenta mil balboas (B/50,000.00) deberán presentar, junto con su oferta, una fianza de propuesta, a fin de garantizar el mantenimiento de su oferta y la firma del contrato y, una vez firmado, deberán presentar la fianza de cumplimiento dentro del término establecido en esta Ley.

Las entidades contratantes fijarán fianzas por el 10% del importe o valor total de la propuesta y por un término no mayor de **ciento veinte días de vigencia**, según lo establecido en el pliego de cargos, salvo los contratos que, en atención a su monto o complejidad, ameriten otorgar un término diferente, que constará en el pliego de cargos y que no excederá de ciento ochenta días. En ningún caso, la entidad licitante rechazará de plano la

21



oferta que sea acompañada por fianza de propuesta mayor del 10% o con plazo mayor establecido en el pliego de cargos.
...” (El énfasis es nuestro)

En concordancia con lo anterior, el artículo 10 del Decreto Num.21-LEG de 28 de marzo de 2018, por el cual se reglamentan las fianzas que se emitan para garantizar las obligaciones contractuales del Estado y se establecen sus modelos, expresa:

“Las entidades contratantes fijarán las fianzas de propuestas por el diez por ciento (10%) del importe o valor total de la propuesta y por un término no mayor de ciento veinte días de vigencia, según lo establecido en el pliego de cargos, salvo los contratos que, en atención a su monto o complejidad, ameriten otorgar un término diferente, que constará en el pliego de cargos y que no excederá de ciento ochenta días.
...

Al respecto, resaltamos el artículo 34 e. del Código Civil, que indica: Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo, o en las decisiones de los tribunales de justicia, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo.

En concordancia, el artículo 34 g. del mismo Código determina que: **“En los plazos que se señalen en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo, o en las decisiones de los tribunales de justicia, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso, y cuando el Código Judicial no disponga lo contrario, no se contarán los días feriados”.**

Consecuentemente, el plazo de 120 días para la fianza de propuesta implica 120 días calendario, salvo que el pliego de cargos expresamente disponga que deban ser hábiles.

Así también se observó que, en la plantilla electrónica del acto público en estudio, se estableció la vigencia de la fianza de propuesta en 120 días, tal como lo indica la norma, sin embargo, la entidad anexó el documento denominado “**PLIEGO DE CARGO**” en el que, como fuera citado a foja 2 de la presente resolución, la entidad por un lado señaló la vigencia en 120 días calendario y por otro en 120 días hábiles, confirmando lo indicado por la accionante.

Se evidencia que la entidad indujo a los proponentes a error, al indicar en el pliego de cargos la vigencia de la fianza de propuesta en días hábiles y calendario, empero, este Tribunal se encuentra impedido de pronunciarse respecto a la validez del pliego de cargos, dado que las posibilidades de decisión de las acciones de reclamo, una vez presentadas las propuestas, se constriñen a las dadas por el artículo 203 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018:

“Medidas aplicables en la acción de reclamo. Admitida la acción de reclamo se suspenderá el acto público.

La resolución que resuelve la acción de reclamo, podrá dar lugar a:

- 1. Ordenar la aplicación de medidas correctivas, cuando se interponga la acción de reclamo contra pliego de cargos.*
- 2. Ordenar la realización de trámites omitidos o la corrección de los realizados en contravención al ordenamiento jurídico.*
- 3. Ordenar la anulación parcial o total del informe de la comisión.*
- 4. Confirmar lo actuado por la comisión de que se trate.*
- 5. Confirmar lo actuado por la entidad licitante”.*



En ese orden de ideas y en relación a lo alegado por la entidad en su informe de conducta, resaltamos que efectivamente la Ley de Contrataciones Públicas fija el término de vigencia de la fianza de propuesta, que deben aportar los proponentes en los procedimientos de selección de contratista en 120 días, por lo que debe aplicarse tal requerimiento a 120 días calendarios, salvo, como se ha anotado, que el pliego de cargos se refiera expresamente a días hábiles.

A manera de ilustración, conviene precisar que, referente al plazo de la fianza de propuesta, no puede interpretarse que exista un vacío en la Ley de Contratación Pública que dé lugar a la aplicación de su artículo 69, que indica:

“Vacíos en los procedimientos de selección de contratista. Cuando existan vacíos en el procedimiento de selección de contratista, se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo y, en su defecto, con los principios y normas del procedimiento civil”.

(El subrayado es nuestro)

Tampoco puede recurrirse al artículo 4 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, en el que señala:

*“**Normas reguladoras.** En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de esta Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos. En caso de conflicto, se atenderá el orden de prelación indicado en este párrafo.*

Los vacíos en el procedimiento de selección de contratista, así como en el desarrollo del contrato hasta su liquidación, se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo general y, en su defecto, con los principios y las normas del procedimiento civil y comercial”.

Dicho lo anterior, resulta necesario subrayar que, afectos del plazo de 120 días de la fianza de propuesta, no podría concluirse que dicho plazo implica días hábiles, según el artículo 67 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que regula el Procedimiento Administrativo General, porque dicha norma se refiere a los plazos dentro de los procesos administrativos, lo que viene claramente desarrollado por el artículo 68 de la misma Ley. Obsérvese:

“Artículo 67: Todos los términos de días y horas que se señalen en los procesos administrativos, comprenderán solamente los hábiles, a menos que una norma especial disponga lo contrario y así se consigne en la resolución respectiva.

Los términos de meses y de años se ajustarán al calendario común.

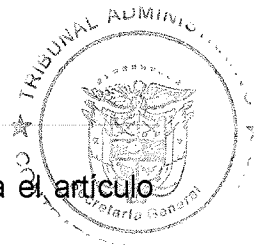
Los términos de horas transcurrirán desde la siguiente de aquella en que se notificó a la persona interesada; los de días, desde el siguiente a aquél en que se produjo dicha notificación.

Artículo 68: Los términos se suspenden durante los días en que por alguna razón deba permanecer cerrado el despacho respectivo, con excepción de aquéllos que se fijen por años o meses. Sin embargo, cuando el último día del término corresponda a uno no laborable, aquél se entiende prorrogado hasta el día hábil siguiente”.

(El énfasis es nuestro)

Se colige de los artículos antes citados, que hacen referencia a las actuaciones en los procesos administrativos, mientras que los procedimientos de selección de contratista no son procesos propiamente. El proceso administrativo surge, a instancia de parte, cuando se interpone una petición, consulta o queja o los recursos previstos por el ordenamiento jurídico contra las actuaciones de la administración en el marco de un procedimiento administrativo; o de oficio, cuando la entidad administrativa los inicie de oficio por

31



disposición del despacho administrativo correspondiente, tal como lo consagra el artículo 64 de la aludida Ley 38 de 2000.

Así las cosas lo correspondiente era que la entidad estableciera en los términos de referencia del pliego de cargos la vigencia de la fianza de propuesta, en el sentido de indicar si requería que el plazo fuera de días hábiles o calendario, sin embargo, como se ha reiterado a través de esta resolución, la entidad colocó tanto días hábiles como calendario en el documento denominado “*PLIEGO DE CARGO*” visible en *PanamaCompra*, así como a fojas 46 y 47 del expediente administrativo.

Dicho esto, resulta de suma importancia hacer un llamado de atención a la LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA (LNB), para que establezca de forma clara y precisa en sus pliegos de cargos, lo concerniente a la vigencia de la fianza de propuesta, cuando se requiera la presentación de la misma, y así propiciar que los proponentes en los distintos procedimientos de selección de contratista que celebre, aporten la misma correctamente y puedan ser considerados en la adjudicación de los actos públicos.

En relación a lo valorado, teniendo en cuenta la dualidad contenida en el pliego de cargos, al establecer la vigencia de la fianza de propuesta en días hábiles y calendario, y siendo la propuesta de menor precio, este Tribunal ordenará a la Comisión Verificadora **evaluar completamente la propuesta de la accionante VALE GENERAL, S.A. y en lo que respecta a la vigencia de la fianza de propuesta, ajustar su criterio estrictamente a lo normado en el artículo 113 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, en el que taxativamente se expresa “120 días”.**

Ahora bien, en el pliego de cargos anexado en el registro electrónico del acto público, a fojas 34 y 35 de las especificaciones técnicas, este Tribunal observó lo siguiente:

- En virtud de los requerimientos por provincias se deberá cumplir con un mínimo de establecimientos afiliados según la tabla adjunta.

PROVINCIAS	CANTIDAD DE ESTABLECIMIENTOS MINIMOS
BOCAS DEL TORO	5
COCLE	20
COLON	25
CHIRIQUI	40
DARIEN	10
HERRERA	15
LOS SANTOS	3
PANAMA	350
PANAMA OESTE	40
VERAGUAS	15

...

Los participantes tendrán que presentar el listado con los nombres de los establecimientos afiliados que mantiene en su red, clasificados por provincias.

Lo citado en contraste con el listado de establecimientos afiliados, aportado por la empresa SISTEMAS DE INCENTIVOS EMPRESARIALES, S.A. (fs. 109 a 133 del expediente

91



administrativo), en el que indicó en qué provincias se encuentran, arroja la necesidad de que, en caso de no cumplir la propuesta de menor precio presentada, la Comisión Verificadora **evalúe nuevamente la propuesta de SISTEMAS DE INCENTIVOS EMPRESARIALES, S.A., con énfasis en el requisito en comento, cerciorándose que el número de establecimientos afiliados a la red de dicha empresa, cumpla con el mínimo por provincia establecido en el pliego de cargos** (fs. 46 y 47 del expediente administrativo).

Así las cosas, lo procedente es **anular totalmente el informe de la Comisión Verificadora** publicado el 9 de julio de 2019 en *PanamaCompra*, dictado en el acto público de selección de contratista por Licitación Pública No.2019-2-82-0-08-LP-015228, en atención al artículo 64 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, y los numerales 2 y 3 del artículo 203 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, que reglamenta la Ley 22 de 26 de junio de 2006, por haber sido proferido en contravención a lo dispuesto en la referida ley y el pliego de cargos.

En consecuencia el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: ORDENAR ANULAR TOTALMENTE el Informe de la Comisión Verificadora publicado en *PanamaCompra* el 9 de julio de 2019, emitido dentro del acto público de selección de contratista por Licitación Pública No.2019-2-82-0-08-LP-015228, para la *“ADQUISICIÓN DE QUINCE MIL NOVECIENTOS VEINTIDÓS (15,922) VALERAS PARA LA COMPRA EN RESTAURANTES, SUPERMERCADOS, FARMACIAS Y OTROS COMERCIOS, PARA LA COMPRA DE COMIDA, ALIMENTOS, MEDICAMENTOS”* (sic), con precio de referencia de UN MILLÓN QUINIENTOS NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO BALBOAS CON 00/100 (B/.1,509,645.00).

SEGUNDO: ORDENAR LA CORRECCIÓN DE LOS TRÁMITES REALIZADOS EN CONTRAVENCIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO, en base a lo advertido en la parte motiva de la presente resolución (fs. 6 y 7) y realizar un **NUEVO INFORME** debidamente motivado a través de la Comisión designada por medio de la Resolución No.2019-31 de 28 de junio de 2019.

TERCERO: LEVANTAR LA SUSPENSIÓN del acto público de selección de contratista por Licitación Pública No.2019-2-82-0-08-LP-015228, ordenada mediante la Resolución No.DF-655-2019 de 15 de julio de 2019, proferida por la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP).

CUARTO: DEVOLVER a la LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA (LNB), el expediente administrativo contentivo del procedimiento de selección de contratista por Licitación Pública No. 2019-2-82-0-08-LP-015228, integrado por un (1) tomo, con un total de ciento ochenta y un (181) fojas, de acuerdo a informe secretarial que reposa a foja 038 del expediente jurídico.

QUINTO: PUBLICAR la presente resolución en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para los efectos legales pertinentes.

SEXTO: ADVERTIR a las partes, que esta resolución es de única instancia y no admite recurso alguno.

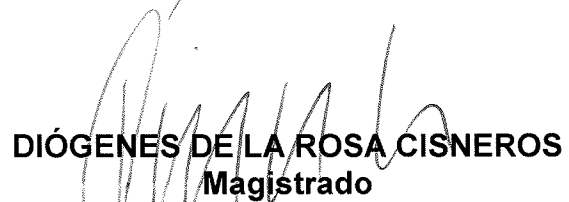
SÉPTIMO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.147-2019, previa anotación en el registro respectivo.

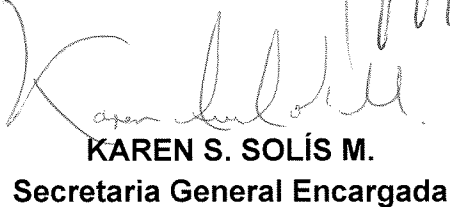
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 4, 53, 64, 69, 113, 136, 143, 144 y 145 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017; artículo 197, 203, 205 y 206 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018; Decreto Núm.21-LEG de 28 de marzo de 2018 y artículo 67 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

