



REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 107-2019

RECURRENTE: HI TECH EQUIPMENTS PANAMÁ, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 767 de 10 de junio de 2019, proferida por la Contraloría General de la República, dentro del procedimiento de selección de contratista No.2019-0-02-0-08-LV-011247.

Magistrado Ponente: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

Resolución No. 134-2019-Pleno/TACP de 1 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

En cumplimiento del numeral 1 del artículo 25 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006 positiva, la Contraloría General de la República realizó la convocatoria del Acto Público N°2019-0-02-0-08-LV-011247, el cual fue publicado en el portal electrónico "PanamaCompra" el día 20 de febrero de 2019, cuyo objeto contractual requerido es el "Desmontaje de 2 elevadores existentes, suministro, instalación y puesta en servicio de 2 ascensores nuevos de última tecnología, alto tráfico con sistemas asociados; servicio de mantenimiento y atención de llamadas.



De conformidad al pliego de cargos, la fecha para la presentación de las propuestas fue establecida para el día 26 de marzo de 2019, desde las 8:00 hasta las 10:00 de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las 10:01 de la mañana, se estableció la fecha y hora para la apertura de las ofertas, con un precio de referencia de Trescientos Mil Balboas con 00/100 (B/.300,000.00).

Luego del cumplimiento del ritual descrito en líneas anteriores, la Contraloría General de la República decidió adjudicar el acto público que nos ocupa a la empresa ELEVADORES GOLDSTAR, S.A., por haber obtenido el puntaje más alto según metodología de ponderación regulada en la ley de Contrataciones Públicas y contenida en el pliego de cargos de acuerdo al análisis realizado por los miembros de la Comisión Evaluadora.

La decisión en referencia fue recurrida por la licenciada AMELIA ISABEL GANOZA AICARDI, en nombre y representación de la empresa HI TECH EQUIPMENTS PANAMÁ, S.A., por considerar que su representada es la que cumple a cabalidad con todos los requisitos obligatorios y criterios técnicos, administrativos, económicos exigidos en los términos de referencia.

II. **ADMISION DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN**

El recurso de impugnación fue admitido en Sala Unitaria mediante Resolución No. 078-2019/TACP de 26 de junio de 2019, y en la misma se ordenó correr traslado a la Contraloría General de la República, así como requerir el informe de conducta y copias debidamente autenticadas del expediente administrativo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 148 de la ley positiva de contrataciones públicas.

III. **PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN**

La parte actora solicita a este augusto Tribunal, que se revoque la decisión venida en impugnación, y en su lugar sea adjudicado el procedimiento de selección de contratista No.2019-0-02-0-08-LV-011247, a su representada, por ser a su criterio la que ha cumplido con la normativa de orden social, del pliego de cargos, porque prima sobre los intereses particulares y cuya oferta se encuentra en un rango inferior al valor referencial.

También solicita que se ordene una nueva Comisión Evaluadora para que se realice un nuevo análisis de renglón por renglón y así subsanar las deficiencias e irregularidades que a su criterio se han cometido a lo largo de este proceso de selección de contratista, el cual sostiene en base a lo siguiente:

Que la Ley No. 42 de 27 de agosto de 1999, por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, declara de interés social el



desarrollo integral de la población con discapacidad en igualdad de condiciones de calidad de vida, oportunidades, derechos y deberes, que el resto de la sociedad.

Manifiesta que, según el pliego de cargos, uno de los objetivos por la cual se requiere la realización de la obra, es para el bienestar en la movilización de las personas en condiciones de movilidad reducida que hacen uso de las instalaciones y que de acuerdo a las especificaciones técnicas la dimensión de la cabina debe ser de 1.40 metros mínimos; lo que permite hacer los giros y en consecuencia la movilidad de una persona discapacitada en silla de ruedas dentro del elevador, lo que considera contrario a las disposiciones correspondientes que responden a los requerimientos mínimos para las personas con discapacidad por cuanto que las dimensiones que el artículo 51 del Decreto Ejecutivo No. 88 de 2002 señala son distintas, lo que considera como un impacto negativo y significativo para la equiparación de oportunidades para personas con discapacidad.

Indica la recurrente que, contrario al pensamiento de quienes laboran en la Dirección General de Contrataciones públicas, a pesar de que los reglamentos locales aplicados por las autoridades como el SENADIS, DINASEPI, entre otros, son de vigencia posterior a la construcción del edificio que forma parte de la Contraloría General de la República, dicha circunstancia no exime a que no se cumplan con las especificaciones que el mismo pliego de cargos y la ley de interés social exige.

Señala además que HI TECH EQUIPMENTS, S.A., ha cumplido con los parámetros indicados en el pliego de cargos y las dimensiones establecidas por la Ley No. 42 de 1999 y sus reglamentaciones, así como la DINASEPI y la JTIA sin tener que efectuar modificaciones estructurales al Edificio Gusromares, dado que se conocían las limitantes y que la estructura debía mantenerse íntegra, reduciendo las incomodidades. Por esa razón no comparte lo señalado por la Dirección General de Contrataciones Públicas respecto que las limitaciones de espacio disponible no se pueden corregir sin una modificación invasiva importante de la estructura del edificio.

Que las posibilidades de hacer excepciones en la aplicación de los reglamentos establecidos por la SENADIS se limitan a los casos comprobados en los que no se puedan cumplir, debido a que las estructuras son reducidas y no se pueden contemplar ascensores de mayores dimensiones internas de cabina, como el caso de las edificaciones situadas en el Casco Viejo. Por esa razón considera que la excepción no aplica al edificio GUSROMARES de la Contraloría General de la República, ya que su representada sí fue capaz de proporcionar un ascensor que cumpla con los mínimos requeridos en la reglamentación del SENADIS y el pliego de cargos, entre otras cosas.



IV. **PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA ENTIDAD ADQUIRIENTE.**

En cumplimiento del ordinal cuarto de la resolución de admisión, la entidad presentó de forma extemporánea ante la Secretaría General de este Tribunal, el Informe de Conducta, y el expediente administrativo, en la cual hace un recuento de la actuación llevada a cabo que finalizó con la adjudicación del acto público que hoy se recurre.

También emitió ciertos pronunciamientos respecto al caso en particular, de los cuales parafrasearemos los más importantes.

Que la ponderación se diseñó en base a la calidad del producto y en el aspecto de prestaciones y equipamiento se diseñó para permitir la mayor cantidad de participantes posibles y se limitó en dimensiones y demás características basados en la restricción del foso y de la cabina existente que en realidad no cumplen exactamente con los parámetros de la actual ley para discapacitados, dado que el edificio data desde 1970.

Indica que la ley de discapacidad muestra cierta contradicción en el sentido de que las dimensiones objetadas en el artículo 51.3 acápite c, tiene el mismo tipo de parámetros que tendría las mismas condiciones indicadas en el acápite f.1.1. Cabina tipo 1. Donde indica dimensiones interiores mínimas de 1.10 mt por 1.30mt; por ello que la Contraloría General de la República realizó su pliego de cargos en toda su amplitud.

La Comisión Evaluadora ha determinado que ambas ofertas cumplen en la medida de las circunstancias porque han coincidido con la capacidad normada y debido a que la investigación de los perfiles de cada empresa y fabricante permiten la conformidad esperada.

Señala que por su parte, ELEVADORES GOLDSTAR, S.A., ha sido sensata en adoptar documentación que se fiable y realista sin confundir las solicitudes del pliego de cargos y es consecuente con la situación encontrada en el sitio; mientras que HI TECH EQUIPMENTS, S.A., ha ofrecido las condiciones mínimas solicitadas. Parte de la información de su oferta no está vinculada directamente a lo requerido.

V. **ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O EN INTERÉS PARTICULAR.**

Se evidencia alegatos de terceros por parte de la empresa ELEVADORES GOLDSTAR, S.A., apreciado en la foja 66 del expediente administrativo a través de su representación especial, respondiendo lo siguiente:

Que contrario a lo señalado por HI TECH EQUIPMENTS PANAMÁ, S.A., sostiene que su representada sí incluyó en su propuesta, el software, el punto de conexión y puesta de servicio de una estación de administración de control de elevadores, tal y como lo solicita el pliego de cargos y que por esa razón no es cierto que si se acepta la propuesta de ELEVADORES GOLDSTAR, S.A., la Contraloría General de la República



tendría que contratar a un tercero e incurrir en costos adicionales para realizar el alambrado e instalar la infraestructura de la red del software provisto por su mandante.

Tampoco considera verdadero el argumento de que la recurrente ofrece un servicio técnico superior al de ELEVADORES GOLDSTAR, S.A., dado que su representada mantiene una trayectoria de más de 25 años de operación exitosa en Panamá y ha realizado mantenimiento a más de 2,300 elevadores, contando con más de 400 empleados; contrario a la impugnante, quien tiene un historial en Panamá de muy pocos años y sus ingresos no llegan ni al 5% de los de su procurada.

VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Surtidas las etapas procesales que corresponden a estos tipos de procedimientos, el Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 54 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 de Licitación Por Mejor Valor.

Cabe destacar que este tipo de actos públicos se realizan cuando los bienes, servicios u obras que van a ser contratados tienen un alto nivel de complejidad y el monto de la contratación es superior a los cien mil balboas (B/.100,000.00), entendiéndose como alto nivel de complejidad aquellos proyectos que requieran una valoración o ponderación especial (planificación o implementación del diseño del bien, servicio u obra requerido), en el que se ponderarán los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros ofertados por los proponentes, y se adjudicará al ofertante que obtenga el mayor puntaje en la metodología de ponderación especificada en el pliego de cargos, siempre que se cumpla con los requisitos mínimos obligatorios exigidos en los términos de referencia.

También se debe de cumplir con una serie de parámetros, propios del procedimiento especial, consistente en un examen previo para la valoración de la fianza de propuesta, en el que se rechazará de plano todas aquellas que no sean presentadas o las aportadas con montos inferiores a los establecidos en los términos de referencia.

Las propuestas que hayan cumplido con el tema de la fianza, pasarán a ser examinadas por una comisión denominada evaluadora, la cual deberá estar constituida por un número impar (de tres en adelante, pero siempre desigual) e idóneos al objeto contractual y en la que verificarán en primer lugar los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos. Una vez comprobado el cumplimiento de tales requisitos, se pasará a evaluar los siguientes aspectos (técnicos, económicos, administrativos y financieros) siempre que los proponentes hayan cumplido con los



requisitos obligatorios como hemos mencionado; aplicando la metodología de ponderación descrita en los términos de referencia.

Luego del examen de las ofertas, la Comisión Evaluadora emitirá un informe en el que se detallarán las propuestas descalificadas por el incumplimiento de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de condiciones, si las hubiera, y se describirá cada propuesta con el puntaje obtenido de acuerdo a la metodología de ponderación que debe estar bien detallada en el pliego de cargos, teniendo en cuenta que en ningún caso el precio contará con una ponderación inferior al 40% ni superior al 49% de la totalidad de los puntos que se considerarán para la adjudicación.

El informe de la Comisión Evaluadora deberá publicarse en el portal electrónico, y desde ese momento los participantes tendrán acceso al expediente, al igual que gozarán de cinco (5) días hábiles para hacer observaciones al dictamen. Transcurrido el plazo en mención, el jefe de la entidad licitante o el servidor público en quien se delegue procederá mediante resolución motivada, a adjudicar el acto público al oferente que haya obtenido el mayor puntaje, o a declararlo desierto, según sea el caso.

En resumen, ese es el procedimiento que debe realizar la entidad licitante y los pasos que deben cumplir los proponentes; no obstante, antes de entrar a resolver lo contencioso, procederemos a realizar una pequeña reflexión en cuanto al origen constitucional acerca de las compras estatales, pues, resulta de gran importancia indicar y comprender que el tema de la contratación pública es una materia que debe resolverse de conformidad a la ley especial y no alejar su contexto ni fundamento con interpretaciones lejos de la realidad, teniendo siempre en mente que dicha materia es uno de los vehículos instrumentales a través de los cuales el Estado atiende la satisfacción del interés general, por lo que el contenido de la normatividad que lo regula tiene que ajustarse al modelo de Estado que perfila la Constitución. Es así que, al analizar la legislación sobre contratación pública, el examen en ningún momento puede pasar por alto las orientaciones y principios que consagra la Constitución Política de la República de Panamá.

De aceptación resulta que el examen de la legalidad ordinaria tiene que desarrollarse tomando en cuenta los parámetros que recoge la Carta Fundamental, y de ahí que, también en materia de contratación pública, se impone una obligada lectura constitucional en las normas que la regulan, aplicada de manera supletoria de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017.

Es, precisamente, en este aspecto en el cual puede apreciarse claramente la necesidad de que las interpretaciones de las normas legales de contratación pública guarden una indispensable consonancia con los postulados y principios del orden



constitucional. Esta exigencia, que es directo reflejo del principio de supremacía jerárquicos que las normas constitucionales ejercen sobre los preceptos de orden legal, permite la construcción de interpretaciones que no sólo favorecen la mejor aplicación de la ley sino también ayudan en la solución de las naturales dudas y conflictos que surgen al tener que aplicarlos a los casos concretos de la vida diaria.

La principal regla que encontramos en el plano constitucional en lo que respecta a la contratación pública, se encuentra prevista en el artículo 266 de la Carta Política que es del siguiente tenor:

"La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus Entidades Autónomas o Semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".

La disposición constitucional citada constituye un canon general de aplicación a las contrataciones que realice el Estado y los Municipios, en tanto que ellas impliquen la disposición de fondos públicos. Esta particularidad encuentra su razón de ser en el hecho claro de que los criterios de asignación, manejo e inversión de los fondos públicos responden a una lógica distinta del que impera en el ámbito privado, y de conformidad con esto, el desembolso de los recursos de todos tiene que desarrollarse en condiciones que aseguren el mayor beneficio y el menor coste para el interés general, pero ello no puede ir divorciado de la realidad jurídica que desarrolla la norma especial, cuando señala que la escogencia debe ser conforme a la ley, y que en este procedimiento en particular, no solo se debe cumplir con los requisitos obligatorios de los términos de referencia, sino también obtener el mayor puntaje en la etapa de ponderación, pues, vemos que es una mezcla de todo y que al final lo importante es la satisfacción general, concatenación de hechos y actos que forman un conjunto para lograr el fin primordial, cual es la satisfacción de las condiciones generales y especiales, y un bien, servicio u obra de calidad. No puede faltar ningún aspecto de la ecuación en un acto de adjudicación y esa debe ser siempre la fórmula, a menos en los procedimientos de licitación por mejor valor.

El referido precepto constitucional señala que la licitación por mejor valor, salvo las excepciones que prevea la ley, debe ser el procedimiento que se aplique a la ejecución o reparación de obras, compras, ventas, arrendamientos de bienes o servicios, sean estos nacionales o municipales. El verdadero objetivo que el Constituyente identificó como regla general para que tuviera lugar la inversión de fondos públicos, es el respeto a los trámites de selección de contratista, ya que se entiende que, a través de la observancia del mismo, se conjura la posibilidad de favoritismos y discrecionalidades inconvenientes en la asignación de las obras, servicios o bienes costeados con fondos públicos.



Si el trámite de selección de contratista en el ámbito público es la regla de exigencia constitucional, sus excepciones tienen que ser apreciadas en un contexto de estricta rigurosidad, pues, si bien las excepciones están autorizadas en la medida que la ley las consagre, ellas no pueden convertirse en la regla que hagan ineficaz la efectiva aplicación del mandato general. Las excepciones legales al trámite de selección de contratista, gozan de legitimidad constitucional, pero en su aplicación debe imperar una interpretación restrictiva para que se respete el claro criterio señalado por el Constituyente.

El trámite de selección de contratista que exige la Constitución en el artículo 266, debe estar orientado a la obtención de dos condiciones fundamentales y concurrentes: el mayor beneficio para el Estado; y la plena justicia en la adjudicación, la cual se logra con el binomio al que hemos hecho referencia en líneas anteriores.

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 licitación por mejor valor 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.

Por su lado, el trámite de selección de contratista debe alcanzar también la plena justicia en la adjudicación, con lo cual se quiere significar que el procedimiento debe ceñirse a criterios de legalidad, objetividad, debido proceso, igualdad de trato entre los oferentes, publicidad, transparencia, lealtad, y libre concurrencia, entre otros. No se garantiza la plena justicia en la adjudicación cuando se favorece ilegalmente a un oferente en detrimento de los otros o cuando se evalúan las propuestas exigiendo requisitos o trámites no previstos en la ley con el fin de descalificar con ligereza la participación de los proponentes.

Comprendido el análisis constitucional y legal sobre el tema de compras estatales, procederemos a verificar el aspecto procedimental con el fin de cerciorarnos de la debida aplicación del debido proceso o no, evaluando el actuar de la entidad, no solo sobre el procedimiento legalmente establecido, sino también respecto a la elaboración del pliego de cargos y las especificaciones técnicas, a efecto de no conceder valor a aquellos requisitos que no sean objetivos, justos, claros y completos, puesto que lo que debe imperar son condiciones simpatizantes a la ley y al interés público.

Así las cosas, luego del escrutinio del procedimiento legalmente establecido, apreciamos que la fecha para la presentación de las ofertas y de la apertura, fue establecido para el día veinte (20) de febrero de 2019; así como la concesión de tres (3) días hábiles después de la fecha de apertura de propuestas como término de



subsanción, lo que significa que fueron dentro del período que el artículo 52 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 establece. De igual forma, se aprecia el respeto al contenido del artículo 42 del Texto Único de la Ley aplicable, puesto que, al tratarse de un acto público que no rebasa los trescientos mil balboas (B/.300,000.00, la publicación de la convocatoria se originó con un plazo no menor de cinco días hábiles, por tratarse de una obra.

Expuestos los elementos primordiales del presente recurso, corresponde en estos momentos a esta Colegiatura emitir su posición en cuanto al recurso interpuesto por la representación especial de la empresa HI TECH EQUIPMENTS PANAMÁ, S.A., en contra el acto administrativo No. 767 de 10 de junio de 2019, proferida por la Contraloría General de la República, quienes luego de la ponderación realizada por los miembros de la Comisión Evaluadora, adjudicaron el procedimiento de selección de contratista No. 2019-0-02-0-08-LV-011247, a la empresa ELEVADORES GOLDSTAR, S.A., por ser la que obtuvo el mayor puntaje de acuerdo a la metodología de ponderación fundamentada en la ley especial y el pliego de cargos.

Antes de entrar al fondo del asunto, debemos referirnos muy brevemente al tema en debate, concerniente a las dimensiones del elevador y en la que el recurrente plantea una serie de circunstancias que considera contrario a la Ley No. 42 de 1999, reformada por la Ley No. 15 de 31 de mayo de 2016, que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.

Sobre ese contenido, no podemos apartarnos del objeto contractual, que es “Desmontaje de dos (2) elevadores existentes, suministro e instalación y puesta en servicio de dos ascensores nuevos de última tecnología, alto tráfico con sistemas asociados; servicio de mantenimiento y atención de llamadas”, razón por la cual no encontramos discrepancias con la ley en mención, ya que precisamente el artículo 30 lex cit, positiva, sostiene que toda construcción, edificación, diseño urbano y arquitectónico o infraestructura de cualquier índole (parques, aceras, jardines, plazas, vías, servicios sanitarios y otros espacios de uso público), sus ampliaciones o remodelaciones, propiedades horizontales y otros espacios de uso público, que impliquen concurrencia o brinden atención al público, deberán realizarse conforme a normas de diseño universal que respondan a los requerimientos necesarios para ser usados por las personas con discapacidad en equiparación de oportunidades y que para ello deberán construirse y cumplir con los parámetros establecidos en la ley su reglamento.

La normativa hace alusión a construcciones, diseños, ampliaciones o remodelaciones etc., e impone la obligatoriedad de realizar las adecuaciones



necesarias para equiparar oportunidades. No expresa nada sobre el ~~desmontaje e~~ instalación de equipos sobre estructuras ya construidas y que según las partes ~~datan~~ desde el año 1970.

Si fuera el caso de la construcción o remodelación y no se atienden las disposiciones de ley y reglamentarias, entonces sí nos encontraríamos ante una inobservancia de la norma, pero ese no ha sido el caso. La entidad ha licitado para cambiar los equipos por unos de las mismas dimensiones y de mayor tecnología, dado el uso y tiempo que ya mantenían.

Tal como ha argumentado la Contraloría General de la República, el edificio y sus componentes fueron ~~construidos e~~ instalado antes de que la norma estuviera vigente y por esa razón el legislador estableció que, de tratarse de una nueva edificación, construcción o remodelación, entonces tendrían que adaptarse a las disposiciones legales vigentes, no así las que ya estaban edificadas. Por eso, valoraremos las ofertas de conformidad a las disposiciones jurídicas y los términos de referencia.

Así las cosas, procederemos con el examen de la propuesta presentada por HI TECH EQUIPMENTS, PANAMÁ, S.A., con un monto de Doscientos Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Treinta y Nueve Balboas con 50/100 (B/.274,439.50), por ser la que accionó el engranaje administrativo de este Tribunal.

Procediendo con el análisis correspondiente respecto a los documentos presentados con la propuesta, y que se encuentran en el expediente administrativo y en el portal electrónico, apreciamos la insatisfacción de la declaración jurada sobre medidas de retorsión, ya que el aportado con la propuesta no se adecua a la realidad contenida en el numeral 4 del artículo No. 12 de la Ley No. 48 de 2016, al no declararse la no superación del 10% del valor total del acto público o contratación pública de que se trate, indicándose únicamente el 10% del valor anual de dicho acto público o contratación pública.

4. En la ejecución del procedimiento de selección de contratista de que se trate y de las obligaciones dimanantes de esta, el valor de los sueldos, bienes, servicios, obras pública, arrendamientos, valores, títulos o fondos a proveer por parte de la persona natural o jurídica, de Derecho Público o de otra índole, correspondiente o cualquier combinación de estos, proveniente de Estados a los cuales se le aplican medidas de retorsión conforme a la presente Ley, no superará el 10% del valor total del acto público o contratación pública de que se trate, o el 10% del valor anual de dicho acto público o contratación pública, si esta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada periodo para el cual sea renovado o extendido.

Otro aspecto de importancia a destacar consiste en el poder especial que concede el señor Hernán Gustavo Nachman al señor José Alejandro Briceño Riveiro,



para que en su nombre y representación refrende todos los documentos relacionados de forma directa o indirecta al procedimiento de selección de contratista No. 2019-0-02-0-08-LV-011247, y en razón del referido mandato el prenombrado Briceño Riveiro ha plasmado su voluntad en diferentes documentos, tales como: nota de garantía de responsabilidad por los accidentes de todo personal de la obra o terceras personas; así como todos los daños ocasionados al sitio de trabajo durante la ejecución de la obra, la carta de garantía en donde se compromete a presentar póliza de riesgo y seguro colectivo de vida en caso de ser adjudicado, entre otros; sin embargo, quien confiere el poder especial, no tiene la facultad para realizarlo, ya que en la certificación del Registro Público ni en el poder general consta que es uno de los representantes legales de la empresa HI TECH EQUIPMENTS PANAMÁ, S.A.

La declaración jurada sobre medidas de retorsión se encuentra firmado por persona distinta al representante legal y no se aprecia la declaración jurada de incapacidad legal para contratar con el Estado. Tales desobedecimientos impiden que la oferta pase a la fase de ponderación, por no satisfacer los requisitos obligatorios.

Seguimos con la oferta de ELEVADORES GOLDSTAR, S.A., quien participó con un precio de Ciento catorce Mil Novecientos Cincuenta Balboas con 00/100 (B/.114,950.00). Esta oferta, al igual que la anteriormente analizada no satisface el último punto de la declaración jurada sobre medidas de retorsión, puesto que, el documento aportado con la propuesta no se adecua a la realidad contenida en el numeral 4 del artículo No. 12 de la Ley No. 48 de 2016, al no declararse la no superación del 10% del valor anual del acto público o contratación pública de que se trate, indicándose únicamente el 10% del valor anual de dicho acto público o contratación pública.

Si los oferentes no quieren copiar todo el contenido de la ley, podrían decir que no se encuentran en ninguna de las situaciones contenidas en el artículo 12 de la Ley No. 48 de 2016. Allí sí encontraríamos cumplido el propósito de la normativa, de lo contrario, no lo vemos satisfecho. Todos esos puntos resultan de importancia integrarlos en la declaración jurada, porque lo necesario es asegurar que el proponente a contratar no se encuentre en ninguna de las situaciones planteadas en la ley.

La ley ha sido creada para cumplirla, como consecuencia del principio de estricta legalidad y no podemos cercenarla aduciendo suficiencia cuando ha sido el legislador el que nos marca el camino a seguir en ese caso en particular, ni siquiera existe margen para una situación discrecional, es cumplirlo en su contexto, ya que de lo contrario no vemos la utilidad práctica de crear una ley nueva sin ajustarla a la realidad.

Desde su nacimiento, la ley comentada busca evitar de cualquier forma que la adjudicación de un procedimiento de selección de contratista a una persona natural



o jurídica que generen medidas o efectos discriminatorios, limitaciones o desventajas en contra de los nacionales o que signifiquen una lesión a los intereses económicos o comercial de origen panameño.

Es un mínimo de condiciones que la normativa exige, no podemos entonces permitir menos de ese mínimo, teniendo en mente la efectividad de las medidas de retorsión a la que hace alusión el artículo 9 de la ley, con la carga de que serán aplicadas por las autoridades correspondientes, precisamente para garantizar su efectividad. Efectividad que se garantiza únicamente con la aportación íntegra del documento, con la posterior consecuencia de ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes en caso de haberse presentado falsamente. Además, esa ha sido la postura mayoritaria de este Tribunal, la cual se puede apreciar en las resoluciones recientes, tales como: **Resolución No. 184-Pleno/TACP de 8 de octubre de 2018 (Contraproyecto)**, **Resolución No. 216-Pleno/TACP de 20 de noviembre de 2018 (Contraproyecto)**, entre otras, garantizando así, la seguridad jurídica de nuestras resoluciones frente a los usuarios del sistema, quienes confían de la buena fe de este Tribunal, con resoluciones motivadas, firmes y constantes que no varían en situaciones semejantes y así seguir fortaleciendo el principio de transparencia que ha sido uno de los pilares fundamentales que definen a esta jurisdicción especial y que ha servido de soporte como uno de los principales motivos en que se sustenta su creación.

Por otro lado, sabemos que la consecuencia inmediata de la no presentación de la declaración jurada acarrea la no adjudicación del acto público, pero no significa la no presentación del documento, va más allá, es la inobservancia de la declaración jurada descrita en el artículo 12. Eso significa el cumplimiento en su totalidad. La ley en ninguna de sus condiciones señala que la simple presentación se entiende satisfecha, sino de conformidad a lo descrito, es decir, todo; circunstancia por la cual no cumple con el pliego de cargos.

Si el legislador hubiese querido la simple manifestación de no pertenecer a un Estado al que se le apliquen dichas medidas, sin realizar las otras características; entonces no vemos la necesidad de subrogar la ley 58 de 2002 por el contenido de la Ley No. 48 de 2016. Precisamente la nueva ley lo que hace es anexarle situaciones distintas para que los participantes en un acto de selección de contratista incorporen en la declaración jurada los nuevos cambios. Por eso, toda manifestación, sustentación o argumentación contraria a lo expresado, sería contrario a Derecho, sin fundamento alguno y mera apreciación subjetiva.

Otra inobservancia lo constituye la ausencia la relación laboral existente entre los profesionales que aparecen en el certificado de registro de empresa, Erasmo Cortez y Jaime Buchanan con la empresa ELEVADORES GOLDSTAR, S.A., que demanda la Resolución No. JTIA-609 de 29 de octubre de 2003, dictada por el Ministerio de Obras



Públicas, pues a pesar de que en el expediente administrativo se evidencien ~~hojas de~~ vida de los profesionales, ello no demuestra la subordinación jurídica ni mucho menos la dependencia económica, toda vez que las pautas en dicha actividad las delimita el Código de Trabajo con un contrato escrito y su debida copia en el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, siendo una exigencia o presunción “iuris et de iure”, es decir, no admite prueba en contrario y solamente puede desvirtuarse a través del documento mencionado, ya que la presunción en esta actividad no puede ser destruida con una simple presunción, puesto que las normas que rigen la contratación pública, el pliego de cargos ni las leyes complementarias permiten la presunción en materia de prueba, dado que el hecho probando es un argumento que debe ser demostrado en su totalidad, sobre todo tomando en consideración que existe un período de subsanación (por tratarse de un documento no ponderable) de lo contrario, estaríamos presumiendo relaciones laborales a lo mejor inexistentes e incluso documentos de otra índole con el pretexto de su presunción, sobre todo teniendo en mente que las reglas que nos gobiernan son de Derecho Administrativo en su modalidad de contratación pública y no un escenario laboral de corte social en el que se analizan otros factores como es el caso del principio reconocido como “indubio pro operario”, que actúa en favor o beneficio del eslabón más débil de la cadena, es decir, el trabajador; no obstante, nuestro norte no es presumir la relación laboral, sino que la misma quede evidenciada con los documentos aportados por ser un requisito esencial en la adjudicación del presente procedimiento de selección de contratista.

Si bien es cierto, a falta de contrato escrito se presume su existencia, y en razón de eso se tiene como válido lo que el trabajador señale, pero eso ocurre si el escenario que estamos evaluando estuviese en una jurisdicción distinta (Laboral), que no es el caso, sino administrativa en donde solamente vale el documento que lo demuestre.

Así las cosas, vemos que ninguna de las ofertas participantes ha cumplido a cabalidad con los requisitos del pliego de cargos, pues, cada una mantiene algún tipo de inconsistencia, ya sea en los requisitos esenciales del pliego de cargos o algún dato requerido en las especificaciones técnicas, lo que convierte el procedimiento de selección de contratista en desierto, por ajustarse al punto No. 2 del artículo 66 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017.

No podemos perder de vista que estamos ante un procedimiento de licitación por mejor valor, en donde se hace necesario la verificación de los requisitos obligatorios como condición para acceder a la fase de ponderación, que en esta ocasión no ha sido superada por ninguno de los participantes.

Recordemos que la finalidad del procedimiento de selección de contratista es la determinación del proponente que formule la oferta más ventajosa para el Estado, con pautas de valorización objetivas, correspondiendo a las entidades la labor de reconocer, declarar o aceptar la oferta más ventajosa, siendo en este caso la que haya obtenido el mayor puntaje, de acuerdo a la metodología de ponderación descrita en el pliego de



cargos, el cual se satisface cumpliendo con las reglas del juego previamente conocidas, asegurándose así la entidad garantizar la defensa del interés público con la transparencia y moralidad en la contratación administrativa, pues, la ley ha impuesto 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.

Lo anterior nos permite revocar la Resolución No. 767 de 10 de junio de 2019, conocida en razón del recurso de impugnación presentado por la empresa HI TECH EQUIPMENTS PANAMÁ, S.A., a través de su representación y que fue proferida por la Contraloría General de la República, por ajustarse al contenido del numeral 2 del artículo 66 de la ley que nos gobierna, es decir, cuando ninguna de las propuestas cumple con los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, y en su lugar se procederá con la declaratoria de desierto.

No obstante, cabe agregar que la Contraloría General de la República podrá convocar a un nuevo acto, pero tomando en cuenta que la nueva convocatoria se realizará con la antelación prevista en el artículo 67 de la citada ley, y que versa sobre el procedimiento en caso de nueva convocatoria.

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 Contraloría General de la República 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.

En lo referente a la fianza de impugnación consignada por el recurrente, este Tribunal considera que la misma debe ser devuelta, porque se ha observado que no ha existido mala fe ni temeridad en la interposición del recurso de impugnación.

En atención al criterio esgrimido en la presente, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la Resolución N°767 de 10 de junio de 2019, iniciada por la Contraloría General de la República, que adjudicó el procedimiento de selección de contratista No. 2019-0-02-0-08-LV-011247, a la empresa ELEVADORES

GOLDSTAR, S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión administrativa, y en su lugar se procede a declarar **DESIERTO**.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, la Fianza del Recurso de Impugnación N° 01-40-11075, fechada 25 de junio de 2019, expedida por la Floresta de Seguros y Vida, S.A., que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiario la Contraloría General de la República, con un límite máximo de responsabilidad de Cuarenta y Un Mil Ciento Sesenta y Cinco Balboas con 93/100 (B/.41,165.93); cuya diligencia de consignación reposa a foja 40 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER a la Contraloría General de la República, el expediente administrativo, contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de selección de contratista de licitación por mejor valor, el cual está conformado de dos (2) tomos, integrado por cuatro mil ciento sesenta y dos (4,162) fojas útiles, según consta en informe de trámite de 5 de julio de 2019, que reposa a foja 100 del expediente del Tribunal.

CUARTO: 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 "PanamaCompra".

QUINTO: ADVERTIR 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.

SEXTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 107-2019, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 54, 145, 146 y 147 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017. Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018.

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

