

REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 239-2019

RECURRENTE: ORLANDO A. SALAZAR G.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones No. 01 de 31 de octubre de 2019, Resolución No. 70 de 3 de julio de 2019, emitido por el Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas, dentro del procedimiento de selección de contratista No. 2019-0-07-09-09-CM-024347.

Magistrado Ponente: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

Resolución No. 239-2019-Pleno/TACP de 16 de diciembre 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, el Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas realizó la convocatoria del Acto Público N°2019-0-07-09-09-CM-024347, el cual fue publicado en el portal electrónico “PanamaCompra” el día 23 de octubre de 2019, cuyo objeto contractual requerido es el “Suministro de materiales, mano de obra y flete para la construcción de un módulo sanitario de tres inodoros, dos urinales y demás actividades contempladas en el desglose de actividades y precios”.



De conformidad al pliego de cargos, la fecha para la presentación de las propuestas fue establecida para el día 30 de octubre de 2019, desde las 8:00 hasta las 9:00 de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las 9:01 de la mañana, se estableció la fecha y hora para la apertura de las ofertas, con un precio de referencia de Veintitrés Mil Setecientas Treinta y Ocho Balboas con 60/100 (B/.23,738.60).

Luego del cumplimiento del ritual descrito en líneas anteriores, el Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas decidió adjudicar el acto público que nos ocupa a la persona natural DARÍO RUBÉN VARGAS JIMÉNEZ, por considerar que cumple con todas las condiciones de los términos de referencia

La decisión en referencia fue recurrida por el licenciado OCTAVIO VARGAS GÓMEZ, en nombre y representación del señor ORLANDO A. SALAZAR G., por considerar que su representada es la que cumple a cabalidad con todos los requisitos del pliego de cargos.

II. ADMISION DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

El recurso de impugnación fue admitido en Sala Unitaria mediante Resolución No. 180-2019/TACP de 15 de noviembre de 2019, y en la misma se ordenó correr traslado al Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas, 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.2019-0-07-09-09-CM-024347, a su representado, por ser a su criterio la propuesta que satisface las condiciones del pliego de cargos, mostrando su disconformidad con la propuesta que resultó favorecida con la adjudicación, en base a los siguientes razonamientos:

Considera que el punto No. 4 de los otros requisitos del pliego de cargos que se refiere a la experiencia es contrario al principio de transparencia, por no ser igualitario para el resto de los proponentes.

Lo anterior lo manifiesta, ya que sostiene que cumple con la experiencia en estos tipos de procedimientos de selección de contratista, pero dado al tiempo determinado aparta rotundamente de los principios generales de la contratación pública.

Considera que las condiciones establecidas en los otros requisitos del pliego de cargos son cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas que de una u otra



forma discrimina a su representado o a cualquier otro que con el conocimiento, experiencia o idoneidad pretenda participar en actos públicos.

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

Dentro el tiempo procesal oportuno, el Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas presentó informe de conducta, haciendo un recuento del escenario procesal que finalizó con la adjudicación del procedimiento de selección de contratista al proponente DARÍO RUBÉN VARGAS JIMÉNEZ, el cual se encuentra reposando a foja 91 del expediente del Tribunal.

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

No se evidencian alegatos de terceros interesados ni de terceros en interés de la ley, pese a concederse el término por imperio de la ley.

VI. ÁNÁLISIS 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 51 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 Contratación Menor.

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 considera 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.

El análisis que pretende la ley especial es necesario, siempre y cuando se proceda a resolver el fondo de lo contencioso, pero antes de proceder con el mismo es importante realizar el examen correspondiente con el fin de verificar si la entidad respetó el contenido de la ley y sin vulnerar derechos de los participantes; así como también observar si fueron obedecidos los principios de la contratación pública, principalmente el de la igualdad de los proponentes, que sostiene básicamente garantizar la actuación



imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

Por ello, se hace imprescindible la revisión de la actuación de la entidad y de las especificaciones técnicas, para lograr un procedimiento lo más transparente posible.

En ese sentido, uno de los aspectos importantes de la evaluación de los pliegos de cargos y las especificaciones técnicas, es examinar que las condiciones que ofrecen los términos de referencia no vulnere Derechos subjetivos ni tampoco monopolice las compras públicas, sugiriendo una marca en particular, número de catálogo o clases de equipo de un fabricante en particular. Por eso, nuestro interés redundará en enfocarnos que el procedimiento se haya desarrollado conforme a Derecho, es decir, que no se haya celebrado con contenido imposible o constitutivo de delito, entre otras razones más que puedan provocar la nulidad absoluta del mismo.

Así las cosas, este Tribunal, cumpliendo con su función que le concede el artículo 136 de la ley de contrataciones públicas positiva dentro de los procedimientos de selección de contratista, luego de la revisión íntegra del procedimiento, se percata de una situación particular e inusual, es decir, de un error en la confección de los términos de referencia que no podemos pasar por alto.

De la simple lectura de las especificaciones técnicas que reposan en el expediente electrónico y que fue publicado el día 23 de octubre de 2019, bajo el icono de “trabajos contemplados”, observamos que la entidad adquiriente ha mostrado unas especificaciones técnicas en la que se aprecia el nombre de una marca comercial en particular, veamos: Impermeabilizante Protex o similar, aditivo de la Marca Sika plastimen.

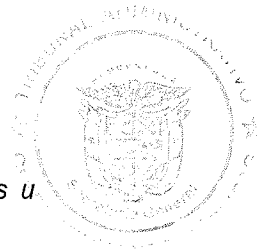
Como se aprecia, el aditivo e impermeabilizante que requiere la entidad para ejecutar la obra son de la marca Protex y Sika, circunstancia que en definitiva vicia el procedimiento.

De igual forma reprochamos la exigencia de aditivos de igual precio a la marca solicitada o similar, por ser contraria a uno de los principios básicos de la contratación estatal, como lo es la igualdad de los proponentes, y porque es un tema que escapa de la facultad de la entidad, pues el único momento procesal que la entidad señala el precio es cuando fija el precio de referencia, y sin hacer ningún tipo de mención o similitud a una marca en particular.

Esos hechos evidentemente contrarian el artículo 38 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017 y el artículo 50 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y que son del siguiente tenor:

***“Artículo 38. Especificaciones técnicas.** Las especificaciones técnicas constituyen las características técnicas del objeto que se va a contratar, las cuales no pueden hacer referencia, en su caso, a marcas de fábrica, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.” (El subrayado es nuestro).*

***Artículo 50. Especificaciones técnicas.** Las especificaciones técnicas comprenderán planos, dibujos, diseños y requisitos basados en las*



características objetivas, técnicas y de calidad de los bienes, servicios u obras que se pretendan contratar.

No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productos determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras “o su equivalente” u otra expresión similar.

Para formular las especificaciones técnicas, planos, dibujos y diseños que deban incluirse en el pliego de cargos o en otros documentos en que se soliciten propuestas o cotizaciones, se utilizarán, de haberlos, las características, los requisitos, los símbolos y la terminología normalizados.

Las especificaciones técnicas deberán consignar en forma clara e inconfundible las características del objeto que se va a contratar, la calidad exigida y, en su caso, las normas de calidad que deben cumplir los bienes, servicios u obras; o satisfacer las normas de calidad de las entidades contratantes y las garantías (el subrayado es nuestro).

El objeto contractual pudo haberse identificado de otra forma, sin la necesidad de mencionar alguna particularidad como es el caso de una marca, pues, el objeto contractual, si bien es cierto que las especificaciones técnicas comprenderán planos, dibujos, diseños y requisitos basados en las características objetivas técnicas y de calidad de los bienes servicios u obras que se pretendan contratar; sin embargo, los mismos no deben dirigirse ni menos referirse a una marca específica, porque ello perjudica la compra y vulnera el principio de igualdad de los proponentes, que pregona entre otras cosas, la confección de pliegos de cargos con reglas generales e impersonales que aseguren que no discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro, ni circunstancias subjetivas.

Por ello, debemos evitar a toda costa la utilización o mención de marcas, a menos que se quiera reemplazar un objeto de un determinado producto o como dice la norma reglamentaria..., “salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal que se incluyan en la descripción las palabras “o su equivalente” u otra expresión similar”. Esta excepción no vale utilizarse en el caso en particular, ya que los impermeabilizantes ni los aditivos son difíciles de describir, por el contrario, existen en el mercado innumerables tipos, con calidades diferentes fáciles de describir, sólo basta realizar un real estudio de mercado para cerciorarse de tal información.

Somos del concepto de que, de existir un objeto contractual difícil de describir, la entidad debe realizar la motivación correspondiente explicando las razones por la cual requiere la especificación, pues, la importancia radica en que la Administración al momento de iniciar el diseño de la selección de contratista debe tener claramente definida la necesidad que se pretende satisfacer a través del proceso de adjudicación, para ello deberá identificar el bien o servicio a ser adquirido, fijando las características técnicas adecuadas, las cuales se verán reflejadas en las especificaciones técnicas.



En concordancia con la norma supra citada, el artículo 2, numeral 37, último párrafo del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, establece que: “En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho”.

Lo importante es examinar que las condiciones que ofrecen los términos de referencia no vulnere Derechos subjetivos, por eso, nuestro interés redundará en enfocarnos que el procedimiento se haya desarrollado conforme a Derecho, es decir, que no se haya celebrado con contenido imposible o constitutivo de delito, entre otras razones más que puedan provocar la nulidad absoluta del mismo.

Resulta ser una causal de nulidad absoluta por ser un vicio trascendente, al no ser posible conservar el acto público bajo examen al encontrarse viciado de nulidad, por contravenirse los mencionados dispositivos legales; situación que debió desarrollarse bajo el concepto de la normativa vigente.

El vicio observado resulta insubsanable por cuanto que posee una manifiesta transgresión al ordenamiento jurídico positivo sobre contrataciones públicas y que ha llegado a un estado en el cual no puede ser subsanado.

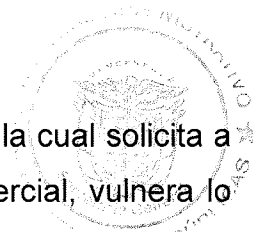
No anular este procedimiento de selección de contratista sería menospreciar uno de los fines de la contratación pública, como es el caso de la transparencia y la escogencia objetiva que implica el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores 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 como; el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos y el precio, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos.

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, ya que estamos ante una modalidad de adjudicación global, no cabe la nulidad de ese único renglón, eso pudiese ocurrir en una modalidad por renglón, ya que existe una individualización de objetos y no conjunta como la presente.

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 la ley y tomando las medidas correspondientes.



De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, en la cual solicita a través del pliego de cargos productos de una determinada marca comercial, 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:

“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.”

En virtud de las consideraciones señaladas, estima ésta colegiatura que lo prudente es anular el procedimiento de selección de contratista No.2019-0-07-09-09-CM-024347, convocado por el Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas, 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).

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza del recurso de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria ni con propósito de dilatar u ocasionar premeditadamente un daño al Estado o a un tercero en la presentación del presente recurso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes el acto público No.2019-0-07-09-09-CM-024347, convocado por el Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas, por considerar este cuerpo colegiado que se realizó en contradicción a la ley especial de contrataciones públicas y la Constitución Política, tal y como se ha expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante de la Fianza del recurso de impugnación concedido a través del cheque de gerencia No. 003313109, fechado 12 de noviembre de 2019, expedido por Banesco, por un monto de Dos Mil Setecientos Seis

Balboas con 00/100 (B/.2,706.00), garantía que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 66 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N°2019-0-07-09-09-CM-024347, al Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas, contentivo de un (1) tomo, integrado de doscientas veinte fojas útiles, tal y como se observa en el informe de trámite fechado 26 de noviembre de 2019 y que reposa a foja 97 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR al Ministerio de Educación, Dirección Regional de Educación de Veraguas, 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 del expediente 239-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

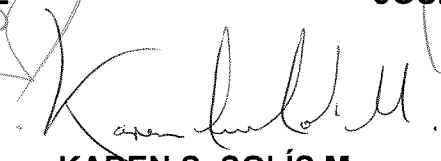
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 52, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

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

