



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 242-2019

RECORRENTE: INTERGRAPHIC INCORPORATED

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.DNC-766-2019-DC de 22 de octubre de 2019, emitida por la Caja de Seguro Social, dentro del procedimiento de selección de contratista No.2019-1-10-0-08-LP-342916.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°243-Pleno/TACP de 19 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:

La Caja de Seguro Social, convocó el día 20 de agosto de 2019, el procedimiento de selección de contratista para el Suministro e instalación de procesadora de plancha CTP para exposición de planchas para uso del Departamento de imprenta de la Caja de Seguro Social, con un precio de referencia de Cien Mil Balboas con 00/100 (B/.100,000.00), cuya fecha para la presentación de las ofertas fue señalado para el día 17 de septiembre de 2019, en un horario de 9:00 hasta las 11:00 de la mañana, y



para el mismo día, pero a partir de 11:01 de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas, y así, mediante un acto transparente, público y confiable, adjudicar el procedimiento señalado a la empresa o persona natural que satisfaga las necesidades indicadas en el pliego de cargos, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política y a las leyes complementarias.

En dicho procedimiento público participaron dos (2) proponentes, en su orden de oferta: INTERGRAPHIC INCORPORATED y GRAFOCENTRO, S.A.

Posteriormente, luego de cumplir con los procedimientos de ley, así como la verificación de cada una de las propuestas por parte de la comisión verificadora, la Caja de Seguro Social notificó a las partes la Resolución No.DNC-766-2019-DC de 22 de octubre de 2019, cuando el día 1 de noviembre de 2019 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No.2019-1-10-0-08-LP-342916 a la empresa GRAFOCENTRO, S.A., por ser la recomendación realizada por los comisionados.

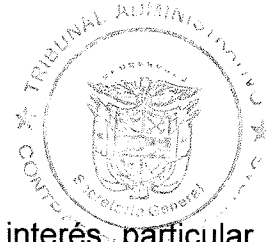
La Resolución No. DNC-766-2019-DC de 22 de octubre de 2019 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por la empresa INTERGRAPHIC INCORPORATED, a través del jurista ROGER ACHURRA, alegando no estar de acuerdo con la adjudicación realizada, ya que considera que la empresa beneficiada con adjudicación del acto público no señala entre sus especificaciones técnicas las líneas por pulgadas que ofrece el equipo, siendo esa una característica solicitada.

Tampoco presentó el panfleto descriptivo de la trama solicitada en idioma español, al igual que las especificaciones técnicas del tipo de láser y el documento descrito como manual de servicio y diagnóstico, cuyo documento es parte de la operación de un equipo, tal y como lo peticiona el punto No. 6 de los otros requisitos del pliego de cargos, vulnerándose así los principios de Buena Fe y el de la Responsabilidad e Inhabilidades de los servidores públicos.

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 No. ADENL-DNC-N-2694-2019 de 22 de noviembre de 2019, remitió a este Tribunal el informe de conducta en tiempo oportuno.

En el mencionado informe de conducta la entidad se limita a realizar un recuento del desarrollo del procedimiento, pero sin argumentar nada respecto a los temas del recurso de impugnación.



III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

Reposa de fojas 101 a la 111, alegatos de terceros en interés particular presentado por el licenciado DIEGO LACAYO KRUPNIK, en representación de la empresa beneficiada con la adjudicación, GRAFOCENTRO, S.A., sosteniendo principalmente que el pliego de cargos sugiere la presentación de los catálogos ilustrativos en español o en inglés.

IV. 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 53 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 licitación pública, por haber nacido a la vida jurídica el día 20 de agosto de 2019, con la convocatoria y en la que participaron dos (2) propuestas, 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.

Como quiera que el recurso impetrado es en contra de una adjudicación realizada bajo las reglas estatuidas en el procedimiento de licitación pública, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que en dicho proceso el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos y que se llevará a cabo cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00).

En este tipo de procedimiento entra en acción la figura de la comisión verificadora, la cual estará conformada por un número impar, pero a partir de tres en adelante, toda vez que el informe debe estar firmado por la mayoría de los miembros. Siendo así, no cabe la posibilidad de que un solo miembro constituya la mayoría,

Los comisionados deben ser profesionales idóneos en el objeto contractual, sean servidores públicos o profesionales del sector privado. Dichos profesionales se encargarán de evaluar en primera instancia, únicamente la propuesta del proponente que ofertó el precio más bajo, y comprobará el cumplimiento de todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.



Si la comisión verificadora determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos que señala el pliego de cargos, emitirá un informe recomendando la adjudicación a ese proponente. Por el contrario, si la comisión verificadora determina que quien ofertó el precio más bajo no cumple con los requerimientos señalados, procederá inmediatamente a evaluar la siguiente oferta con el precio más bajo y así sucesivamente, utilizando el mismo procedimiento empleado en la evaluación de la propuesta superior, hasta emitir un informe recomendando la adjudicación del acto o que se declare desierto por incumplimiento de los términos de referencia por parte de todos los proponentes.

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 o servicio requerido.

El ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como certificaciones, experiencia, declaraciones juradas, equipos, plazo y precio, 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 licitación pública 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 la transparencia y moralidad 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.

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

En ese sentido, 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.

Del análisis de las condiciones especiales del pliego de condiciones, salta a la vista la exigencia en el capítulo II, punto No. 2 respecto a los catálogos o folletos en el idioma español o en inglés, circunstancia que evidentemente va en contra de la ley especial y el propio pliego de cargos.

Primeramente, el pliego de cargos mantiene una nota importante de que todo documento que proviene del extranjero debe estar traducido en español, eso marca un sentido de que los documentos en idioma distinto al español no son permitidos, independientemente de que provengan o no del extranjero, ya que el principio es que sea en español y en ese sentido no debe la propia entidad solicitar un documento contrariando el propio pliego de condiciones y la ley especial de compras estatales, que es enfática en establecer las reglas del juego para todos los que pretendan intervenir como proponentes.

Por otro lado, pero en ese mismo enfoque, el artículo 50 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006 positiva, manifiesta que la propuesta deberá estar en idioma español, siendo parte de la misma, todos los documentos que la complementan, sobre todo si partimos que nuestro texto constitucional sostiene que el español es el idioma oficial de la República.

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 la ley y tomando las medidas correspondientes.

Es importante recordar el contenido del artículo 2, numeral 37, último párrafo del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, cual regula 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” (el subrayado es nuestro).

De importancia a destacar es examinar que las condiciones que ofrecen los términos de referencia no vulnere Derechos subjetivos, por eso, nuestro interés redunda 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.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, en la cual solicita a través del pliego de cargos documentos en el idioma inglés, 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.2019-1-10-0-08-LP-342916, 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 la Resolución No.DNC-766-2019-D.C. de 22 de octubre de 2019, emitida por la Caja de Seguro Social, que adjudicó el procedimiento de selección de contratista No.2019-1-10-0-08-LP-342916, a la empresa GRAFOCENTRO, S.A., por las razones planteadas en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación No.072-001-000029565-, fechada 14 de noviembre de 2019, expedido por Cía Internacional de Seguros, S.A., con un límite máximo de responsabilidad de Nueve Mil Cuatrocientos Treinta y Seis Balboas con 00/100 (B/.9,436.00) 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 fojas 62 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2019-1-10-0-08-LP-342916, a la Caja de Seguro Social, contentivo de un (1) tomo, integrado de cuatrocientas ochenta y tres (483) fojas útiles, de acuerdo al informe de trámite de 27 de noviembre de 2019 que se aprecia a foja 120 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 del expediente N°242-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 53, 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

