



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 123-2017

RECORRENTE: CONSTRUCTORA RIGASERVICES, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.1044-2017-ADM/Provee de 08 de agosto de 2017, por la cual se adjudicó el acto público de selección de contratista por Licitación Pública No.2017-0-02-0-09-LP-009864, emitida por la Contraloría General de la República.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN No.026-2018-Pleno/TACP de 30 de enero de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

La Ley 22 de 27 de junio de 2006, crea en su artículo 120 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 de los recursos de impugnación en contra de las resoluciones u otro acto administrativo que adjudique o declare desierto un acto de selección de contratista o por una resolución u otro acto administrativo en el que se rechazan las propuestas, en el que se consideren que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 2006, en sus artículos 339, 340 y subsiguientes, establece las condiciones y requisitos para la presentación del recurso de impugnación con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES.

El 19 de mayo de 2017, la Contraloría General de la República convocó al acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2017-0-02-0-09-LP-009864, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para la "Construcción del edificio de la Contraloría General de la República – Sede de Veraguas, Distrito de Santiago", con un precio de referencia de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS QUINCE MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.4,215,000.00).

A la celebración del acto público de marras, concurren las siguientes empresas:

Propuestas Recibidas

Nombre Proponente	Descripción General	Fecha y Hora Ingreso Propuesta	Precio Propuesto
CONSTRUCTORA RIGASERVICES, S.A.	<u>Ver Propuesta</u>	29-06-2017 08:41 a.m.	4,269,520.00
EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A.	<u>Ver Propuesta</u>	29-06-2017 11:34 a.m.	4,130,803.08

[Firma manuscrita]



El acto administrativo impugnado (*Resolución No.1044-2017-ADM/Provee de 08 de agosto de 2017*), fue publicado el 11 de agosto de 2017, en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, y en él se adjudicó el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2017-0-02-0-09-LP-009864 a EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., por un monto de CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA MIL OCHOCIENTOS TRES BALBOAS CON 08/100 (B/.4,130,803.08), emitido por la Contraloría General de la República.

El 17 de agosto de 2017, el licenciado LEONEL CASTILLERO VEGA, en su calidad de apoderado especial de **CONSTRUCTORA RIGASERVICES, S.A.**, interpuso recurso de impugnación en contra de la Resolución No.1044-2017-ADM/Provee de 08 de agosto de 2017, proferida por la Contraloría General de la República.

Junto al libelo del recurso, la parte actora presentó Fianza de Impugnación (Fianza de Seguro) No.072-001-000025880-000000, expedida por CÍA. INTERNACIONAL DE SEGUROS, S.A., por la suma de SEISCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO BALBOAS CON 00/100 (B/.640,428.00), de acuerdo a la Diligencia de Consignación No.095-2017 de 17 de agosto de 2017, que reposa a foja 0034 del expediente jurídico.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Este Tribunal, previa verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación, promovido por **CONSTRUCTORA RIGASERVICES, S.A.**, procedió a darle curso según el procedimiento señalado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo mediante Resolución No.116-2017-Pleno/TACP de 11 de septiembre de 2017 (Admisión).

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

La impugnante solicitó en su escrito que se deje sin efecto por ilegal la Resolución No.1044-2017-ADM/Provee de 08 de agosto de 2017, emitida por la Contraloría General de la República, a través de la cual se adjudicó el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2017-0-02-0-09-LP-009864, a EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A.; y que, en su lugar, se les adjudique el aludido acto público, por haber cumplido con todos los requisitos establecidos en la Ley y en el pliego de cargos.

Adicional, la parte actora señaló entre otros, que al analizar el Informe de la Comisión Verificadora de 07 de julio de 2017, encontraron que la misma no se ajustó a lo establecido en el pliego de cargos y violó además lo estipulado en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, específicamente los artículos 13, 26, 42 y 54 de dicho texto jurídico.

La recurrente indicó también en su recurso, que el artículo 26 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, es claro al señalar que en los actos de selección de contratista de más de tres millones de balboas, como es el caso de este acto público, las empresas que participen del mismo deben presentar la declaración de que todas sus acciones son nominativas y cuando las mismas estén a nombre de personas jurídicas, se deberá conocer con claridad la identidad de cada persona natural que sea directa o indirectamente el beneficiario final de, por lo menos, el cinco por ciento del capital accionario emitido y en circulación; ocurriendo así que dentro de la composición accionaria de la empresa EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. 



figuran personas jurídicas, sin que se detalle en el formulario presentado quienes son las personas naturales beneficiarias finales de dichas acciones ni el porcentaje de participación de cada una, lo cual contraviene claramente lo estipulado en el pliego de cargos y en el artículo 26 de la Ley 22 de 2006.

IV. TERCERO EN INTERÉS PARTICULAR.

El 20 de septiembre de 2017, el licenciado ERASMO PRADO, en su condición de apoderado especial de EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., presentó ante la Secretaría de esta Colegiatura escrito de tercero en interés particular, para alegar sobre la impugnación interpuesta por **CONSTRUCTORA RIGASERVICES, S.A.**, en contra de la Resolución No.1044-2017-ADM/Provee de 08 de agosto de 2017, a través de la cual la Contraloría General de la República, le adjudicó a su representado el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2017-0-02-0-09-LP-009864.

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

Con Nota No.673-2017-ADM/Provee de 22 de septiembre de 2017, la entidad contratante remitió el expediente administrativo, así como el informe de conducta (visible a foja 076 a la 083 del expediente jurídico), el cual contiene el recuento del acto público, desde su convocatoria hasta la publicación del acto administrativo impugnado.

En dicho informe, la Contraloría General de la República señaló entre otros, que la Comisión Verificadora en su informe plasmó que EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., cumplió con los requisitos exigidos en el pliego de cargos; y que la Comisión Verificadora no incumplió con ninguno de los artículos mencionados por la recurrente, toda vez que dicha Comisión seleccionó de forma objetiva y justa, escogiendo la propuesta con los fines que se buscaba y de acuerdo a las disposiciones jurídicas.

Sumado, la entidad contratante manifestó que el cuadro en cuestión indicado por **CONSTRUCTORA RIGASERVICES, S.A.** como violatorio al requisito obligatorio número 3 del pliego de cargos (declaración de acciones nominativas), no es objeto de contravención a la Ley de Contratación Pública ya que la empresa EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. mencionó la composición de la comunidad de herederos de PABLO PRADA ÁLVAREZ, quien tiene el 68% de acciones de la sociedad como accionista titular, en la cual se estableció que todos los que componen la comunidad de herederos son beneficiarios del 68% de las acciones.

VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Iniciamos nuestro análisis señalando que el procedimiento de selección de contratista adjudicado es una Licitación Pública, establecida en el artículo 42 de la Ley 22 de 2006, cuya reglamentación se encuentra consagrada en el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, el cual indica que es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos; procedimiento que se utiliza cuando el monto de la contratación sea superior a los TREINTA MIL BALBOAS (B/.30,000.00).

51



Frente a lo expuesto por la recurrente, el tercero en interés particular y la entidad contratante, procedemos a analizar el procedimiento de selección de contratista que nos ocupa (Licitación Pública), así como cada una de las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo y en el registro electrónico del acto público de marras.

En la revisión de las especificaciones técnicas de los bienes requeridos por la Contraloría General de la República, se observa que dicha entidad contratante incluyó en el pliego de cargos, determinadas marcas y clases de equipo de un preciso fabricante, a saber “OWA”, “SPINETIX” y “HOPSA”.

Pliego de cargos del acto público No.2017-0-02-0-09-LP-009864.

Documentos Adjuntos			
Descripción	Tipo	Fecha	Acciones
Pliego de cargo y especificaciones técnicas y borrador de contrato	Pliego de Cargos	19-05-2017 06:55 PM	
desglose de precios	Otros	19-05-2017 06:56 PM	
ACTA DE REUNIÓN DE HOMOLOGACIÓN	Actas	09-06-2017 06:30 PM	

Renglones del formulario de desglose de precios / especificaciones técnicas / pliego de cargos del acto público No.2017-0-02-0-09-LP-009864.

Cielo raso de fibra mineral suspendido 2'X2' <u>marca OWA</u> perfileria blanca.	m2
Puerta De Metal Retardante Al Fuego A 90 Min. Serie 3700 <u>De Hopsa</u> O Equivalente (1.10X2.18 m)	unidad
Puerta Y Marco Comercial De Metal Cal. 20 Serie 3000 <u>De Hopsa</u> O Equivalente (2.00X2.10 m)	unidad
Puerta De Metal Retardante Al Fuego A 90 Min. Serie 3700 <u>De Hopsa</u> O Equivalente (1.10X2.18 m)	unidad
Puerta De Metal Retardante Al Fuego A 90 Min. Serie 3700 <u>De Hopsa</u> O Equivalente (1.10X2.18 m)	unidad
Puerta Y Marco Comercial De Metal Cal. 20 Serie 3000 <u>De Hopsa</u> O Equivalente (2.00X2.10 m)	unidad
Sistemas Especiales De Sistema De <u>Spinetix</u> Para Tv	global

Al efecto, hemos de indicar que el artículo 29 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, cónsono con el artículo 36 del Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, establecen la prohibición de hacer referencia en los pliegos de cargos, a marcas de fábrica, número de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.

En virtud de lo anterior, la actuación de la entidad contratante, al establecer marca de fábrica y clases de equipo de un preciso fabricante en las especificaciones técnicas, no se adecuó a los parámetros que exige la Ley que regula las contrataciones públicas en la República de Panamá, siendo violatoria además del Principio de la Libre Concurrencia.

En concordancia con la norma supra citada, el numeral 33 del artículo 2 de la Ley 22 de 27 de junio 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”.

Por consiguiente, la actuación realizada por la Contraloría General de la República, en la cual solicitó, a través del pliego de cargos, productos de una determinada marca



comercial y clases de equipo de un preciso fabricante, vulnera lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas, por lo que incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 135 del mismo cuerpo normativo:

“Artículo 135. 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 esta Colegiatura que lo procedente es anular el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2017-0-02-0-09-LP-009864, convocado por la Contraloría General de la República con fundamento en lo dispuesto en el literal d) del artículo 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, el cual decreta:

“Artículo 354. (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:

...

d) Anular lo actuado por la entidad contratante.”

(Lo resaltado es nuestro).

Respecto a la Fianza de Recurso de Impugnación, considera este Tribunal que la actuación de la recurrente no ha sido temeraria, por lo que se procederá con su devolución.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista para la Licitación Pública No.2017-0-02-0-09-LP-009864, celebrado por la Contraloría General de la República, para la “*Construcción del edificio de la Contraloría General de la República – Sede de Veraguas, Distrito de Santiago*”, con un precio de referencia de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS QUINCE MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.4,215,000.00); en virtud que las especificaciones técnicas del pliego de cargos hacen referencia a determinadas marcas y clases de equipo de un preciso fabricante, lo cual se encuentra prohibido en nuestra legislación, incurriendo en causal de nulidad absoluta del acto público.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación (Fianza de Seguro) No.072-001-000025880-000000, expedida por CÍA. INTERNACIONAL DE SEGUROS, S.A., por la suma de SEISCIENTOS CUARENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO BALBOAS CON 00/100 (B/.640,428.00), de acuerdo a la Diligencia de Consignación No.095-2017 de 17 de agosto de 2017, que reposa a foja 0034 del expediente jurídico.

TERCERO: DEVOLVER a la Contraloría General de la República, el expediente administrativo contentivo del procedimiento de selección de contratista para la

91

Licitación Pública No.2017-0-02-0-09-LP-009864, integrado por dos (2) tomos con mil doscientos veinticuatro (1224) folios útiles, según informe que reposa a foja 091 del expediente jurídico.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurrido un (1) día hábil posterior a su publicación en el referido sistema.

QUINTO: 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.

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.123-2017, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 2, 29, 42, 103, 120, 129, 130, 132, 133, 134, 135 y 141 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006; artículos 36, 81, 339, 340 y subsiguientes del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado
SALVO EL VOTO.


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General



TA de CP

M. G. G. G.
'18 MAR 08 02:07 PM



REPÚBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO:

MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE: 123-2017

RESOLUCION No. 026-2018/TACP DE 30 DE ENERO DE 2018 (Decisión)

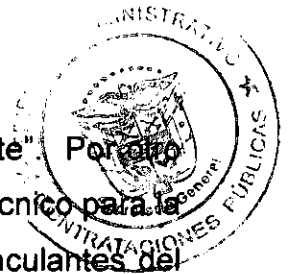
Con el respeto acostumbrado debemos manifestar las razones por las cuales no compartimos la posición de la mayoría del Tribunal en el *caso sub lite*.

SOBRE LOS EFECTOS Y ALCANCE DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD:

Debo disentir con el resto de mis colegas ya que considero que las razones que motivaron la declaratoria de nulidad del pliego de cargos (y como efecto reflejo la nulidad del acto público censurado) no son lo suficientemente sólidas para arribar a tal decisión que es, en definitiva, la sanción más grave que se le puede atribuir a un acto jurídico.

En reiterados pronunciamientos nos hemos mostrados proclives –con la proporcionalidad del caso- a reducir al mínimo las sanciones de nulidad (sustanciales y procesales) de los actos relacionados con los procedimientos de selección de contratista. Las nulidades están gobernadas por un régimen jurídico particular (aunque no autónomo); y encuentran cobijo en diversas normas positivas de la ley 22 de 2006; la ley 38 de 2000 y heterogéneas normas dispersas tanto en el Código Civil como en el Código Judicial, de las cuales la doctrina y jurisprudencia han extraído principios que son comunes a ellas. De lo anteriormente expuesto, es claro que se comete una irregularidad administrativa, empero debemos recordar que en materia de nulidades rige el principio de trascendencia, el cual proclama que "la declaratoria de nulidad sólo procede en caso de agravio o perjuicios procesales al que la alega, salvo las nulidades insubsanables" (art. 741 C.J.) concordantes con los artículos 134 al 140 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, y artículos 55 al 57 de la ley 38 de 2000.

En el caso sub examine, se ha declarado la nulidad del pliego de cargos por la inclusión a la referencia de las marcas para diversos renglones en el formulario de desglose de precios. Nótese que, contrario a lo que externa la decisión del resto del Tribunal, esta referencia solo se realiza en 2 renglones (el documento contiene más de 300 renglones), en lo concerniente a la marca OWA y SPINETIX,



los demás aspectos son suplidos con la fórmula jurídica "o equivalente". Por otro lado, es dubitable que dicha referencia sea un preconditionamiento técnico para la realización del contrato de obra, ya que las condiciones técnicas vinculantes del pliego se encuentran insertas en el documento respectivo; y es notorio, a modo de ejemplo, ver como a partir de las páginas 191, 200 y 214 se establecen las normas técnicas de calidad para la utilización y ejecución de diversos materiales tales como puertas y marcos, repellos y cielos rasos, sin incluirse marca alguna pero sí importantes normas de calidad técnica para la realización de trabajos y uso de materiales específicos. Es decir, tales referencias y menciones a marcas no se encuentran en las condiciones técnicas del pliego de cargos *per se*, sino en un documento o formulario complementario a la presentación de las ofertas por parte de los concursantes; de allí que resulta dudoso su carácter vinculante, y su aparente violación a los postulados de la ley.

Considero que el Tribunal también debió analizar la circunstancia que tales denominaciones se aplicarían –si damos como cierta la hipótesis jurídica de la mayoría- en la etapa de cumplimiento contractual y no juegan un rol activo para la presentación de ofertas. Nótese que estamos ante una actividad precontractual de un contrato de obras en donde el suministro de materiales no es un aspecto que distinga ni afecte a los oferentes en la presentación de ofertas (al menos en esta etapa) contrariamente si se tratara de un contrato de suministro, ya que en este último la exigencia de determinadas marcas es un obstáculo para la libre concurrencia al momento de la presentación de ofertas, porque se impide a los proponentes que no ofrecen determinado producto a participar del acto; en el caso *sub iudice* los aspectos a verificar y de ponderación son otros, y si se exigiere (en la etapa de ejecución) alguna marca o denominación comercial en particular, podría ser subsanado, incluso, por la propia entidad. Es en este último aspecto que resalto la proporcionalidad que debemos guardar para realizar cualquiera declaratoria de nulidad; y atendiendo los efectos procurados por las normas referentes a las nulidades (aun cuando sean absolutas) es que deben reservarse a casos graves. También los operadores judiciales tenemos amplias facultades para reducir y adecuar tales agravios a los fines de la ley a través de una labor integradora de los diversos principios que rigen las contrataciones públicas (cobran relevancia el debido proceso, la eficacia y eficiencia en el derecho de las contrataciones públicas) y así proferir nuestras decisiones basados en el correlativo agravio que sufre el proceso, las partes o el acto mismo (la gravedad). Y es que existe una especie de *regla de la razón* en el contexto de las declaratorias de nulidades de los actos jurídicos, y no es más que dicha declaratoria sea proporcional al perjuicio causado (cuando exista), estando vedado al operador jurisdiccional declararlas por razones meramente académicas o en base a abstracciones normativas: debe haber un perjuicio o afectación, lo contrario



sería la aplicación e interpretación del derecho sin ninguna utilidad; ~~entiéndase~~ ^{que} que no toda patología jurídica del acto es insalvable y su contenido ~~puede~~ relativizarse dependiendo de la voluntad de las partes; del mayor o menor perjuicio causado; y de la finalidad que el acto busca alcanzar.

Es de rigor afirmar que el pretendido agravio pudo ser corregido con un llamado de atención a la entidad en el sentido que la misma debía abstenerse en la etapa de cumplimiento contractual (ejecución) de solicitar o aclarar a los proponentes (y con mayor razón al adjudicatario) que no es exigencia jurídica de la contratación suministrar o usar materiales de marca, origen o denominación alguna.

Como corolario es fundamental reafirmar que el pretendido motivo de nulidad no es trascendente y, a nuestro juicio, no existe justificación jurídica para anular la totalidad del acto; aun, una fórmula ajustada a los principios de la ley sería declarar la nulidad parcial de la referencia a la marca y mantener la integridad del acto a fin que la contratación surtiera sus efectos en pro de no frustrar o aletargar las aspiraciones de una necesidad pública de la Contraloría General de la República.

Con fundamento en lo anterior sustentamos el salvamento de voto dentro del proceso de marras y dejamos clara nuestra posición respecto de los razonamientos adoptados por el resto de los miembros de este Tribunal.

Por consiguiente y dejando ut supra nuestra opinión, expresamos que este Tribunal debió mantener la validez del acto, y en su lugar evaluar y ponderar las ofertas de cada uno de los intervinientes del acto público de selección de contratista.

Por lo anterior, y con el máximo respeto de los miembros del Tribunal y sin desmeritar el concepto mayoritario, salvo mi voto.


José Aranda Ríos
Magistrado

Alberto C. Vásquez
Secretario General



Panamá, 30 de enero de 2018.

JAR/rg