



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS
RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 171-2017

RECURRENTE: COMERCIALES IBAX, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N°430 de 6 de octubre de 2017 proferida por la Caja de Seguro Social dentro del acto de selección de contratista N°2017-1-10-0-08-LP-239035.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN No. 052-2018-Pleno/TACP de 8 de marzo de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley N°22 de 27 de junio del 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 de la Ley 48 de 10 de mayo del 2011, que regula las Contrataciones Públicas en Panamá, en su artículo 120, 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.

Así las cosas, el Decreto Ejecutivo N°366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 339, 340 y s.s., establece los requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación, con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL.

El día 23 de febrero de 2017 a las 2:54 p.m. la Caja de Seguro Social, publicó en el portal electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra", el Aviso de Convocatoria y el Pliego de Cargos para el procedimiento de selección de contratista N°2017-1-10-0-08-LP-239035, consistente en una licitación pública cuyo objeto contractual guarda relación con: 1500 litros de limpiador y lustrador abrasivo en crema con desinfectante Req. 1000379457, en el que participaron tres empresas a saber:

[Firma manuscrita]



Propuestas Recibidas		Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
RUC	Nombre Proponente		
1659670-1-677423-67	KIKOX, S.A.	07-03-2017 01:38 p.m.	63,000.00
832605-1-502178-06	IBERICA BUSINESS GROUP	07-03-2017 07:58 a.m.	40,500.00
900698-1-514837-97	Comerciales Ibax, S.A.	06-03-2017 07:53 p.m.	49,500.00

La entidad, mediante resolución N°430 de 6 de octubre de 2017 adjudicó el acto público de selección de contratista N°2017-1-10-0-08-LP-239035 a la empresa KIKOX, S.A. por un monto de B/63.000.00 (F.005); no obstante, dicha decisión fue objeto de recurso de impugnación por parte del licenciado Omar Rodríguez apoderado legal de la empresa COMERCIALES IBAX, S.A. por considerar que su representada cumple con los requisitos y exigencias del pliego de cargos. (Fs.09-20)

II. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

En lo medular de su escrito, el licenciado Omar Rodríguez fundamentó su recurso, en los siguientes hechos:

- A folio 84 reposa la nota UTSSOA-CHDr.AAM-27 de 15 de marzo de 2017 suscrita por el licenciado Tereso Rodríguez en la que indica que el limpiador y lustrador abrasivo en crema ofertado por la empresa impugnante es completamente líquido; conclusión con la que no está de acuerdo el impugnante, toda vez que, según él, no existe constancia alguna del método de análisis que se utilizó para determinar el estado físico, semi-sólido (crema), de las muestras, situación que sustenta el hecho que el Licenciado Tereso Rodríguez utilizó un criterio subjetivo para la evaluación física de la muestra. Que en contraposición a lo expuesto, el estado físico del producto M-QUAT BOWL está avalado por el registro sanitario N°052662 inscrito en el libro N°120 Folio 85 de 18 de junio de 2015 y expedido por el Ministerio de Salud, donde se certifica que el estado físico del producto es "crema".
- Otra de las observaciones realizadas por el impugnante guarda relación con el incumplimiento de la empresa KIKOX, S.A., y pone de manifiesto que, con vista en la foja 27 del expediente administrativo, se aprecia que presentó una medida de retorsión incorrecta, ya que aplicó un fundamento legal subrogado por la Ley N°48 de 26 de octubre de 2016.
- Agrega que el producto ofertado por KIKOX, S.A. no cumple con lo solicitado en el pliego de cargos, en lo referente a las especificaciones técnicas que solicitan que el producto cumpla con *dos sales de amonio cuaternario*, toda vez que, se puede constatar que el producto ARQUAD MULTY USE KOX en sus ingredientes activos contiene *tres sales de amonio cuaternario*; por lo que, incumple.
- Por otro lado, se refirió al incumplimiento de la empresa IBÉRICA BUSINESS GROUP, S.A., la cual presentó declaración sobre medidas de retorsión fundamentada en la ley subrogada y que en cuanto al producto GERMISAR 5.5Q, la empresa no indicó que dentro de su composición

91

este contenga el ingrediente activo ALKYL DIMETHYL ETHYLBENYL y por consiguiente, no cumple con lo exigido en el pliego de cargos.

- Finalizó solicitando que se adjudique el acto de selección de contratista a la empresa COMERCIALES IBAX, S.A.



III. ALEGATOS DE TERCEROS

Transcurrido el término para la presentación de alegatos, no se presentó escrito alguno, lo cual se hizo constar en el informe de trámite fechado 15 de noviembre de 2017 visible a folio 74 del expediente del Tribunal.

IV. ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL

Analizadas las constancias procesales que obran en el dossier administrativo que nos ocupa, en conjunto con los argumentos del impugnante, se desprende que nos encontramos ante un acto de licitación pública, el cual por definición 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. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los treinta mil balboas (B/30,000.00)"*.

Verificados los argumentos del impugnante, procedemos al estudio de cada una de las propuestas, encontrando que la empresa a la que se le adjudicó el acto público (KIKOX, S.A.) y que mantenía la oferta con el precio más alto, presenta inconsistencias en algunos de los documentos que conforman su propuesta, de los cuales nos permitimos citar la declaración jurada sobre medidas de retorsión, visible a folios 27 del dossier administrativo, cuyo tenor es el siguiente:

ANEXO I DECLARACIÓN JURADA DE MEDIDA DE RETORSIÓN

En cumplimiento de lo establecido en el Artículo 5 de la Ley 58 de 12 de diciembre de 2002, el suscrito: FRANCISCO J. VEGA VILLALAZ, (Generales), actuando en mi condición de Representante Legal de la empresa: KIKOX, S.A., sociedad debidamente constituida conforme a las Leyes de la República de Panamá, a Ficha 1659670, Rollo 1, Imagen 627423, con domicilio en SAN ANTONIO, ALTOS DE LAS PRDERAS, CALLE LIVORNO, LOCAL A-317, Teléfono 2390218

Certifico lo siguiente:

1. Que no soy una persona de un país al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a la Ley No. 58 de diciembre de 2002.
2. Que no soy controlada directa o indirectamente por una persona de un país al que se le aplican medidas de retorsión, conforme a la Ley No. 58 de 2002.
3. Que al presentarme como proponente no actúo en representación de una persona o entidad de un país al que se le aplican medidas de retorsión, conforme a la Ley No. 58 de 2002.
4. Que la ejecución de la contratación pública de que se trate y de las obligaciones dimanantes de ésta, el valor de sueldos, bienes, servicios, obras públicas, arrendamientos, valores, títulos o fondos a proveer por parte del contratista, que proviene de países a los cuales se les aplican las medidas de retorsión conforme a la Ley 58 de 2002, no superará el diez (10%) por ciento del valor total de la contratación pública, o el diez por ciento (10%) del valor anual de dicha contratación pública, si ésta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada periodo por el cual sea renovado o extendido.
5. Para participar en el acto público No.: 2017-I-10-0-08-LP-239035 del COMPLEJO HOSPITALARIO DR. A.A.M.

Dado en la ciudad de Panamá, a los 23 días del mes de Febrero de 2017

FRANCISCO VEGA VILLALAZ


REPRESENTANTE LEGAL
KIKOX, S.A.

NOMBRE DE LA EMPRESA


ANIELA ESTHA DUBLEY DE CAJAL, Abogada Pública Encargada del Oficio
En cumplimiento de lo establecido en el Artículo 5 de la Ley 58 de 2002, el suscrito: FRANCISCO J. VEGA VILLALAZ, (Generales), actuando en mi condición de Representante Legal de la empresa: KIKOX, S.A., sociedad debidamente constituida conforme a las Leyes de la República de Panamá, a Ficha 1659670, Rollo 1, Imagen 627423, con domicilio en SAN ANTONIO, ALTOS DE LAS PRDERAS, CALLE LIVORNO, LOCAL A-317, Teléfono 2390218
Panamá, 05 MAR 2017

ABOGADA PÚBLICA ENCARGADA DEL OFICIO





Obsérvese que no se aplicó la ley vigente para fundamentar y redactar el contenido del documento bajo examen, tomándose en cuenta que a la fecha de publicación del acto público N°2017-1-10-0-08-LP-239035, ya se encontraba vigente la Ley N°48 de 26 de octubre de 2016, por ende, se da el incumplimiento de la empresa, por la falta de idoneidad de uno de los requisitos obligatorios. Aunado a ello, se desprende del formulario de propuesta, falta de claridad en la descripción del objeto contractual.

Siendo esta la realidad de la presente encuesta administrativa, en la que se concluye sin lugar a dudas que la empresa a quien se le adjudicó el acto público, no cumple con parte de los requisitos obligatorios, se procede al análisis de la propuesta que ofertó el mejor precio, es decir, IBÉRICA BUSINESS GROUP, S.A., la cual, incurrió en similar error que la adjudicada, en el sentido que aportó declaración jurada sobre medidas de retorsión basada en la subrogada Ley N°58 de 2002, según se constata del portal electrónico "panamacompra" y a folio 65 del dossier, por lo que se descarta.

Por otro lado, llama la atención del Tribunal que, siendo la propuesta IBERICA BUSINESS GROUP, S.A. presentada por la vía electrónica, no aparezca publicado en el portal, entre los documentos adjuntos, la certificación N°565194 emitida por el Registro Público de Panamá, con la que se acredita la existencia de la empresa proponente, no obstante, dicho documento si fue aportado físicamente según se desprende a folio 69 del expediente administrativo, sin que se pueda determinar su fecha de incorporación. A pesar de que se trata de un documento subsanable, ello no es posible si no se aportó en la fecha indicada para la apertura, puesto que en ese caso, se tiene por no aportado y la propuesta no cumple.

Por las razones expuestas, procedemos al análisis de la propuesta de la empresa impugnante COMERCIALES IBAX, S.A. la cual ofertó por la suma de B/49,500.00 y que además es la empresa impugnante. De ella advertimos a primera faz, que la declaración jurada sobre medidas de retorsión, si bien es cierto, se fundamenta en la Ley vigente, el contenido de la misma responde a la subrogada Ley N°58 de 2002, por lo que se tiene por no cumplido este requisito obligatorio, que si bien es cierto, era de aquellos documentos que podían ser subsanados, no se observa dentro del expediente que hayan realizado la corrección pertinente. Para ilustración copiamos el documento.

97 8



MEDIDAS DE RETORSION (DECLARACION JURADA)

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 de la Ley N°48 del 26 octubre de 2016, el suscrito: ISAÍAS BARRERA QUIJADA, varón, panameño, mayor de edad, soltero, con cédula de identidad personal N° 8-749-481, vecino de esta ciudad, actuando en mi condición de Representante Legal de la empresa COMERCIALES IBAX S.A., sociedad debidamente constituida conforme a las leyes de la República de Panamá, a Ficha: 514837, Rollo: 900698, Imagen: 1, con domicilio en JARDIN OLIMPICO, CENTRO COMERCIAL LAS ESTACIONES, LOCAL N°3, Teléfono: 233-0491; certifico lo siguiente:

- (1) Que nuestra empresa no es una persona jurídica proveniente de un país al que se le aplican medidas de retorsión, conforme a lo establecido en el artículo 12 de la Ley N°48 del 26 de octubre de 2016.
- (2) Que no es controlada directa o indirectamente por una persona de un país al que se le aplican medidas de retorsión conforme a la Ley.
- (3) Que al presentarnos como proponente, no actuamos en representación de una persona o entidad de un país al que se le aplican las medidas de retorsión conforme a la Ley.
- (4) Que en la ejecución de la contratación pública o concesión administrativa de que se trata y de las obligaciones dimanantes de ésta, el valor de sueldos, bienes servicios, obras públicas, arrendamiento, valores, títulos o fondos a proveer por parte del contratista o concesionario, o una combinación de estos, que proviene de países a los cuales se les aplican las medidas de retorsión conforme a la Ley, no superará el diez por ciento (10%) del valor total de la contratación pública o concesión administrativa de que se trate, o el diez por ciento (10%) del valor anual de dicha contratación pública o concesión administrativa, si ésta es de naturaleza renovable o recurrente, en cada periodo para el cual sea renovado o extendido.

Dada en la ciudad de Panamá, a los seis (6) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017).

[Firma manuscrita]

La nueva Ley es más específica y realiza cambios incluso en los términos que se utilizan, como por ejemplo, suplanta “país” por “Estado” en todos los numerales de la declaración. En el numeral 1 se adicionan las palabras *persona natural y persona jurídica incorporada, domiciliada, controlada, organizada, constituida, administrada o con domicilio principal en un Estado al que se aplican medidas de retorsión conforme a la Ley.*

Con esto el legislador busca garantizar la participación de personas naturales y jurídicas desvinculadas de los *Estados que discriminan*, es decir, aquellos respecto de los cuales la República de Panamá determina que han llevado a cabo acciones u omisiones perjudiciales o lesivas a los intereses económicos o comerciales de la República de Panamá, detectadas en la observancia de los compromisos establecidos en los tratados, convenios y acuerdos al amparo de esta Ley, así como la inclusión de listas discriminatorias, y a los cuales se les podrá aplicar medidas o sanciones en reciprocidad. (Ver art. 2 Glosario de la Ley N°48 de 26 de octubre de 2016).

Por último, debe tomarse en cuenta la consecuencia que impone el incumplimiento del artículo 12 ibídem, según se indica en su penúltimo párrafo el cual expresa: Aquella persona natural o jurídica, de Derecho Público o de otra índole, **que omita presentar la declaración jurada descrita en este artículo, no tendrá derecho a ser favorecida con la adjudicación del acto público de selección de contratista en el que participa.** *[Firma manuscrita]*



Así las cosas, podemos concluir que no han quedado satisfechos los requisitos exigidos por el pliego de cargos dentro del acto de selección de contratista N°2017-1-10-0-08-LP-239035 por parte de ninguna de las empresas participantes, razón por la cual opera la revocatoria de la Resolución N°430 de 6 de octubre de 2017 concatenado, con la declaratoria del desierto del acto público, según lo normado por el artículo 56 de la Ley N°22 de 2006, cuyo contenido es el que sigue:

Artículo 56. Acto desierto. La entidad licitante, mediante resolución motivada, declarará desierto el acto de selección de contratista por las siguientes causas:

1. ...
2. Cuando ninguna de las propuestas cumple con los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.

En lo referente al destino del afianzamiento de la actividad recursiva, mediante su representatividad dentro del expediente administrativo, al no evidenciarse temeridad ni dilación alguna de la parte actora, se ordena su devolución, a través del procedimiento fiscalizado por la Contraloría General de la República.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la Resolución N°430 de 6 de octubre de 2017 proferida por la Caja de Seguro Social, mediante la cual se adjudicó el acto de selección de contratista N°2017-1-10-0-08-LP-239035 a la empresa KIKOX, S.A. por un monto de B/63,000.00.

SEGUNDO: DECLARAR DESIERTO el acto público de selección de contratista No. N°2017-1-10-0-08-LP-239035, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, no obstante, ello no impide que de requerirlo, la entidad pueda abrir nuevo acto público.

TERCERO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del Recurso de Impugnación consignada mediante cheque de gerencia N°000006962 de 18 de octubre de 2017, cuya diligencia de consignación reposa a folio 42 del expediente.

CUARTO: DEVOLVER el expediente Administrativo del acto público N°2017-1-10-0-08-LP-239035, a la Caja de Seguro Social, contentivo de un (1) tomo integrado por (286) fojas útiles.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del Sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido un (1) día hábil posteriores a su presentación en el portal.

91

45

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 archivo del expediente N°171-2017/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 2, numeral 30, artículo, 56 numeral 2, 103, 129, y 130 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula las Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial No.26829 de 15 de julio de 2011; Artículos 76, 341, 342 y s.s., del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; Ley 38 de 31 de julio de 2000 sobre Procedimiento Administrativo General en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


ALBERTO CARLOS VÁSQUEZ R.
Secretario General





REPUBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO:

MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE: 171-2017

RESOLUCION No. 052-2018-Pleno/TACP DE 8 de marzo de 2018 (Decisión)

Luego de haber realizado un estudio pormenorizado de las constancias procesales, expresamos que no compartimos la existencia de un incumplimiento respecto a un requisito obligatorio para el presente acto de selección de contratista No. 2017-1-10-0-08-LP-239035. Consecuencialmente con el respeto acostumbrado debemos manifestar las razones por la cual no compartimos la posición de la mayoría del Tribunal en el *proceso sub lite*.

Así las cosas, debemos señalar que mantenemos el criterio vertido en cuanto a la valoración integral del documento conocido como declaración de medidas de retorsión, y su natural correlación con los principios de transparencia, economía procesal, eficacia y eficiencia. De una lectura minuciosa, nos encontramos que el debate que se plantea no se circunscribe esta vez a la validez/eficacia/legitimidad o a la licitud del documento "Declaración de Medidas de Retorsión", sino que el debate que se plantea incumbe a otras consideraciones, y destaco que existe un déficit en cuanto a evaluar los efectos jurídicos del documento o la obligatoriedad de su presentación en vista de que la misma pudo ser subsanada por la parte recurrente o saneada por la entidad licitante, ya que así fue establecido en el pliego de cargos al indicar que este documento podría ser subsanado en los términos que dispone la ley como consta en foja 0003 del expediente del Tribunal.

Por lo tanto es necesario pronunciarnos al respecto, ya que debemos recordar que la razón de ser de la presentación de este documento para un determinado acto público, no es otro que luchar contra la discriminación comercial hacia nuestro país, respecto de un trato no recíproco según los principios y estándares de la Organización Mundial del Comercio (OMC); es por esto que no podemos aceptar que *funcionarios-servidores públicos* encargados de los distintos procedimientos de compras de cada entidad o dependencia estatal de forma discrecional o arbitraria establezcan requisitos subjetivos o distintos a los ya establecidos en el pliego de cargos, como lo son los modelos de formularios o declaraciones no adecuados a la legislación vigente, evitando de esta manera el cumplimiento de un requisitos o exigencia dentro de un determinado acto de selección de contratistas; empero, somos de la opinión que en el presente caso el contenido del numeral 1, que hace alusión a la ley vigente y a su acatamiento en su totalidad por parte del proponente declarante es una especie de *reenvió*, y que en virtud del mismo el *proponente-recurrente* se obliga en el fiel cumplimiento de la obligaciones dimanantes en un posible escenario de la comisión de un delito de falso testimonio respecto del contenido normativo del artículo 12 de la Ley 48 de 2016, siendo de esta manera el

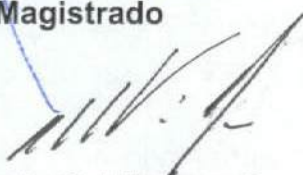
punto controvertido de llegarse a ocurrir ese escenario. Y así lo deberemos valorar, es decir, las consecuencias mas o menos graves que acarreen el supuesto incumplimiento del contenido de la certificación a la que alude el mencionado artículo 12. Concomitantemente las consecuencias que acarreen la falta absoluta de presentación de la declaración no deben ser las mismas que las consecuencias de la presentación defectuosa o incompleta (ultimo párrafo); en cuyo caso debe valorarse e interpretarse su contenido y aún; hacer uso de las facultades saneadoras establecidas en la ley en pro de asegurar las ofertas que sean beneficiosas para el Estado.

Es por lo anteriormente expuesto que dentro del contexto jurídico; no podemos argüir que existe una omisión respecto a la presentación de este documento, puesto que esto sería una clara vulneración a los derechos del *proponente-recurrente* el cual participa en el acto de selección de contratista confiado en los modelos de formularios y declaraciones que la entidad licitante incluye en el pliego de cargos. Siendo que las entidades licitantes no pueden *prima facie* reprochar al *oferente-administrado*, (*según el in dubio pro-administrado*) los desaciertos e imprecisiones que causen la falta de plenitud deseable en la valoración de los distintos documentos requeridos por este misma, ya que es esta la que debe tener la carga, al respecto de la *in comento* temática; teniendo que dejar *ab initio*, la claridad y precisión pedida al (*Oferente-Administrado*); o sea, es exclusivamente la entidad licitante, la que debe asumir las consecuencias adversas de sus errores u omisiones.

Con fundamento en lo anterior sustentamos el salvamento de voto dentro del proceso de marras y dejamos claro nuestra posición respecto de los razonamientos adoptados por el resto de los miembros de este Tribunal, tomando distancia de lo que consideramos va en contra del mayor beneficio para el Estado según lo establece nuestra Constitución Política. Debemos dejar sentado que todo servidor público que conforme una determinada comisión verificadora o evaluadora, debe cumplir en lo posible con verificar/ponderar de manera objetiva los documentos suministrados por los proponentes que sean imprescindibles para el fiel cumplimiento del objeto contractual.

Por consiguiente y dejando ut supra nuestra opinión, expresamos que este Tribunal debió revocar lo actuado por la entidad contratante y restablecer el derecho vulnerado, adjudicando el acto a la propuesta de menor precio ofrecido y que cumple con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos, teniendo por razón los intereses prevalentes del Estado. Por lo anterior, y con el máximo respecto de los miembros del Tribunal y sin desmeritar el concepto mayoritario, salvo mi voto.


José Aranda Ríos
Magistrado


Alberto C. Vásquez R.
Secretario General



Fecha ut supra.