

REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 194-2017

RECURRENTE: ENERCOM S.A. (ENERGÍA Y COMUNICACIÓN)

ACTO IMPUGNADO: Resolución N° 567 de 30 de noviembre de 2017, emitida por Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), por medio del cual se adjudicó el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No.040-2018-Pleno/TACP de 19 de febrero de 2018 (Decisión).

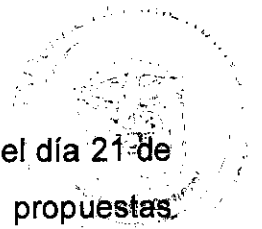
CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 43 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, regula la Contratación Pública 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.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No.366 de 28 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 348 a 353 y s.s., establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y el Decreto Ejecutivo 188 de 27 de noviembre de 2009 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:

Con fundamento en el artículo 32 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), publicó en el portal electrónico "PanamaCompra", el día 6 de septiembre de 2017, el Aviso de convocatoria y el pliego de cargos, para



que todo comerciante interesado en contratar con el Estado, presentara el día 21 de septiembre de 2017, en horario de 09:00 a.m. hasta la 10:00 a.m., las propuestas contentivas de toda la documentación necesaria para participar del procedimiento de selección de contratista No. 2017-1-37-0-99-LP-012391, cuyo objeto contractual es el “Kit de Modistería para Acciones Móviles”.

Tales ofertas, según los términos de referencia, fueron aperturadas el mismo día de la entrega, es decir, el día 21 de septiembre de 2017, desde las 10:01 a.m.

El Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), luego del trámite correspondiente al procedimiento de licitación pública; a través de la Resolución No. 567 de 30 de noviembre de 2017, resuelve ejercer la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y declarar cancelado el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391 para la adquisición del “Kit de Modistería para Acciones Móviles”, en base al cierre fiscal. Cabe destacar que la resolución de cancelación fue publicada en el portal electrónico el día 30 de noviembre de 2017. (visible a foja 005 del expediente del Tribunal).

II. PRESENTACIÓN DE RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Dentro del término procesal oportuno (art. 130 de la Ley 22 de 2006), es decir, el día 11 de diciembre de 2017, la Lcda. ADRIANA SERRANO HERBRUGER, en representación de la empresa ENERCOM, S.A., presentó ante la Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación contra la resolución No. 567 del 30 de noviembre de 2017, proferida por el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), por la cual se decide ejercer la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y declarar cancelado el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391. (Poder y recurso de impugnación visibles a fojas 007 a la 013 del expediente del Tribunal).

III. PRETENSIONES DEL RECURRENTE:

La Lcda. ADRIANA SERRANO HERBRUGER, en representación de la empresa ENERCOM, S.A., quien representa los intereses de la recurrente, sustentó su libelo de demanda con fundamento en las siguientes manifestaciones:

Señala en sus hechos que el informe de la comisión verificadora descalificó las propuestas presentadas en forma electrónica incluyendo la de su representada en base a que las firmas son digitales y no son originales; reconociendo que la única propuesta presentada en forma correcta sería la de la empresa GEISA INTERNACIONAL, en contradicción de lo dispuesto en el artículo 39 del texto único de la Ley 22 de 2006, el cual señala que las propuestas presentadas a través del sistema electrónico de contrataciones públicas “PanamaCompra” emplearan invariablemente el medio de

31



identificación electrónica inviolable utilizado por la Dirección General de Contrataciones Públicas. Estas propuestas producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los instrumentos privados con firma autógrafa correspondiente y, en consecuencia, tendrán el mismo valor vinculante y probatorio; por ende dicha comisión actuó en abierta violación del pliego de cargos y desatendiendo el principio de legalidad; es por esto que la recurrente presenta formal acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (D.G.C.P.), el día 25 de octubre de 2017; siendo resuelto mediante la resolución No. DF-1393-2017, por la cual se ordena a la entidad licitante anular parcialmente el informe de la comisión verificadora y realizar una nueva evaluación de las propuestas presentadas, misma que fue publicada el día 14 de noviembre de 2017. Aunado a lo antes señalado la recurrente indica que con posterioridad como consta en el portal electrónico "PanamaCompra", fue publicado el día 30 de noviembre de 2017, la resolución No. 567 de 30 de noviembre de 2017, por la cual el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), procede a declarar cancelado el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391, en base al cierre fiscal.

En base a todo lo ut supra expresado, la recurrente considera que la cancelación del acto público de marras, fue errónea y arbitraria, puesto que la emisión del acto administrativo impugnado (resolución de cancelación No. 567 de 30 de noviembre de 2017), se realizó en forma discrecional, sin motivación alguna al no señalar cuáles son las causas de orden público e interés social, lo cual infringe los principios de transparencia, debido proceso y responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, siendo de esta manera quebrantado el deber de la selección objetiva y justa; por ende cree que debe revocarse la cancelación del acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391 y que se le restablezca el derecho vulnerado adjudicándole el acto público *sub-judice*; de acuerdo a lo dispuesto en la legislación patria sobre contratación pública.

IV. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No.166-2017 Pleno/TACP de 27 de diciembre de 2017, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos anunciados en los artículos 339, 340 y s.s., del Decreto Ejecutivo No.366 de 2006, admitió el Recurso de Impugnación interpuesto por la Lcda. ADRIANA SERRANO HERBRUGER, en representación de la empresa ENERCOM, S.A., resolución que fue publicada el día 4 de enero de 2018, en el Portal Electrónico denominado "PanamaCompra," corriéndose traslado del recurso presentado a el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), para que a partir de la notificación de la resolución precitada, compulsara dentro del término de dos (2) días hábiles, el informe de conducta acompañado del expediente administrativo.

21



V. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

Mediante Nota No. DAL-003-18 de 10 enero de 2018, que fue publicada el día 12 de enero de 2018, en el Portal Electrónico denominado "PanamaCompra"; el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), remitió informe de conducta, en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad. Además da respuesta a los argumentos de la recurrente.

VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

De conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, esta colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso.

En la búsqueda de ofrecer certeza, respecto el objeto de la controversia y conforme a la disconformidad planteada en contra de la resolución de cancelación señalada, este Tribunal en funciones, considera crucial, que su *ratio decidendi* en las decisiones de fondo del Pleno, constituyan una explicación racional tanto de las consideraciones vertidas por la recurrente, como también de la ponderación de todos los derechos ante esta instancia; en suma, que favorezcan y brinden seguridad jurídica de acuerdo a la tutela administrativa efectiva en nuestro Estado Constitucional de Derecho, pasando entonces abordar el caso en escrutinio a la luz de lo dispuesto en la antes señalada Ley 22 de 2006 sobre contrataciones públicas.

En este sentido, es de rigor para este Tribunal puntualizar que el procedimiento de selección de contratista es una licitación pública, establecida en el artículo 42 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, cuya reglamentación se encuentra en el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, en donde 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), con sujeción a los principios de contratación que dispone esta Ley. Siendo entonces el criterio de selección instaurado en el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391, fue que se adjudicaría al proponente que haya presentado el mejor precio, de acuerdo con los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

El presente proceso, tiene su génesis en el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391, para el "Kit de Modistería para Acciones Móviles", del cual resultó como adjudicataria la empresa GEISA INTERNACIONAL, S.A., debido a que luego de realizado la correspondiente valoración por parte de la comisión verificadora está consideró que la empresa adjudicataria antes mencionada cumplió a cabalidad con lo especificado en el pliego de cargos luego de verificado los requisitos mínimos obligatorios, aunado al cumplimiento *de los otros requisitos y exigencias incluidas*

9



respecto de las especificaciones técnicas, económicas, administrativas y financieras.
(fojas 139 a la 141 del expediente administrativo).

De acuerdo a las constancias procesales y la documentación del portal electrónico de contrataciones públicas "PanamaCompra", la entidad licitante (Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), recibió las propuestas el día 21 de septiembre de 2017, con posterioridad fue emitido el informe de comisión verificadora, mismo que se encuentra publicado en el portal electrónico *in comento* el día 24 de octubre de 2017. Seguidamente, se observa en el portal electrónico "Panamacompra", que el día 25 de octubre de 2017, se presenta una acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (D.G.C.P.), la cual fue admitida el día 27 de octubre de 2017 y resuelta mediante resolución No. DF-1393-2017 de 13 de noviembre de 2017, en la cual se anula parcialmente el informe de la comisión verificadora para el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391 y le ordena a la entidad licitante, que la misma comisión verificadora realice un nuevo análisis de las propuestas presentadas. Lo subsiguiente que se observa en el portal electrónico "Panamacompra" es el acto administrativo impugnado ante esta Colegiatura (Resolución No. 567 de 30 de noviembre de 2017), por la cual se decide ejercer la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y declarar cancelado el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391.

A continuación, esta colegiatura externa las siguiente consideraciones y argumentos jurídicos que han permitido a este Tribunal arribar a una conclusión.

En el análisis que realizamos es importante resaltar y profundizar sobre el hecho que la propuesta de la empresa ENERCOM, S.A. al igual que la de las empresas SAHALA BRANDS y CENTRO ELECTRÓNICO, S.A., fueron electrónicas y según el informe de la comisión verificadora del día 17 de octubre de 2017 y publicada el día 24 de octubre de 2017 en el portal electrónico "Panamacompra", estas propuestas no cumplieron con lo dispuesto en el pliego de cargos en base a que las mismas contaban con firmas digitales y no originales; aunado a esto señala que la empresa SAHALA BRANDS INVESTMENTS & SERVICES S.A., como consta en el portal efectivamente no presenta la carta de referencia bancaria, como fue solicitada en el pliego de cargos. De esta manera, de las cuatro (4) propuestas presentadas: 1. Empresa ENERCOM, S.A. B/. 50,204.40; 2. Empresa SAHALA BRANDS INVESTMENTS & SERVICES S.A. B/. 52,430.00; 3. Centro Electrónico, S.A., B/. 54,604.24 y 4. La Empresa GEISA INTERNACIONAL, S.A. B/. 79,013.89, siendo esta última propuesta la que recibe la recomendación de adjudicación.

Al respecto podemos señalar que luego de evaluar estas propuestas presentadas en forma electrónica de acuerdo a lo requerido en el pliego de cargos y a los criterios de selección de contratistas para este acto público; sumado a lo expresado por la

9



Dirección General de Contrataciones Públicas (D.G.C.P.) mediante la resolución de fondo respecto de la acción de reclamo *supra citada*, las propuestas debieron ser verificadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 en concordancia con el artículo 6 del Decreto Ejecutivo No. 188 de 27 de noviembre de 2006, el cual expresamente establece tres (3) formas en las que pueden presentarse toda documentación solicitada en el pliego de cargos a un determinado proponente, ya sea por vía electrónica, por medios impresos o mediante medios de almacenamiento tecnológico (USB).

En base a lo antes expuesto esta Colegiatura procede con el cumplimiento del procedimiento de selección de contratista para el acto público referido, correspondiendo el análisis de la propuesta de la empresa ENERCOM, S.A. quien propuso la suma de CINCUENTA MIL DOSCIENTOS CUATRO BALBOAS con 40/100 (B/.50,204.40) y al realizar el estudio de la documentación aportada, se desprende que la misma cumple a cabalidad con todos los requisitos exigidos y especificaciones técnicas contenidas en el pliego de cargos, lo cual la hace meritoria de la adjudicación.

Conforme a lo antes expuesto la recurrente endilga que cumple con todos lo requerido en el pliego de cargos confeccionado por la entidad licitante. En este sentido, este Tribunal ha de puntualizar en el caso *in examine* que el hecho al que hace referencia la recurrente, deberá ser valorado aplicando las reglas de la sana crítica, siendo este el principio que prevalece en nuestra legislación y en especial en los procesos administrativos por disposición del artículo 201 numeral 14 de la Ley 38 de 2000; respecto del caudal probatorio aportado. Es por esto que pasamos a verificar atendiendo a las circunstancias o motivos que corroboran o disminuyen las fuerzas de las declaraciones de la recurrente. En razón de lo antes expuesto pasamos a examinar la alegación axial de la impugnante, la cual expresa que se cometió un error grave en la verificación de su propuesta y que la entidad licitante debió adjudicarle el acto y no emitir como consta en el portal electrónico "PanamaCompra", la Resolución No. 567 de 30 de noviembre de 2017, por la cual se procede a declarar cancelado el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391, en base al cierre fiscal, publicada el día 30 de noviembre de 2017. Esta alegación en primera instancia encuentra asidero en que según la resolución de fondo *ut supra* de la Dirección General de Contrataciones Públicas (D.G.C.P.) esta empresa ENERCOM, S.A presentó la propuesta de menor precio y cumpliendo con todos los requisitos del pliego de cargos por lo que sería la que obtendría la recomendación por parte de la comisión verificadora para que se le adjudicara el presente acto público. En atención al razonamiento expuesto, debemos expresar que según el artículo 13, numeral 3, de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 (Texto Único), es deber de toda entidad pública licitante y de todos los servidores públicos, el seleccionar de manera objetiva y justa a todo contratista, siendo solo la

21



propuesta más favorable a la entidad y a los fines del Estado, la adjudicada, con base a lo estipulado en el pliego de cargos.

Conviene agregar, que los anteriores planteamientos, se enmarcan dentro del criterio dispuesto por la legislación sobre Contrataciones Públicas, en cuanto al funcionamiento de toda Comisión Evaluadora o Verificadora, cuales obligan a que los informes realizados por éstas se ajusten a los parámetros requeridos en el pliego de cargos, cuyo cumplimiento es indispensable por mandato del artículo 54 de la Ley 22 de 2006:

"Artículo 54. Funcionamiento de la comisión evaluadora o verificadora. La comisión evaluadora o verificadora, según sea el caso, deberá estar constituida por profesionales idóneos en el objeto de la contratación, sean servidores públicos o profesionales del sector privado, quienes deberán designarse mediante resolución, antes del acto de recepción de propuestas, la cual se publicará junto con el informe de verificación o evaluación correspondiente. La comisión evaluadora o verificadora deberá aplicar los criterios de evaluación contenidos en el pliego de cargos. En los casos necesarios, podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones y las explicaciones que estime indispensables sobre la documentación presentada, así como solicitar, por conducto de la entidad licitante, el apoyo de especialistas o asesores relacionados con la materia objeto del proceso de selección de contratista. La comisión presentará su evaluación mediante un informe, dirigido al representante legal de la entidad licitante o el funcionario delegado, el cual deberá llevar la firma de los miembros de la comisión. El informe de la comisión no podrá ser modificado ni anulado, salvo que por mandamiento del representante legal de la entidad, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se declare que se hizo en contravención de lo dispuesto en esta Ley o el pliego de cargos. En estos casos, las autoridades antes mencionadas cuando ordenen un nuevo análisis total o parcial de las propuestas, ya sea por parte de la misma comisión o de una nueva comisión, dicho informe total o parcial deberá emitirse en un plazo no mayor de tres días hábiles

Es en el cumplimiento del artículo supra citado y del artículo 41 de la in comento ley, que la entidad licitante procede a la conformación de la comisión verificadora la cual tenía la tarea de verificar el cumplimiento de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos por parte de todos los proponentes. Al no evaluarse nuevamente las propuestas presentadas en razón de lo ordenado por la Dirección General de Contrataciones Públicas (D.G.C.P.) y pasar a ejercer la facultad de rechazo de propuestas, es que este Tribunal luego de evidenciado que existe la expectativa de un derecho adquirido por parte de la recurrente por cumplir con todos los criterios de selección en los términos exigidos, desata afirmativamente el conflicto procesal.

Esta Colegiatura siendo consecuentes con el argumento planteado por la recurrente, pasa a dilucidar la temática de la aplicabilidad de la facultad de

9



rechazo en el caso. Se observa que la resolución impugnada No. 567 de 30 de noviembre de 2017, por la cual se procede a declarar cancelado el acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391, indica en su parte motiva que se emite en base al cierre fiscal; resolución ésta que fue aportada por la recurrente (Foja 015 del Expediente del Tribunal) y consta en el portal electrónico "Panamacompra" para probar sus alegaciones.

Este Tribunal en sede administrativa debe recordar que resguardando el derecho fundamental al *debido proceso Constitucional* de todos los proponentes-administrados, y motivando las resoluciones basadas en el orden público e interés general, se puede evaluar en forma integral las alegaciones planteadas teniendo en cuenta que, *prima facie*, no puede reprocharles a alguno de los proponentes para el presente acto público, los desaciertos e imprecisiones causados por las mismas entidades licitantes, que causen la falta de plenitud deseable en la valoración de los distintos documentos requeridos por este misma para ser evaluados en debida forma por la comisión verificadora, ya que es ésta la que debe tener la carga, al respecto de la in comento temática; teniendo que dejar la claridad y precisión pedida al (proponente-administrado); o sea, es exclusivamente la entidad licitante, la que debe asumir las consecuencias adversas de su inercia o errores.

En base a lo antes mencionado, es dable que esta colegiatura señale que de existir falta de presupuesto debe acreditarse el mismo y no simplemente aducir o mencionar el hecho, siendo una obligación según lo dispone el artículo 19 y 20 del texto único de la Ley 22 de 2006 el cual señala lo siguiente:

"Artículo 19. Principio de economía. En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

1...

6. Las entidades estatales iniciarán los procedimientos de selección de contratista o de contratación por procedimiento excepcional, cuando así lo permita esta Ley, siempre que cuenten con las respectivas partidas o disponibilidades presupuestarias.

9. La autoridad respectiva constituirá la reserva y el compromiso presupuestario requerido, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato. Los ajustes que resulten necesarios se registrarán de acuerdo con lo establecido por la ley vigente y la disponibilidad presupuestaria.

Artículo 20. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte. Los

ef



servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

1. Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros. 2. Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave. 3. Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta. 4. Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual, el jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas. 5. Los que sean integrantes de comisiones de evaluación están obligados a actuar con estricto apego a la ley y a los criterios y metodologías contenidos en el pliego de cargos."

Como puede verse, la disposición legal transcrita es sumamente clara al indicar el deber del servidor público de velar por el cumplimiento del objeto de la contratación. En virtud de ello, la entidad licitante debe fungir como un fiel vigilante de los intereses del Estado más aun al señalar lo que dispone el artículo 24 de la Ley 22 de 2006 el cual reza así:

"Artículo 24. Disponibilidad presupuestaria.

Cuando el contrato haya de obligar a una entidad licitante al pago de alguna cantidad, se acreditará en el expediente respectivo la partida presupuestaria correspondiente, indicándola en los documentos de la contratación, o se consignará la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas, de que se dispondrá, en el momento oportuno, de las partidas presupuestarias suficientes para dar cumplimiento al contrato de que se trate. En este caso, la entidad deberá solicitar autorización previa del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la relación de las cantidades que deberán ser canceladas dentro del periodo fiscal correspondiente, atendiendo a las normas presupuestarias vigentes. Cuando la ejecución de un contrato corresponda a un periodo fiscal distinto o a más de un periodo fiscal, se podrá realizar el procedimiento de selección correspondiente, atendiendo las disposiciones contenidas en la Ley de Presupuesto vigente. La Contraloría General de la República podrá dar su refrendo al contrato respectivo, aunque no exista en el presupuesto de ese año la partida para la ejecución de la obra, siempre que el contrato estipule claramente las cantidades que deberán ser pagadas con cargo al ejercicio fiscal de que se trate, y se cuente con la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas de que se dispone del correspondiente financiamiento.

De conformidad con lo antes expresado, debemos recordar que de acuerdo a los principios establecidos por la Ley, las entidades licitantes guardan la obligación *ex lege* al respecto del *control y vigilancia* a lo interno de cada institución, teniendo



en cuenta el debido planeamiento sobre la adquisición de los bienes y servicios, siendo el *quid* del asunto, según el principio de economía, que las distintas entidades, cumplan con el deber de elaborar lo más preciso posible los pliegos de cargos o condiciones, antes de pasar a publicar en el portal (PanamaCompras), el respectivo aviso de convocatoria (*De incluir la Partida Presupuestaria según el artículo 32 de Ley 22 de 2006*); en la búsqueda claro está de que los futuros (proponentes-administrados), puedan tener la certeza del contenido y extensión de las prestaciones a su cargo, o sea, partiendo del establecimiento de un determinado precio de referencia aunado al objeto requerido y sus condiciones generales y específicas.

Con esto se busca más que nada tener un pliego de cargos que, de forma indubitable evite conclusiones teóricas y subjetivas tanto de los proponentes y futuros oferentes, como también de las entidades; lo cual acabaría con las quejas ante los distintos departamentos de compras; siendo de esta manera en la etapa precontractual la obligación de la entidad licitante la que deba dar cumplimiento a la carga de legalidad y precisión de reglas para la adquisición de cualquier bien o servicio, *in genere*.

A tal efecto, este Tribunal debe manifestar que la utilización de la facultad de rechazo de propuestas en el caso *sub judice* por cierre fiscal, también encuentra su limitante o contrapeso en lo preceptuado en el artículo 58 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 58. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público sin mayor fundamentación. En caso de que se hubieran recibido propuestas, **por causas de orden público o de interés social**, la entidad puede rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación.

Ejecutoriada la adjudicación del acto público, esta obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según sea el acaso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera ejercer la facultad de rechazo de su oferta, sin haberse formalizado el contrato.

El adjudicatario está obligado a mantener su propuesta y a afirmar el contrato respectivo; de no hacerlo dentro del tiempo establecido en el pliego de cargos, la entidad licitante ejecutará la fianza de propuesta

Cuando la entidad ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, el acto público quedará en estado de cancelado, salvo que el interesado haga unos del derecho de interponer el recurso correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas contra el acto administrativo que declara el rechazo de la propuesta.” (El subrayado y la negrita es nuestro).



De manera que, en atención a lo antes citado, la entidad licitante debe basarse en estas causales de orden público o de interés social, para ejercer esta facultad exorbitante, claro está manifestando y aportando al expediente administrativo los motivos del porqué se arribó a dicha decisión. Empero, la resolución impugnada no cuenta con ninguna motivación respecto al cierre fiscal alegado, que pudiera interpretarse o catalogarse como de orden público o interés social, siendo estos últimos de acuerdo a la doctrina administrativista conceptos jurídicos indeterminados del Derecho Público.

En cuanto a la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los artículos 34 y 155 (ordinal primero); puntualmente señalan que todo acto administrativo debe proferirse conforme al Principio de Legalidad, *garantizando su motivación y cumpliendo con el debido proceso*, lo que implica que la entidad licitante, a pesar de estar investida de la facultad discrecional para rechazar y dejar en estado de cancelado el acto público de marras, estaba obligada a expresar los motivos específicos que lo llevaron a emitir o expedir dicho acto administrativo, en vista que éste pudiera afectar derechos subjetivos de algún proponente; contrario a lo ocurrido con el presente acto impugnado, en donde no se expresaron mínimamente las razones o motivos (hechos fácticos-jurídicos) que sustentaron la utilización de esta facultad por parte de la administración-entidad licitante; muy por el contrario lo que se aprecia son argumentos vanos, fútiles y hasta ficticios.

De igual modo, la doctrina especializada ha explicado diversas aristas de la "Motivación", señalando que "Se entiende que un acto administrativo se encuentra motivado en el caso en que su parte dispositiva o resolutive establezca de forma clara, expositiva y detallada los motivos, razones o fundamentos que justifican que la administración Pública adopte una determinada decisión en base a lo contemplado previamente en la Ley." (**PARADA**, Ramón. "Derecho Administrativo I: Parte General", Edición XVII, Editorial Marcial Pons, España. Págs.136 y 137). En complemento al criterio doctrinal esbozado, el Doctor Jaime Javier Jované Burgos, considera que la finalidad de la motivación es: "1. Servir de mecanismo de control del acto administrativo, que es en la mayoría de los casos en las que más se requiere. 2. Se precisa con mayor certeza y exactitud el contenido propio de la voluntad expresada por la administración pública. 3. Coadyuva como elemento justificativo de la actividad administrativa ante la opinión pública en general". (**JOVANÉ BURGOS**, Jaime Javier. "Principios Generales de Derecho Administrativo, Tomo I". Cultural Portobelo. Panamá, 2001. Pág. 215).

Lo anterior se subsume en normativa legal que rige para los actos administrativos que dicta la Administración Pública Panameña, al ser contemplada la motivación del acto administrativo que le **cause estado** al administrado.

La motivación es vista de esta manera por la jurisprudencia patria como un elemento esencial del derecho de defensa; esta función cobra trascendencia cuando



el acto administrativo es emitido en base a una facultad exorbitante o discrecional, porque solo a partir de un relato de los hechos que se han considerado para tomar la decisión y de las razones invocadas en atención al caso concreto podrá llevarse a cabo un control completo de la decisión administrativa, mediante las técnicas ya depuradas que son aceptadas por nuestra jurisprudencia.

La falta de motivación del acto impugnado, en consecuencia, trae consigo la relación con el tema de la juridicidad en las actuaciones administrativas y la relación indubitable con la garantía del debido proceso legal que esta Colegiatura debe salvaguardar en sede administrativa al considerar que al recurrente se le afectó en sus derechos subjetivos al no adjudicarle el acto público, siendo la propuesta de menor precio y que cumple con todos los requisitos solicitados en el pliego de cargos confeccionado por el ente público de dicha actuación. Se denota con lo anterior, que si bien, lo cierto es que la utilización por parte de la administración de modelos de resoluciones, cuya naturaleza no está individualizadas respecto a una decisión que surta sus efectos jurídicos sobre un proponente en particular, sino que es utilizada como un tipo de "matriz formal", en la que sin colocar una motivación razonable que constituya por sí sola un elemento fáctico que justifique la actuación de rechazar propuestas-ofertas, dejando en estado de cancelado todo el acto público, lo cual denota una ostensible y manifiesta falta a la motivación del acto administrativo, siendo que esta conducta o gestión sea según la normativa vigente sobre Procedimiento Administrativo General (Ley 38 de 31 de julio de 2000) en detrimento de la garantía del debido proceso legal, por lo que la motivación de dicha decisión debió estar alejada de cualquier matiz genérico o que denotara amplitud en cuanto a su objeto y finalidad.

Por su parte la entidad licitante, Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), ha manifestado que siguió en primera instancia las recomendaciones de la comisión verificadora y con posterioridad se toma la decisión de cancelar el acto público, en base al cierre fiscal y no realizando la nueva verificación de las propuestas como fue ordenado por la Dirección General de Contrataciones Públicas (D.G.C.P.).

Siendo el menester de este Tribunal recordarle a las entidades licitantes (entidades administrativas) que en el futuro, deben mantener el contexto de todas las actuaciones referentes a los procedimientos de selección de contratistas, aclarando y corrigiendo todas las solicitudes y quejas presentadas; según los principios establecidos de debido proceso, eficiencia, eficacia, transparencia y publicidad; no afectando derechos subjetivos de los proponentes y oferentes tal como lo indica la ley de contrataciones públicas.

Recordamos también, que existe la responsabilidad de los funcionarios públicos frente a las actuaciones ejercidas, por lo que antes de realizar la convocatoria del

41



acto público de selección de contratista debe tomarse en consideración ~~todas las~~ etapas posteriores a la convocatoria, a fin de no incumplir con los periodos y términos establecidos por la ley, así como los aspectos técnicos y financieros porque cada acto de selección de contratista demanda tiempo y gastos para el Estado y los particulares que pretenden contratar con la Administración. Consecuencialmente, en el acto público señalado ut supra, debemos reconocer que la entidad licitante, no actuó según los parámetros establecidos por la ley para ejercer la facultad de rechazo de propuestas no siendo la decisión justa ni proporcional, no teniendo la motivación necesaria que sustente el llevar a cabo esta actuación administrativa. En aras de salvaguardar la transparencia del acto público de marras según el principio de buena fe, el cual hace que las relaciones entre la administración y el administrado tengan un grado de confianza al emitir un acto administrativo que no adopte una conducta confusa y equivoca que con posterioridad no permita eludir o tergiversar las responsabilidades inherentes al ejercicio de las prerrogativas dadas a ella para el desarrollo de las necesidades públicas y sociales de la población.

De acuerdo a las consideraciones anteriores es labor de este Tribunal indicar que se pudo visualizar la existencia de una imprecisión respecto del modelo de formulario de propuesta incluido en el pliego de cargos, con respecto al desglose de las unidades o paquetes del producto solicitado, lo cual pudo ser visto como una posible causa de duda al ser valorado la propuesta de la empresa ENERCOM, S.A, por parte de la comisión verificadora hecho que no sucedió; sin embargo esta colegiatura en sede administrativa resguardando el derecho fundamental al debido proceso de todos los proponentes-administrados, y motivado en el orden público e interés general, evalúa las alegaciones planteadas y cualquier otra circunstancia que pudiera afectar los mejores intereses del Estado. Teniendo en cuenta *prima facie*, que no puede reprochársele a alguno de los proponentes para el presente acto público los desaciertos e imprecisiones originados por las mismas entidades licitantes que causen la falta de plenitud deseable en la valoración de los distintos documentos requeridos por esta misma para ser verificados en debida forma por la comisión verificadora, ya que es esta la que tiene la carga, de la claridad al respecto de la *in comento* temática; teniendo que dejar con exactitud y precisión lo pedido al (*Proponente-Administrado*); o sea, es exclusivamente la entidad licitante, la que debe asumir las consecuencias adversas de su inercia o de su incuria.

En este escenario jurídico-factico y en base a las constancias procesales, esta Colegiatura considera que el proponente de menor precio para el presente acto público de marras, la empresa ENERCOM, S.A, cumple a cabalidad con todos los requisitos mínimos obligatorios establecidos en el pliego de cargos.

4



Así las cosas, esta Colegiatura procede a revocar en todas sus partes la Resolución No. 567 de 30 de noviembre de 2017, proferida por el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), y restablecer el derecho vulnerado adjudicando el procedimiento de selección de contratista No. 2017-1-37-0-99-LP-012391 a la empresa ENERCOM, S.A., en virtud se procede a aplicar el inciso c del artículo 354 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006, restableciendo el derecho vulnerado, por un precio de Cincuenta mil Doscientos Cuatro Balboas con 40/100 (B/.50,204.40); por ser, luego del análisis objetivo y justo, la oferta más favorable al Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), con base a lo estipulado en el pliego de cargos y las disposiciones jurídicas aplicables.

Nuestro pronunciamiento jurisdiccional se fundamenta en el artículo 354 del decreto ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que al tenor apunta a la facultad del tribunal administrativo de contrataciones públicas de revocar las actuaciones de las entidades contratantes.

“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:.....

c) **Revocar** lo actuado por la entidad contratante, restableciendo el derecho vulnerado; ...” (Lo resaltado es nuestro)-

En cuanto a lo referente al destino del afianzamiento de la actividad recursiva, mediante su representatividad dentro del infolio administrativo, al no evidenciarse temeridad ni dilación alguna por la parte del impugnante, se ordena la devolución de la fianza de recurso de impugnación, consignada (Diligencia No. 153) del día 11 de diciembre de 2017, emitida por el Banco General, por un monto de SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN BALBOAS CON 00/100 (B/.7,531.00),

De los razonamientos ut supra expresados, concluye el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en sus facultades legales y reglamentarias;



RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Resolución No. 567 de 30 de noviembre de 2017, proferida por el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), para el acto público N°2017-1-37-0-99-LP-012391, por la cual se decide ejercer la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y declarar cancelado, la adquisición del "Kit de Modistería para Acciones Móviles", por un monto total de ochenta mil ciento cuarenta y cinco Balboas con 57/100 (B/.80,145.57).", en virtud del cierre fiscal.

SEGUNDO: RESTABLECER el derecho vulnerado, adjudicando el acto público N°2017-1-37-0-99-LP-012391 a favor de la empresa ENERCOM, S.A., quien ofertó un monto de cincuenta mil doscientos cuatro balboas con 40/100 (B/. 50,204.40), por las razones jurídicas expuestas en la parte motiva de la presente resolución administrativa.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación constituida en el cheque certificado N° 11587 del 11 de diciembre de 2017, consignada (Diligencia No. 153) el día 11 de diciembre de 2017, emitida por el Banco General por un monto de SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN BALBOAS CON 00/100 (B/.7,531.00), que representa el quince por ciento (15%) del valor total propuesto por la recurrente, a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiario el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH)/Contraloría General de la República. (Foja 017 del expediente administrativo de marras).

CUARTO: REMITIR el expediente administrativo del acto público No. 2017-1-37-0-99-LP-012391, a el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), contentivo de un (1) tomo integrado por ciento ochenta (180) fojas útiles.

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: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución a través del Portal Electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos un (1) día hábil posterior a su elevación en el portal electrónico "PanamaCompra".

SEPTIMO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°194-2017/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

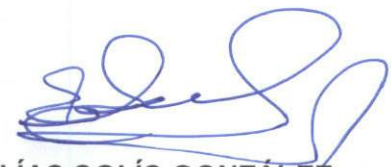
en

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 2,18,19,20,25,42,55,103,120,129,130,133 y 141 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006; artículos 90, 93,98,100,147,148, 339, 340, 354, numeral a y 356 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006 y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado
SAVO EL VOTO


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ -
Magistrado


Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada



JAR/c.a.c.y.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA ENERCOM, S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 567 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2017, DICTADA POR EL INSTITUTO NACIONAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN PARA EL DESARROLLO HUMANO (INADEH).

Con fundamento en el artículo 115 del Código Judicial, supletoriamente aplicable, manifiesto en esta ocasión mi disentir con lo resuelto en la parte motiva y resolutive por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N°040-2018-Pleno/TACP de 19 de febrero de 2018 (Decisión) decidieron revocar la resolución venida en impugnación y en su lugar restablecer el Derecho vulnerado adjudicando el procedimiento de selección de contratista No. 2017-1-37-0-99-LP-012391 a la empresa ENERCOM, S.A. (ENERGÍA Y COMUNICACIÓN), por considerar que es la que cumple con las condiciones generales, y especiales del pliego de cargos y las especificaciones técnicas. Decisión que no comparto por considerar que existe un vicio que provoca la nulidad del acto público en estudio.

Estimo que se encuentra un vicio insubsanable al existir una dualidad en las características técnicas del objeto que se va a contratar, que impiden a los proponentes saber con determinación y exactitud lo que en realidad la entidad desea, al igual que imposibilita a mi persona valorar las propuestas de forma clara, objetiva y justa como lo exige la ley que nos gobierna. Pues, en mi concepto, tomar una decisión en ese estado, irrumpe el principio de igualdad de oportunidades que deben gozar cada uno de los participantes en un procedimiento de selección de contratista y que nosotros, como garantes de la actuación imparcial de las entidades públicas en todas sus etapas debemos honrar, a fin que exista una satisfacción en la escogencia libre y en las mismas posibilidades, sin que existan ventajas entre una u otra dentro de la etapa de agotamiento de la vía gubernativa.

La entidad ha generado un acto administrativo que nació viciado y esta Colegiatura como consecuencia de la competencia funcional y exclusiva que se deriva con la presentación en tiempo oportuno del recurso de impugnación, debió enderezarlo, anulando el acto en su totalidad por encontrarse viciado. El vicio al que nos referimos es básicamente encontrar dos características técnicas distintas  en un mismo objeto.



Nótese que en el modelo de listado de precios se indica en el renglón No. 5, el requerimiento de "alfileres" (64 unidades); mientras que en el cuadro de distribución se indica 64 paquetes de alfileres, preguntándonos entonces... ¿cuál sería la valoración justa a realizar sino sabemos con certeza el requerimiento exacto de la entidad?

Por un lado podríamos inclinarnos en indicar que serían las 64 unidades de alfileres, o contrario sensu, por los 64 paquetes de alfileres; sin embargo, ni una ni otra situación es resuelta en Derecho, dado que en justicia administrativa no nos es posible la especulación, sino la toma de decisiones con verdaderos hechos prácticos y materiales y no sobre la base de una mera hipótesis carente de argumentos sólidos que provoquen el convencimiento absoluto y total que cause la decisión final.

Si la realidad estuviera claramente patentada, entonces las ofertas presentadas por los diferentes participantes no fueran distintas y en unanimidad hubiesen ofertado el mismo objeto contractual, sin confusión alguna, circunstancia que evidentemente no ocurrió. Peor aún, motivar que el "posible error" no fue visto por la comisión verificadora, presumiendo que no existe duda alguna empeora la situación, pues, es a este Tribunal a quien le corresponde remediar lo contencioso debido a que la entidad y el recurrente son partes igualitarias en el presente proceso.

De igual forma, no podemos sostener que la dualidad no puede ni debe afectar a los proponentes, de ser así, ninguna nulidad surtiría efecto, precisamente porque las nulidades son provocadas por la administración y no por los administrados, siendo este Tribunal el competente para poner fin a lo contencioso.

Tampoco podemos aprobar en temas como éstos, que la entidad debe asumir su inercia o su incuria, ya que es un tema de valoración que afecta a todos los participantes y no solo a quien recurre.

Otra de las disconformidades recae en que se revoca la decisión impugnada, pero se deja vivo el informe de la comisión verificadora, que precisamente recomienda la adjudicación del acto público a una empresa distinta a la que se restablece el derecho vulnerado, sin utilizar una de las facultades que nos concede el artículo 54 del Texto Único de la Ley No. 22, precisamente el de modificar o anular el informe de la comisión por haberse realizado en contravención de la ley.

Por último, la devolución de la fianza del recurso de impugnación no se realiza conforme al procedimiento fiscalizado por la Contraloría General de la República, como se ha indicado en la resolución de fondo, sino más bien por el 

procedimiento llevado a cabo por la Secretaría General de este Tribunal, por ser quienes por ley custodian la misma.

No obstante, y pese a los razonamientos expuestos, los cuales no han sido compartidos por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, no me queda otra alternativa que expresar de manera firme y respetuosa que, SALVO EL VOTO.


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada.

