



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 186-2017
RECURRENTE: RODELAG, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N°2017-122 de 7 de noviembre de 2017, proferida por la Lotería Nacional de Beneficencia; correspondiente al Acto Público N°2017-2-82-0-08-RC-003198.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

Resolución No.049-2018-TACP de 6 de marzo de 2018 (Decisión)

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 44 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.

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.

La resolución impugnada correspondiente a la adquisición de 250 refrigeradores de 7 pies cúbicos de dos puertas convencional no frost con regulador de voltaje, cual fue publicada en el portal electrónico "PanamaCompra" el día 14 de noviembre de 2017, decidió rechazar de plano la propuesta presentada por el establecimiento comercial denominado RODELAG, S.A.

7



En esta ocasión debemos recordar que nos encontramos ante un convenio marco en el que la etapa de selección de contratista fue superada, siendo la empresa RODELAG, S.A. beneficiada en varios de los renglones adjudicados. En mente lo anterior, a las entidades solo les corresponde solicitar los diferentes productos que se encuentran en el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios con las especificaciones que se encuentran registradas en el mencionado catálogo.

En principio la Lotería Nacional de Beneficencia solicitó los bienes muebles descritos en párrafos anteriores; no obstante, observamos que al momento del refrendo de la orden de compra, la Contraloría General de la República, según la decisión que rechaza las propuestas, realizó observaciones para su subsanación, por considerar que es contradictorio a lo establecido en el Decreto Número 208-DMYSC de 21 de junio de 2007, por el cual se aprueba el documento titulado Procedimientos administrativos para adquisición, registro y entrega de donaciones en la Lotería Nacional de Beneficencia.

Ahora bien, no estamos ante un procedimiento de selección de contratista, ya que esa etapa procedimental fue superada con la Resolución No. DGCP 043-2016 de 25 de mayo de 2016, que adjudicó los setenta (70) renglones del acto público No. 2015-1-27-0-99-LM-001270, ni mucho menos ante un proceso de apelación, toda vez que no evidenciamos orden de compra suscrita con el proveedor, por ende, tampoco incumplimientos.

Al no contemplarse orden de compra alguna, se traduce en la inexistencia del acto y por ende la falta de consecuencias jurídicas, toda vez que la Lotería Nacional de Beneficencia antes de que nacieran los efectos jurídicos de la orden de compra, emitió la Resolución N°2017-122 de 7 de noviembre de 2017, en donde decide rechazar la propuesta presentada (lo que a nuestro criterio tampoco procedía, dado que la facultad de rechazo únicamente se lleva a cabo en el procedimiento de selección de contratista y no posterior a ello), situación que a nuestro criterio no genera Derechos.

Nótese que la Lotería Nacional de Beneficencia al realizar la petición de la solicitud de bienes y servicios, tenía la intención de contar con el producto a adquirir; empero, se abstiene por la presunta observación realizada por la Contraloría General de la República, sin adquirir previamente ningún tipo de compromiso, por las consideraciones antes señaladas (nunca nace a la vida jurídica la orden de compra), por consiguiente no existe compromiso con ninguno de los posibles proveedores del bien o servicio, lo que quiere decir que no existe Derechos vulnerados ni mucho menos resolución susceptible de impugnación. 



Como mencionamos en párrafos precedentes, no estamos ante una selección de contratista, ya que esa fue una etapa sumamente superada cuando quedó en firme el Convenio Marco ni mucho menos ante una apelación, al no existir una orden de compra que obligue a una de las partes (entidad), por lo que la resolución recurrida, no es susceptible de los recursos de impugnación ni apelación a los que mantiene competencia privativa esta Colegiatura.

Ante tal escenario, nos corresponde rechazar de plano por improcedente el recurso de impugnación interpuesto por la empresa RODELAG, S.A., a través del licenciado JAN CHRISTIAN BREWER DÁVILA, de la firma forense MORENO & ARJONA-BUREAU, en contra de la Resolución N°2017-122 de 7 de noviembre de 2017, decidida por la Lotería Nacional de Beneficencia.

Por lo anterior, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades, legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENTE el recurso de impugnación interpuesto por la empresa RODELAG, S.A., a través del licenciado JAN CHRISTIAN BREWER DÁVILA, de la firma forense MORENO & ARJONA-BUREAU, en contra de la Resolución N°2017-122 de 7 de noviembre de 2017, decidida por la Lotería Nacional de Beneficencia, por las razones externadas en la parte motiva de la presente decisión administrativa.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante de la Fianza del Recurso de Impugnación No. 031750015, fechada 21 de noviembre de 2017, emitida por Sura, con un límite máximo de responsabilidad de Catorce Mil Cuatrocientos Treinta y Ocho Balboas con 18/100 (B/.14,438.18), a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios la Lotería Nacional de Beneficencia/Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a foja 40 del expediente del Tribunal.

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

CUARTO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°186-2017/TACP previa anotación en el registro respectivo.

QUINTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución no agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula las Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial No.26829 del 15 de julio de 2011, 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


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSE ARANDA RÍOS
Magistrado

SALVO VOTO.


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





REPÚBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO:

MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE: 186-2017

RESOLUCION No. 049-2018/TACP DE 6 DE MARZO DE 2018 (Admisión)

Prima facie, se hace imperioso indicar que la correcta denominación de la facultad ejercida por la entidad –y que es hoy objeto de censura jurídica- lo sería el rechazo de la oferta. Es por esta razón que surge el debate sobre si este Tribunal es o no competente para dilucidar la presente causa respecto de las actuaciones realizadas por parte de la entidad, en razón que la invocación de estas facultades exorbitantes atribuidas a las entidades *licitantes* se encuentran contempladas en el artículo 58 de la Ley 22 de 2006 (Texto Único) sobre contrataciones públicas, que a la letra 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 caso, 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 firmar 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 uso 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." (Lo resaltado es nuestro)

Resulta claro que que la utilización del rechazo de ofertas, se dará en la etapa posterior a la adjudicación, es decir que exista una empresa favorecida como adjudicataria, tal como lo establece la normativa antes citada, y a diferencia del

rechazo de propuestas, que se configura con la actuación posterior a la recepción de la propuesta, sin recaer en la adjudicación del acto de selección de contratista.

Ahora bien, en cuanto a nuestro distanciamiento del voto mayoritario (ver página 2 de la decisión), consideramos que se le denegaría justicia a los oferentes al suscribir un fallo en tal sentido. El Convenio Marco reviste una naturaleza jurídica peculiar, y es que, los bienes y servicios ofertados no son adquiridos inmediatamente, sino como una especie de puesta a disposición futura de bienes, por parte de cada empresa en el renglón respectivo, pero solamente frente a los oferentes cuyos productos cumplieron con los requisitos establecidos en el pliego de cargos para el acto de selección de contratista No. 2015-1-27-0-99-LM-001270 (Convenio Marco). Con los cuales cada uno de ellos individualizará la orden de compra respectiva, y hasta tanto tal situación no se verifique, sus ofertas contractuales se mantienen en pie, máxime cuando la entidad ha solicitado y realizado actos tendientes a la adquisición de los bienes respectivos a través de una requisición y desplegado conductas tendientes a establecer un estado de cosas (Buena Fe), o al menos a hacer creer ese estado de cosas (la adquisición de los bienes). Veamos el contenido del artículo 35.2 de la ley 22 de 2006 que ilustra mejor la situación planteada:

"Artículo 2. Glosario:...

35. Orden de compra: Documento que utilizan, de manera eventual, las entidades estatales contratantes, **mediante la cual se formaliza la relación contractual de un acto de selección de contratista**, de un procedimiento excepcional o especial de contratación, que no exceda de doscientos cincuenta mil balboas (B/.250.000.00).

En el caso de las órdenes de compra amparadas por un convenio marco, estas no contarán con ningún tipo de restricción con respecto al monto.

...."

Visto de este modo se ratifica la tesis, que (aún aplicable para los Convenios Marcos), la relación contractual no se formalizará hasta la expedición en debida forma de la orden de compra, y hasta ese momento los ofertantes lo que mantienen es una especie de oferta vigente para el respectivo renglón (puesta a disposición futura), que tampoco, una vez solicitado el servicios a través de una requisición no podrán ser rechazadas sin mayor fundamentación o motivación por la entidad, ya que se harán extensivas la normatividad aplicable al rechazo de ofertas; ciertamente frente a una legítima expectativa de las empresas oferentes, en un ciclo precontractual que, a nuestro juicio, no se ha cerrado.

En ese mismo sentido se debe considerar lo dispuesto en el literal b del artículo 12 de la ley 22 de 2006, los artículos 108, 111 y 113 del decreto ejecutivo 366 de 2006, que a la letra establecen lo siguiente:

"Artículo 13: (Obligaciones y deberes de las entidades contratantes)

Son obligaciones y deberes de las entidades contratantes las siguientes:

a. ...

b. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la Ley, su reglamento y el pliego de cargos. **El mayor beneficio para el Estado se obtiene cuando a un precio razonable y competitivo se logra la mejor calidad posible."**

Artículo 108: (Presentación de la propuesta)

Los proponentes entregarán su oferta electrónica o impresa en el lugar, fecha y hora señalada en el pliego de cargos. **La oferta debe contener expresamente el precio ofertado por unidad, los descuentos por volumen, el tiempo de entrega así como otros factores determinantes para la descripción o identificación del producto o servicio que se requiera. Esta descripción o identificación del producto o servicio debe ajustarse a los requisitos exigidos en el pliego de cargos para poderlos clasificar adecuadamente en el Catálogo Electrónico de Productos y Servicios"**.

Artículo 111: (Reglas para la celebración de la licitación para convenio marco)

En el acto de celebración de la licitación para convenio marco se observarán las siguientes reglas:

...f). La Dirección General de Contrataciones Públicas en su condición de ente licitante evaluará el cumplimiento de todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

g) Hecha la verificación a que se refiere el párrafo anterior, si la Dirección General de Contrataciones Públicas comprueba el cumplimiento de todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos por los proponentes, adjudicará dicho acto público, a uno o más proponentes que hayan cumplido con los criterios de selección, o declarará desierto el acto por el incumplimiento de los requisitos y las exigencias del pliego de cargos por parte de todos los proponentes.

.....

k) Transcurridos los cinco (5) días hábiles a que alude el literal anterior sin que se haya interpuesto ninguna acción en contra del acto administrativo mediante el cual se **adjudica la licitación para convenio marco, éste se considerará ejecutoriado y la entidad contratante procederá a celebrar el convenio marco respectivo con él o los proponentes a quienes se le adjudicó el acto público.** (Art. 46 L 22-2006) ..."

Artículo 113: (Formalización del contrato y refrendo)

Una vez adjudicado el acto de licitación para convenio marco al proponente o proponentes favorecidos, se procederá a formalizar mediante contrato las condiciones generales y particulares **con cada proponente.**

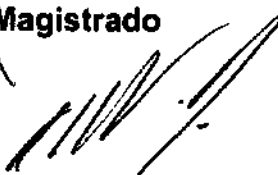
El contrato que formalice el convenio marco no requerirá el refrendo de la Contraloría General de la República por no conllevar la erogación de fondos públicos. Sin embargo, las órdenes de compra que emitan las instituciones del Estado para la adquisición de productos o servicios bajo la modalidad de convenio marco deberán ser refrendadas por la

Contraloría General de la República. (Art. 46
L 22-2006, véase también el Art. 55 literal c, Ley 32 de 1984).
(Lo resaltado es nuestro)

La situación planteada permite concluir que debe resguardarse en este Tribunal en sede administrativa los posibles daños y vulneración de derechos dimanantes de esta actuación por parte de la entidad, la cual utiliza la facultad de discreción de rechazo de oferta colocando de esta forma a la empresa contratista en un estado de indefensión, en vista que creemos que en este caso somos el juez natural en principio, en virtud de la atracción de la materia objeto de litigio hacia este Tribunal.

Por consiguiente y dejando ut supra nuestra opinión, expresamos que este Tribunal debió entrar en el conocimiento del recurso de impugnación presentado y revisar el fondo de las pretensiones incoadas, teniendo por razón tanto el resguardo de los intereses subjetivos del recurrente como 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.



JAR/c.a.c.y.

2019-01-18 A.D. 21