



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS
RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 047-2018

RECURRENTE: GRUPO INDEX, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resuelto N°1662 de 12 de abril de 2018 decretado por el Ministerio de Educación dentro del acto de selección de contratista por licitación pública N°2017-0-07-0-08-LP-032955

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN No. 124-2018-Pleno/TACP de 11 de junio 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 noviembre de 2017 a las 4:19 p.m. el Ministerio de Educación, 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°2017-0-07-0-08-LP-032955, por licitación pública, cuyo objeto contractual consiste en SUMINISTRO, ENTREGA Y ARMADO DE MOBILIARIO ESCOLAR Y ADMINISTRATIVO PARA EL CENTRO EDUCATIVO COLINAS DE PACORA, en el que participaron tres empresas a saber: BH CORP, S.A. con una propuesta por la suma de B/.981,161.16, WHITE STORAGE, S.A. presentó una propuesta por la suma de B/. 906,788.38 y la empresa GRUPO INDEX, S.A. por un monto e B/.906, 838.75; siendo el precio de referencia por la suma de B/. 1,007,598.61.

SI R



La entidad, mediante resuelto N°1662 de 12 de abril de 2018, adjudicó el acto público de selección de contratista N°2017-0-07-0-08-LP-032955 a la empresa WHITE STORAGE, S.A., por un monto de B/. 906,788.38 (F.08-11); no obstante, dicha decisión fue objeto de recurso de impugnación por parte del licenciado JEIKO PALMA KUZMICIC por considerar que su representado, GRUPO INDEX, S.A., cumple con los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Posteriormente, mediante resolución N°046-2018 de 20 de abril de 2018, este Tribunal dispuso admitir la acción recursiva presentada y ordenó dar en traslado a la entidad, así como también, solicitó el informe de conducta y copias debidamente autenticadas del expediente administrativo, todo lo cual fue remitido, luego de concedida una prórroga el día 3 de mayo de 2018. (fs.80-83)

II. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

En lo medular de su escrito, el licenciado JEIKO PALMA KUZMICIC, en representación de la empresa GRUPO INDEX, S.A., indicó que la comisión verificadora procedió a valorar la propuesta más baja y registró un resultado incorrecto en el uso de la fórmula para establecer la riesgosity de la propuesta de menor precio presentada por la empresa WHITE STORAGE.

Añade que, de forma aritmética se evidencia que la propuesta económica presentada por la empresa WHITE STORAGE, S.A. es riesgosa, ya que, excede el porcentaje establecido de menos diez por ciento; y que, respecto a ese cálculo de porcentaje no se pueden practicar las reglas de redondeo, sino una regla de comparación de mayor que (>) menor que (<) igual (=).

Refiere que su representada presentó:

- Acción de reclamo el día 5 de enero de 2018, admitida por la Dirección General de Contrataciones públicas mediante Resolución N°DF-014-2018 de 8 de enero de 2018, en la que ordenaron realizar un nuevo informe, a través de Resolución N°DF-056-2018 de 22 de enero de 2018. En esta se consideró la propuesta de WHITE STORAGE, S.A., como riesgosa; no obstante, el MEDUCA realiza una nueva evaluación técnica y la comisión verificadora volvió a recomendar a la referida empresa.
- En atención a dicho acto, la empresa impugnante presentó el 6 de febrero de 2018 formal acción de reclamo, obteniendo los mismos resultados, así como también, el día 9 de marzo de 2018. Posteriormente, mediante Resolución N°DF-218-2018 de 16 de marzo de 2018 la Dirección General de Contrataciones Públicas ordenó anular totalmente el primer informe y realizar uno nuevo, con la observación de que la propuesta de WHITE STORAGE es riesgosa. No obstante, lo expuesto, el MEDUCA, por tercera vez, volvió a recomendar a la empresa que hoy es la adjudicataria, haciendo caso omiso a las observaciones realizadas.

21



Por último, solicitó que se deje sin efecto el Resuelto N°1662 de 12 de abril de 2018 y que se ordene al Ministerio de Educación la verificación y adjudicación a su representada GRUPO INDEX, S.A. (Fs.15-20)

III. ALEGATOS DE TERCEROS

Transcurrido el término para la presentación de alegatos, LA EMPRESA WHITE STORAGE, S.A. presentó escrito de alegatos en el que señaló que la comisión verificadora realizó un informe de manera detallada donde explica cómo se calcula la rigurosidad en este acto público, quedando en evidencia que la propuesta de su cliente no era riesgosa y cumplía con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos, encontrándose que cumplió a cabalidad con cada una de las especificaciones establecidas y por lo tanto, actuó con objetividad y legalidad como lo establece la Ley de Contrataciones Públicas.

Refiere que la Dirección General de Contrataciones Públicas no utilizó la fórmula establecida dentro del Pliego de Cargos, donde se explican los términos para calcular la riesgosity como lo detalla el punto tercero: "la diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia supere en negativo el 10% (-10%), aplicando la fórmula $(PDR-PTO)/PDR$ " y como lo establece la Ley de Contrataciones Públicas, no es facultad de la Dirección de Contrataciones Públicas establecer si una propuesta es riesgosa o no, solamente pueden hacer un análisis jurídico referente a lo actuado por parte de la Comisión Verificadora, y si sus argumentos en el informe se hizo con apego a la Ley de Contrataciones Públicas y el Pliego de Cargos y que además en ninguno de los artículos de la referida ley establece cómo debe calcularse la onerosidad/riesgosity. Por lo anterior, solicitó que se confirme el Resuelto N°1662 de 12 de abril de 2018. (fs.54-61)

IV. ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL

Analizadas las constancias procesales que conforman el presente expediente administrativo, observamos que se trata de un acto de selección de contratista (Licitación Pública), el cual fue publicado durante la vigencia de la Ley N°22 de 2006, según había sido ordenada por la Ley N°48 de 2011, por lo que, el fondo del asunto será tratado bajo tales normas de derecho.

Según la referida Ley, la licitación pública 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. (art.42 lex cit)

En ese orden de ideas, tenemos, tal como hemos esbozado en los antecedentes de la presente resolución, que este acto versa sobre una licitación pública para el "Suministro, entrega y armado de mobiliario escolar y Administrativo para el

21 R



Centro educativo Colinas de Pacora” con un precio de referencia por la suma B/. 1,007,598.61, y con un porcentaje de riesgosisdad fijado por el pliego de cargos en el 10.00% de la siguiente manera:

La entidad licitante, rechazará las propuestas que considere riesgosas, onerosas o gravosas para sus intereses. Para los efectos correspondientes se consideran propuestas riesgosas aquellas en las que la diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia supere en negativo el diez por ciento (-10%) aplicando la siguiente formula $(PDR - PTO) / PDR$; y onerosas aquellas que sean presentadas por un monto superior al precio de referencia donde la diferencia sea mayor al diez por ciento (10 %) del precio de referencia, aplicando la siguiente formula $(PDR - PTO) / PDR$ (Artículo 153 y 154 del Decreto 366 de 28 de diciembre de 2006), para los efectos se tendrá que:

*PDR = PRECIO DE REFERENCIA
PTO = PRECIO TOTAL OFERTADO.*

En este caso particular, el porcentaje de riesgosisdad y onerosidad establecido en el pliego de cargos es del 10%, luego en adenda #2 hacen referencia a la fórmula mediante la cual debe obtenerse este resultado, sin embargo, cualesquiera fórmulas que se utilicen para calcular el porcentaje (%) de una cifra, el resultado debe ser el mismo; así las cosas, tenemos que, sobre la base del precio de referencia, el 10% de esa cantidad arroja un total de B/. 100,759.86. Lo anterior da como resultado que las sumas máximas de la propuesta no pueden exceder de B/. 1,108,358.47 y el monto mínimo de las ofertas que se presenten no pueden ser menores a B/. 906,838.75.

$$\frac{1,007,598.61 \times 10}{100} = 100,759.86$$

Teniendo claras las cifras, podemos señalar que la empresa WHITE STORAGE, S.A. presentó una propuesta riesgosa, puesto que tal como se desprende ofreció por el monto de B/. 906,788.38, lo cual representa B/.50.37 por debajo del 10% del precio de referencia. Aunado a ello, debemos indicar que el formulario de desglose no fue presentado con la información detallada y específica de los bienes requeridos por la entidad; al respecto obsérvese el documento aportado de folios 221-226 en el que, por ejemplo, el renglón uno describe:

item	Descripción	unidad	cantidad	Precio unitario	Costo total
1	SILLA PARA PRIMARIA (1°,2° Y 3°). MODELO: SC-125 MARCA: SCHOLAR CRAFT CASA PRODUCTORA: SCHOLAR CRAFT, INC PAÍS DE ORIGEN: ESTADOS UNIDOS	1	360	52.20	18,792.00

Dicha descripción del producto, en comparación con el detalle que establece el pliego de cargos, carece de toda la información necesaria para determinar si la silla que se está entregando es la que específicamente requiere la entidad, y así sucede con todos los renglones. (véase renglón #1 a folio 103)

Handwritten signature in blue ink.



En ese sentido, consideramos que la empresa WHITE STORAGE, S.A. no cumple con los requisitos del pliego de cargos y por ende, no debe ser beneficiada con la adjudicación del acto público que nos ocupa.

Seguidamente procedemos al análisis de la propuesta que sigue según el precio ofertado, es decir, GRUPO INDEX, S.A. A folio 291 se observa la fianza de propuesta, la cual cumple con los parámetros de ley, formulario de propuesta en el que se indica que la oferta es por el monto de B/.906,838.75 (fs.292-293), Listado de desglose de precios en el que se describe por renglón el detalle de cada uno de los bienes requeridos por la entidad (fs.294-301), certificado de existencia (f.302); así como también toda la documentación referida a los paz y salvo, Aviso de Operación y medidas de retorsión, carta de intención de financiamiento (f.312), referencia bancaria (f.313), certificación de crédito comercial (f.330), cartas de aceptación final (f.331-333), ficha técnica (fs.315-329), declaración de capacidad para contratar (f.314). Por lo anterior, tomando en cuenta que es la segunda oferta con el precio más bajo, corresponde a esta colegiatura revocar el resuelto venido en grado de impugnación y reestablecer el derecho a la empresa que, verificados los documentos aportados, es la que cumple a cabalidad, tanto en propuesta económica, como en los requisitos exigidos por el pliego de cargos.

Debe acotarse que el artículo 120 de la ley positiva otorga a este Tribunal la facultad de conocer en única instancia en los procedimientos de selección de contratista, recurso de impugnación en contra del acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas emitidas por las entidades. Ello en concordancia con lo que al respecto dispone el Decreto Ejecutivo N° 366 de 28 de diciembre de 2006 que, en el artículo 354 señala: "*El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a:*

- a) *Confirmar lo actuado por la entidad contratante,*
- b) *Modificar lo actuado por la entidad contratante,*
- c) ***Revocar lo actuado por la entidad contratante, restableciendo el derecho vulnerado,***
- d) *Anular lo actuado por la entidad".*

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 realizado por la secretaría general de este Tribunal.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes el Resuelto N°1662 de 12 de abril de 2018 proferido por EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN mediante el cual se adjudicó el acto de

selección de contratista 2017-0-07-0-08-LP-032955 a la empresa WHITE STORAGE, S.A. por un monto de B/. 906,788.38.

SEGUNDO: RESTABLECER el derecho vulnerado y **ADJUDICAR** el acto público 2017-0-07-0-08-LP-032955 a la empresa GRUPO INDEX, S.A., según lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, por ser la propuesta que cumplió con los requerimientos del pliego de cargos.

TERCERO: ORDENAR la devolución al impugnante de la Fianza del Recurso de Impugnación de la Compañía ALIADO SEGUROS por un monto de B/. 136,025.81 a orden de Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiario el Ministerio de Educación y la Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a folio 25 del expediente del Tribunal.

CUARTO: DEVOLVER el expediente Administrativo del acto público 2017-0-07-0-08-LP-032955 a la entidad Ministerio de Educación, contentivo de un (1) tomo integrado por 452 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 transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su presentación en el portal.

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°0047-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 11, numeral 30, 103, 120, 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; Artículo 145 del Texto Único de la Ley N°22 de 2006 reordenada por la Ley N°61 de 2017. 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
Con salvamento de voto

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

ALBERTO C. VÁSQUEZ REYES
Secretario General





República de Panamá
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Expediente: 047-2017

Partes: **GRUPO INDEX, S.A. vs MEDUCA**

Resolución N°124-2018-Pleno/TACP de 11 de junio de 2018 (Decisión).

Con el debido respeto, manifestamos que nos apartamos de la decisión de mayoría, consigna en la Resolución N°124-2018-Pleno/TACP de 11 de junio de 2018 (Decisión), por las siguientes razones:

1. El pliego de cargos estableció el mecanismo para la determinación de las propuestas que pudieran considerarse riesgosa, indicando que:

“La entidad licitante, rechazará las propuestas que considere riesgosas, onerosas o gravosas para sus intereses. **Para los efectos correspondientes se consideran propuestas riesgosas aquellas en las que la diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia supere en negativo el diez por ciento (-10%) aplicando la siguiente formula $(PDR - PTO) / PDR$ o que en la evaluación de la Experiencia y Capacidad Técnica obtenga un puntaje inferior a cuarenta (40) puntos y onerosas aquellas que sean presentadas por un monto superior al precio de referencia donde la diferencia sea mayor al diez por ciento (10 %) del precio de referencia, aplicando la siguiente formula $(PDR - PTO) / PDR$ (Artículo 153 y 154 del Decreto 366 de 28 de diciembre de 2006), para los efectos se tendrá que:**

PDR = PRECIO DE REFERENCIA

PTO = PRECIO TOTAL OFERTADO”.

2. Con posterioridad la entidad publicó la Adenda N° 2 al pliego de cargos, y con relación a las propuestas riesgosas, onerosas o gravosas, quedó establecido que:

Se consideran riesgosas las propuestas que ofrezcan un precio o condiciones técnicas o de otro tipo con el cual materialmente resulte difícil cumplir el objeto del contrato. En cuanto al precio, el pliego de cargos podrá establecer el porcentaje máximo para efectos de considerar el margen de riesgo. (Artículo 153, del Decreto Ejecutivo No. 366, de 28 de diciembre de 2006).

.....
La entidad licitante, rechazará las propuestas que considere riesgosas, onerosas o gravosas para sus intereses. **Para los efectos correspondientes se consideran propuestas riesgosas aquellas en las que la diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia supere en negativo el diez por ciento (-10%) aplicando la siguiente formula $(PDR - PTO) / PDR$; y onerosas aquellas que sean presentadas por un monto superior al precio de referencia donde la diferencia sea mayor al diez por ciento (10 %) del precio de referencia, aplicando la siguiente formula $(PDR - PTO) / PDR$**

✓



(Artículo 153 y 154 del Decreto 366 de 28 de diciembre de 2006), para los efectos se tendrá que:

PDR = PRECIO DE REFERENCIA
PTO = PRECIO TOTAL OFERTADO.

3. Téngase en cuenta que ni el Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula las contrataciones públicas, ordenado por la Ley 48 de 2011, ni el Decreto Ejecutivo 366 de 2006, normas aplicables al tiempo de la convocatoria del presente acto público de selección de contratistas, establecían una fórmula para determinar las propuestas riesgosas u onerosas, sino que permite que la misma se defina en el pliego de cargos. En este orden de ideas, se pronuncia el segundo párrafo del artículo 153 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, al indicar que: ***“En cuanto al precio, el pliego de cargos podrá establecer el porcentaje máximo para efectos de considerar el margen de riesgo”.***
4. Por tanto, somos del criterio que la fórmula de determinación de las propuestas riesgosas señalada en el pliego de cargos, se excede al mandato reglamentario, por cuanto este determina que el pliego de cargos establecerá el porcentaje máximo para efectos de considerar el margen de riesgo de las propuestas. En tanto, en el presente acto de selección de contratista se estableció una fórmula, así:

Se consideran propuestas riesgosas aquellas en las que la diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia supere en negativo el diez por ciento (-10%) aplicando la siguiente formula (PDR - PTO) / PDR; PDR = PRECIO DE REFERENCIA
PTO = PRECIO TOTAL OFERTADO.

PRECIO DE REFERENCIA (PDR) - PRECIO TOTAL OFERTADO (PTO)	= PORCENTAJE DE RIESGOSIDAD
PRECIO DE REFERENCIA	

De esta forma, se considerarían propuestas riesgosas aquellas en las que la diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia supere en negativo el diez por ciento (-10%).

21



5. En cuanto a la propuesta presentada por la empresa adjudicataria **WHITE STORAGE, S.A.**, tenemos:

WHITE STORAGE, S.A. 1,007,598.61 (PDR) – 906,788.38 (PTO)	= PORCENTAJE DE RIESGOSIDAD
1,007,598.61 (PDR)	

WHITE STORAGE, S.A. (PDR) – (PTO) = 100,810.23	= 0.100049989 PORCENTAJE DE RIESGOSIDAD
1,007,598.61 (PDR)	

Contrario a lo manifestado por la recurrente, el porcentaje no supera en negativo el diez por ciento (-10%). Al contrario, al aplicar la fórmula planteada, da como resultado un numero decimal en positivo de **0.100049989**.

6. Tal como señaló el pliego de cargos (Adenda N°2), **para los efectos correspondientes se consideran propuestas riesgosas aquellas en las que la diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia supere en negativo el diez por ciento (-10%).**

Se observa que la diferencia entre el precio de referencia y el precio total ofertado por la empresa adjudicataria **WHITE STORAGE, S.A.** es de **B/. 100,810.23**; mientras que, para que exista una diferencia en negativo que supere el diez por ciento (-10%), la diferencia entre el **PRECIO DE REFERENCIA** menos el **PRECIO TOTAL OFERTADO**, debía ser inferior al monto de **B/. 100,759.86**, que representa el 10% del precio de referencia.
(PDR) B/. 1,007,598.61 x 10% = B/. 100,759.86

En consecuencia, a nuestro criterio, la propuesta de la empresa adjudicataria no resultaría riesgosa dentro del presente acto público, debido a que la diferencia entre el precio total ofertado y el precio de referencia no supera en negativo el diez por ciento, si se atiende la descripción en letras de la fórmula dada por el pliego de cargos.

7. Aplicar la fórmula de determinación del porcentaje de riesgosity que se indica en la decisión de mayoría resulta contraria al principio de igualdad de oportunidad de los proponentes, debido a que el pliego de cargos fijó claramente



el método para su determinación, y sobre esa base concurrieron todos los oferentes.

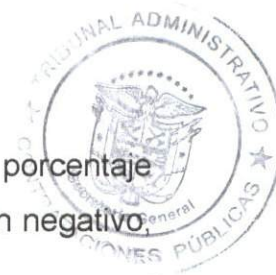
8. Ahora bien, visto desde otra perspectiva, podríamos concluir que el pliego de cargos a través de la Adenda N°2, indujo a error a los proponentes, puesto que la descripción en letras de la fórmula para determinar las propuestas riesgosas, no resulta igual a la ecuación matemática. Observemos, la Adenda 2 indicó: **Para los efectos correspondientes se consideran propuestas riesgosas aquellas en las que la diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia supere en negativo el diez por ciento (-10%),** sin embargo, la ecuación matemática no se planteó como precio total ofertado menos precio de referencia, sino, al revés, precio de referencia menos precio total ofertado, al señalarse: aplicando la siguiente formula **$(PDR - PTO) / PDR$** , donde PDR = PRECIO DE REFERENCIA; y PTO = PRECIO TOTAL OFERTADO.

En ese orden de ideas, si la ecuación matemática atendiera la descripción en letras de la fórmula de determinación de las propuestas riesgosas (**diferencia entre el monto total ofertado y el precio de referencia**), la misma debió ser: **$(PTO - PDR) / PDR$** , donde PTO = PRECIO TOTAL OFERTADO; y PDR = PRECIO DE REFERENCIA, Solo así, se podrían obtener porcentajes negativos que superen el diez por ciento (-10%). Veamos un ejemplo con la propuesta de la empresa adjudicataria, invirtiendo la ecuación matemática según la descripción en letras de la fórmula de riesgosisdad:

WHITE STORAGE, SA	= PORCENTAJE DE RIESGOSIDAD
PRECIO TOTAL OFERTADO (PTO)- PRECIO DE REFERENCIA (PDR)	
906,788.38 (PTO) - 1,007,598.61 (PDR)	
1,007,598.61 (PDR)	

WHITE STORAGE, SA	= - 0.100049989 PORCENTAJE DE RIESGOSIDAD
(PTO) - (PDR) = - 100,810.23 (diferencia negativa)	
1,007,598.61 (PDR)	

21



No obstante, al aplicar las reglas de redondeo de decimales, el porcentaje negativo de - **0.100049989** no resultaría mayor de diez por ciento en negativo, puesto que redondeado quedaría así: - 0.10

Bajo este análisis, correspondería anular el pliego de cargos por haber inducido a error a los proponentes y de contenido imposible.

La anulación del pliego de cargos también estaría sustentada en el citado artículo 153 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, por cuanto la norma reglamentaria dispone que el pliego podrá establecer un porcentaje máximo para efectos de determinar el margen riesgo: ***“En cuanto al precio, el pliego de cargos podrá establecer el porcentaje máximo para efectos de considerar el margen de riesgo”.***

9. De otra parte, en cuanto a la censura al formulario de propuesta presentado por la empresa adjudicataria, tampoco compartimos la misma, debido a que el formulario de propuesta proporcionado por la entidad contratante no contiene la descripción taxativa de cada uno de los renglones según se observa en el requerimiento de los bienes enunciados en el pliego de cargos. El formulario de propuesta indica: **ACEPTAMOS SIN RESTRICCIONES, NI OBJECCIONES TODO EL CONTENIDO DEL PLEGO DE CARGOS.**

En el instructivo del formulario de propuesta tampoco se señala que deban describirse en el mismo, taxativamente los bienes requeridos por el pliego de cargos.

Es más, el pliego de cargos, a través de la Adenda 2, lo que requirió fue que, de manera complementaria, el proponente debía presentar un desglose de los bienes ofertados o propuestos donde se observe al menos, **cuando aplique**, precios unitarios y total, marca, modelo, serie y país de origen, lo que, en nuestra opinión, fue cumplido por la empresa adjudicataria **WHITE STORAGE, S.A.**

La Adenda 2 dispuso:

2.71. Requisitos mínimos obligatorios.

Formulario de Propuesta: debidamente complementado, de acuerdo a lo exigido en este Pliego de Cargos. El Formulario de Propuesta deberá estar firmado por el Representante del Proponente o Apoderado. Cuando se trate de una Persona Jurídica, deberá estar firmado por el Representante Legal o Apoderado Legal de la Sociedad. En caso que se presente en Consorcio o Asociación Accidental, se debe presentar un solo Formulario de Propuesta, el cual deberá estar firmado por el Representante del Consorcio. La Propuesta deberá



corresponder, en todas sus partes, con el del modelo incluido en el presente Pliego de Cargos. (Ver modelo en el capítulo IV). El proponente deberá presentar de (manera complementaria) un desglose de los bienes ofertados o propuestos donde se observe al menos, cuando aplique (precios unitarios y total, marca, modelo, serie y país de origen).

Otros Requisitos

1. **Formulario de Propuesta:** debidamente complementado, de acuerdo a lo exigido en este Pliego de Cargos. El Formulario de Propuesta deberá estar firmado por el Representante del Proponente o Apoderado. Cuando se trate de una Persona Jurídica, deberá estar firmado por el Representante Legal o Apoderado Legal de la Sociedad. En caso que se presente en Consorcio o Asociación Accidental, se debe presentar un solo Formulario de Propuesta, el cual deberá estar firmado por el Representante del Consorcio. La Propuesta deberá corresponder, en todas sus partes, con el del modelo incluido en el presente Pliego de Cargos. (Ver modelo en el capítulo IV).
2. El proponente deberá presentar de (manera complementaria) un desglose de los bienes ofertados o propuestos donde se observe al menos, cuando aplique (precios unitarios y total, marca, modelo, serie y país de origen).

10. Ahora bien, habiendo advertido los vicios en que incurrió el pliego de cargos, respecto a al establecimiento de una fórmula para la determinación del margen de riesgosisdad, fórmula cuya ecuación matemática no coincide con la descripción de la misma en palabras, lo que procedía era la anulación absoluta del acto público de selección de contratista por ser de contenido imposible, según lo consagra el artículo 135 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, en concordancia con el artículo 100 de la Ley 67 de 2017:

“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”.

La Resolución de mayoría concluye que el porcentaje de riesgosisdad establecido en el pliego de cargos es de 10%, contrario a lo señalado por el pliego de cargos. Esta conclusión desconoce el principio de igualdad y de libre concurrencia de los proponentes, que buscan (i) proteger los intereses económicos del Estado y sus instituciones mediante la promoción de la máxima competencia posible; y (ii) garantizar la igualdad de acceso a la contratación pública, por cuanto, el pliego de cargos no estableció reglas claras y objetivas para la participación en igualdad de condiciones de todos los proponentes.

31

Concluir, como lo hace la decisión mayoritaria que el porcentaje de riesgosisdad era de 10%, sin atender los errores a los que indujo la fórmula propuesta por el pliego de cargos, acarrea la vulneración de los principios enunciados, por ello, reiteramos que, en todo caso, ha debido anularse el acto público de selección de contratista.

Por lo expuesto, salvamos el voto,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

