



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.: 049-2018

RECURRENTE: SCOOTING PANAMÁ, INC.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones No.018 de 23 de abril de 2018, por el cual se adjudicó el acto público de selección de contratista por Contratación Menor No.2018-2-79-1-08-CM-000724, proferido por MERCADOS NACIONALES DE CADENA DE FRÍO, S.A.

MAGISTRADO PONENTE: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN No.143-2018-Pleno/TACP de 29 de junio de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, crea en su artículo 136 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República de Panamá, el cual tiene competencia para conocer en única instancia de los recursos de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

I. ANTECEDENTES.

El 11 de abril de 2018 MERCADOS NACIONALES DE LA CADENA DE FRÍO, S.A., convocó el acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-2-79-1-08-CM-000724, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas PanamaCompra, para el "SERVICIO DE PODA GRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE JARDINES, AREAS VERDES, BOULEVAR Y ROTONDAS DE TODO EL MERCADO PUBLICO DE PANAMÁ" (sic), con precio de referencia de CUARENTA Y SEIS MIL DIEZ BALBOAS CON 00/100 (B/.46,010.00).

En el acto público participaron los proponentes a continuación detallados:

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
E-8-101585	Fradis Lugin Berne Soto	17-04-2018 05:07 a.m.	34,068.80
597564-1-451182-53	Scooting Panama	16-04-2018 07:35 p.m.	45,796.00
8--381-330-11	zadie janeth muñoz	17-04-2018 09:18 a.m.	41,859.51
613458-1-453512-70	Panama Waste Managemet S.A.	17-04-2018 09:30 a.m.	39,804.00
1863250-1-715740	PRONTO ASEO	17-04-2018 10:49 a.m.	41,944.00
6--713-783-50	Rodolfo Flavio	17-04-2018 09:11 a.m.	41,601.94

La entidad licitante publicó en *PanamaCompra*, el Cuadro de Cotizaciones No.018 de 23 de abril de 2018, por el cual adjudicó el acto público en estudio, pronunciando que el 27 de abril de 2018 fue objeto de recurso de impugnación.



ante este Tribunal, por la licenciada Meredith Cheryl Taylor Jaén, ~~abogada y~~ representante legal de la empresa SCOOTING PANAMÁ, INC.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Previo verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación, el Tribunal procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo a través de la Resolución No.049-2018-Pleno/TACP de 27 de abril de 2018 (Admisión), publicada el 2 de mayo de 2018 en el sistema electrónico *PanamaCompra*.

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

A criterio de la parte actora la Evaluación Técnica de las propuestas participantes, no es acertada debido a que FRADIS LUGIN BERNE SOTO (ESTABLECIMIENTO COMERCIAL MULTISERVICIOS BUENOS Y SEGUROS), adjudicatario del acto público en estudio, no presentó la declaración jurada certificando que no se encuentra incapacitado para contratar con las entidades estatales, conforme el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018.

Argumentó que la recurrente fue la única proponente que presentó la declaración jurada antes referida, en consecuencia solicitó a este Tribunal dejar sin efecto el acto administrativo impugnado y ordenar a la entidad contratante restablecer el derecho vulnerado, adjudicando el acto público No.2018-2-79-1-08-CM-000724 a la empresa SCOOTING PANAMÁ, INC.

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

Mediante Nota No.MNCF/GG/AL/No.112-2018 de 8 de mayo de 2018, suscrita por el Gerente General de MERCADOS NACIONALES DE LA CADENA DE FRÍO, S.A., fueron recibidos el 9 de mayo de 2018 en la Secretaría General de este Tribunal, el informe de conducta y fotocopia autenticada del expediente administrativo (foja 035 a 040 del expediente jurídico), dentro del término de ley.

Dicho informe en lo medular señala que en el pliego de cargos del acto público que nos ocupa, no se solicitó a los proponentes presentar la declaración jurada, contenida en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, dado que el sistema *PanamaCompra* no se encontraba actualizado con dicha reglamentación.

V. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 148 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, este Tribunal procede de inmediato a resolver el fondo del presente recurso, tomando en consideración que el mismo versa sobre aspectos estrictamente jurídicos.

Iniciamos nuestro estudio señalando que el procedimiento de selección de contratista adjudicado es una Contratación Menor, consagrada en el artículo 52 de la Ley de Contratación Pública, permite de "*manera expedita, la adquisición de bienes, servicios y obras que no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación*" que dispone dicha Ley.



El criterio de selección instaurado en la Compra Menor No.2018-2-79-1-08 CM 000724, fue que se adjudicaría al proponente que ofertara el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Como quedó expuesto, la disconformidad de la empresa recurrente se concreta en que la entidad licitante, adjudicó el acto público a FRADIS LUGIN BERNE SOTO pese a que omitió la declaración jurada certificando que no se encuentra incapacitado para contratar con las entidades estatales, conforme al artículo 4 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018.

Por su parte, MERCADOS NACIONALES DE LA CADENA DE FRÍO, S.A. se opuso señalando que, conforme al principio de igualdad de los proponentes, la adjudicación debe hacerse sobre los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos, dentro de los que no se estableció la presentación de la declaración jurada contenida en el artículo antes mencionado, debido que en la fecha en que fue convocado el acto público, el sistema *PanamaCompra* no se encontraba actualizado con la reglamentación de la Ley de Contratación Pública.

Ahora bien, debido a la obligación que tiene el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de motivar posturas y enfoque de las diversas situaciones de índole jurídico, nos corresponde entrar a dilucidar la controversia referente a lo argumentado por la recurrente, frente a lo indicado por la entidad licitante, así como analizar cada una de las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo y en el registro electrónico del acto público de marras.

En ese sentido corroboramos lo indicado por la entidad y es que dentro de los requisitos del pliego de cargos no se contempló la obligación a los proponentes de presentar la declaración jurada, contenida en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, que en su letra señala lo siguiente:

"Sección 3a.

Incapacidad Legal para Contratar

Artículo 4. Incapacidad legal para contratar. *Podrán contratar con las entidades estatales las personas naturales capaces conforme al Derecho Común, y las personas jurídicas legalmente constituidas, sean nacionales o extranjeras, siempre que no se encuentren comprendidas dentro de alguna de las situaciones descritas en el artículo 19 del Texto Único de la Ley 22 de 2006.*

Los proponentes deberán presentar junto con su oferta una declaración jurada suscrita por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica en la que deberán certificar que no se encuentran incapacitados para contratar con las entidades estatales.

Cuando la entidad licitante determine, antes de la adjudicación, que alguno de los proponentes carece de capacidad para contratar con el Estado desestimaré la propuesta motivándolo en la resolución que pone fin a la etapa precontractual.

En ningún caso se podrá perfeccionar el contrato si el adjudicatario carece de capacidad legal para contratar."

(el subrayado es nuestro)

Citado lo anterior, estimamos oportuno referirnos a la vigencia del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, que reglamenta la Ley 22 de 2006 que regula la Contratación Pública, publicado en la Gaceta Oficial No.28502-B de 11 de abril de 2018, que en su artículo 237 estableció que entraría a regir al día siguiente de su promulgación, es decir el 12 de abril de 2018.

91

4



Recordemos que la convocatoria del acto público que nos ocupa fue realizada a través del sistema PanamaCompra el 11 de abril de 2018, y la celebración fue el 17 de abril de 2018, atendiendo los artículo 41 y 42 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017.

Lo previamente indicado, junto a las constancias procesales nos permite establecer que el 11 de abril de 2018, fecha en que se realizó la convocatoria, el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018 no había entrado a regir.

El artículo 3 del Código Civil de la República de Panamá, al referirse a los efectos de la Ley señala que *"Las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos"*.

Al respecto, estimamos oportuno citar un extracto del pronunciamiento emitido el 29 de septiembre de 2014, por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en atención a solicitud especial de suspensión provisional de los efectos de la actuación impugnada, a través de Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad:

"Cabe destacar que esta Sala Tercera, en reiterados fallos se ha referido al tema de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Así, en el fallo de 29 de octubre de 1991 señaló lo siguiente:

"Los límites de la potestad reglamentaria pueden ser de carácter formal o de índole material. Los primeros atañen a la competencia para dictar el reglamento, al respeto por las normas de superior jerarquía, sobre todo a la Constitución y a las leyes, según se prevé en el artículo 15 del Código Civil, y al respecto por el procedimiento legal para la elaboración y promulgación de los reglamentos. Los límites materiales hacen relación con la limitación de la potestad discrecional de reglamentar las leyes, que debe ejercerse en interés público y no Acción contenciosa administrativa Registro Judicial, septiembre de 2014 1124 con abuso o desviación de poder; a la materia que puede ser objeto del reglamento, entendiéndose que el mismo "está ordenado inicialmente al propio campo de funciones que la Administración tiene atribuidas en el concierto público" (Eduardo Enterría y Tomás Ramón Fernández, op. cit. pág. 216) y también se refiere a la irretroactividad de los reglamentos, en virtud del principio previsto en el artículo 43 de la Constitución que, si bien se refiere a las leyes, a fortiori es aplicable a los reglamentos, que están subordinados a las leyes."

(el subrayado es nuestro)

Nuestra Constitución Política en su artículo 46 establece que *"Las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público o de interés social cuando en ellas así se exprese..."*.

Aunado a lo anterior, el artículo 100 de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, por la cual se reformó la Ley 22 de 27 de junio de 2006, señala:

"A los procedimientos de selección de contratista o contratos perfeccionados iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se les aplicarán las normas vigentes al momento de su convocatoria o perfeccionamiento. En la celebración de los procedimientos de selección de contratistas que se efectúen en virtud de acuerdos o convenios de préstamos con organismos financieros internacionales o con gobiernos extranjeros, se aplicarán las disposiciones sobre contratación pactadas en estos acuerdos o convenios."

(el subrayado es nuestro)



Visto lo anterior, tenemos que el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, vigente al momento de la convocatoria del acto público, al referirse al pliego de cargos establece lo siguiente:

“Artículo 33. Estructuración del pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista, del procedimiento excepcional de contratación o del procedimiento especial de contratación, el correspondiente pliego de cargos o términos de referencia, que contendrá:

1. ...
2. Los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista.
3. Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva.
- ...
5. Los requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes.
- ...
8. Las condiciones generales, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales referentes al objeto de la contratación.
- ...”

(el subrayado es nuestro)

En concordancia, los artículos 37 y 39 de la Ley de Contrataciones Públicas, establecen:

“Artículo 37. Condiciones especiales. Las condiciones especiales son las estipulaciones elaboradas por la entidad licitante, aplicables a un procedimiento de selección de contratista determinado, en atención a sus elementos específicos.

Dentro de estas condiciones se incluirán, necesariamente, la forma de adjudicación, si esta se realizará de manera global o por renglón; el método de evaluación cuando proceda y los criterios de ponderación; la determinación del precio de referencia por rubro y total; la necesidad de presentación de declaraciones juradas; los factores objetivos de selección; el plazo para formalizar la adjudicación y la firma del contrato; la forma de pago; las condiciones de trabajo, de subcontratación y de cesión de contrato; las formas de modificar el contrato, los acuerdos suplementarios y los plazos de entrega, entre otros.

En las contrataciones menores, no se les exigirá a las personas naturales de nacionalidad panameña la declaración jurada de medidas de retorsión.”

(el subrayado es nuestro)

Artículo 39. Formularios. Las entidades incluirán, dentro de los pliegos de cargos, los modelos o los formularios necesarios que garanticen la presentación de ofertas en igualdad de oportunidades. Estarán comprendidos dentro de estos, el de propuesta, en caso de que la institución lo estime conveniente; los modelos de las fianzas, las cartas, el proyecto de contrato y el modelo del convenio de asociación accidental, entre otros.

(el subrayado es nuestro)

Adicionalmente el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, respecto al Principio de igualdad de los proponentes, indica en el artículo 28 lo siguiente:

“Este principio tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

[Handwritten signature]



1. Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro.
2. Las entidades no podrán fijar en los pliegos de cargos cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas comerciales, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.
3. La adjudicación deberá hacerse sobre los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos, no pudiendo después de esta modificar condiciones sobre las que se efectuó el acto público.
4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías."

(el subrayado es nuestro)

Así también la referida excerta legal, en cuanto a las obligaciones de las entidades contratantes, señala en su artículo 16:

"Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

1. Acatar las instrucciones y los dictámenes emanados de la Dirección General de Contrataciones Públicas.
2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.
3. Seleccionar al contratista en forma objetiva y justa. Es objetiva y justa la selección en la cual se escoge la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que esta busca, con base en lo estipulado en el pliego de cargos y en las disposiciones jurídicas. Esta obligación también le corresponde a los funcionarios de la entidad licitante.

..."

(el subrayado es nuestro)

Los anteriores razonamientos conducen a este Tribunal a señalar a la parte actora, que no le asiste razón, por cuanto el Decreto Ejecutivo 40 de 11 de abril de 2018, que reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, no se encontraba vigente al momento de la convocatoria del procedimiento de selección de contratista en estudio y por ende la declaración jurada contenida en el artículo 4 del reglamento, no forma parte de los requisitos y exigencias del pliego de cargos del acto público para la Contratación Menor No.2018-2-79-1-08-CM-000724.

Pretender evaluar las propuestas participantes, con base en requisitos no contenidos en el pliego de cargos, sería contrario a la selección de proponentes de forma objetiva y justa, propugnada en las normas y principios de la Contratación Pública en Panamá.

Procedemos con el análisis de las propuestas participantes, cuya oferta de menor precio fue presentada por FRADIS LUGIN BERNE SOTO (ESTABLECIMIENTO COMERCIAL MULTISERVICIOS BUENOS Y SEGUROS), adjudicatario del acto público por la suma de TREINTA Y CUATRO MIL SESENTA Y OCHO BALBOAS CON 80/00 (B/.34,068.80), en la que encontramos la Declaración Jurada de Medidas de Retorsión (foja 167 del expediente administrativo), que fue nuevamente presentada dentro del periodo de subsanación establecido en el pliego de cargos (foja 186 del expediente administrativo), sin embargo, si bien fue actualizada la fecha del documento, conforme el numeral 2 del apartado "Otros Requisitos", dicha declaración no contiene todos los elementos requeridos en el artículo 12 de la Ley 48 de 2016, que dicho sea de paso la entidad incluyó el modelo, a foja 3 de las Condiciones Generales del pliego de cargos, por tanto no cumple.

91



La segunda oferta de menor precio, por la suma de TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUATRO BALBOAS CON 00/100 (B/.39,804.00), presentada por la empresa PANAMA WASTE MANAGEMENT, S.A., cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Luego del análisis de los hechos y en virtud de las consideraciones ya expuestas, se evidencia que lo conducente es **revocar** el Cuadro de Cotizaciones No.018 de 23 de abril de 2018, **restableciendo el derecho vulnerado a la empresa PANAMA WASTE MANAGEMENT, S.A.**, en el sentido de adjudicarle el acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-2-79-1-08-CM-000724, para el "*SERVICIO DE PODA GRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE JARDINES, AREAS VERDES, BOULEVAR Y ROTONDAS DE TODO EL MERCADO PUBLICO DE PANAMÁ*" (*sic*), por la suma de TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUATRO BALBOAS CON 00/100 (B/.39,804.00).

Respecto a la fianza de Recurso de Impugnación, este Tribunal considera que la empresa recurrente no actuó de manera temeraria ni con el propósito de dilatar u ocasionar premeditadamente un daño al Estado o a un tercero, por lo que se procederá con su devolución.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones No.018 de 23 de abril de 2018, mediante el cual MERCADOS NACIONALES DE LA CADENA DE FRÍO, S.A., adjudicó acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2018-2-79-1-08-CM-000724.

SEGUNDO: RESTABLECER EL DERECHO VULNERADO en el sentido de **ADJUDICAR a PANAMA WASTE MANAGEMENT, S.A.**, el acto público No. 2018-2-79-1-08-CM-000724, para el "*SERVICIO DE PODA GRAMA PARA EL MANTENIMIENTO DE JARDINES, AREAS VERDES, BOULEVAR Y ROTONDAS DE TODO EL MERCADO PUBLICO DE PANAMÁ*" (*sic*), por el monto de TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUATRO BALBOAS CON 00/100 (B/.39,804.00), por ser la propuesta de menor precio y que a la vez cumple los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

TERCERO: ORDENAR la devolución a la impugnante, empresa SCOOTING PANAMÁ, INC., de la fianza de impugnación consignada a través del Cheque Certificado No.002395, por la suma de CUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA BALBOAS CON 00/100 (B/.4,580.00), según la Diligencia de Consignación No.040-2018 de 27 de abril de 2018, que reposa a foja 020 del expediente jurídico.

CUARTO: DEVOLVER a MERCADOS NACIONALES DE LA CADENA DE FRÍO, S.A., la fotocopia autenticada del expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de selección de contratista, el cual está conformado por un (1) tomo con doscientos veinte dos (222) folios útiles, según

QUINTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas

EJ

PanamaCompra, notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

SEXTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra esta resolución no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

SÉPTIMO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 049-2018, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 4, 16, 21, 22, 28, 33, 37, 39, 41, 42, 52, 116, 136, 145, 146, 148, 152 y 161 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017; artículos 290, 319, 339 s.s. y 354 del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006; artículo 3 del Código Civil; Constitución Política de Panamá; artículo 100 de la Ley 61 de 2017; artículo 4 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018 y artículo 12 de la Ley 48 de 26 de octubre de 2016.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSE ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

