



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 141-2018

RECORRENTE: VISUAL TOTAL, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N°186 de 27 de septiembre de 2018, proferido por la Caja de Seguro Social, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por compra menor No. 2018-1-10-0-08-CM-314193.

MAGISTRADO PONENTE: DIOGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 237-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 136 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. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 207 al 210, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y el Decreto Ejecutivo No. 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:

La Caja de Seguro Social, convocó el día 18 de septiembre de 2018, el procedimiento de selección de contratista para el “suministro de materiales, herramientas, mano de obra y todo lo necesario para la confección de nueve (9) mesas con planchas en acero inoxidable 304 para el departamento de lavandería y costura, primer piso del edificio de centralización del complejo hospitalario Dr. A.A.M. REQ. 1000547930-08-31”, con un precio de referencia de cuarenta y cuatro mil ochocientos





cuarenta y siete balboas (B/. 44,847.00), cuya fecha para la presentación de las ofertas fue señalado para el día 24 de septiembre de 2018, en un horario de siete (7:00 a.m.) hasta las diez (10:00 a.m.) de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las diez y un (10:01 a.m.) de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas, y así, mediante un acto transparente, público y confiable, adjudicar el procedimiento señalado a la empresa o persona natural que satisfaga las necesidades indicadas en el pliego de cargos, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política y a las leyes complementarias.

En dicho procedimiento público participaron tres (3) proponentes, en su orden de oferta: VISUAL TOTAL, S.A.; EUROPA SERVICES, S.A., e INDUSTRIAL TEC, S.A.

Posteriormente, y luego de cumplir con los procedimientos de ley; así como la verificación de cada una de las propuestas por parte de la entidad, la Caja de Seguro Social notificó a las partes del Cuadro de Cotizaciones N°186 de 27 de septiembre de 2018, cuando el día 1 de octubre de 2018 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No.2018-1-10-0-08-CM-314193 a la empresa INDUSTRIAL TEC, S.A., por ser, según la entidad, la propuesta que cumple con todas las especificaciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos para esta contratación.

El Cuadro de Cotizaciones No. 186 de 27 de septiembre de 2018 fue recurrido en tiempo procesal oportuno por la empresa VISUAL TOTAL, S.A., a través del representante legal, licenciado Ernesto J. Anguizola M., alegando no estar de acuerdo con la adjudicación realizada, debido a que considera que su representada se ajustaba con el requisito 1 que trataba sobre la aportación de una certificación de planchas inoxidables 304", por la cual fue descartada.

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota No. DENL-N-209-2018 de 15 de octubre de 2018, remitió a este Tribunal el informe de conducta en tiempo oportuno, haciendo un recuento del procedimiento legalmente establecido.

II. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De conformidad al Informe de Trámite de 19 de octubre de 2018 y que reposa a foja 44 del expediente del Tribunal, no se aportaron alegaciones en interés de la ley ni en interés particular.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL



Surtidas las etapas procesales que corresponden a estos tipos de procedimientos, el Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 52 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento por compra menor, por haber nacido a la vida jurídica el día 18 de septiembre de 2018, con la convocatoria y en la que participaron tres (3) propuestas: VISUAL TOTAL, S.A.; EUROPA SERVICES, S.A., e INDUSTRIAL TEC, S.A.

Tomando en consideración que el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017 entró en vigencia el día 27 de marzo de 2018, y el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 cobró vida el día 12 de abril de 2018, lo que significa que el presente procedimiento de selección de contratista por compra menor debe ser analizado bajo la lupa de esas dos disposiciones legales vigentes.

Como quiera que el recurso impetrado es en contra de una adjudicación realizada en un procedimiento por compra menor, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que tal proceso permite de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u 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 la ley.

No obstante, antes de entrar a resolver lo contencioso, procederemos a realizar una pequeña reflexión en cuanto al origen constitucional acerca de las compras estatales, pues, resulta de gran importancia indicar y comprender que el tema de la contratación pública es una materia que debe resolverse de conformidad a la ley especial y no alejar su contexto ni fundamento con interpretaciones alejadas a la realidad, teniendo siempre en mente que dicha materia es uno de los vehículos instrumentales a través de los cuales el Estado atiende la satisfacción del interés general, por lo que el contenido de la normatividad que lo regula tiene que ajustarse al modelo de Estado que perfila la Constitución. Es así que, al analizar la legislación sobre contratación pública, el examen en ningún momento puede pasar por alto las orientaciones y principios que consagra la Constitución Política de la República de Panamá.

De aceptación resulta que el examen de la legalidad ordinaria tiene que desarrollarse tomando en cuenta los parámetros que recoge la Carta Fundamental, y de ahí que, también en materia de contratación pública, se impone una obligada lectura constitucional en las normas que la regulan, aplicada de manera supletoria de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017.

A handwritten signature in dark ink, located at the bottom right of the page.



Es, precisamente, en este aspecto en el cual puede apreciarse claramente la necesidad de que las interpretaciones de las normas legales de contratación pública guarden una indispensable consonancia con los postulados y principios del orden constitucional. Esta exigencia, que es directo reflejo del principio de supremacía jerárquicos que las normas constitucionales ejercen sobre los preceptos de orden legal, permite la construcción de interpretaciones que no sólo favorecen la mejor aplicación de la ley sino también ayudan en la solución de las naturales dudas y conflictos que surgen al tener que aplicarlos a los casos concretos de la vida diaria.

La principal regla que encontramos en el plano constitucional en lo que respecta a la contratación pública, se encuentra prevista en el artículo 266 de la Carta Política que es del siguiente tenor:

"La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus Entidades Autónomas o Semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".

La disposición constitucional citada constituye un canon general de aplicación a las contrataciones que realice el Estado y los Municipios, en tanto que ellas impliquen la disposición de fondos públicos. Esta particularidad encuentra su razón de ser en el hecho claro de que los criterios de asignación, manejo e inversión de los fondos públicos responden a una lógica distinta del que impera en el ámbito privado, y de conformidad con esto, el desembolso de los recursos de todos tiene que desarrollarse en condiciones que aseguren el mayor beneficio y el menor coste para el interés general, pero ello no puede ir divorciado de la realidad jurídica que desarrolla la norma especial, cuando señala que la escogencia debe ser conforme a la ley, lo que significa que no basta la presentación del precio más bajo, sino una concatenación de hechos y actos que forman un conjunto para lograr el fin primordial, cual es la satisfacción de las condiciones generales y especiales, el precio más bajo y el cumplimiento de la ley. No puede faltar ningún aspecto de la ecuación en un acto de adjudicación y esa debe ser siempre la fórmula, a menos en los procedimientos por compra menor.

El referido precepto constitucional señala que la licitación pública, salvo las excepciones que prevea la ley, debe ser el procedimiento que se aplique a la ejecución o reparación de obras, compras, ventas, arrendamientos de bienes o servicios, sean estos nacionales o municipales. El verdadero objetivo que el Constituyente identificó como regla general para que tuviera lugar la inversión de fondos públicos, es el respeto



a los trámites de selección de contratista, ya que se entiende que, a través de la observancia del mismo, se conjura la posibilidad de favoritismos y discrecionalidades inconvenientes en la asignación de las obras, servicios o bienes costeados con fondos públicos.

Si el trámite de selección de contratista en el ámbito público es la regla de exigencia constitucional, sus excepciones tienen que ser apreciadas en un contexto de estricta rigurosidad, pues, si bien las excepciones están autorizadas en la medida que la ley las consagre, ellas no pueden convertirse en la regla que hagan ineficaz la efectiva aplicación del mandato general. Las excepciones legales al trámite de selección de contratista, gozan de legitimidad constitucional, pero en su aplicación debe imperar una interpretación restrictiva para que se respete el claro criterio señalado por el Constituyente.

El trámite de selección de contratista que exige la Constitución en el artículo 266, debe estar orientado a la obtención de dos condiciones fundamentales y concurrentes: el mayor beneficio para el Estado; y la plena justicia en la adjudicación, la cual se logra con el trinomio al que hemos hecho referencia en líneas anteriores.

El mayor beneficio para el Estado debe ser apreciado no sólo desde la perspectiva del más bajo costo posible sino también de la mejor calidad en cuanto a la obra, bien o servicio de que se trate. Igualmente, ese mayor beneficio que el Constituyente quiere que se alcance a través del trámite de selección de contratista, del cual, se repite, la compra menor es sólo una de sus modalidades, debe permitir la escogencia objetiva de la mejor oferta, hecha por proponentes calificados con credenciales de seriedad y cumplimiento para asegurar las condiciones más beneficiosas al interés general.

Por su lado, el trámite de selección de contratista debe alcanzar también la plena justicia en la adjudicación, con lo cual se quiere significar que el procedimiento debe ceñirse a criterios de legalidad, objetividad, debido proceso, igualdad de trato entre los oferentes, publicidad, transparencia, lealtad, y libre concurrencia, entre otros. No se garantiza la plena justicia en la adjudicación cuando se favorece ilegalmente a un oferente en detrimento de los otros o cuando se evalúan las propuestas exigiendo requisitos o trámites no previstos en la ley con el fin de descalificar con ligereza la participación de los proponentes.

Realizada la reflexión pertinente, comenzamos con el análisis de las propuestas presentadas, con el fin de determinar si la decisión proferida por la Caja de Seguro Social corresponde a los postulados indicados, tanto constitucionales, legales, reglamentarios y a los términos de referencia, o si, por el contrario, fueron producto de la discrecionalidad de los funcionarios públicos encargados de llevar a final término el procedimiento de selección de contratista en evaluación.

También tenemos que tomar en cuenta que estamos ante un acto público que no se exigirá fianza de propuesta ni fianza de cumplimiento, toda vez que la entidad no



lo ha requerido, siendo dicho requisito una discrecionalidad que la propia ley le concede al representante legal de la entidad o al funcionario público delegado.

Con conocimiento de causa, si la entidad determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos, procederá a la adjudicación del acto público a ese proponente en el respectivo cuadro de cotizaciones, de lo contrario, procederá inmediatamente a verificar la siguiente propuesta con el precio más bajo y así sucesivamente.

Descartada la existencia de nulidad en el procedimiento legalmente establecido y poniendo en práctica las disposiciones correspondientes, procederemos con el análisis de la oferta de menor precio, recayendo la misma sobre la empresa VISUAL TOTAL, S.A., por un monto de treinta y siete mil ochocientos Balboas con 00/100 (B/.37,800.00), que al realizar la correspondiente verificación se observa que las condiciones requeridas en el pliego de cargos, tales como certificación de existencia del proponente, especificaciones técnicas, paz y salvo de la Caja de Seguro Social y de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, formulario de propuesta, declaración jurada sobre medidas de retorsión, aviso de operación con la actividad requerida para el objeto contractual, certificación de no incapacitado para contratar con el Estado, entre otras, se ajustan a los requerimientos establecidos en el acto público N°2018-1-10-0-08-CM-314193.

Generándose de esta manera, arribar a la conclusión de que la empresa VISUAL TOTAL, S.A., es la merecedora de la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-10-0-08-CM-314193, para el “suministro de materiales, herramientas, mano de obra y todo lo necesario para la confección de nueve (9) mesas con planchas en acero inoxidable 304 para el departamento de lavandería y costura, primer piso del edificio de centralización del complejo hospitalario Dr. A.A.M. REQ. 1000547930-08-31”, por ser la propuesta de menor precio que cumple a cabalidad las exigencias del pliego de cargos y los términos de referencia del presente acto público, razón por la cual procederemos a revocar la decisión venida en impugnación.

Con fundamento en el contenido del artículo 153 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ordenaremos a la Caja de Seguro Social el fiel cumplimiento de la decisión venida en impugnación, quien deberá acatar lo resuelto en un plazo no mayor de quince días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución.

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria en la presentación del presente recurso.



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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones No. 186 de 27 de septiembre de 2018, emitida por la Caja de Seguro Social, que adjudicó el procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-10-0-08-CM-314193, a la empresa INDUSTRIAL TEC, S.A., por un monto de cuarenta y cuatro mil seiscientos trece balboas (B/.44,613.00).

SEGUNDO: ADJUDICAR el acto público No. 2018-2-82-0-08-CM-014352, a la empresa VISUAL TOTAL, S.A., quien oferto la suma de treinta y siete mil ochocientos balboas (B/.37,800.00), para el “suministro de materiales, herramientas, mano de obra y todo lo necesario para la confección de nueve (9) mesas con planchas en acero inoxidable 304 para el departamento de lavandería y costura, primer piso del edificio de centralización del complejo hospitalario Dr. A.A.M. REQ. 1000547930-08-31”, por ajustarse a los requerimientos establecidos en el pliego de cargos, así como las especificaciones técnicas.

TERCERO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación presentada mediante Cheque Certificado N°002204 de 10 de octubre de 2018, por la suma de tres mil setecientos ochenta balboas, a orden de TACP/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 17 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR a la Caja de Seguro Social, acatar lo dispuesto por este Tribunal en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente decisión.

QUINTO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2018-1-10-0-08-CM-314193, a la Caja de Seguro Social, contentivo de un (1) tomo, integrado de setenta y cinco (75) fojas útiles.

SEXTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico “PanamaCompra”, notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles, posteriores a su publicación en el portal electrónico.

SÉPTIMO: 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. 

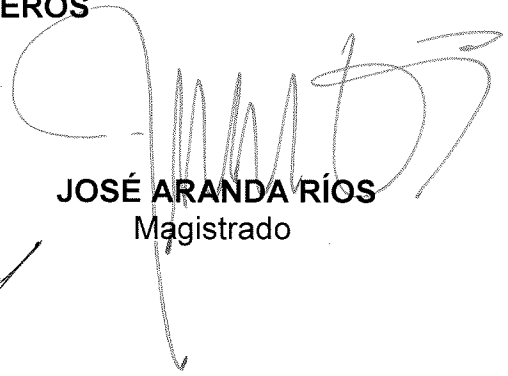
OCTAVO: DISPONER la salida y el archivo del expediente N°141-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 52, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

Con salvamento de voto


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





República de Panamá
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Expediente: 141-2018

Resolución N°237-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión).

Con el debido respeto, debemos manifestar que no puedo apoyar la decisión adoptada por la mayoría de mis colegas en la Resolución N°237-Pleno/TACP de 11 de diciembre de 2018 (Decisión), de revocar la Resolución impugnada y adjudicar el acto público de selección de contratista a la empresa VISUAL TOTAL, S.A., porque a nuestro criterio, dicha empresa no cumplió con todas las exigencias del pliego de cargos, puesto que no adjuntó certificado de las planchas inoxidable 304, tal como se requirió.

Sobre ese punto, la entidad recurrida, en su informe de conducta, visible a foja 37 del expediente de este Tribunal, reflejó el incumplimiento descrito como razón para no haberle adjudicado el acto público a la referida empresa.

Por otra parte, no podemos pasar por alto un aspecto contenido en la parte motiva de la resolución de mayoría, que inicia en el último párrafo de la página 5, y que deja entrever que, referente a la indicación del segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Contratación Pública de que en las contrataciones menores no se exigirá fianza de propuesta ni fianza de cumplimiento, salvo que la entidad decida solicitarlas.

Sin embargo, a nuestro criterio, bajo ningún supuesto se puede exigir fianza de propuesta en las contrataciones menores. En tanto, es respecto de la fianza de cumplimiento que la ley permite su requerimiento si la entidad contratante lo considera necesario. Veamos lo dispuesto por la norma:

“En la contratación menor no se exigirá fianza de propuesta. Tampoco se exigirá fianza de cumplimiento, salvo que la entidad contratante lo considere necesario; no obstante, los contratistas seleccionados deberán garantizar a la entidad que se obligan a responder por los defectos de construcción de la obra, por vicios de las cosas o por el cumplimiento de las condiciones pactadas, en los términos que se establezcan en el reglamento de esta Ley.”

Así, la norma legal categóricamente determina que en las contrataciones menores no se exigirá fianza de propuesta. Este querer del legislador no admite facultad discrecional de la administración, porque no se le habilitó para solicitar la fianza de propuesta si la considerase necesario, como sí ocurre con la fianza de cumplimiento.

Es decir, la separación por punto y seguido que contiene el segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Contratación Pública, no permite que la facultad discrecional que se otorga a la administración para que pueda requerir la fianza de cumplimiento (a pesar que, en principio, como se ha dicho, no es exigible en las contrataciones menores) si lo considerase necesario, también abarque o aplique para la fianza de propuesta.

97

El punto y seguido se utiliza para separar enunciados que forman parte de un mismo párrafo. No marca el final del párrafo, pero distingue entre sus oraciones, siendo este uno de sus usos.

Vemos pues que el segundo párrafo del artículo 52 se encuentra inserto dentro de todo un contenido normativo inherente a la contratación menor. En dicho párrafo se regula la no exigibilidad de las fianzas de propuesta y de cumplimiento en esta clase de contratos públicos, pero en dos oraciones perfectamente distinguibles:

- (i) En la contratación menor no se exigirá fianza de propuesta.
- (ii) Tampoco se exigirá fianza de cumplimiento, salvo que la entidad contratante lo considere necesario; no obstante, los contratistas seleccionados deberán garantizar a la entidad que se obligan a responder por los defectos de construcción de la obra, por vicios de las cosas o por el cumplimiento de las condiciones pactadas, en los términos que se establezcan en el reglamento de esta Ley.

Es en la segunda oración donde se encuentra la facultad discrecional referida únicamente para la fianza de cumplimiento, que, aunque no sea exigible en las contrataciones menores, podrá requerirse a los proponentes si la entidad así lo estima necesario.

Además, otra condición que aclara lo antes dicho radica en que en la segunda oración se utiliza la frase “no obstante”, para señalar que (a pesar que no se exigirá fianza de cumplimiento) los contratistas seleccionados deberán garantizar a la entidad que se obligan a responder por los defectos de construcción de la obra, por vicios de las cosas o por el cumplimiento de las condiciones pactadas, condiciones que guardan relación con la fianza de cumplimiento.

Por consiguiente, dadas las razones que anteceden, salvamos el voto.


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

