



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 122-2020

RECURRENTE: INGENIERÍA MOSMAR, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones No.02 de 23 de noviembre de 2020, proferido por el Municipio de Natá-Junta Comunal de Guzmán, dentro del procedimiento de selección de contratista No.2020-5-10-532-02-CM-001271

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°174-2020-Pleno/TACP de 17 de diciembre de 2020
(Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 74 de la Ley No.153 de 8 de mayo de 2020, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 146 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, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 238 al 246, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y 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:

Conforme al principio de transparencia y publicidad que regula la Ley No.22 de 2006 positiva y presente en todos los contratos públicos, el Municipio de Natá, Junta Comunal de Guzmán, para resolver las necesidades de los ciudadanos de la localidad convocó el presente procedimiento de selección de contratista, para la adquisición de materiales de construcción para unidades de viviendas del sector, estableciendo como fecha de presentación de las ofertas, el día 17 de noviembre de 2020, desde las 8:30 hasta las 9:30 de la mañana, y para la apertura de propuestas el mismo día, pero a partir de las

97



9:31 de la mañana, de acuerdo a lo establecido en el artículo No.47 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006 y con la antelación necesaria conforme a las reglas del artículo 48 del mismo texto legal, para que todo el interesado en participar del acto público que nos ocupa presentara su respectivas propuestas de acuerdo a los requisitos que para la contratación menor se requieren, y así, mediante un acto público, transparente, confiable y en Derecho, adjudicar el procedimiento señalado, a la persona jurídica, natural o consorcio que satisfaga los requerimientos indicados en el pliego de cargos; siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, a la ley de contratación pública, y a las leyes complementarias. Acto de selección de contratista en el cual se estableció un precio de referencia de Treinta y Cinco Mil Novecientos Ocho Balboas con 61/100 (B/.35,908.61).

En dicho procedimiento público participaron tres (3) proponentes en su orden de oferta: INGENIERÍA MOSMAR, S.A., ALMACEN AGROPECUARIO LA PINTADA, S.A. y J.F.C. INVERSIONES, S.A.

Posteriormente, luego de cumplir con los procedimientos de ley, así como la verificación de cada una de las propuestas por parte de la entidad contratante, el Municipio de Natá, Junta Comunal de Guzmán notificó a las partes del Cuadro de Cotizaciones No.02 de 23 de noviembre de 2020, cuando el día 23 de noviembre de 2020 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No.2020-5-10-532-02-CM-001271 a J.F.C. INVERSIONES, S.A., por considerar que es la que cumple con los términos de referencia y las especificaciones técnicas de la presente contratación.

El Cuadro de Cotizaciones No.02 de 23 de noviembre de 2020, fue recurrido en tiempo procesal oportuno por el representante legal de la empresa INGENIERÍA MOSMAR, S.A., mediante apoderado especial, licenciado LUIS A. BARRÍA M.; alegando lo siguiente: Que la oferta beneficiada con la adjudicación del acto público que nos ocupa, incumplió con el requisito observable en el punto No.9 del pliego de cargos que se refiere al pacto de integridad, el cual, según el impugnante, no consta de la autenticación del Notario de conformidad al punto No.9.9 de los términos de cargos adjunto.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota fechada 9 de diciembre de 2020, remitió a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el informe de conducta respectivo y el expediente administrativo, argumentando lo siguiente:

Que la oferta de la impugnante no presentó la declaración jurada sobre medidas de retorsión y tampoco la declaración jurada de incapacidad legal para contratar con el

91



Estado, dos requisitos exigidos por el pliego de cargos y que al incumplirse no debe gozar de la adjudicación del acto público en debate la empresa INGENIERIA MOSMAR, S.A.

Respecto al caso de la oferta de J.F.C.INVERSIONES, S.A., sostiene que el análisis se realizó en base al artículo 60 del Decreto Ejecutivo No.439 de 2020; es decir, que cuando existan discrepancias entre las estipulaciones elaboradas por la entidad en la plantilla electrónica y las elaboradas en documentos adjuntos, prevalecerán las elaboradas en la plantilla electrónica del pliego de cargos. Por lo cual la propuesta de J.F.C.INVERSIONES, S.A. es la que satisface el pliego de cargos del presente procedimiento de selección de contratista.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

No constan alegatos en interés de la ley o particular pese a concederse el término por imperio de la ley.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El acto administrativo que es objeto de impugnación entra al conocimiento de este foro de justicia especial, por tratarse de materia privativa y por la naturaleza del asunto sobre hechos que han surgido por la emisión de una resolución de adjudicación de un acto público derivado de un procedimiento de selección de contratista por contratación menor, emitido por el Municipio de Natá, Junta Comunal de Guzmán y de la cual se encuentra disconforme uno de los proponentes participantes.

En ese sentido, este cuerpo colegiado se coloca en estado de emitir un juicio jurídico en razón de los elementos de convicción que han sido presentado para su examen y posterior valoración, los cuales se encuentran recopilados en el portal estatal "PanamaCompra" y en el expediente administrativo que ha sido publicado por la entidad correspondiente En el tiempo procesal oportuno.

Los hechos traídos a este escenario se desprenden del recurso incoado respecto a la resolución objeto de contencioso, la cual procederemos a examinar objetivamente conforme a las reglas que nos demarcan los postulados del artículo 57 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 y su reglamentación, 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 así con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley especial de adquisición gubernamental.

También debemos tomar en cuenta lo establecido en el cuarto párrafo del artículo citado, en las contrataciones menores, las entidades deberán seleccionar preferiblemente a las micro y pequeñas empresas, siempre que estas empresas cumplan con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5% en relación

91



con la propuesta de menor precio presentada por empresa no mipymes, entre las mipymes, se deberá escoger a la que ofrezca el menor precio. Las micro y pequeñas empresas deberán estar clasificadas como mipymes dentro del Registro de Proponentes del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", para que la entidad licitante pueda verificar su condición de acuerdo a la ley.

De igual forma, en virtud de la promoción de las empresas locales, el artículo 89 del mencionado decreto ejecutivo sostiene que, cuando se realicen actos de contratación menor en los cuales participen empresas locales y no locales, la entidad seleccionará la propuesta presentada por la empresa local, siempre que esta cumpla con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto sea mayor de un 5% en relación con la propuesta de menor precio. Para que se lleve a cabo la promoción de las empresas locales se debe dejar constatado en el pliego de cargos tal situación de conformidad a los términos del artículo 6 del Decreto Ejecutivo No.439 de septiembre de 2020. Querer de la entidad que se encuentra reflejado en la sección de Criterios de Selección, cuando en sus últimas líneas de la condición expuesta sostiene que "...se adjudicará atendiendo lo establecido en los artículos 88, 89 y 90 "del acto administrativo expuesto.

Todos esos aspectos se deben evaluar al momento de adjudicar un procedimiento de selección de contratista en su modalidad de contratación menor; es decir, si se tratan de micro y pequeñas empresas o empresas locales, por el concepto de la promoción a la que se refiere la Ley No.153 de 2020 y el Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020.

Otro aspecto a destacar es que si nos encontramos ante un procedimiento de selección de contratista por contratación menor, como es el caso, con la participación de propuestas de micros y pequeñas empresas, y a la vez de empresas locales, en ese caso la entidad seleccionará en primer lugar la propuesta presentada por la micro o pequeñas empresas, siempre que esta cumpla con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto sea no mayor de un 5% en relación con la propuesta de menor precio presentada por empresas local.

Ahora bien, antes de desarrollar el fondo del negocio jurídico en debate, debemos realizar una revisión integral de los términos de referencia, de las características del objeto contractual requerido y del procedimiento legalmente establecido, con el fin de cerciorarnos que no se menoscaben derechos subjetivos de los proponentes participantes del acto público de selección de contratista que se encuentra en escrutinio de este tribunal.

En obediencia de la ley, se debe tener presente que no ocurra adjudicación en favor de un proponente en particular, honrando así el principio de igualdad de oportunidad de los proponentes con actuaciones imparciales y observando que no se establezcan reglas impersonales que discriminen o favorezcan a un proponente, como también el aseguramiento que los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos no se modifiquen sus condiciones en las que se efectuó el acto público.

7



Todas esas situaciones de forma deben ser ventiladas antes de entrar en el razonamiento de fondo, para evitar la transgresión de la ley y de la transparencia del acto público iniciado por el Municipio de Natá.

El procedimiento administrativo como sabemos, se encuentra protagonizado por una serie de actos, que conjugados entre sí, derivan en el camino que inexorablemente debe recorrerse para llegar al dictado del acto administrativo definitivo (adjudicación, declaratoria de desierto o rechazo de ofertas) célula motora de la función que permite a la administración concretar la satisfacción de necesidades colectivas. De allí que se haya afirmado que el procedimiento administrativo no es un acto complejo sino un complejo de actos, teniendo cada uno individualidad jurídica propia, pero relacionado con los demás actos, los cuales, a su vez tienen vinculación con el acto final a dictarse. Esta concepción resulta de aplicación dentro del ámbito de los contratos administrativos, incluyendo la etapa procedimental de selección del contratista.

Siguiendo el hilo conductor de la idea que arroja una igualdad de los proponentes ante la ley, y que es reconocida por la propia Carta Fundamental que nos rige y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, de igual manera se encuentra vigente y materializado la igualdad ante la administración como principal gestora del bien común y como punto principal como garante de aquellos derechos que se pretendan sean reconocidos por un operario de la administración que debe imponer cargas (requisitos) sin ventaja entre los que participan, para la finalización en la consecución en una compra estatal.

De manera tal que, el Estado, a través de las diferentes entidades administrativas debe esforzarse para que los términos de referencia que van a ser utilizados para la participación en un procedimiento de selección de contratista sea lo más cristalino posible, lejos de la especulación pública y así gozar de una adecuada adjudicación, sin que medie dudas respecto de algún requisito que de una u otra forma pueda empañar la ardua tarea de la Administración. Con requisitos sencillos, libres de marcas, u otros aspectos que refieran a un particular específico, burlando así las reglas del juego previamente definidas, ya que lo que realmente se persigue es la satisfacción en la compra para solventar una necesidad general en beneficio no solo de los nacionales, sino de los transeúntes, residentes y extranjeros que requieren de la respuesta del aparato estatal sobre una necesidad básica.

Pero esa realización no puede ser llevada de cualquier manera, sino conforme lo establece el ordenamiento jurídico como parámetro de actuación para todo ciudadano y en especial del servidor público, quien debe regirse bajo esos lineamientos que son inherentes al ejercicio de la actividad administrativa; es decir, desarrollada conforme a la ley, como una de las manifestaciones del poder público estatal y que de igual forma debe someterse a ella (la ley). Y es que precisamente es esa adaptación en que se circunscribe una de las bases del Estado de Derecho sin la cual sería posible el logro de sus objetivos,

57



por ser ese un mecanismo de control de la actividad pública y garantía presente del administrado en la justicia frente a la Administración.

Todo lo anterior deviene ante la potencial vulneración de derechos que hemos observado, al existir una dualidad de requisitos sobre un mismo tema. Tal es el caso de la condición No.9 del pliego de cargos que se refiere al pacto de integridad, en donde la estipulación elaborada por la entidad en la plantilla electrónica se encuentra en abierta contradicción con el punto No.9.9 de las condiciones especiales del pliego de cargos. En donde en la segunda exige la firma notariada del representante legal o de la persona delegada. Condición que no aparece en la plantilla electrónica y que por ende causa confusión a los participantes y va en contra del principio de transparencia de la contratación estatal.

Esas discrepancias como mencionamos, indudablemente confunde a los participantes en un procedimiento de selección de contratista y a la vez nos orilla como Tribunal encargado de resolver la controversia en una escenario de agotamiento de la vía gubernativa, a tomar una decisión acertada, precisamente por lo confuso de la situación.

No sería realmente objetivo decidir si se trata de la primera o la segunda situación (punto No.9 ò 9.9, ambos del pliego de cargos) e iría en contra del principio de transparencia y por ende, de una escogencia justa. En tal sentido expone Palacio Hincapié que el *"...pliego debe conjugar el equilibrio entre el interés público que persigue la Entidad y el interés particular de quienes pretenden colaborar como contratistas. Esas reglas deben ser claras, justas, precisas e inmodificables, una vez que haya ocurrido la apertura de las propuestas y debe mantenerse durante la ejecución del contrato, pues a ellas deberá sujetarse el proponente en la elaboración de la oferta. Es obvio que antes del cierre de la licitación, como se dijo sobre la aclaración de dudas al proponente, la Entidad puede introducir modificaciones jurídicas, técnicas y de detalle, al pliego, pero dichas modificaciones deben darse a conocer a todos los que han retirado pliego de condiciones, no sólo para asegurar la igualdad de los oferentes, sino para que puedan ajustar sus propuestas. Tales modificaciones se hacen mediante las denominadas adendas. (PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. "La Contratación de las Entidades Estatales". Primera Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, Colombia. 1997. Pág. 157).*

No consta adenda que remedie el error incurrido para así poder estar claros en la condición que realmente va a predominar y por consiguiente poder decidir de forma justa sin que exista ningún tipo de confusión, ya que el procedimiento de selección de contratista debe ser lo más cristalino posible. Para perfeccionar ese mecanismo, la administración debe confeccionar los pliegos de cargos y evaluarlos con cautela, al punto de que no se encuentren este tipo de actos con yerro, que por una parte impide la sana escogencia y por otro lado, retrasa el proceso de compra que es de suma importancia

9



para darle una respuesta a una sociedad que requiere de una pronta solución de parte del Estado.

Los pliegos de cargos, como lo establece la ley y la Doctrina, deben ser justos claros y objetivos, no debe dejarse a la extensiva interpretación, en este caso de un Tribunal, ya que, quizás la hermenéutica extensiva que pueda provocar no es lo que en realidad persigue la entidad o entidades por ser la que le corresponde confeccionar los pliegos de cargos, por esa razón deben ser muy claros en sus apreciaciones o solicitudes; de lo contrario nos veríamos en la necesidad de anularlos con el fin de garantizar el debido proceso y la tutela administrativa efectiva que se encuentra intrínsecamente vinculada con toda toma de decisión por parte del poder del Estado.

En esta oportunidad lo importante es examinar que las condiciones que ofrecen los términos de referencia no vulneren Derechos subjetivos, por eso, nuestro interés redunda en enfocarnos que el procedimiento no se haya desarrollado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, entre otras razones más que puedan provocar la nulidad absoluta del mismo.

Las bases de todo procedimiento de selección de contratista deben ser muy claro, a fin de evitar cualquier tipo de situación que provoque la confusión de los participantes, pues lo que se quiere conseguir en un acto público es la adjudicación de un bien para el Estado a servicio de la colectividad. Y en ese sentido no debe verse el mismo empañado por actuaciones que impida la participación de otros proponentes, ya sea por la complejidad del acto público o la nulidad del acto mismo por ser contradictorio. Lo que implica pérdida de dinero para los participantes y tiempo para la entidad; así como también la espera en la solución de una necesidad que quizás sea urgente. Bases puras y simples es lo que se requiere, que no provoquen dolores de cabeza a los proponentes en determinar cuál de los requisitos ofrecer y a su vez, evitar las propuestas alternativas con incorporación de documentos distintos, producto de la multiplicidad de condiciones sobre un mismo tema.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, en la que existe dualidad de requisitos, vulnera lo establecido en la Ley No. 22 de 2006, por lo que incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 166 del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 166. 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.”

41



En virtud de las consideraciones señaladas, estima esta colegiatura que lo prudente es anular el procedimiento de selección de contratista No.2020-5-10-532-02-CM-001271, convocado por el Municipio de Natá, Junta Comunal de Guzmán, en base a lo dispuesto en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, el cual dispone que:

"Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar o revocar restableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista o anular lo actuado por la entidad contratante (el subrayado es nuestro).

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: ANULAR en todas sus partes el acto público de selección de contratista No. 2020-5-10-532-02-CM-001271, emitido por el Municipio de Natá, Junta Comunal de Guzmán, de acuerdo a lo ensayado en la parte motiva de este acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación concedida en cheque de gerencia No.006853, expedida por Global Bank, fechada 27 de noviembre de 2020, por un monto de Tres Mil Quinientos Noventa y Un Balboas con 00/100 (B/.3,591.00) a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a foja 18 del expediente del Tribunal.

TERCERO: 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.

CUARTO: 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.

QUINTO: DISPONER la salida y el archivo del expediente No.122-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 57, 156, 157, 158 y 159 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 153 de 8 de mayo de 2020; artículos 87 y

9

siguientes del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, 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


ALEYDA E. CANTILLO H.
Secretaria General Encargada

