



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Expediente N°: 181-2022

Recurrente: ACADIA INTERNATIONAL, INC.

Acto Impugnado: Cuadro de Cotizaciones No.1000830595 de 09 de agosto de 2022, por la cual la CAJA DE SEGURO SOCIAL (HOSPITAL DOCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ L.), declaró desierto el acto público N° 2022-1-10-0-04-CM-461026.

Magistrado Ponente: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN N° 180-2022-/TACP de 12 de septiembre de 2022 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

I. ANTECEDENTES:

El día 18 de julio de 2022, la CAJA DE SEGURO SOCIAL (HOSPITAL DOCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ L.), en adelante la C.S.S., publicó a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, el aviso de convocatoria y el pliego de cargos, para la celebración del acto público, bajo el procedimiento de Contratación Menor No. 2022-1-10-0-04-CM-461026, referente a la adquisición de “FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO.” con precio de referencia de CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO BALBOAS CON 65/100 (B/. 49,185.65); cuya recepción de ofertas, conforme el registro electrónico del acto público en mención fue programado para el día 22 de julio de 2022, hasta las 09:00 a.m. y la apertura de las propuestas a las 09:01 a.m., de ese mismo día, el cual asistió el siguiente proponente de acuerdo con el Acta de Apertura:

III. Propuestas

No.	Proponentes	Hora	Formato [Propuesta Electrónica o Presencial]	Oferta	Fianza Propuesta (Cuando aplique)	Aceptada/ Rechazada de Plano
1	ACADIA INTERNATIONAL, INC.	22/07/2022 12:28 A.M	PROPUESTA ELECTRONICA	B/. 39,505.70	N/A	ACEPTADA

Seguidamente, previa evaluación de la unidad técnica; la entidad licitante [C.S.S.]



resolvió declarar desierto el acto público N° 2022-1-10-0-04-CM-461026, referente a la adquisición de “FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO”, al determinar que la propuesta de ACADIA INTERNATIONAL, INC., no cumplió con la exigencia de requisito obligatorio cumplimiento establecido en los términos de referencia; cuadro de cotización este publicado en el sistema electrónico de PanamaCompra, el día 10 de agosto de 2022 del referido acto público de marras.

El día 22 de agosto de 2022, la Firma de Abogados EJ LEGAL GROUP, en calidad de apoderados legales de la empresa ACADIA INTENATIONAL, INC., presentó en tiempo oportuno Recurso de Impugnación en contra del Cuadro de Cotizaciones No.1000830595 de 09 de agosto de 2022, a través del cual la entidad declaró desierto el acto público No 2022-1-10-0-04-CM-461026, visible de foja 010 a 025 del expediente del Tribunal. La Firma de Abogados, refutó el Informe Técnico d 03 de agosto de 2022, firmado por el técnico del Departamento de Mantenimiento HRRH, en la que establece entre otras cosas la falta de información de especificaciones técnicas en los términos de referencias a fin de verificar la documentación de los proponentes.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Surtidos los efectos que exige 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. 142-2022/TACP de 23 de agosto de 2022 (Admisión), visible de fojas 045 a 047 del expediente del Tribunal.

III. PRETENSIONES DEL RECURRENTE.

La parte actora centró su disconformidad con el Criterio Técnico, levantado por la Unidad Técnica, así como también contra el Cuadro de Cotizaciones N° No.1000830595 de 09 de agosto de 2022, al manifestar lo siguiente:

PRIMERO

La Resolución no fue motivada en forma detallada y precisa, vulnerando el principio de transparencia.

El cargo ensayado en contra de la resolución impugnada inicia con la violación del principio de transparencia, debido a la ausencia de una adecuada, veraz y sólida motivación del incumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de cargos, alegado en el presente recurso de impugnación, la ley 22 del 2006 en su artículo 26 establece lo siguiente:

Artículo 26. Principio de transparencia En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

1...

5. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, so motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto.

Por su parte el artículo 155 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre procedimiento administrativo general, norma supletoria en el proceso que nos ocupa, señala:



Artículo 155. Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, los siguientes actos:

1. Los que afecten derechos subjetivos;
2. Los que resuelvan recursos;
3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos; y
4. Cuando así se disponga expresamente por la ley.

Ante el contenido de las normas citadas, la Administración, a través de sus entidades en este caso la CAJA DE SEGURO SOCIAL, está obligada a motivar de forma clara y precisa los hechos que fundamentan la adjudicación a un proponente, y a otros no. Dicha motivación, cuando se trata de incumplimiento en los requisitos exigidos en el pliego, debe ser uniforme, en el sentido de que a todos los proponentes se les tiene que informar, por igual, cuál fue el incumplimiento específico y en qué sentido.

Es oportuno hacer referencia a la omisión de la entidad en señalar concretamente en la resolución impugnada: ¿Cómo incumplió? o ¿En qué incumplió?, el proponente ACADIA INTERNATIONAL INC.

Al respecto es necesario recalcar que esta omisión mandataria por la ley no puede venir a suplirse ahora en una mera explicación en el Informe de Conducta.

Es más, en caso de que la entidad quiera sustentarlo de esta forma, (en el Informe de Conducta) pues nos daría la razón en cuanto a la falta de motivación en la resolución impugnada, puesto que, es allí donde debe realizarse la fundamentación y no esperar a que se interpongan recursos para luego sustentarlo.

En este sentido, han sido recurrentes los precedentes del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas que recalcan el hecho de la necesidad imperante de motivar en debida forma las resoluciones.

El año pasado fue emitida la Resolución N°132-2021-PLENO/TACP de 14 de octubre de 2021 (Decisión) Motivación de la decisión de adjudicación, dentro de la impugnación presentada por GENERAL SOLUTIONS AND SERVICES, S.A. en contra del INSTITUTO DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS NACIONALES, veamos:

015

En atención a los referidos principios, que se erigen como medios de resguardo de las actuaciones de la administración, la entidad debió revelar, en el momento oportuno, el supuesto incumplimiento del requisito número uno del apartado de otros requisitos del pliego de cargos; es decir, debió hacer mención del mismo en la parte motiva de la resolución impugnada. Ello es así, porque luego de adjudicado o declarado desierto un acto público, no es correcto justificar la decisión, señalando supuestos incumplimientos que se pasaron por alto, pues contraviene los postulados de transparencia y debido proceso, que deben primar en los procedimientos de contratación pública.

En otras palabras, los reproches que se le hagan a las propuestas de los participantes, se deben consignar en la resolución por la cual se toma la decisión de fondo o de adjudicación. Es en ese momento que se declaran las razones de la actuación, esto con la finalidad de darle al participante, el derecho de controvertir lo argumentado por la administración.

En sentido contrario, el presentar argumentos o razonamientos justificativos de la decisión, luego que se haya adoptado esta; evidentemente deja al proponente en estado de indefensión ya que, al no conocer estas nuevas alegaciones, no tiene ocasión para defenderse frente a ellas.

Lo subrayado es nuestro



SEGUNDO

De acuerdo con el Pliego de Cargos el Objeto de la contratación es bien no un servicio.

Esto es visible en la descripción del acto y en el aviso de convocatoria, del presente acto impugnado.

Objeto:	S
Descripción:	FILTRO PUSADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTRO DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO

016

Requerimiento	Descripción	Unidad de Medida	Valor	Observaciones
1	ADQUISICION	FILTRO DE ALTA EFICIENCIA	1.00	Deposito
2	ADQUISICION	FILTRO DE ALTA EFICIENCIA	1.00	Deposito
3	ADQUISICION	FILTRO DE ALTA EFICIENCIA	1.00	Deposito
4	ADQUISICION	FILTRO DE ALTA EFICIENCIA	1.00	Deposito
5	ADQUISICION	FILTRO DE ALTA EFICIENCIA	1.00	Deposito

Como se puede apreciar en las imágenes anteriores, lo que la entidad licitante requiere es un BIEN, es decir FILTRO PUSADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO.

Según la nota fechada del 03 de agosto de 2022, Informe Técnico, la Caja de Seguro social; en el punto 1, hace alusión a que las especificaciones técnicas presentes en el Pliego de Cargo corresponden a un servicio no a un bien.

017

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

SECRETARÍA GENERAL

Área de Contratación

Ing. Yessy Rosales Ochoa

Ing. Alvaro ID 93 031 005

Departamento de Mantenimiento IRRH

En referencia a Evaluación Técnica del Expediente de la solicitud de servicio No. 1000830195 04 02 Contratación Menor No. 2022-110-0-04 CM-461026 en su II Convocatoria, le podemos informar lo siguiente:

- En el Pliego de Especificaciones Técnicas de esta solicitud de servicio, confeccionado por el Ing. Lorenzo Lara, Ingeniero Electromecánico de la Institución, no se establece presentación de información técnica a los proponentes, a fin de verificar cumplimiento de especificaciones técnicas de los ítems solicitados (foja # 5 y # 6).
- En el Pliego de Cargos del Acto de Licitación Pública elevado al Portal de Panamá Compra, se solicita en Otros Requisitos: DETALLAR EN SU PROPUESTA (SI EL INSUMO LO REQUIERE), MARCA, FABRICANTE Y PRECIO UNITARIO Y PRECIO TOTAL, PRESENTACIÓN (foja # 07).
- La única empresa proponente Acadia Internacional Inc. En la presentación de Desglose de precio no establece Marca del producto ofertado estableciendo como marca Acadia que coincide con el nombre de la empresa proponente, no reconociendo como casa fabricante de esos productos y estableciendo un producto no original sino Genérico que afectaría de forma directa la eficiencia y operatividad de las unidades manejadoras de aire.
- El aviso de operaciones presentado por el proponente no establece la actividad del servicio solicitado.



En el pliego de cargos, la Entidad no colocó referencias que induzcan a solicitar una marca en específico, por ende, el acto es válido y no puede acusarse de nulo. De forma cónsona al momento de evaluarse las propuestas, no puede la Entidad tomar como referencia para su decisión la marca o su procedencia como un aspecto a ser evaluado, sino las especificaciones colocadas en el pliego de cargos como documento rector, así como las aportadas por los proponentes en su propuesta.

Sin embargo, al momento de realizarse la evaluación de los requisitos y especificaciones técnicas (Visible en el documento denominado "EVALUACION DE SERVICIO" del 03 de agosto de 2022) y en la Evaluación Técnica (visible en el documento denominado "NOTA SOBRE LA EVALUACIÓN" de la misma fecha), se observa una inadecuada calificación de la propuesta presentada por ACADIA INTERNATIONAL INC., ya que a criterio de los evaluadores la marca no es conocida para ellos o no es la que ellos esperaban.

La entidad se equivocó al no percatarse que no solo se mencionaba la marca ACADIA (que por su derecho de uso puede considerarse una marca sin la necesidad de que se encuentre registrada, según la propia normativa marcaría panameña y la jurisprudencia de los juzgados de comercio) sino que también se menciona la marca KLC y marcas genéricas. Dejándose llevar por el hecho de que el nombre de la marca y en el del proponente es el mismo.

Notas: Todos los renglones son de Origen: China. Por ser consumibles o de menor tiempo de vida: 6 meses de garantía contra desperfectos de fábrica. Todas las piezas son nuevas. Todas las piezas son de la misma industria, o sus subcontratistas o alternos identificados. Marcas fabricante: Acadia/Generico/KLC. Medidas en pulgadas. Presentación de empaque en palets o cajas. Las medidas de empaque presión (WG) se obtienen de conversaciones y extrapolaciones. Estas son medidas estándares de acuerdo a las normas ASHRAE.

Para la entidad licitante la marca ACADIA no es una marca reconocida para ellos, pero no toman en consideración que no se requiere tener una marca registrada para que sea considerada como válida, basta con su uso. Tampoco se requiere que sea reconocida para tener valor en el mercado. Todo esto está regulado en la Ley 35 de 1996 y su modificación en la Ley 61 de 2012.

Tómese en cuenta que la proponente ACADIA INTERNATIONAL INC., es una empresa registrada en AMPYME y como tal tiene el derecho de introducir su propia marca.

Además, la legislación panameña no obliga al titular del uso de una marca a registrarla ante la Digeji, puesto que solo basta con su uso, tal cual y como lo regula el artículo 96 de la ley de marcas.

Artículo 96. El derecho al registro de una marca se adquiere por su uso. El derecho a su uso exclusivo se adquiere por el registro. Los efectos y alcances de los derechos conferidos por el registro están determinados por la presente Ley.

Entonces la empresa ACADIA INTERNATIONAL INC., tiene derecho a utilizar su marca, con solo usarla y en caso de que note que alguien más en el mercado está pretendiendo utilizarla entonces puede optar por el registro para impedir que un tercero se aproveche e impedir el uso indebido.

La empresa ACADIA INTERNATIONAL INC., y su marca ACADIA es bien reconocida en el ámbito de contratos con el Estado, inclusive por este Tribunal de contrataciones públicas, ya que constantemente se presentan recursos de impugnación que mencionan dicha marca. Es decir, que de acuerdo con los precedentes e indicios procesales administrativos la marca ACADIA tiene una existencia que no se puede negar y reconocer.

Inclusive, basta con realizar una "búsqueda avanzada" a través del sistema de panama compra mediante "proponente" y podrá observarse la multiplicidad de actos de contratación pública en donde participa la empresa ACADIA INTERNATIONAL INC. con su marca ACADIA.

Entonces el uso de la marca ACADIA viene determinado por la colocación en el mercado de esta, no por el hecho de tener registro, marcarlo o por no aparecer en Google, ya que así lo determina el artículo 101 de la ley de marcas panameña.

Artículo 101. Se entiende por uso de una marca la colocación en el mercado nacional de los productos identificados con la marca, ya sea que estos hayan sido producidos, fabricados, elaborados o confeccionados en la República de Panamá o en el extranjero. Se entiende por uso de una marca de servicio la prestación de los servicios amparados por dicha marca en el comercio nacional. También constituirá uso de la marca su empleo en relación con productos destinados a la exportación a partir del territorio nacional o en relación con servicios brindados en el extranjero desde el territorio nacional. El uso de una marca por un licenciatario o por otra persona autorizada para ello será considerado como

La recurrente solicita al Tribunal de la causa lo siguiente:

SOLICITUD:

Por todo lo antes expuesto, solicitamos muy respetuosamente a este Tribunal que, en uso de sus facultades legales y reglamentarias RESUELVA:

PRIMERO: REVOCAR y dejar sin efecto el Cuadro de Cotizaciones No. 1000830595 del 09 de agosto de 2022, emitida por el CAJA DE SEGURO SOCIAL, HOSPITAL DOCTOR RAFAEL HERNANDEZ L., por medio del cual decide declarar DESIERTO el Acto Público de Selección de Contratista

No. 2022-1-10-0-04-CM-461026, para la adquisición FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO.

SEGUNDO: REESTABLECER el derecho vulnerado, en el sentido de ADJUDICAR a la empresa ACADIA INTERNATIONAL, INC., el Acto Público de Selección de Contratista No. 2022-1-10-0-04-CM-461026, referente a la adquisición FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO: por haber sido el único proponente y cumplir a cabalidad con los requisitos y exigencias de los términos de referencia correspondientes.



IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD RECURRIDA.

De acuerdo con el Informe de Trámite de 01 de septiembre de 2022, (foja 061 del expediente del Tribunal), la entidad licitante el día 29 de agosto de 2022, publicó en el Sistema Electrónico “PanamaCompra”, del referido acto público el Informe de Conducta, específicamente en la sección “Documentos Adjuntos”; en la que expone de manera pormenorizada, cada una de las actuaciones acaecidas en el acto público de marras.

V. ALEGACIONES DE TERCEROS.

Cabe señalar que, dentro del término establecido en el artículo 158 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, no hubo intervención de terceros en interés de la ley o particular.

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020, (Texto Único de la Ley 22 de 2006) este Tribunal procede a decidir el recurso.

En este sentido, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto al Recurso de Impugnación presentado por el oferente ACADIA INTENATIONAL, INC., contra el Cuadro de Cotizaciones No.1000830595 de 09 de agosto de 2022, a través del cual la entidad (CSS), resolvió declarar desierto el acto público N° 2022-1-10-0-04-CM-461026, referente a la adquisición de “FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO”.

Desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica y de los estudios valorativos del análisis del caso, se justifica en los artículos 215, 266 y 298 de la Constitución Política de nuestro país, en el sentido de apegarse al reconocimiento del derecho sustantivo, más que a las meras formalidades; a procurar el mayor beneficio para el Estado en las compras que este efectúe y plena justicia en la adjudicación; así como la exigencia de garantizar la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados, en este caso, del mercado público de contrataciones.

“Artículo 215. Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios.

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley sustancial”.

“Artículo 266. 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”.

“Artículo 298. El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.



Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios

La presente encuesta jurídica, lo hacemos con fundamento en el artículo 35 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, en el sentido de que, al hacer la interpretación de las normas de los procedimientos de selección de contratista, tomamos en consideración “los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”. Sin desatender el principio de congruencia, en el que este Tribunal se pronunciará en cuanto a lo solicitado por el recurrente.

Tratándose de la celebración de un Procedimiento de Compra Menor, para resolver el Recurso de Impugnación, nos remitimos a las normas de procedimiento que al respecto contempla el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020; así como el Decreto Ejecutivo N° 439 de 10 de septiembre de 2020, desde el momento de la convocatoria, el expediente administrativo, y el Informe de Conducta, además de los términos de referencia y el registro del acto público en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”.

Es importante señalar, que entraremos analizar el Recurso de Impugnación bajo los parámetros establecidos del artículo 57 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

“Artículo 57. Contratación menor. El procedimiento para la contratación menor permitirá, 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 esta Ley.

”

Al visualizar el cartel de condiciones de la referida compra menor, nos percatamos que la CSS, publicó la convocatoria del acto público N°2022-1-10-0-04-CM-461026, en el que fijó como modalidad “Global” de adjudicación y como criterio de selección se estableció lo siguiente:

“Criterios de Selección

IMPORTANTE: 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 con la propuesta de menor precio presentada por empresa no MIPYMES; entre las MIPYMES, se deberá escoger a la que ofrezca en menor precio. En las contrataciones menores se promoverá la participación del mayor número de empresas locales, siempre que sean personas naturales de nacionalidad panameña o personas jurídicas que cumplan con lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 11 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020. Se adjudicará atendiendo lo establecido en los artículos 88, 89 y 90 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, y en su defecto, al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos”.

Luego de haber realizado el estudio minucioso de los elementos que reposan en el expediente administrativo digital, así como al examen del Informe de Conducta, y el Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, en torno a las actuaciones efectuadas por la CSS [HOSPITAL DOCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ L.], los términos de referencia y el registro del acto público en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, es propicia la ocasión dirigirnos directamente a las actuaciones de dicha institución, ya que las mismas representan el objeto del Recurso de Impugnación que se ventila en este Tribunal.

El presente análisis lo hacemos con fundamento en el artículo 35 del Texto Único



de la Ley 22 de 2006, en el sentido de que, al hacer la interpretación de las normas de los procedimientos de selección de contratista, tomamos en consideración “los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

Desde la perspectiva de la norma, somos de la opinión de que la forma de interpretación de las disposiciones pre y contractuales, exigida por la Ley 22 de 2006, es teleológica o finalista, en otras palabras, basada en la identificación de la intención que tuvo el legislador para establecer el texto legal, que no es otro que el que las entidades públicas, efectiva y específicamente, cumplan con la satisfacción de los intereses públicos, al momento de adquirir concretamente bienes (suministros), servicios o en la construcción de obras públicas. Destacando que el objetivo primordial de la contratación pública es la entrega correcta y eficaz de bienes y servicios, protegiendo a su vez el uso de los recursos públicos, contra los riesgos de desperdicio, mal uso y corrupción.

Con el afán de seguir el recorrido procesal administrativo y el análisis del expediente administrativo de la entidad convocante; queremos dejar plasmadas ciertas observaciones que denotan inconsistencias en el pliego de cargos, así como la actuación ejercida por la entidad. (el subrayado es nuestro)

Es de suma relevancia, advertir las inconsistencias que reposan en la convocatoria y que desde nuestra óptica causan un perjuicio a la entidad y sobre todo a los interesados; sin obviar que desatiende el verdadero interés social que postulan los principios de la Contratación Pública; más aún, el principio constitucional de igualdad, en concomitancia con el principio del debido proceso.

Este Tribunal, en fiel defensa de los postulados de la contratación y del debido proceso, y en relación a los hechos del impugnante, se adentró a lo medular de las constancias que yace en el expediente electrónico, de la referida contratación determinando que, los criterios técnicos no son del todo claro, dejando al arbitrio de los oferentes la presentación de la documentación con la información técnica presunta; tomando en consideración que, es la entidad previa al estudio de mercado y de acuerdo a las necesidades, quién debe exponer cada uno de los puntos técnicos requeridos, con la información necesaria del servicio a adquirir relativo a “FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO”.

Antes de desplegar nuestro análisis final, es propicia la ocasión remitirnos a las especificaciones técnicas del referido acto público, a fin de verificar lo exigido por la entidad convocante:

Especificaciones Técnicas					
Bien/Servicio/Otra seleccionados					
R	Código	Clasificación	Cantidad	Unidad de medida	Descripción
1	40161005	Filtros de aire	160	Unidad	FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, REUSABLE 20X24X2 MERV 8 U 23" W.G. 825 P/MIN
2	40161005	Filtros de aire	16	Unidad	FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA, MARCO DE ALUMINIO, REUSABLE 12 X 24 X 2 MERV 8 U 23" W.G. 19 125 P/MIN
3	40161005	Filtros de aire	20	Unidad	FILTRO DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO, CAL 24 CON SOPORTE METALICO Y SELLO ADHESIVO ENTRE LA MALLA Y EL MARCO, CON SEPARADORES DE ALUMINIO, HOJADORES 24X24X11 1/2, MERV 14 ASHRAE
4	40161005	Filtros de aire	210	Unidad	FILTRO DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO, CAL 24 CON SOPORTE METALICO Y SELLO ADHESIVO ENTRE LA MALLA Y EL MARCO, CON SEPARADORES DE ALUMINIO, HOJADORES 20X24X11 1/2, MERV 14 ASHRAE
5	40161005	Filtros de aire	50	Unidad	FILTRO DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO, CAL 24 CON SOPORTE METALICO Y SELLO ADHESIVO ENTRE LA MALLA Y EL MARCO, CON SEPARADORES DE ALUMINIO, HOJADORES 20X24X4, MERV 14 ASHRAE

Ahora bien, la entidad convocante si bien es cierto posteó en los términos de referencias las descripciones del bien, con el Código, y su clasificación; no adjunto otras condiciones a cumplir por los oferentes en “Documentos Adjuntos”, para desarrollar las condiciones del bien a adquirir; es decir, los términos de referencias carecen de información exacta que puedan ser utilizados por los oferentes y por la



unidad técnica quién es la encargada de revisar lo ofrecido por los proponentes.

Nótese que, la entidad no solicitó en los términos de referencia específicamente, en el cuadro electrónico que, los oferentes presentarán catálogo con la ficha técnica, debidamente traducido al español en caso de que se encuentre en inglés, con el fin de revisar el bien ofertado por los oferentes, así como tampoco se exigió que, los oferentes presentarán las normas de calidad para el bien ofertado. De hecho, al revisar la sección “Otra Condición 7”, la entidad manifiesta lo siguiente:

Otra Condición 7:

TODOS LOS PROVEEDORES DEBERAN ACOGERSE A TODAS LAS ESPECIFICACIONES Y REQUISITOS SOLICITADOS EN ESTE PLIEGO DE CARGO Y EN LOS DOCUMENTOS ADJUNTOS.

Al no establecerse, de manera clara los requerimientos técnicos adecuados que satisfagan eficientemente las necesidades de los destinatarios; la entidad deberá adoptar medidas encaminadas a asegurar que los resultados de los procesos de contratación satisfacen las necesidades de los administrados, por ejemplo, elaborando unas especificaciones técnicas adecuadas, estableciendo unos criterios apropiados de adjudicación de contratos, garantizando que los evaluadores de propuestas poseen los adecuados conocimientos técnicos, y asegurándose de que, tras la adjudicación de los contratos, se dispone de los recursos y conocimientos necesarios para la gestión de los mismos.

También es propicia la ocasión para señalar que, al revisar los términos de referencias, la entidad no incluyó la acreditación de la experiencia del/los proponentes en torno a lo solicitado en el objeto contractual “FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO” que pueda medir la capacidad de los postores; teniendo en cuenta cada uno de los presupuestos que demanda el artículo 39 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, para la estructuración del pliego de cargos que incluyan: (i) reglas objetivas, justas, claras y completas (ii) las condiciones y la calidad de los bienes, las obras o los servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (iii) las condiciones generales, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales referentes al objeto de la contratación (iv) los modelos de formularios.

Nótese que, la entidad a través del departamento de HRRH, manifestó mediante carta de fecha 03 de agosto de 2022, sobre las falencias de las especificaciones técnicas del referido acto público:

David, 03 de Agosto del 2022

Licenciada
Argelis de Carreño
Jefa de Compras
Hospital Regional Dr. Rafael Hernández I.
Casa de Seguro Social
L. S. D.

Ecda, Carreño:

En referencia a Evaluación Técnica del Expediente de la solicitud de servicio No. 1000830595-04-02, Contratación Menor No. 2022-1-10-0-04-CM-461026 en su II Convocatoria, le podemos informar lo siguiente:

- En el Pliego de Especificaciones Técnicas de esta solicitud de servicio, confeccionado por el Ing. Lorenzo Lara, Ingeniero Electromecánico de la Institución, no se estableció presentación de información técnica a los proponentes, a bien de verificar cumplimiento de especificaciones técnicas de los filtros solicitados (Folios # 5 y # 6).
- En el Pliego de Cargos del Acto de Licitación Pública elevado al Portal de Panamá Compras, se solicita en Otros Requisitos: DETALLAR EN SU PROPUESTA (SI EL INSUMO LO REQUIERE), MARCA, FABRICANTE Y PAÍS, PRECIO UNITARIO Y PRECIO TOTAL, PRESENTACIÓN (Folios # 87).
- La única empresa proponente Acordia Internacional Inc. En la presentación del Detalle de precio no establece Marco del producto ofertado estableciendo como marca Acordia que coincide con el nombre de la empresa proponente, no reconocida como casa fabricante de estos productos y estableciendo un producto no original sino Genérico que afectaría de forma directa la eficiencia y operatividad de las unidades monitores de aire.
- El auto de operaciones presentado por el proponente no establece la actividad del servicio solicitado.

Ing. Pedro Requena Otero
Ing. Mecánico ID. 93.033.005
Departamento de Mantenimiento HRRH

Es evidente las falencias de las especificaciones técnicas de los términos de



referencias; empero, no existen condiciones de elegibilidad que mida la capacidad de los postores, así lo dejó de manifiesto la entidad al concebir que no se establece presentación de información técnica a los proponentes; es decir, existe una clara pretermisión de los postulados de la contratación pública, sobre todo en la confección del pliego de cargos, responsabilidad esta que le corresponde indudablemente a la entidad convocante como responsable de la convocatoria del acto público en referencia.

Aprovechando la coyuntura, este Despacho le advierte a la entidad convocante que, para futuras convocatorias relacionadas a compras menores, no se le debe exigir la declaración jurada de medidas de retorsión a las personas naturales de nacionalidad panameña, conforme lo establece el artículo 43 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Por lo tanto, la entidad tiene el deber de levantar un pliego con condiciones claras y específicas, que pueda medir la capacidad técnica de los oferentes.

En este mismo orden de ideas, la entidad contratante es la responsable de determinar los requisitos para participar en los procedimientos de selección de contratistas, incluyendo los de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes, y que las reglas incluidas en los correspondientes pliegos de cargos sean objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, siendo esto extensivo a toda la documentación que deben llenar y presentar los proponentes; a fin de que lo aportado por cada oferente en el acto público, sea correcto, completo y no arbitrario ni discrecional.

La norma es clara, en cuanto a que, las especificaciones técnicas, deben ser precisas y no ambiguas; veamos lo que estipula el artículo 57 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, que reglamenta la Ley 22 de 2006:

Art. 57. Especificaciones técnicas. Las especificaciones técnicas comprenderán planos, dibujos, diseños y requisitos basados en las características objetivas, técnicas y de calidad de los bienes, servicios u obras que se pretendan contratar. La entidad licitante es la responsable de establecer las especificaciones técnicas de los bienes, servicios u obras que requieren contratar para satisfacer sus necesidades y la de la ciudadanía. Estas especificaciones deberán contener toda la información necesaria para realizar el procedimiento de selección de contratista correspondiente, de forma eficiente y enfocada a adquirir bienes, servicios u obras de calidad con el objetivo de lograr el mejor beneficio por el valor a contratar. La inclusión en el pliego de cargos de especificaciones técnicas correctas, completas y ajustadas a estándares de calidad, evitará la recepción de propuestas de bienes, servicios u obras que no cumplan con la finalidad de la contratación.

No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productos determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras "o su equivalente" u otra expresión similar.

Para formular las especificaciones, planos, dibujos y diseños que deban incluirse en el pliego de cargos o en otros documentos en que se soliciten propuestas o cotizaciones, se utilizarán, de haberlos, las características, los requisitos, los símbolos y la terminología normalizados.

Las especificaciones técnicas deberán consignar en forma clara e inconfundible las características del objeto que se va a contratar, las normas de calidad que deberán cumplir los bienes, servicios u obras y las garantías requeridas. (el subrayado es nuestro)

El pliego de condiciones especiales es un acto administrativo, que debe estar subordinado a la ley, dictado unilateralmente por la entidad licitante, para un



contrato determinado, sujeto a la ley y normas de procedimiento para su validez. Este acto administrativo tendría efectos particulares, ya que sólo obligaría a los oferentes en un determinado procedimiento licitatorio.

La importancia jurídica del pliego de condiciones en las licitaciones es innegable, ya que implica una serie de consecuencias jurídicas de importancia. No sólo establece derechos y obligaciones para los oferentes, sino también para el ente público que llama a licitación. Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones, por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación, de las partes en la contratación y del objeto de la prestación; no cabe duda de que el procedimiento de selección de contratista que adopte la entidad es la que permite, gracias a la competencia, que se obtengan las mejores condiciones para el Estado y en definitiva para la sociedad.

Independientemente de la tesis sobre la naturaleza normativa, contractual o mixta de los pliegos de condiciones, sus efectos trascienden el proceso de selección y se extienden hasta la terminación de todas las obligaciones.¹

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es importante resaltar el principio de responsabilidad de los servidores públicos en materia de contrataciones públicas, incorporado en el artículo 28 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 153 de 2020, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 28. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte.

Los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.

Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.

Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.

Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual, el jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Los que sean integrantes de comisiones de evaluación están obligados a actuar con estricto apego a la ley y a los criterios y metodologías contenidos en el pliego de cargos.

Los servidores públicos que intervengan en los actos de selección de contratista deberán cumplir con los términos establecidos en la presente Ley, la omisión a esta disposición se considerará como una falta administrativa y será sancionada con multa, conforme a lo establecido en el artículo 18”

En resumen, el hecho de que la información contenida en el pliego de cargos

¹ El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios; González López, Edgar; Universidad Externado de Colombia, página 63.



contravenga lo dispuesto en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 153 de 2020 y su reglamento (Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020), conlleva a posible confusión de los proponentes al momento de completar sus propuestas, implica que se ha incurrido en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 166 del mismo cuerpo normativo:

***“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.”*

En virtud de las consideraciones señaladas, esta Colegiatura estima que lo procedente es *anular* el acto público de selección de contratista para la Contratación Menor N°2022-1-10-0-04-CM-461026, convocado por la Caja de Seguro Social [Hospital Rafael Hernández L.], con fundamento en lo dispuesto en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020, el cual dispone:

***“Artículo 244. 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, modifica 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.”*
(Lo resaltado es nuestro).

En un Estado de Derecho, la Administración se somete a un orden que debe cumplir y hacer cumplir, sin criterios subjetivos, con el único propósito de evitar la discrecionalidad o, peor aún, la arbitrariedad; de tal manera que la Administración no puede evaluar propuestas bajo criterios subjetivos ya que incurriría en discrecionalidades.

Referente a la fianza del recurso de impugnación, este Tribunal opina que es procedente su devolución, considerando que no se ha observado temeridad en la actuación del recurrente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista para la Compra Menor N°2022-1-10-0-04-CM-461026, convocado por la Caja de Seguro Social [Hospital Rafael Hernández L.], referente a la adquisición de “FILTRO PLISADO DE MALLA SINTETICA MARCO DE ALUMINIO, FILTROS DE ALTA EFICIENCIA, MARCO GALVANIZADO.”, con precio de referencia de CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO BALBOAS CON 65/100 (B/. 49,185.65), en virtud de que se incurrió en inconsistencias en la elaboración y estructuración del pliego de cargos en contravención con las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación No. 0822-00829-01 de 12 de agosto de 2022, emitida por ASEGURADORA ANCON, por la suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO BALBOAS CON 57/100 (B/. 4,918.57),

a orden del TACP / Contraloría General de la República, cantidad que representa el diez por ciento (10 %) del precio de referencia, y cuya diligencia de consignación reposa a foja 036 del expediente del Tribunal.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

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 archivo del expediente N°181-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020 y la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD.
Secretario General

