



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 205-2022

RECURRENTE: HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 065 de 8 de septiembre de 2022, por el cual se adjudicó el procedimiento de selección de contratista No.2022-0-18-01-99-LP-056626, proferido por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**.

Magistrado Ponente: MARTÍN WILSON CHEN.

RESOLUCIÓN No.222-2022- Pleno/TACP de 1 de noviembre de 2022 (Decisión).

Por la cual se resuelve el Recurso de Impugnación interpuesto por el impugnante **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, en contra de la Resolución No.065 de 8 de septiembre de 2022, que decidió adjudicar el procedimiento de selección de contratista No.2022-0-18-01-99-LP-056626, proferido por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**.

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, declaración de desierto o rechazo de propuestas, así como cualquier acto que afecte la selección objetiva del contratista, de conformidad al contenido del artículo 157 de la citada ley; 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:

Que el día 11 de marzo de 2022, el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, publicó en el portal electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra", el Aviso de Convocatoria y el Pliego de Cargos, para el acto de recibo de propuestas en el procedimiento de selección de contratista N°2022-0-18-01-99-LP-056626, realizado el día 8 de julio del año en curso, a partir de las 10:00 a.m., y seguidamente el mismo día, el Acto de Apertura de Propuestas, desde las 10:01 a.m., para la "Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unidades policiales de servicio, Escuela de Oficiales de la Policía y necesidades operativas por un período de veinticuatro (24) meses", con un precio de referencia de Seis Millones Cuatrocientos Setenta y Ocho Mil Setecientos Cincuenta Balboas con 00/100 (B/.6,478,750.00).

Que el día 8 de septiembre de 2022, se publicó dentro del icono de "Resolución de Adjudicación", la Resolución No. 065 de 8 de septiembre de 2022, proferido por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, por el cual se adjudicó el Acto Público N°2022-0-18-01-99-LP-056626, para la "Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unidades policiales de servicio, Escuela de Oficiales de la Policía y necesidades operativas por un período de veinticuatro (24) meses" (Verificada por esta Instancia en la página del Portal Electrónico "PanamaCompra" y visible a foja 09 del Expediente del Tribunal).

II. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Que el día 16 de septiembre de 2022, el licenciado Carlos De Icaza, abogado en ejercicio, en nombre y representación de la empresa **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, interpuso ante la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el Recurso de Impugnación en contra de la Resolución No. 065 de 8 de septiembre de 2022, por la cual se adjudicó el Acto Público N°2022-0-18-01-99-LP-056626 (Poder y Recurso de Impugnación visibles de foja 013 a la 026 del Expediente del Tribunal, respectivamente).

Que el recurrente adjuntó al libelo de su Recurso de Impugnación fianza No.04-23-966926-0 de 15 de septiembre de 2022, expedida por Nacional de Seguros de Panamá y Centroamérica, S.A., a orden del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS y como beneficiarios el MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA/CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por un límite máximo de responsabilidad de Seiscientos Cuarenta y Siete Mil Ochocientos Setenta y Cinco Balboas con 00/100 (B/.647,875.00); monto que representa su equivalente al 10% del valor del precio de referencia. Copia visible a folio 037; diligencia de consignación que reposa a folio 035 del Expediente del Tribunal, respectivamente.



Que el día 16 de septiembre de 2022, la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, emitió la Certificación de interposición del Recurso de Impugnación, (Visible a folio 040 del Expediente del Tribunal y en el Portal Electrónico "PanamaCompra", dentro del Icono "Interposición del Recurso de TACP", a fecha 16 de septiembre de 2022, a las 2:09 p.m.).

Que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución N°163-2022/TACP de 19 de septiembre de 2022, admitió el Recurso de Impugnación interpuesto por el licenciado Carlos De Icaza, abogado en ejercicio, actuando en nombre y representación de la empresa **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, publicándola el día 20 de septiembre de 2022, en el Portal Electrónico denominado "PanamaCompra," corriéndole traslado del recurso presentado a la entidad **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, para que, dentro del término no mayor de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta resolución, presentara el informe de conducta acompañado de toda la documentación correspondiente al acto público impugnado, el cual debió remitirse a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" (Visible de fojas 045 a la 047 del Expediente del Tribunal y en el Portal electrónico "PanamaCompra", dentro del icono denominado "Resolución de Admisión TACP" a fecha 20-9-2022, a las 8:45 a.m.).

Que el día 23 de septiembre de 2022, el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, publicó el Informe de Conducta en el Portal Electrónico, referente al Acto Público N°2022-0-18-01-99-LP-056626 (Visible a folios 050 al 053 del expediente del Tribunal).

III. CONTENIDO DEL ACTO IMPUGNADO:

El Acto impugnado lo constituye la Resolución No.065 de 8 de septiembre de 2022, que adjudicó el procedimiento de selección de contratista No. 2022-0-18-01-99-LP-056626, a la oferta de **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, por ser la recomendación de la Comisión Verificadora del acto público que nos ocupa, (Visible en la página del Portal Electrónico "PanamaCompra", dentro del icono de "Resoluciones", publicado el 8-9-22, y a foja 010 a la 012 del Expediente del Tribunal) que en lo medular detalla lo siguiente:

"



MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA
Dirección de Administración y Finanzas

RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN

Resolución No. 065 del 8 de septiembre de 2022

Por el cual se Adjudica la Licitación Pública No. 2022-0-18-01-99-LP-056626, para la "ADQUISICIÓN DE COMIDA PREPARADA PARA PROPORCIONAR ALIMENTACIÓN A LAS UNIDADES POLICIALES DE SERVICIO, ESCUELA DE OFICIALES DE LA POLICÍA Y NECESIDADES OPERATIVAS POR UN PERÍODO DE VEINTICUATRO (24) MESES".



El Ministro de Seguridad Pública, en ejercicio de sus facultades legales,

CONSIDERANDO:

Que mediante aviso de convocatoria publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" el día 11 del mes de marzo del año 2022, se hizo el llamado a los interesados en participar como proponentes, para el Acto Público No. **2022-0-18-01-99-LP-056626**, cumpliéndose con lo establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 y las normas reglamentarias.

Que el día 8 de julio de 2021, fueron recibidas vía electrónica por parte de esta entidad las propuestas para dicho acto público, detalladas en el siguiente cuadro:

PROPUESTAS RECIBIDAS:

No.	Proponente	Oferta Económica
1	HOTELERA EL PANAMA, S.A.	5,475,000.00
2	CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.	6,296,250.00

Que posteriormente las propuestas presentadas en el Acto Público fueron remitidas a la Comisión Verificadora, designada mediante Resolución N° 021 de 21 de marzo de 2022, con el propósito que las mismas fueran verificadas conforme a lo establecido en el pliego de cargos.

Que la Comisión Verificadora, luego de emitir su Informe de Comisión, publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el día veintinueve (29) de julio de 2022, determinó que el proponente denominado **HOTELERA EL PANAMA, S.A.**, quien ofertó el menor precio, no cumplió con los requisitos y exigencias solicitadas por el pliego de cargos.

Que por tanto, la Comisión Verificadora procedió a verificar el proponente de segundo menor precio, tal como lo establece el Artículo 58, numeral 9, del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, siendo esta la propuesta presentada por el proponente denominado **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, la cual de acuerdo al Informe de Comisión, cumplió con todos los requisitos exigidos por el pliego de cargos, por lo tanto su propuesta representa los mejores intereses para el Estado.

Que el día veintiséis (26) de julio de 2022, posterior a la publicación al informe de comisión, el proponente denominado **HOTELERA EL PANAMA, S.A.**, presentó observaciones al informe de la Comisión Verificadora.

Que esta entidad, luego del análisis de los argumentos esbozados por el recurrente, considera que los criterios de la comisión verificadora están debidamente sustentados en el informe de comisión, por cuanto se acoge a lo dispuesto en el Artículo 58, numeral 13 del de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Que el día primero (01) de agosto de 2022, el proponente denominado **HOTELERA EL PANAMA, S.A.**, presentó Acción de Reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, concierne a las observaciones emitidas al informe de la comisión verificadora.

Que transcurrido el término correspondiente, la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante Resolución N° 973 de tres (03) de agosto de dos mil veintidós 2022, Admite la Acción de Reclamo y Ordena la medida de Suspensión del Acto de Licitación Pública descrito en el primer punto de la parte resolutive de la presente Resolución.

Que la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante **Resolución de Fondo N° 999 de diez (10) de agosto de dos mil veintidós 2022**, Resuelve **ANULAR PARCIALMENTE** lo actuado por la Comisión Verificadora en el Informe de Comisión Verificadora de fecha 20 de julio de 2022 y publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" el día veintinueve (29) de julio de 2022, concerniente a la Licitación Pública No. **2022-0-18-01-99-LP-056626**, para la **"ADQUISICIÓN DE COMIDA PREPARADA PARA PROPORCIONAR ALIMENTACIÓN A LAS UNIDADES POLICIALES DE SERVICIO, ESCUELA DE OFICIALES DE LA POLICIA Y NECESIDADES OPERATIVAS POR UN PERIODO DE VEINTICUATRO (24) MESES"**; y **ORDENA** a la Entidad Licitante que proceda, a través de la **MISMA** Comisión Verificadora a realizar un Análisis Parcial de la propuesta presentada por el proponente denominado **HOTELERA EL PANAMA, S.A.**, específicamente en los Puntos N° 2, 9 y 24 de la sección de "Otros Requisitos" de las condiciones especiales del pliego de cargos electrónico y en la propuesta del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, los puntos N° 8 y 11 de la sección de "condiciones especiales" del pliego de cargos electrónico, y que se emita un Informe de Análisis Parcial conforme al procedimiento establecido por el Artículo 58 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley N° 153 de 8 de mayo de 2020, en concordancia con el Artículo 95 del Decreto Ejecutivo N° 439 de 10 de septiembre de 2020, los cuales desarrollan la Licitación Pública, motivando de manera clara las razones en las que sustenta su dictamen, en los términos que establece el Artículo 69 Lex Cit., determinando si cumple o no integralmente con los requisitos y exigencias que establece el Pliego de Cargo Electrónico.

Que el día 29 de agosto de 2022, se hace entrega de los expedientes contentivos de la documentación de la Licitación Pública No. **2022-0-18-01-99-LP-056626** a los miembros de la **MISMA** Comisión Verificadora, para que procedan con el **ANÁLISIS PARCIAL**, ordenado por la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante **Resolución de Fondo N° 999 de diez (10) de agosto de dos mil veintidós 2022**.

Que el día 29 de agosto de 2022, la **MISMA** Comisión Verificadora presentó su informe de **ANÁLISIS PARCIAL**, (motivado) según lo ordenado mediante **Resolución de Fondo N° 999 de diez (10) de agosto de dos mil veintidós 2022**, donde sustenta lo actuado e indica que el proponente de menor precio denominado **HOTELERA EL PANAMA, S.A.**, **No Cumple** a cabalidad con los requisitos solicitados en el pliego de cargos electrónico y adicional, que la muestra presentada por el proponente **No Cumple** con lo solicitado en el pliego de cargos electrónico y recomienda la Adjudicación al proponente denominado **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, por cumplir con todas las condiciones y exigencias solicitadas en el pliego de cargos electrónico elaborado por la entidad licitante.

Que el día primero (01) de septiembre de 2022, posterior a la publicación del Segundo Informe de la **MISMA** comisión verificadora, el proponente **HOTELERA EL PANAMA, S.A.**, presentó observaciones al informe de la comisión verificadora.

Que esta entidad, luego del análisis de los argumentos esbozados por el recurrente, consideró que los criterios de la comisión verificadora están debidamente sustentados en el informe de comisión, por cuanto se acoge a lo dispuesto en el Artículo 58, numeral 13 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Que por las consideraciones descritas previamente y sumado al hecho que a la fecha no se han presentado acciones de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, el Ministro de Seguridad Pública, en ejercicio de sus

facultades legales, y teniendo como referencia lo recomendado en el Informe de la **MISMA** Comisión Verificadora,

RESUELVE:

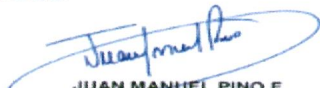
PRIMERO: ADJUDICAR el Acto de Licitación Público No. 2022-0-18-01-99-LP-056626, al proponente **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, por la suma de **Seis Millones Doscientos Noventa y Seis Mil Doscientos Cincuenta Balboas con 00/100, (B/.6,296,250.00)**.

SEGUNDO: Ordenar que se realice la publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", para su debida notificación, por el término de dos (2) días hábiles.

TERCERO: Advertir que contra la presente resolución, podrá interponerse el Recurso de Impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 58 numerales 8, 9 y Artículo 71 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

PUBLIQUESE Y CÚMPLASE.


JUAN MANUEL PINO F.
Ministro



IV. PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE:

El licenciado Carlos De Icaza, abogado en ejercicio, en su calidad de apoderado especial del proponente **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, formuló su recurso argumentando lo siguiente:

Que le parece inverosímil que los miembros de la Comisión Verificadora indicasen como incumplimiento el punto No. 2 de los otros requisitos del pliego de cargos, por un error en el encabezado de la columna “cantidad de comidas servidas para 1 año”, cuando el número colocado al detallar las unidades de comidas servidas, es exactamente igual al número exigido en el pliego de cargos, y como la propia comisión lo indica “en el cuerpo de la nota”, así como en el resto de la documentación presentada, se hace referencia a la prestación del servicio para 24 meses ó 2 años.

Se trata de un error que de haber mediado la debida diligencia de los comisionados, podía ser perfectamente objeto de una solicitud de aclaración a su representada, con lo que podía darse por válido ese requisito.

Sostiene que estamos ante una licitación pública, en donde el precio es el factor determinante y en la que la propuesta de **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, fue en exceso, la mejor oferta económica, siendo así un defecto mínimo de mera forma, mal podría impedir que el Estado obtenga un sustancial ahorro en la contratación del servicio requerido, sin perder de vista lo preceptuado en la Ley de Contrataciones Públicas, respecto al principio de eficacia.

Indica que con respecto a ese punto (excesivo formalismo), ya existen reiterados pronunciamientos de este Acuerpo Colegiado, que se refieren a los intereses de la Administración pública, el descalificar una oferta que resulte conveniente a los mejores beneficios del Estado, por razones de formalismo; por consiguiente, los comisionados, por un error involuntario en el encabezado de una columna del desglose de precio, pretenden endilgarle un incumplimiento que puede ser validado en el conjunto del resto de la información del documento.

En lo que respecta al punto No. 9 de los otros requisitos de los términos de referencia, su representada para esa condición (plantilla acreditada en la Caja de Seguro Social) lo acreditó a través de una serie de documentos, tales como: reporte de planilla emitido directamente por el Sistema Tecnológico SIPE, de la Caja de Seguro Social, con los carnés de manipulador de alimentos, hojas de vida y cédula de identidad personal de todos y cada uno de los empleados, y que a pesar de ello, se le endilgó el supuesto incumplimiento de no haber acreditado que el personal estuviere inscrito en la Caja de Seguro Social, cuando se evidencia un defecto importante que se origina en el propio pliego de cargos que rige el acto público, toda vez que el requisito no indica “expresamente la obligación de presentar prueba de tal acreditación”.



Es decir, los términos de referencia indica “todos deben estar debidamente acreditados en la Caja de Seguro Social”, y en efecto, considera que todo el personal propuesto por su representada está acreditado en la Caja de Seguro Social. Manifiesta que el pliego de condiciones no expresa “el proponente deberá acreditar que todo el personal está inscrito en la Caja de Seguro Social”, en caso en el cual, si le atribuiría al proponente la carga de la prueba, o la responsabilidad de probar tal acreditación. Sumado al hecho que, tampoco se establece cuál sería el mecanismo idóneo para probar tal condición.

En tanto, manifiesta que el proponente que resultó beneficiario con la presente adjudicación, al que le han dado por cumplido este requisito, aportó su planilla según formato con los logos de la Caja de Seguro Social, no obstante, ese formato que al igual que el de su representada, es proferido por el sistema SIPE, ya que no es un formato definitivo, es totalmente editable y tampoco da absoluta garantía que el personal propuesto esté inscrito al régimen de la C.S.S.

Otro tema de disconformidad lo es el que tiene que ver con el requisito No. 24 de las otras condiciones del pliego de cargos, que trata sobre la bandeja hermética (termo sellada) y las imágenes fotográficas de todos los menús, entre otros), requisitos para lo cual la comisión verificadora indicaron a la propuesta de su representada que el proponente no incluyó en las fotografías del menú las bebidas ofertadas, a pesar de indicarlas en el cuadro de los menús. Además, no cumple con las características solicitadas en cuanto al termosellado de las bandejas.

Sostiene que se pretende descalificar a la oferta que ofrece a la entidad un precio sustancialmente menor, por el hecho que en las fotografías de los menús, que el propio pliego indica son para “fines ilustrativos”, no se incluyó foto de las bebidas, las cuales están ampliamente detalladas e incluidas en cada una de las opciones de menú que se presentaron, que oportuna sea la aclaración, también se presentaron muchas opciones adicionales de menú que las exigencias en el pliego de cargos. Manifiesta que, incluir foto de la bebida no es un requisito del pliego de cargos, por lo que mal podría descalificarse la propuesta de menor precio, basados en ese razonamiento.

En cuanto al envase cuya prueba fue aportada, la comisión no motivó las supuestas características del termosellado que no se cumplieron, ya que el pliego de cargos escuetamente manifiesta “la bandeja debe ser totalmente hermética (termo sellado”, sin detallar mayores especificaciones. **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, presentó oportunamente su envase de 4 compartimentos, herméticamente asegurados con termo sellado, por lo que cumplió con ese requisito.

Expone que su representada, oportunamente y en término, formuló observaciones al primer informe de la comisión verificadora, que fueron publicadas el día 27 de julio de 2022. A propósito de dichas observaciones, la entidad licitante no se pronunció, lo que provocó que **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, interpusiera acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, la cual fue admitida mediante Resolución



No. 973 de 3 de agosto de 2022 y resuelta en el fondo, mediante Resolución No. 999-2022 de 10 de agosto de 2022, en la que la DGCP, favoreció las reclamaciones de su mandante, encontrando sustento suficiente para ordenar la anulación parcial del primer informe de la comisión verificadora, y la nueva revisión de la propuesta de su representada.

Que el día 29 de agosto de 2022, la misma comisión verificadora emitió el segundo informe de verificación, en el que se mantienen en su dictamen inicial y, recomendando la adjudicación del acto público a favor del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, a pesar que, como hemos indicado, no era dable la revisión de su oferta, ante el incumplimiento de **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, de todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos, en razón de lo que debió ser favorecida con la adjudicación de la licitación impugnada. Pese a ello, como ha expuesto, se verificó la oferta del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, en donde se obviaron claros incumplimientos según la impugnante, tales como ilegitimidad de personería, aviso de operación y estados financieros y que se desarrollan en las siguientes imágenes.

“

De la ilegitimidad de personería del proponente adjudicatario. Consta en el Registro Público de la República de Panamá, la existencia de la sociedad **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, inscrita al folio 155632137 de la sección de micropelículas (mercantil) del Registro Público, desde el 24 de junio de 2016. Que si bien es cierto, indica que su duración es de 5 años, no menos cierto es que de acuerdo a la Ley 32 de 1921, sobre sociedades anónimas en Panamá, una sociedad anónima no se considera extinta hasta que medie un acto de su Junta de Accionistas que así lo declare, y que haya sido debidamente inscrito en el Registro Público.

Siendo así, mal podrían seguir las empresas **NIKOS, S.A.**, y **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, constituyendo "Acuerdos de Consorcio" para participar de actos públicos, cuando las mismas ya constituyeron formalmente una sociedad anónima con personería jurídica propia, derechos y obligaciones legales.

De lo dicho se colige que, ya existiendo una sociedad denominada **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, y que de hecho es el nombre que utiliza el supuesto consorcio para presentarse como proponente, entonces debió ser esta persona jurídica la que presentara oferta en el acto público de referencia.

PPP

Nos encontramos ante una situación legal que podría acarrear perjuicios a la entidad licitante, por lo que al menos debe ser sujeto de revisión, antes de proceder a priori a mal recomendar una adjudicación que a todas luces no procede, tomando en consideración los graves errores de verificación en los que incurrieron los Comisionados.



Requisito #8. Aviso de Operaciones. El Aviso de Operaciones aportado por la empresa NIKOS, S.A., no contempla el rubro de actividades comerciales exigidas para la prestación del servicio y/o objeto contractual de que trata esta licitación.

En el Aviso de Operaciones de NIKOS, S.A., se expresa que dicha empresa se dedicará a las actividades de:

(56112) Servicios en restaurantes de comida rápida, (5621) Abastecimiento de eventos, (47215) Venta al por menor de pan y productos de panaderías.

La participación en Consorcio permite que para "otros requisitos", como por ejemplo los de experiencia y capacidad técnica y financiera, las empresas que conformen el consorcio complementen entre sí el cumplimiento de requisitos. Sin embargo, los requisitos mínimos obligatorios deben ser cumplidos TOTALMENTE por cada una de las empresas que integran el consorcio.

De manera puntual, exponemos la diferencia que existe entre los conceptos de "comida rápida", que es la actividad contemplada en el Aviso de Operaciones de NIKO'S CAFÉ, y el concepto de "comida preparada", que es el alcance del objeto contractual, y que no está incluida en su Aviso de Operaciones.

Desde el punto de vista nutricional, la "comida rápida" hace referencia a un tipo de comida de bajo nivel nutritivo, que usualmente se sirve en establecimientos tipo franquicia y que no reúne las características de kilo/calorías adecuadas a una dieta balanceada. A diferencia de ello, la "comida preparada", a que se refiere el objeto contractual del acto público impugnado, guarda relación con la preparación de alimentos que se ajustan a un menú previamente sugerido y avalado por un Profesional Nutricionista, que garantiza el cumplimiento de estándares de calidad, y balance necesarios para el ser humano.

PPP

En ese orden de ideas, y para mayor argumentación de lo expresado, la propia codificación de las actividades registradas en un Aviso de Operaciones, distingue con códigos distintos las actividades de "elaboración de comidas y platos preparados" (Código 1075) y la actividad de "servicios en restaurantes de comida rápida" (Código 56112).

Otros Requisitos. #10. Estados Financieros. El Pliego de Cargos exige la presentación de los Estados Financieros año 2019 y 2020. En este aspecto en particular, el adjudicatario CONSORCIO PROCESADORA/NIKOS, S.A., aporta los estados financieros de ambas empresas que lo componen, sin embargo, al examinar en detalle los Estados Financieros de la empresa NIKOS, S.A., se advierte que los mismos señalan expresamente a la sociedad NIKOS CAFÉ, S.A., como subsidiaria 100% de Fundación LIAFAL, S.A.

Con base en lo indicado, queda en evidencia que la información financiera aportada por la empresa NIKO'S CAFÉ, S.A., no le es propia, sino que corresponde a la información financiera de la Fundación de la cual es una empresa subsidiaria. Para una mejor comprensión, veamos la definición doctrinal de "empresa subsidiaria: es una entidad de negocio o corporación que pertenece en su totalidad o está parcialmente controlada por otra compañía, conocida como compañía matriz"



Bajo esta perspectiva, los Señores Comisionados debieron examinar el cumplimiento o no de este requisito, bajo la perspectiva del análisis de documentación financiera que no corresponde per se a la empresa que forma parte del Consorcio proponente, y que para poder ser tomada como válida, debió acompañarse de una nota de respaldo emitida por la Compañía matriz, respecto a que su subsidiaria Niko's Café, S.A., está autorizada a utilizar dicha información financiera y además, en estos casos, la compañía matriz también debe garantizar el respaldo financiero a su subsidiaria; lo que no se ha cumplido, razón por la que mal podrían dar por validado el requisito de estados financieros aportados por la compañía subsidiaria Niko's Café, S.A.

PPP

Si bien es cierto, el requisito planteado en el Pliego de Cargos, hace alusión únicamente a la presentación de los Estados Financieros años 2019-2020, la incorporación por parte de CONSORCIO PROCESADORA/NIKOS, S.A., de los Estados Financieros de NIKO'S CAFÉ, S.A., bajo la figura de empresa subsidiaria, los hace responsables de aportar como ya lo hemos indicado, de la correspondiente carta de aval o compromiso de la real tenedora de dichos estados financieros, en este caso, Fundación Liafal, S.A.

”.

V. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA POR EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA.

Que el día 23 de septiembre de 2022, quedó publicado en el portal electrónico de contrataciones públicas, el Informe de Conducta proferido por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, firmado por el señor Ministro. (Ver informa de conducta de folios 050 a la 053 del expediente del Tribunal) quien en principio realizó un recuento de la actividad procesal llevada a cabo por dicha entidad, y respecto al fondo señaló lo siguiente:

“

CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA:

En atención al artículo 68 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 que regula la Contratación Pública, ordenado por la Ley 153 de 2020, la Comisión Evaluadora o Verificadora es la encargada de realizar el análisis de las propuestas en cuanto al cumplimiento de los requisitos y exigencias establecidos en el Pliego de Cargos, por lo que el Ministerio de Seguridad Pública, se acogió al resultado de la verificación realizada a las propuestas presentadas en el acto de **Licitación Pública No. 2022-0-18-01-99-LP-056626**, concerniente a la **“Adquisición de Comida Preparada para Proporcionar Alimentación a las Unidades Policiales de Servicio, Escuela de Oficiales de la Policía y Necesidades Operativas por un Período de Veinticuatro (24) Meses”**, por la Comisión designada para tal fin, los cuales se plasman en su informe.

En este orden de ideas, debemos destacar que la verificación del cumplimiento de los requisitos, exigencias y especificaciones técnicas plasmados en el pliego de cargos, es una potestad que, conforme a la normativa que rige en materia de contratación pública, corresponde de manera exclusiva a la comisión verificadora que haya sido designada por la entidad con tal propósito. Lo anterior, de conformidad al contenido del numeral 7 del artículo 58 y del artículo 68 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley N° 153 de 2020; así como al contenido de los artículos 127, 128 y 129 del Decreto Ejecutivo N° 439 de 10 de septiembre de 2020.

Al respecto, estimamos prudente transcribir un extracto del criterio esbozado, por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en la Resolución N°103-Pleno/TACP de 21 de junio de 2022, emitida en ocasión del Recurso de Impugnación presentado por la empresa ENERCOM, S.A. (Energía y Comunicaciones), en contra de la Resolución de Adjudicación del Acto Público N° 2021-0-18-01-08-LP-054045, el cual plasmamos a continuación: “... la Comisión Verificadora del acto público de selección

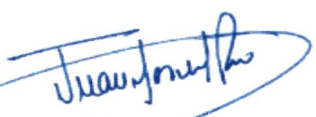


de contratista por licitación pública N°2021-0-18-01-08-LP-054045, realizó el examen exhaustivo de las propuestas presentadas, ejerciendo la facultad que le fue otorgada exclusivamente a los comisionados por la propia norma de contrataciones públicas, al señalar que la Comisión Verificadora, es quien debe verificar el cumplimiento de todos los requisitos, condiciones especiales y especificaciones técnicas establecidas por la entidad licitante en el Pliego de Cargos ..."

Por lo antes expuesto, podemos indicar que las actuaciones de esta entidad licitante se han ejecutado con estricto apego, a las normas que regulan las contrataciones públicas, adjudicando la Licitación Pública No. 2022-0-18-01-99-LP-056626, al proponente que, según el informe de la Comisión Verificadora, cumplió con las exigencias del pliego de cargos, respetando los principios de transparencia, eficacia, debido proceso y de igualdad de los proponentes.

Por otro lado, cada una de las actuaciones del presente acto de Licitación Pública han sido debidamente publicadas en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", en consecuencia, damos fe de que todo lo que se mantiene en el expediente del acto público se encuentra registrado en la citada plataforma electrónica.

Panamá, 22 de septiembre de 2022.


JUAN MANUEL PINO F.
Ministro

”.

VI. ALEGACIONES DE TERCEROS:

Sobre esta etapa procesal, tal cual lo prevé el párrafo cuarto del artículo 158 de la Ley 22 de 2006, el **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, por intermedio del licenciado Alexis Zuleta, como abogado principal, y el licenciado Aurelio Alí García, como abogado sustituto, de la firma forense Zuleta & Zuleta, presentó en término oportuno, escrito de alegaciones de terceros en interés particular, en los cuales dio contestación a los hechos argumentados con el recurso de impugnación, indicando en la parte atinente a la controversia lo siguiente:

“

Que el recurso de impugnación presentado por la empresa **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.** no debió ser admitido por cuanto que la afianzadora se encuentra inhabilitada para celebrar nuevos contratos como garante desde el día 10 de mayo de 2022 hasta el día 20 de mayo de 2028, y que, sabiendo de su situación, hizo caso omiso y decidió afianzar mediante Fianza No. 04-01-965938-0 el recurso de impugnación de la parte actora en el presente procedimiento por Licitación Pública.

En cuanto al tema de la ilegitimidad de personería que sustenta la impugnante, sostiene que, de acuerdo a la Jurisprudencia nacional en materia comercial ha expresado que” *los actos de comercio tienen un carácter autónomo con independencia de la calidad del sujeto que los realice o del fin a que atiendan. El carácter de acto de comercio no depende de la voluntad de las partes sino de las reglas que para tal fin da el Código de Comercio; y la naturaleza del mismo se ha de determinar por sus elementos intrínsecos y no por la sola denominación o calificación dada por cualquiera de las partes que lo celebren*”.



En ese sentido manifiesta el jurista que nuestra legislación contractual administrativa no impide ni contiene inhabilitaciones para que una persona jurídica independiente a su nombre o las personas que lo integran no puedan participar en actos públicos de manera independiente o ejercer actos de comercio por si solas o en consorcio. Todo lo contrario, la legislación contractual es abierta, inclusive en su artículo 5 permite la participación en consorcio o asociación accidental como de hecho sucedió para este contrato y es perfectamente legal dicha actuación.

Indica que solo basta con revisar el protocolo de la escritura mencionada por el recurrente para darse cuenta que dicha sociedad solo fue creada para ejecutar dos contratos que tienen fecha de terminación y no es una persona jurídica creada a perpetuidad, sino para un fin específico, por imperio del pliego de cargos y contrato que sirvieron de bases para dichas contrataciones.

Que no existe conflicto de personería, ni ilegitimidad en la actuación de su mandante, toda vez que aportó sus certificaciones de Registro Público que demandan las normas comerciales y civiles, donde se acredita la representación legal de las personas que participan en el acto público; como tampoco existe obligación establecida en el pliego de cargos, y que basta con las reglas establecidas en el convenio de consorcio, sumado a que ya la Dirección General de Contrataciones Públicas se pronunció positivamente en ese sentido, a través de la Resolución No. 999-2022 de 10 de agosto de 2022, indicando entre otras cosas, que existe libertad para que ambas empresas se unan en consorcio para participar del acto público que nos mantiene ocupados.

En lo tocante al requisito del aviso de operación, el accionante pretende imponer una tesis relacionada con lo que se debe entender como una actividad de comida rápida y comida preparada, como si las actividades que determina y aprueba el Ministerio de Comercio e Industrias en sus avisos de operaciones tengan altas clasificaciones o sub clasificaciones pormenorizadas por niveles nutricionales de cada actividad, hecho que califica como improcedente, puesto que los niveles de calorías y nutricionales de las comidas cualquiera sea manipulación deben en todo caso estar declaradas en el menú de cada propuesta.

Manifiesta que no ubica en la ley comercial, administrativa o reglamentos, donde se establezca que las comidas rápidas contienen bajo nivel nutritivo y las preparadas deben ajustarse a un menú previamente sugerido y avalado por un nutricionista o en el pliego de cargos que haya una distinción entre ambos tipos de comida para los efectos de interpretar las actividades del aviso de operación; por lo tanto, ese punto controvertido obedece a una posición personal del recurrente alejadas de las reglas para el presente acto público.



También expresa que la actividad de comidas rápidas son menús preparados para ser proporcionados bajo un concepto sumario y expedito, pero de ninguna manera desmejorando su calidad y balance nutricional y que dicha actividad está íntimamente ligada a las actividades objeto del contrato.

En cuanto al requisito de los Estados financieros:

“

3.3. Del Requisito No.10 Estados Financieros

De acuerdo al impugnante la situación financiera consignada en los estados financieros de la empresa Nikos Café S.A., no le es propia sino que corresponde a la información financiera de la Fundación de la cual es una empresa subsidiaria como es Fundación LIAFAL, S.A.

La interpretación de tipo financiera que eleva el impugnante no es correcta por lo siguiente:

1. Los estados financieros presentados por la empresa Nikos Café S.A., están relacionados con su propia situación financiera como se genera de su balance general, estado de resultados, cambios en la situación financiera, estado de utilidades e inclusive en las notas a los estados financieros.
2. Además dichos estados financieros no son consolidados con la Fundación LIAFAL, S.A., u otra afiliada o subsidiaria porque de serlo debió anunciarlo el propio título, solo hacen mención a su calidad de subsidiaria como una mención-. Inclusive dentro de las operaciones financieras no se observan separaciones de ingresos y gastos de Fundación LIAFAL S.A., con los de Nikos Café S.A.
3. El dictamen emitido por el profesional de la contabilidad no esta dirigido a Nikos Café S.A., y sus empresas consolidadas o afiliadas o subsidiarias, todo lo contrario, esta dirigido a las operaciones de Nikos Café S.A.
4. No existe una transacción que determine dentro de los estados financieros que son operaciones de la Fundación LIAFAL S.A. que puedan afectar los indicadores económicos establecidos en pliego de cargos.
5. El impugnante confunde el hecho de ser una empresa 100% subsidiaria de otra organización, con la consolidación de operaciones entre empresas filiales o afiliadas hecho que no se observa en el presente caso porque el Estado Financiero esta relacionado solo con las operaciones y posición financiera de Nikos Café S.A., como lo prueba el dictamen y sus estados básicos e información complementaria.

Los Estados Financieros para los períodos fiscales 2019 y 2020 presentados por nuestro mandante revelan la situación financiera de Nikos Café S.A., en los períodos antes señalados y según el dictamen del profesional idóneo con capacidad legal para dar fe pública, presentan de manera razonable la posición financiera de esta empresa para los períodos fiscales señalados.

Este presunto hecho controvertido no constituye un incumplimiento de la propuesta de nuestro mandante. Solicito

“

Por otro lado, no considera onerosa la oferta de su mandante, toda vez que la misma se encuentra dentro de los parámetros del precio de referencia, sin superar los porcentajes que establece el ordenamiento jurídico.

También aprovecha su oportunidad procesal para señalar los presuntos incumplimientos de la empresa **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, comenzando con la fianza de propuesta, indicando que la afianzadora Nacional de Seguros de Panamá y Centroamérica, S.A., se encuentra inhabilitada por ETESA, por lo tanto, no debió suscribir contrato.

Referente al requisito No.9 de las otras condiciones de los términos de referencia, considera que no se acreditó el mínimo de 16 colaboradores (chef y ayudante) por turno que apunta el Capítulo III, numeral 11 (presumimos que, del pliego de cargos, dado que quien alega no lo deja claro) ni demostró que su personal se encuentra acreditados en la Caja de Seguro Social.



En su declaración jurada manifiestan tener un establecimiento en Panamá, pero no detallan ni desarrollan cómo se logrará la cobertura en todas las áreas (Provincia de Colón). Mencionan tener un plan de contingencia, pero no mencionan el local de la Provincia de Colón.

No satisface el termo sellado de las bandejas que facilite el manejo, impida fugas y mantenga la seguridad física e inocuidad de los alimentos, de forma que ninguno de los componentes de las comidas se mezcle con los otros.

En razón de sus argumentaciones, solicita a este Tribunal, la confirmación de la decisión venida en impugnación.

VII. ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL:

Esta Colegiatura, al no estar de acuerdo con la decisión de la entidad, y considerando que el Informe de la Comisión Verificadora se realizó en contravención al ordenamiento jurídico de contrataciones públicas y en forma incompatible con lo preceptuado por el pliego de cargos, declaró su nulidad parcial y se ordenó a realizar otra evaluación, a través de la Resolución No. 035-2022-Pleno/TACP de 7 de octubre de 2022, a fin de que volvieran a realizar un nuevo examen parcial de la oferta de **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, de conformidad a la metodología impetrada por los artículos 58, 68 y 69 de la Ley de contrataciones Públicas (Texto Único) y el Pliego de Cargos.

Ante la medida previa indicada, la Comisión Evaluadora recomendó que el presente acto público fuera adjudicado a la proponente **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, por insistir en que **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, no cumple a cabalidad con los términos de referencia para esta selectividad.

“

RECOMENDACIONES:

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 58 de la Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, reiteramos nuestra recomendación, de que el presente Acto Público sea adjudicado al proponente **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, (segunda propuesta de menor precio), por la suma de B/. 6,296,250.00 al considerar que cumple con todos los requisitos y exigencias establecidos en el pliego de cargos, tal cual lo ordena la Resolución No. 999-2022 de 10 de agosto de 2022.

”

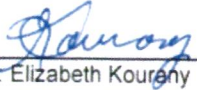
Como quiera que el ente verificador se mantuvo en la contravención del estatuto jurídico de compras públicas, y del pliego de ecargos, decidimos mediante Resolución No. 039-2022-Pleno/TACP de 21 de octubre de 2022, volver declarar la nulidad total del Informe de la Comisión Verificadora y en su defecto, a constituir una nueva Comisión Verificadora. Dicha nueva Comisión Verificadora concluyó lo siguiente:

**RECOMENDACIONES:**

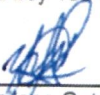
Según nuestras consideraciones, concluimos que el proponente Hotelera El Panamá S.A., no cumple con el punto N°9 de otros requisitos del pliego de cargo N°2022-0-18-01-99-LP-056626, por lo que se recomienda la adjudicación tal como se determinó en el informe anterior.

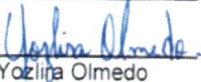
Para dar fe de lo actuado por esta Comisión Verificadora, suscribe el presente informe, dado en la Ciudad de Panamá, a los 26 día(s) del mes de octubre de 2022.

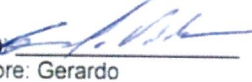
Fundamento legal: Artículo 58 de la Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

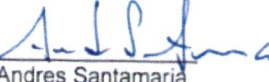
Firma: 
Nombre: Elizabeth Kourahy
Cédula: 8-388-707

Nombre: Indicar nombre del
comisionado
Cédula: Indicar cédula del
comisionado

Firma: 
Nombre: Yailene Gutzmer
Cédula: 8-858-2438

Firma: 
Nombre: Yoclija Olmedo
Cédula: 8-521-1973

Firma: 
Nombre: Gerardo
Valderrama
Cédula: 8-783-2088

Firma: 
Nombre: Andres Santamaria
Lopez
Cédula: 8-781-1261

Firma: _____
Nombre: Indicar nombre del comisionado
Cédula: Indicar cédula del comisionado

En esta última ocasión, señalaron un argumento nuevo y que carece de veracidad; es decir, que el incumplimiento de la empresa **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, radicó en que solo aportó 33 personas en la planilla en el área de producción de alimentos, cuando el pliego requirió de 48 personas.

VIII. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

El Tribunal se adentra ahora a la valoración de la presente encuesta administrativa del sub-júdice, atendiendo primariamente los presupuestos procesales indispensables para su análisis y valoración, dentro de los cuales antepone los siguientes:

A. Implementación del procedimiento a seguir por el Tribunal para la tramitación de su valoración:

Del contenido sustentatorio propuesto con el libelo del recurso de impugnación interpuesto por el licenciado Alexis Zuleta, de la firma forense Zuleta & Zuleta, en su calidad de Apoderado Especial del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, tanto por el contexto del petitum, así como del recuento de los hechos declarados por éste, sobre el presente Acto Público N°2022-0-18-01-99-LP-056626, publicado y descritos en el portal electrónico "PanamaCompra", que confrontándolos con las actuaciones administrativas del **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, tanto de las indicadas por ésta dentro del contexto de su Informe de Conducta; así como de las propias actuaciones externadas en el portal electrónico "PanamaCompra"; evidencian que su tratamiento debe ejercerse mediante



una valoración conforme a derecho, según lo plasmado por el artículo 159 de la Ley de Contrataciones Públicas, así como por el artículo 244 del Decreto Ejecutivo N°439 de 10 de septiembre de 2020. Esto ya que, el reflejo de la litis se evidencia y encuadra en la necesidad de escrutarla bajo la interrogante de **¿Si la entidad contratante, a través de la Comisión Verificadora examinó correctamente la documentación aportada con las propuestas, así como de la integración de los aspectos legislados por el Pliego de Cargos, cuya decisión la llevó a adjudicar el presente procedimiento de selección de contratista?**

B. Incorporación del Caudal probatorio aportado por las partes:

En atención a los efectos de los artículos precitados en la Legislación de Contrataciones Públicas, así como la publicación del Informe de Conducta, que respalda lo actuado dentro del Expediente Administrativo, éste, y las piezas que conforman el expediente del Tribunal, sobre la valoración a efectuarse por nuestra colegiatura tribunalicia, se anexa de igual manera, la aportada por la recurrente, consistente en:

“

PRUEBAS: En calidad de tal, aducimos las siguientes:

1. Poder ✓ (1) 1-39.
2. Certificado de Registro Público de HOTELERA EL PANAMA, S.A. ✓ (1) 1-39.
3. Fianza de Recurso de Impugnación ✓
4. Expediente electrónico del acto público 2022-0-18-01-99-LP-056626 que consta en el portal electrónico "PanamaCompra"
5. Solicitamos se oficie a la Caja de Seguro Social, a fin que dicha institución confirme lo siguiente: "Si para la fecha en que se recibieron propuestas dentro del acto público impugnado, el personal listado dentro de la planilla de HOTELERA EL PANAMA, S.A., se encontraba acreditado al régimen de seguridad social de dicha institución".
6. Aportamos flujo con impresiones fotográficas que demuestran que el documento aportado como "planilla de personal", de mi representada, fue extraída del sistema SIPE de la Caja de Seguro Social; entendiendo que en dicho reporte se editó para incluir únicamente al personal requerido por el Pliego de Cargos, es decir, aquel personal adscrito a las áreas de producción y elaboración de alimentos relacionados con el objeto del contrato. ✓ (5) 1-39.
7. Solicitamos se ordene a la entidad licitante, Ministerio de Seguridad Pública, la remisión al Tribunal, junto con el Informe de Conducta que trata la Ley, de las muestras de los envases de comida aportados tanto por mi representada HOTELERA EL PANAMA, S.A., como por el CONSORCIO PROCESADORA/NIKOS, S.A., de manera que se pueda corroborar el cumplimiento de mi representada en cuanto al requisito de termosellado de dicho envase.

”.



A tales documentos nos referimos en el siguiente sentido:

En lo tocante al Poder Especial y la fianza del recurso de impugnación, constituyen presupuestos procesales para la admisión de la acción recursiva; por lo tanto, se dan por descontados con la admisión al no admitirse como prueba. De igual manera, no se admite la solicitud oficiosa a la Caja de Seguro Social, a fin de que nos confirme si para la fecha en que se recibieron las ofertas dentro del presente procedimiento de selección de contratista, el personal listado dentro de la planilla de la empresa **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, se encontraba acreditado al régimen de seguridad social de dicha institución. La misma no se admite por inconducente, tomando en consideración que lo que busca el impugnante es complementar la propuesta, hecho que no es válido en estas instancias procesales. Tampoco se admite la petición de ordenar a la entidad licitante la remisión de las muestras aportadas al proceso, junto con el informe de conducta, toda vez que el mismo debe ser enviado por mandato expreso de la ley, por formar parte del expediente administrativo.

En cuanto al resto de las pruebas: Copia del Certificado de Registro Público de **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, Expediente electrónico del acto público No.2022-0-18-01-99-LP-056626, y el flujo de impresiones fotográficas que demuestran que el documento aportado como planilla de personal de su representada, fue extraída del sistema SIPE de la Caja de Seguro Social, se admiten las dos primeras, porque se tratan de piezas procesales objeto de análisis por parte de este colegio tribunalicio y que mantienen su respaldo en el expediente electrónico. El flujo de impresiones fotográficas, porque sirve de respaldo para sustentar la decisión respecto a uno de los temas probando, como lo es el requisito contemplado en el punto No. 9 de los otros requisitos del pliego de cargos.

Anotados los presupuestos procesales descritos, el Tribunal se adentra ahora a la valoración de la causa de conformidad al siguiente análisis:

C. Valoración de la litis en cuanto al Fondo:

La presente encuesta administrativa tiene su génesis como producto de un requerimiento para la **“Adq. de comida para proporcionar alimentación a las unidades policiales de servicio, Escuela de Oficiales de la Policía y necesidades operativas por un período de veinticuatro (24) meses”**, por lo cual, el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, a través de la convocatoria para la selectividad del Contratista, regentó su proceso mediante el método de una Licitación Pública, al tenor de lo establecido por el artículo 58 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, cual sustenta dicha selectividad en que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla



con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos y cuya contratación sea superior a los B/.50,000.00.

Artículo 58. Licitación pública. La licitación pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00). En este procedimiento de selección de contratista, las entidades licitantes no aplicarán el margen de riesgo, a fin de fomentar la competencia entre los proponentes y obtener el mayor beneficio para el Estado.

Centrada la materia del debate, procede el Tribunal a analizar los cargos en que se fundamenta la censura en el orden expuesto, no sin antes realizar una breve lectura del procedimiento legalmente establecido, con el fin principal de descartar o corroborar actos que vulneren el derecho subjetivo de los participantes o que puedan perjudicar a la entidad dentro del presente procedimiento de selección de contratista, que de ser así esto último, procederíamos a señalar las razones con las que se cuentan para anular el acto público, o por el contrario, seguir con la revisión del procedimiento, para decidir el fondo del negocio jurídico administrativo especial, previo a la valoración de la comisión verificadora, que ha llegado a nuestro conocimiento de conformidad a la competencia funcional que nos concede la ley aplicable cuando se trate de adquisiciones de bienes por parte del Estado, y que en esta ocasión, lo es la **“Adq. de comida para proporcionar alimentación a las unidades policiales de servicio, Escuela de Oficiales de la Policía y necesidades operativas por un período de veinticuatro (24) meses,** previamente mediante recurso de impugnación, de acuerdo a la competencia privativa por naturaleza del asunto, contra la resolución que adjudica el presente procedimiento de selección de contratista; competencia que ha sido activada por el recurrente **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, luego de notificarse de una decisión de adjudicación que no era a su favor, lo cual va en contra de sus intereses como proponente.

Así las cosas, y luego de verificar detenidamente las reglas del juego, observamos situaciones que nos impiden avalar la recomendación suministrada por la Comisión Verificadora. Desde el inicio hemos tratado de orientar a las mismas, a fin de evitar vulneraciones constitucionales, legales y convencionales; las cuales asumimos respetar al momento de jurar el cargo que hoy ocupamos.

La cláusula administrativa No. 9 de los otros requisitos de los términos de referencia resulta excluyente; por tanto, discriminatoria, veamos:

“

9 El oferente deberá presentar la Planilla del personal con que cuenta en el área de producción de alimentos, operaciones/distribución, y administración y deberá incluir en dicho listado el Cargo de cada uno de los aquí mencionados. Como parte del personal con que cuenta el oferente, deberá presentar un mínimo de 48 manipuladores de alimentos, de quienes se deberá aportar copia del respectivo carné de manipulador de alimentos, y un (1) nutricionista, así como copia de cédula de identidad personal y hoja de vida de los mismos, todos deben estar debidamente acreditados en la Caja de Seguro Social.

”



En este punto vemos que la entidad no estableció la forma de acreditar el requisito y así lo dejó evidenciado la propia comisión en su primer informe. De manera que, si no ha quedado claro ese punto, mal pueden valorar negativamente como un incumplimiento, cuando la misma entidad no fue lo suficientemente claro al momento de confeccionar el pliego de cargos. Además, dicha condición es restrictiva y debe ser exigida al momento de suscribirse el contrato y no como una condición para la selección del contratista, por cuanto que, los proponentes una vez que contratan con el Estado es que procederán a confeccionar los contratos con los trabajadores y es allí en que se haría efectiva la acreditación ante el SIPE, no antes, quedando como una mera expectativa.

El pliego de cargos, como parte integrante de la Teoría de los Actos Propios, **non venire contra factum proprium** o también *venire contra factum non potest*, está supeditada en su conformación frente a lo que Doctrinalmente se conoce como las modalidades, siendo entre ellas las condiciones, por lo cual deben ser conforme al ordenamiento jurídico, al interés público y a los principios generales del derecho, específicamente los consagrados en nuestro estatuto fundamental, descrito como la Constitución Política de la República de Panamá, lo expuesto específicamente por el artículo 266 que trata sobre el mayor beneficio para el Estado y conforme a la preservación del debido proceso y los mínimos vitales de los administrados; razón por la cual el pre requisito mencionado expone que los enlistados como parte de la planilla, debiera estar sujeto al régimen de la seguridad social; situación que deberá cumplirse al momento de poner en ejecución el perfeccionamiento de la relación contractual, ya que es en ese momento procesal cuando cobraría vigencia su efectividad, lo que en la Doctrina muy bien describen los Catedráticos Garrido Falla y Herminio Losada González,¹ así como García Enterría, al describir que existe una línea muy demarcada entre la validez del acto y la eficacia del mismo, separándolo al tenor de los siguiente:

“

9 El oferente deberá presentar la Planilla del personal con que cuenta en el área de producción de alimentos, operaciones/distribución, y administración y deberá incluir en dicho No listado el Cargo de cada uno de los aquí mencionados. Como parte del personal con que cuente el oferente, deberá presentar un mínimo de 48 manipuladores de alimentos, de quienes se deberá aportar copia del respectivo carné de manipulador de alimentos, y un (1) nutricionista, así como copia de cédula de identidad personal y hoja de vida de los mismos, todos deben estar debidamente acreditados en la Caja de Seguro Social.

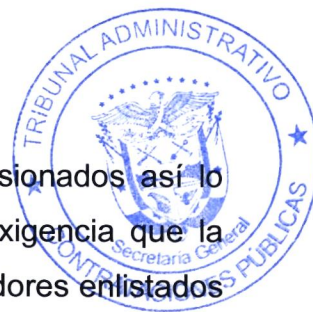
”

De la lectura de la condición citada no se advierte que la planilla sea acreditada a la C.S.S., por lo que, frente a la exigencia anteriormente mostrada, sería ilógico el sentir expuesto, cuando de su vitalidad solo se debe tener presente su enlistamiento, precondition saludable a través del carnet de salud y su representatividad de la identidad de los enlistados, como exigencias que validase el contexto del requisito, pero en cuanto a que éstos estuvieren acreditados con la C.S.S., Ley No. 51 de 2005, siendo el régimen especial y pertinente que establece que éste se demandará como parte del contrato a la hora de generar su eficacia laboral, en el momento de incorporarlo a la planilla pre

¹ Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1983, pa. 708, que señala al respecto:

1. PERFECCIÓN Y EFICIENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Un acto administrativo se perfecciona una vez que está constituido por el conjunto de elementos que funcionan como requisitos de su validez. Ahora bien, el acto administrativo no es, por la simple circunstancia de que reúna tales requisitos, jurídicamente eficaz.



elaborada en el SIPE, por lo que la entidad, como los propios comisionados así lo reconocieron, al no estar integrado dentro del pliego de cargos, la exigencia que la planilla estuviese registrada a la C.S.S., no exaltó el ¿cómo los trabajadores enlistados también aparecerían acreditados? Por cuanto ya la ley especial lo establece al respecto, y que el pliego de cargos no puede establecer reglas antojadizas, caprichosas, sesgadas y contrarias al ordenamiento jurídico en vulneración de garantías fundamentales y discriminatorias, lo cual demanda el deber conforme al principio de convencionalidad, restablecer y preservar el orden jurídico integrado dentro de éste, lo que nos obliga a resguardar las garantías procesales de los afectados y el control de la Convención Americana de Derechos Humanos y el soporte jurisprudencial de la CIDH, lo que no puede reguardar un trato discriminatorio de cientos de jóvenes solicitantes de empleo y cuya exigencia solo es viable al momento del perfeccionamiento del contrato de trabajo para su incorporación en la planilla pre elaborada, mediante SIPE.

El pliego debe interpretarse al fragor de las reglas de la Constitución y de los principios como bien expone el artículo 35 de la ley de compras públicas; razón por la cual dichas exigencias debe ser cónsona con nuestras facultades indicadas al respecto por la ley que nos gobierna y de nuestras competencias adscritas por el artículo 146 exclusivamente.

Dicha modalidad es un requisito sine qua non a la hora de contratar al personal y generar su registrabilidad en la planilla pre-elaborada, por lo que, ésta no fue una exigencia al momento de la presentación de la propuesta, si no, simplemente elaborar el listado de su plantilla, mal podría demandarse su incorporación, no siendo una exigencia expuesta literalmente en el pliego para la participación del proponente **HOTELERA PANAMA S.A.**, sino que, los trabajadores así lo incorporan y estos lo integrarán al momento de generarse la eficacia del acto; es decir; cuando así se surte el Contrato Público porque mal se le puede exigir a los proponente que tengan una planilla acreditada a la Caja de Seguro Social, para un suministro cuando el insumo estará expuesto a una incertidumbre, ya que no tiene aún el proponente la certeza del contrato a su favor.

Es por ello que la entidad no demandó que la planilla del proponente estuviese acreditada a la Caja de Seguro Social, y en cuanto a su personal, la misma sigue la suerte de la principal, toda vez que si no se le exige a la proponente, tampoco se le exigirá a los trabajadores, cuando éstos están expuestos a la misma condición de su eventual patrono, y cual si es demandable al momento de elaborarse la planilla pre-elaborada en el SIPE (SISTEMA DE INGRESOS Y PRESTACIONES ECONOMICAS) para continuar con su ejecutoria, cuando ya quede en firme, una vez existe la certeza del Contrato Público.

Pues, de lo contrario, pudo la Entidad Licitante demandar como parte de los requisitos los pre contratos laborales, a la hora que generase la selectividad de los subsiguientes



a la del enlistamiento de las grandes filas expuesta en los medios de cientos de miles de jóvenes que procuran una plaza de empleo y que no logran su contratación por la falta de oportunidad, oportunidad que solo se logra cubrir y evidenciar su acreditamiento a la hora de tener refrendado su contrato por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, al momento en que su patrono, así lo contrate, luego que éste lógicamente tenga la certeza de tener una relación contractual con el Estado para el suministro como se indica al respecto por el pliego. Razón por lo cual la presente exigencia, como parte de los requisitos que le han descalificado como proponente al impugnante, no tiene mérito para su descalificación, como incumplimiento, ni siquiera para ser tomado en cuenta, por su carácter discriminatorio, por ende, los pliegos de cargos con rasgos violatorios de las disposiciones jurídicas deben ser anulados, porque coartan el derecho y limita a las empresas a contratar a un personal cuando todavía existe una expectativa de trabajo sobre un contrato que no ha sido concedido. Sobre ese aspecto la ley de compras públicas que nos regenta hace énfasis a ese contenido, expresando en el numeral 36 del artículo 2 que, “en el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.

En ese sentido y como quiera que la nueva Comisión Verificadora también se mantuvo en considerar que la oferta de **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, no satisface el pliego de cargos, por circunstancias que resultan ser una falacia, por cuanto que, si analizamos detenidamente las cláusulas del pliego de cargos, específicamente el otro punto No.9, los proponentes debían probar que mantenían como mínimo 48 manipuladores de alimentos, los cuales comprendían el área de producción, operaciones/distribución y administración, lo que significa que, los 48 manipuladores no tenían que ser exclusivamente los encargados de la producción de los alimentos, sino todos aquellos que forman parte del sistema operativo, dado que tanto los que cocinan, como los que distribuyen, operan o administran, al tener contacto directo e indirecto con los alimentos, resultan ser manipuladores, y no limitarlos al de producción exclusivamente.

Por lo anterior, no podemos apoyar la postura de la nueva comisión verificadora; sin embargo, como quiera que la ley nos impide resolver sin apartarnos de ese criterio, tal y como lo plasma la legislación, nos vemos en la necesidad de anular el presente acto público de selección de contratista, por haberse ideado transgrediendo derechos subjetivos fundamentales.

“

Artículo 69. Modificación del informe. El informe de la comisión no podrá ser modificado ni anulado, salvo que por mandamiento del representante legal de la entidad, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se declare que se hizo en contravención de lo dispuesto en esta Ley o el pliego de cargos, para lo cual deberán indicar en la respectiva resolución los incumplimientos de los requisitos legales y/o formales del pliego de cargos y de la ley que han sido infringidos por la comisión.



La verificación o evaluación de las propuestas es competencia exclusiva de las comisiones, por lo que el jefe o representante de la entidad o el servidor público de la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas no podrá modificar el informe sin enviarlo a los comisionados, así como tampoco podrá emitir la decisión sin ordenar a la misma comisión o a una nueva comisión que realice un nuevo informe total o parcial de las propuestas.

Cuando las autoridades antes mencionadas ordenen un nuevo análisis total o parcial a la misma comisión o un nuevo análisis a una comisión integrada por miembros diferentes a la comisión anterior, dicho informe total o parcial deberá emitirse en un plazo no mayor de cinco días hábiles a partir del recibo del expediente.

La comisión en el nuevo informe deberá fundamentar las razones por las cuales considera que los proponentes cumplen o no con los requisitos del pliego de cargos.

En el evento de que la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas haya ordenado la emisión de un nuevo informe de comisión por haberse declarado que el informe inicial se redactó en contravención a la ley o el pliego de cargos, y la comisión correspondiente emita un nuevo informe con las mismas falencias, aquellas entidades de control designarán a nuevos comisionados.

De acuerdo a lo anterior, no podemos emitir decisión alguna, alejado del criterio de la comisión; juicio que no podemos adoptar en esta oportunidad, por fundamentarse en una ficción que no se ajusta al pliego de cargos. En otras palabras, si bien no se debe decidir apartado del criterio de la Comisión Verificadora, y dado el carácter solemne y formal que la propia legislación en sus artículos 68 y 69 les confiere a las comisiones, la misma debe ser tomada en consideración al momento de tomar una decisión, pero tampoco nos fundamentaremos en un razonamiento apartado de la verdad, menos cuando se trata de un aspecto meramente jurídico y no técnico, que recomienda una oferta más cara, en donde el Estado estaría contratando por encima de los ochocientos mil balboas respecto de la menor oferta, desconociéndose así el principio constitucional que nos orienta el artículo 266 de asegurar el mayor beneficio para el Estado y la plena justicia en la adjudicación, lo cual evidentemente no se encuentra reflejado en la recomendación de la causa que nos ocupa.

Si bien las normas están estatuidas para ser cumplidas en su justa medida, y si la administración no cumple su rol de garantizar el procedimiento debido, entonces nos encontraríamos ante una transgresión de la misma y, aunque parezca simple, las autoridades deben ajustarse a lo que la ley ha dispuesto, siguiendo un orden secuencial sin apartarse del mismo, ni siquiera alegando economía procesal, ya que dicho principio indica el cumplimiento de los procedimientos estrictamente necesario a fin de asegurar la selección objetiva, es decir, la aplicación del principio de economía no es excusa para variar las reglas estatuidas, y en ese sentido, debe la Administración aplicar los estándares señalados por la ley por ser obligaciones puntuales imposible de negociar, por ser normas imperativas de derecho, o sea, que no pueden ser variadas ni siquiera por acuerdo entre las partes. Es decir, el sistema legal de contratación pública visualiza un rol de las comisiones, pero esa recomendación no es a cualquier costa, porque como administradores de justicia podríamos vernos involucrados en actos que posteriormente



tendríamos que responder, es por ello que, a sabiendas de que la verificación no compagina con nuestros criterios jurídicos, por carecer de certeza, no podemos avalarlo, cuando existe una evidente contradicción, responsabilidad que no podemos delegar bajo pretexto de seguir los lineamientos de la comisión cuando no se tratan de aspectos técnicos.

Siguiendo el hilo conductor, el numeral 1 del artículo 32 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, refiere que los servidores públicos observarán las reglas del debido proceso en todas las etapas del procedimiento de la contratación pública y durante la ejecución del contrato hasta su ejecución. Ello nos indica que se deben seguir los parámetros de ley sin ningún tipo de omisión.

Al ser la Constitución la fuente más importante de todo el Derecho, nacen o se encuentran incorporadas una serie de principios y reglas que forjan las bases del Derecho Administrativo, que luego son desarrolladas en las distintas literaturas jurídicas. Cada Carta Fundamental sienta las bases de la organización de un Estado, así como también el límite a los distintos Órganos del Estado, los Derechos Fundamentales y demás derechos de corte social y que en base a ese reconocimiento empieza la actividad estatal en velar por satisfacer los Derechos que reclamen la colectividad, pues, una de esas garantías es obedecer el principio de estricta legalidad de la que se hace eco nuestra Carta Fundamental y que en el caso bajo examen no se encuentra honrado.

El ejercicio de control dentro de la función administrativa es indudablemente un medio, cual se constituye en una herramienta para mantener el Estado social, constitucional y convencional de derecho, que garantiza al administrado una serie de derechos y prestaciones, sobre todo en la preservación de sus garantías fundamentales y nuestra responsabilidad se centra en el control de las potestades de las que goza la Administración, pero garantizándole el reconocimiento de los derechos de la ciudadanía, que por otra parte se combate a la arbitrariedad y abuso del poder; es por ello que se ejercita el control del carácter bidimensional asumido al impartir justicia administrativa, afirmándose categóricamente que ejercer el juzgamiento a la institución se contribuye en una mejor Administración y a la preservación de los recursos del Estado.

El reconocimiento de la potestad reglamentaria a las autoridades no es un capricho, sino que su justificación racional en el hecho de que la Ley formal no siempre puede agotar en su contenido apriorístico todo el conjunto de complejidades técnicas que ofrece la realidad, y ello deja ver, la necesidad de auxiliar el alcance regulatorio de la misma, a través de la utilización de un instrumento normativo ágil, como es la ley y su reglamentación, a fin de lograr que los objetivos que impulsaron la creación de la Ley logren cristalizar a plenitud.

La función de optimización asignada a la ley y los reglamentos, en cuanto al cumplimiento de las finalidades perseguidas por estas, tiene que manifestarse con estricto apego a las



exigencias de subordinación, desarrollo y complementariedad, notas éstas que deben ser identificadas con vista en una lectura atenta del contenido y alcance de la Ley, sin apartarse de su espíritu ni literalidad, para ello nuestro cuerpo normativo mantiene un apartado hermenéutico distinguiendo cuando se aplica uno u otro. Quisimos desencorvar la ruta que inició fragmentada y divorciada de las disposiciones jurídicas, a través de las nulidades parciales y totales que dispusimos en razón a la ley y el reglamento, pero las mismas al no ser obedecidas, nos orilló a tomar una decisión de nulidad absoluta de todo el procedimiento de selección de contratista, porque no nos veíamos en una posición con falta de argumentos jurídicos reales, lo que iba a poner en entredicho nuestro rol de garantes de los derechos consignados y reconocidos por normas nacionales y supranacionales.

Frente a este escenario, como autoridades garantes de los derechos reconocidos en nuestra Carta Fundamental y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, nos resta indicar que la aplicación del debido proceso no es un acto meramente potestativo, sino obligatorio, a fin de, por una parte, evitar indefensión y por la otra, respetar los lineamientos legales, constitucionales y convencionales ideados precisamente para mantener un orden jurídico al momento de tomar una decisión.

Así las cosas, estamos ante un acto cuyo contenido es imposible y por haberse celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido de acuerdo al contenido del artículo 166 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 y por su carácter de discriminatorio.

La ley especial nos refiere a que las reglas deben ser justas, objetivas, claras y completas; empero, en esta oportunidad no encontramos reglas justas por cuanto que, existe una clara transgresión con una cláusula que coarta el derecho de una parte, inclinando la balanza a aquellos que sí mantienen un personal inscrito como planilla al régimen de la Caja de Seguro Social y que efectivamente quiebra el principio de igualdad de oportunidades de los proponentes; tampoco resulta clara, al ver el cambio constante del pensamiento de la propia entidad en ese requisito y que fue reconocido incluso por todos los comisionados, cual consiste en que el pliego no decía la forma de acreditarlo, por no saber de qué forma se va a justipreciar. Igualmente, tal condición podía ser considerada excluyente de la competencia en relación a otros oferentes que no contaban con tal cantidad de personal inscrito ante la Caja de Seguro Social.

Así, pues, no queda más remedio que declarar la nulidad absoluta del presente procedimiento de selección de contratista, celebrado para la “Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unidades policiales de servicio, Escuela de Oficiales de la Policía y Necesidades Operativas por un período de 24 meses”, convocado por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**.



Por último, si bien en la presente causa se incorporaron alegaciones en interés particular de parte de la representación especial del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, quien fundamentó razones de hecho y de derecho para descartar la adjudicación de la proponente recurrente **HOTELERA EL PANAMÁ, S.A.**, así como también respondiendo jurídicamente los cargos en contra de su mandante, tales argumentos no son susceptibles de calificación y, por tanto, se desestiman en esta oportunidad, por tratarse de una decisión que resuelve una nulidad absoluta del presente procedimiento de selección de contratista y no el fondo de la selectividad del negocio jurídico administrativo, y que conforme a las reglas de la licitación, se debe visualizar a la más económica en primer lugar.

En lo referente al destino del afianzamiento de la actividad recursiva, mediante su representatividad dentro del dossier, al no evidenciarse temeridad ni dilación alguna por la actora, se promoverá su devolución a través del procedimiento fiscalizado por la Contraloría General de la República.

En atención al examen esgrimido y en virtud de sus facultades legales, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas:

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes, el procedimiento de selección de contratista No.2022-0-18-01-99-LP-056626, iniciado por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, por las consideraciones indicadas en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Recurso de Impugnación No. 04-23-966926-0 de 15 de septiembre de 2022, expedido por Nacional de Seguros de Panamá y Centroamérica, S.A., que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios el Ministerio de Seguridad Pública/Policía Nacional/Contraloría General de la República, por un límite máximo de responsabilidad de Seiscientos Cuarenta y Siete Mil Ochocientos Setenta y Cinco Balboas con 00/100 (B/.647,875.00), equivalente al diez por ciento (10%) del precio de referencia, presentado ante la Secretaria General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, de conformidad al procedimiento instituido al respecto por la Contraloría General de la República.

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.

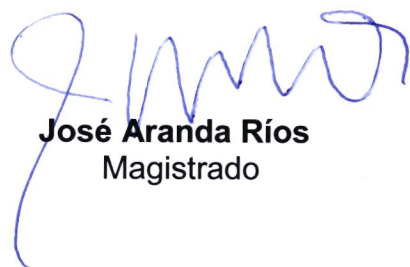
CUARTO: DEVOLVER al **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, las muestras entregadas mediante Nota No. 279/DPYCI, fechada 23 de septiembre de 2022.

QUINTO: 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.

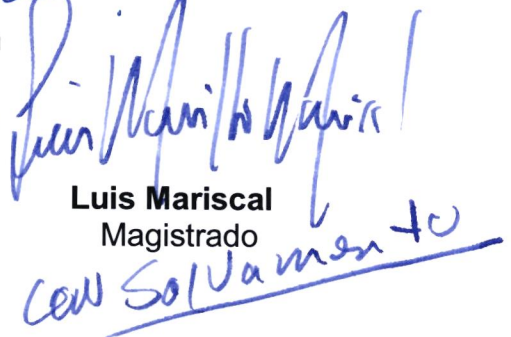
SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.205-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO; Artículo 2 numeral 33, artículo 59, 68,156 de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada la Ley No.153 de 8 de mayo de 2020. Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, por el cual se reglamenta Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


José Aranda Ríos
Magistrado


Martín Wilson Chen
Magistrado


Luis Mariscal
Magistrado
cel Solvamento


Manuel Beckford
Secretario General





REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO: MAGISTRADO LUIS MARISCAL, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR HOTELERA EL PANAMÁ, S.A. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN NO.065 DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2022, QUE DECIDIÓ ADJUDICAR EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA NO.2022-0-18-01-99-LP-056626, PROFERIDO POR EL MINISTERIO DE SEGURIDAD, RESOLUCIÓN NO. 222-2022-PLENO/TACP DE 1 DE NOVIEMBRE 2022.

Haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 152 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública (según el Texto Único ordenado por la Ley 153 de 2020), en relación con el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020 y el artículo 115 del Código Judicial (norma supletoria del marco de la contratación pública), procedo a expresar mi disentir en cuanto a la decisión adoptada en la Resolución No. 222-2022-Pleno/TACP de 1 de noviembre de 2022, exponiendo de manera razonada y analítica las consideraciones jurídico-legales, por las cuales discrepo del pronunciamiento erigido por ustedes mis homólogos, dentro del presente recurso, fundamentándonos en lo sucesivo:

- 1. Razón por lo que no avalamos la nulidad del procedimiento de selección de contratista de marras: Esas dos empresas: Procesadora Monte Azul/ Nikos Café y Hotelera el Panamá, constituye los dos más importantes agentes económicos de ese mercado específico.**

Respetado compañeros magistrado, desde mi humilde opinión, no es pertinente anular el acto de Selección de Contratista No.2022-0-18-01-99-LP-056626, ya que, pese a que, de no haberse regulado las exigencias de participación como se estableció en el pliego de cargos (ciertamente ilegalmente), potencialmente pudo haber habido más proponentes; lo indudable es que las empresas que participaron han conformado el "mercado natural" de este tipo actos públicos, y una de ellas: la actual recurrente, presentó una oferta que cumple con todas las exigencias del pliego de cargos, y además, fue la de precio más favorable.

Fundamentamos nuestra anterior valoración, en que desde el año 2015, si nos remitimos al portal electrónico "Panamá Compra", notaremos que existe una gran presencia de la empresa Procesadora Monte Azul/ Nikos Café. De hecho, en cuanto a la adjudicación de actos levantados bajo el rubro de "adquisición de alimentos preparados", se podría decir que, este proveedor es uno, sino el mayor participante en los actos que conllevan estas características, por monto y por duración del servicio (información extraída del portal electrónico "PanamáCompras").

Además, en los últimos 2 años la única empresa que ha presentado competencia con propuestas que cumplen con las características para suplir actos públicos, masivos de "adquisición de alimentos preparados", (cuando nos referimos a masivos, hacemos referencia a montos elevados y duración del servicio), es la empresa Hotelera Panamá, S.A., creándose con ello una competencia, claramente exclusiva de las dos empresas, obviamente porque son las que tienen los recursos para acudir a este tipo de contrataciones¹. Dicho esto, es evidente que, estas dos potenciales empresas que se

¹ Ver acto público 2022-0-18-01-99-LP-056626.



encargaran de este rubro mencionado son las que actualmente en el mercado tienen las capacidades en cuanto a logística, recursos y personal.

Es por ello por lo que, al participar estas dos empresas en el acto de marras, se conformó una atmosfera de competencia equilibrada y participativa, con ello decimos que, la más reciente información indica que el mercado natural, en lo que a comidas preparadas se refiere, lo conforman las empresas Procesadora Monte Azul/ Nikos Café y Hotelera el Panamá.

2. La valoración de la propuesta de menor precio: la de Hotelera el Panamá, da pie a sostener que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos.

Por otro lado, ciertamente, si nos detenemos a reflexionar respecto de la valoración de las propuestas, debemos reconocer que, en el nuevo informe de la Comisión Verificadora, se observa se concluyó tajantemente que, el proponente Hotelera El Panamá S.A., no cumplía con el punto N°9 de otros requisitos del pliego de cargos N°2022-0-18-01-99-LP-056626, por lo que recomendó la adjudicación tal como se determinó en el informe anterior, no obstante, al evaluar de manera minuciosa la propuesta presentada por Hotelera el Panamá, S.A., a nuestro criterio la misma cumple, ya que reúne la capacidad para suplir lo requerido y además, representa una propuesta totalmente conveniente en lo económico para el Estado, ya que es ocho cientos mil dólares menos que la segunda propuesta, ello respetando lo plasmado en el artículo 266, de la Constitución Política, veamos:

“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”. (Subraya este magistrado).

3. El examen de la propuesta de Hotelera El Panamá, S.A.

Nos parece que los distinguidos miembros de la nueva comisión evaluadora se sustentaron en una interpretaciones erróneas y subjetivas de la exigencia del pliego de cargos denominada “otro requisito” No. 9, con todo y que ya este Tribunal había realizado una exégesis (interpretación), detallada del sentido, alcance y contenido de ese mismo requisito.

a. ¿En qué consistió el error en la interpretación de los comisionados?

En el “otro requisito” No.9, del pliego de cargos, según los respetables comisionados, se les exigió a los proponentes que tuvieran en planilla por lo menos 48 empleados dedicados **exclusivamente** a la labor de operarios o manipuladores de alimentos, condición que no cumplió la oferta de Hotelera Panamá, ya que, según los comisionados, solamente cuenta con un personal de 33 personas para el área de producción de alimentos.

Ver acto público 2021-0-08-01-99-LP-052552.

Ver acto público 2021-1-10-0-08-LP-397132.

Ver acto público 2021-1-10-0-08-CM-426804.

Ver acto público 2021-1-10-0-08-CM-417366.



Así pues, es pertinente remitirnos a lo establecido restrictivamente en el pliego de cargo requisito N°9 de "Otros requisitos", en el que literalmente, se indica lo siguiente:

9 El oferente deberá presentar la Planilla del personal con que cuenta en el área de producción de alimentos, operaciones/distribución, y administración y deberá incluir en dicho listado el Cargo de cada uno de los aquí mencionados. Como parte del personal con que cuente el oferente, deberá presentar un mínimo de 48 manipuladores de alimentos, de quienes se deberá aportar copia del respectivo carné de manipulador de alimentos, y un (1) nutricionista, así como copia de cédula de identidad personal y hoja de vida de los mismos, todos deben estar debidamente acreditados en la Caja de Seguro Social. No

i. Primera condición exigida en el "otro requisito" No. 9: la Planilla.

Este requerimiento alude a dos situaciones distintas: la primera, a que se debe presentar una planilla en donde se incluya al personal propiamente de producción de alimentos, sin embargo, se agregan a los distribuidores, y administrativo que hacen parte de la gestión integral del servicio de producción de alimento.

Es decir, no se exigió que todos los empleados incluidos en la planilla fueran exclusivamente del área de producción de alimentos.

En la propuesta presentada por Hotelera Panamá, en cuanto a la planilla, se observa que cuentan con un personal de 51 personas, en la que se describe cada uno de los cargos que los mismos van a ocupar en el futuro proyecto.

ii. Segunda condición exigida en el "otro requisito" No. 9: los carnés de 48 manipuladores de alimentos.

La segunda condición incluida en este requisito fue que la oferta (nótese que esta arista se desliga del contenido de la planilla), incluyera por lo menos a 48 manipuladores de alimentos, quienes deberán presentar su carné de tales (de manipulador de alimentos) y un nutricionista.

Y con respecto al personal dedicado a la labor de producción de alimentos, se agrega la documentación que acredita que dichas personas son idóneas en el área de alimentación, y en el sentido de que cuentan con su respectivo carné de manipulador de alimentos.

En palabras más llanas, la Entidad no estableció que esos 48 manipuladores de alimentos debían estar distribuidos en el área de producción de alimentos, como lo indicó la nueva Comisión Evaluadora, a nuestro entender "área de producción de alimentos" correspondería a la elaboración del alimento per se (incluyendo al personal de distribución y administración de los recursos requeridos para el servicio).

Para efectos de mayor orientación, conviene resaltar lo establecido en el Decreto Ejecutivo N°94 de 8 de abril de 1997, "Por el cual se establecen disposiciones sobre la vestimenta y la carne para la Manipulación de Alimentos y se conforman los Centros de Capacitación de Manipuladores de Alimentos", en cuanto a el carné de manipuladores de alimentos, veamos:

"Artículo 1: El Carné de Manipulador de Alimentos constituye un requisito obligatorio para todos los manipuladores de alimentos, incluyendo propietarios, administradores de restaurantes, bares y similares e industrias alimentarias; que es propiedad del manipulador, y por consiguiente intransferible".



Dicho esto, según se establece en el artículo pre-transcrito, se considera que este carné puede ser expedido a todo el personal que tenga que ver desde la elaboración manual del alimento, el transporte de este, la administración y hasta el propietario, por ello, si se requería que fueran 48 personas dedicadas únicamente a la elaboración del alimento, se tendría que haber descrito en el pliego, no obstante, esto no fue lo requerido en este requisito.

En lo respectivo, el artículo 11 del Código Civil de Panamá, indica que:

Artículo 11 Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

b. La tarea de interpretación y aplicación del pliego de cargo de parte de los Comisionados.

Desde nuestro punto de vista, la interpretación a cargo de la Comisión estuvo alejada de lo que estrictamente fue establecido en cuanto a los aspectos específicamente técnicos del pliego de cargo, actuación que contraviene las facultades legales de la comisión, ya que ésta debe ceñirse estrictamente a su idoneidad que es en cuanto a los aspectos técnicos de dispuesto en los pliegos de cargos, que para el presente caso podría ser: revisar los carnés, los años de experiencia, entre otras situaciones.

Siendo así la Comisión Técnica Evaluadora, no puede entrar a valorar situaciones de índole jurídico so pretexto de indicar que una propuesta no reúne los requisitos legales, sino que debe como ya lo hemos advertido tomar literalmente lo contenido en el pliego de cargos y evaluarlo en base a su pericia.

En ese orden de ideas, siendo el pliego de cargos ley entre las partes y apoyándonos en las reglas de hermenéutica civil, de interpretación, claro está que la ley cuando es clara no puede ser desatendida en su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, situación que paso por alto la Comisión instaurada, veamos.

“Artículo 9 Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Y es que, a nuestro parecer, la parte actora como ya lo hemos dejado entrever cumple con las disposiciones del requisito No.9 de la parte “Otros Requisitos”, del pliego de cargo, esto es que, es perceptible que las 51 personas descritas en la propuesta de Hotelera el Panamá mantienen su carné de “manipuladores de alimentos”, por ello se puede sentenciar que, cumplió entonces en demasía con este requisito, situación que debió evaluar de manera estricta la Comisión instaurada y no lo hizo.

Estimamos apropiado recordar que el pliego de cargos es el documento rector dentro de los procedimientos de selección de contratista y es ley entre las partes; por consiguiente, es de obligatorio cumplimiento para todos los que se encuentran sujetos a estas reglas, las cuales, por subjetividad en su interpretación no pueden ser vulneradas de ninguna manera por los proponentes ni por las entidades licitantes, como claramente sucedió en este caso, que se cometió por parte de la Comisión Evaluadora un yerro al interpretar las disposiciones de los requisitos del pliego de cargos, vulnerando el derecho de una de las partes (Hotelera el Panamá, S.A.).



4. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas su competencia de “Restablecer los Derechos Vulnerados”.

No podemos dejar pasar que, el acto de descartar la propuesta de Hotelera Panamá y no adjudicarle el acto, habiendo cumplido a nuestro criterio con lo requerido en el pliego de cargos, va en contravención de los Principios regentes de la Contratación Pública, si bien es cierto la conformación de la Comisión Evaluadora goza de cierta solemnidad y autonomía dentro de la norma, no menos cierto es que, el Juez Natural de la Causa (en este caso el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas), está llamado a enderezar y corregir todas esas acciones tendientes a vulnerar derechos existentes, y con ello restablecer las violaciones al debido proceso, con el objetivo de proferir una decisión ecuaníme.

Bajo esa misma cuerda lógica, se puede decir que los Entes Jurisdiccionales, están llamados a interpretar cada uno de los aspectos jurídicos que forman parte de una controversia y de ahí hacer un análisis exhaustivo y cuando estos consideren que hay una actuación carente de asidero o contraria a derecho, se deben pronunciar para procurar las garantías de las partes inmiscuidas. Esta acepción claramente la encontramos indicada de manera enfática, en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020. Que indica lo siguiente:

“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, 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”.

Es notorio que una de las facultades otorgadas al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas es la de revocar y consecuentemente restablecer el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista, disposición legal que es aplicable a nuestro caso en concreto, es decir, somos del criterio que este Tribunal más que anular directamente el acto debate, debió valorar más detenidamente las piezas procesales, revocar lo propalado por la Comisión Evaluadora, y adjudicar el acto a la hoy recurrente, ya que claramente se vio afectada en múltiples ocasiones, por veredictos no apegados a la norma.

En cuanto la acepción restablecer, es de suma importancia indicar lo descrito por la Real Academia Española *“Como transitivo, ‘volver a establecer [algo]’ y, como intransitivo pronominal, ‘recuperarse de un daño o una enfermedad’* y es que claramente se le ocasionó una afectación en derecho a la hoy recurrente, que en nuestra deliberación debe ser reparada, por este ente Jurisdiccional, claramente enunciando las leyes, los principios y demás garantías que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En atención a lo particular, el artículo 2 del Código Judicial indica lo siguiente, veamos:

“Artículo 2 Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la ley. Los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que en los procesos dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de recursos legales o de consultas, las resoluciones emitidas por aquellos”.

Dicho esto, claro está que siendo este un ente independiente que debe cumplir con la Ley y la Constitución, al examinar que existe alguna falta al debido proceso dentro de



una causa “Ipso Facto” se debe pronunciar, para procurar los derechos de los sujetos procesales para protección de sus derechos fundamentales, situación que se obvió en este caso al proferir la anulación del acto, dejando de lado el derecho latente que le asistía la parte actora.

En lo tocante a la protección de los derechos fundamentales dentro de una controversia jurídica, es importante recordad las palabras de profesor Arturo Hoyos, en su vanagloriada obra “ El Debido Proceso” en la que indica que *“los derechos sustanciales pueden ser de carácter sustancial o material, y de carácter formal o instrumental, la función del Debido Proceso es garantizar la efectividad de los demás derechos fundamentales, especialmente los de carácter material que sean exigibles judicialmente. A la vez; los elementos que integran el debido proceso, como partes de un derecho fundamental, son exigibles principalmente frente al Estado, pero también frente a la contraparte o ante los terceros que intervengan en el proceso”*.²

Bajo esa misma conjetura, estimamos propicio referencias lo vertido por el Magistrado José Aranda, en la Resolución N°177-2022-PLENO/TACP de 8 de septiembre de 2022 (Decisión), en la que manifestó que

“El Tribunal de la causa, debe manifestar que, en todo proceso de licitación lo sustancial y la esencia que dispone la norma engloba en su la tutela del bien jurídico correspondiente a otorgar garantías para la colectividad; es decir, satisfacer las necesidades con pronta justicia, de hecho, no puede pasarse por alto, lo que estipula el artículo 17 de la Constitución panameña, en razón a la teoría de la tutela social, que corresponde a las autoridades revestidas para tal fin.

Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

5. CONCLUSIÓN GENERAL

La propuesta de Hotelera el Panamá representa, como ya lo advertimos en la parte inicial de esta ponencia, una mejor opción económica al Estado, ya que la misma es la de menor precio económico, por lo que no debió ser ponderada negativamente por la Comisión Técnica Evaluadora con interpretaciones desapegadas de lo legalmente establecido y carentes de motivaciones objetivas técnicas.

Con ello dejamos por sentado, que disentimos en su totalidad con este último informe técnico elaborado, en el que se tenía que haber tomado como cumplida la propuesta de Hotelera Panamá y debió consecuentemente ser adjudicada, discrepando evidentemente de la concepción de anular el acto referenciado, tal como lo dispone la Resolución que dirime esta causa.

Al respecto, debemos recordar que se vulneró lo preceptuado en el artículo 28 Ley de Contrataciones Públicas que contiene el Principio de Responsabilidad e Inhabilidades de los Servidores Públicos, específicamente los numerales 1 y 5, que a su tenor indica:

² Hoyos Arturo, El Debido Proceso, una introducción doctrinal, jurisprudencial y de Derecho Comparado, Cultural Portobelo 2009.



“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:

1. 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.
2.
3.
4. ...
5. 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.”

Se puede vislumbrar entonces, que para este caso en específico los miembros de las Comisión Evaluadora, no actuaron en definitiva con apego a la ley, ya que emitieron conceptos erráticos basados en apreciaciones subjetivas, sin fundamento legal, y, sobre todo, a espaldas de la interpretación que ya el este tribunal había establecido del “otro requisito” No. 9.

Así pues, estamos ante una evaluación (de parte de los Comisionados) severa que se ciñe estrictamente a temas de formas y pierde la esencia primordial que es la de agotar todos los medios disponibles para que el Estado o quien actué en su representación, (en este caso el Ministerio de Seguridad), obtenga un servicio con el precio más conveniente en el mercado, precepto que va de la mano con la finalidad de la contratación por licitación pública.

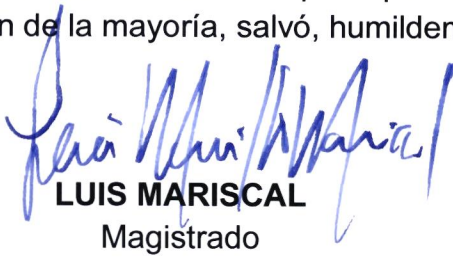
Las anteriores indicaciones, nos conducen a tener como corolario que, las contrataciones públicas, no deben ser solo vistas desde la perspectiva jurídica y formalista, debemos entender que, los métodos de contratación con el Estado, viendo con un panorama más amplio pueden ser catalizadores, para crear y fomentar nuevas áreas de desarrollo en cuanto a lo económico y social, lo que conllevaría a que se incremente la inversión en un país en el desarrollo sostenible y económico.

En otras palabras, la Contratación Pública desde una perspectiva más integra respetando los principios y reglas establecidos, puede servir de aliciente para desarrollar diversos sectores del país, no solamente a la Administración, generando con ello un respaldo en las futuras inversiones, a fin de reactivar la demanda interna y la libre competencia de la Nación, por esta razón las Entidades al realizar este tipo de licitaciones deben revisar de manera sumamente objetiva las propuestas.

Es palpable entonces, que existe una vulneración del derecho que le asiste a Hotelera el Panamá, en cuanto a que como ya hemos desarrollado, su propuesta desde el inicio cumplió con los parámetros establecidos en el pliego de cargos, que fue sujeto a múltiples modificaciones, y en cada uno de los tres informes confeccionados para la adjudicación de este acto, se emitieron argumentaciones subjetivas y carentes de

objetividad, para descalificar a una propuesta que a todas luces, cumple con lo indicado por la Entidad Solicitante.

En virtud de todo lo vertido anteriormente, con el respeto que me caracteriza y sin restar méritos de la brillante exposición de la mayoría, salvó, humildemente, mi voto.


LUIS MARISCAL
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

