



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE N°: 238-2022

RECURRENTE: VANTAGGIO, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N°46 de 12 de octubre de 2022, por la cual el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN (Dirección Regional de Educación de Panamá Oeste)** rechazó las propuestas recibidas dentro del acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS MARISCAL.

Resolución N°257-2022-Pleno/TACP de 12 de diciembre de 2022. (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (el Tribunal) es un ente independiente e imparcial de control, en la vía gubernativa precontractual (procedimientos de selección de contratista) y contractual (resolución administrativa de contrato), que conoce en única instancia, los Recursos de Impugnación en contra del acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas; con fundamento en el artículo 146 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 (en lo sucesivo Ley 22 de 2006), y los artículos 238 y 240 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

1. El 19 de agosto de 2022, el Ministerio de Educación [Dirección Regional de Educación de Panamá Oeste] (en adelante: MEDUCA o la entidad), realizó la convocatoria a todos los interesados en participar en el acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035, para la *"COMPRA DE ALIMENTOS PARA EL CENTRO EDUCATIVO AGUACATE ARRIBA-CAPIRA (difícil acceso), PERTENECIENTE AL PROGRAMA ESTUDIAR SIN HAMBRE. COORDINADO POR EL DPTO. NUTRICIÓN Y SALUD ESCOLAR"* (sic), a través de *PanamaCompra*.
2. El precio de referencia del acto público en mención fue establecido en diecisiete mil seiscientos sesenta y ocho balboas con ochenta y cuatro centésimos (B/.17,668.84).
3. El acto público se celebró el 25 de agosto de 2022, con la apertura de propuestas a las 12:01 p. m.
4. El 25 de agosto de 2022, la entidad publicó en *PanamaCompra* el documento denominado Acta de Apertura de Compra Menor, en el cual se dejó constancia de la participación de un (1) proponente, a saber:



Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
1950065-1-731681-94	Vantaggio, S.A.	24-08-2022 03:05 p.m.	17,668.04

- Posteriormente, el MEDUCA profirió el Cuadro de Cotizaciones 16 de 1 de septiembre de 2022, publicado en igual fecha, por el cual adjudicó el acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035 al único oferente: la empresa Vantaggio, S.A.
- De acuerdo con las constancias del sistema electrónico, MEDUCA expidió la Resolución N°46 de 12 de octubre de 2022, por la cual rechazó las propuestas recibidas dentro del acto público de selección de contratista antes indicado, con fundamento en el artículo 74 de la Ley 22 de 2006; es decir, por causas de orden público e interés social.
- Las licenciadas Graciela Tello Granados e Isis Palma Concepción, actuando en calidad de apoderadas especiales de la empresa Vantaggio, S.A., presentaron Recurso de Impugnación (visible de foja 009 a foja 020 del expediente jurídico del Tribunal) el 20 de octubre de 2022, ante la Secretaría General de este Tribunal, en contra del aludido acto administrativo.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

El Tribunal, por medio del Magistrado Sustanciador, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos de ley, procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la ley y su reglamento, admitiendo el recurso de impugnación a través de la Resolución N°188-2022/TACP de 21 de octubre de 2022 (Admisión), publicada en *PanamaCompra* el 24 de octubre de 2022.

III. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE

La parte actora impugnó el acto administrativo, fundamentándose en los hechos y argumentos que seguidamente se enuncian:

- La empresa Vantaggio, S.A. fue la única oferente que presentó propuesta electrónica para el acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035, la cual estuvo por debajo del precio de referencia y cumplió con todas las especificaciones técnicas solicitadas.
- Por lo antes expuesto, mediante el Cuadro de Cotizaciones N°16 de 1 de septiembre de 2022, la entidad licitante adjudicó dicho acto público a Vantaggio, S.A., por la suma de B/.17,668.04.
- Luego de publicada la resolución de adjudicación y al no haberse emitido la orden de compra, el representante legal de la adjudicataria *“se acercó a las oficinas de la Dirección Regional de Panamá Oeste, donde le informaron que el Departamento de Control Fiscal de la Institución había solicitado un ajuste de los precios ofertados”*.
- Que *“el representante legal procedió a enviar una nota explicativa el 23 de septiembre de 2022, indicando que tal y como se indicó en las especificaciones técnicas del pliego, él incluyó el costo del transporte solicitado para trasladar los alimentos durante cuatro (4) meses, dos (2) veces al mes. Y que, debido a la falta de un renglón de Transporte, él incluyó dicho costo en cada renglón ofertado, y debido a ello, se reflejaba un incremento en el costo de los alimentos. Que los precios ofrecidos se encuentran en el rango de precios del mercado. El Departamento de*



Compras, remitió la nota que subsanaba y explicaba los precios, sin embargo, fue infructuoso" (sic).

5. El 12 de octubre de 2022, el MEDUCA emitió la Resolución N°46, por la cual rechazó todas las propuestas recibidas para el acto público en comento, utilizando como fundamento en derecho el artículo 74 de la Ley 22 de 2006, *"indicando dentro de sus considerandos que los precios ofertados son muy elevados en los productos, en comparación con el mercado"*.
6. La referida motivación de la entidad es infundada, *"toda vez que es de conocimiento de la Institución, antes de emitir la resolución que rechaza la propuesta, que no existía un renglón para el costo de transporte y que dentro de las especificaciones técnicas solicitaban el traslado de los alimentos a cada centro educativo, por lo que era de vital importancia, incluir el costo de transporte. Que, debido a lo antes expuesto, los precios ofertados tenían un incremento, puesto que, al no haber un renglón de transporte, dicho costo fue adicionado proporcionalmente en cada renglón, a fin de cumplir con los estándares previstos en las especificaciones técnicas de este acto público. Y, aun así, la oferta de nuestro representado no excedió el precio de referencia pactado por la institución. El transporte contempla viajar durante cuatro (4) meses, Dos (2) veces al mes, a la escuela Aguacate Arriba-Capira, la cual es de difícil acceso" (sic).*
7. Que *"es importante destacar que la entidad contratante nos es la única a la cual deben valérsele los intereses, pues los proponentes también los tienen, y es responsabilidad de la Administración otorgarle explicaciones a detalle del porqué se le rechaza su oferta, lo que trae como consecuencia que, en caso de tener asidero, deban pagarse los gastos en que incurrió el proponente para la participación en el acto de selección de contratista" (sic).*
8. Así mismo, *"toda vez que a nuestro representado se le adjudicó más de treinta y dos (32) Actos Públicos, para Compra de Alimentos para diferentes centros educativos, de los cuales se emitieron dos (2) órdenes de compras, debidamente refrendadas (las cuales son similares al acto público que nos ocupa, donde se adicionó en los renglones de productos, el gasto de transporte, por falta de un renglón en concepto de transporte). Mientras se emitían las órdenes de compra pendientes, procedió a realizar inversiones, a fin de cumplir con los actos restantes Adjudicados, tomando en cuenta que son centros educativos de difícil acceso o muy alejados, los cuales ameritan una logística. Sin embargo, la pasar los días, al ver que no se emitían las ordenes de compras pendientes, fue notificado que, en la Oficina de Control fiscal de la entidad, habían cambiado el funcionario y que él mismo estaba solicitando a la Institución que se emitiera Resolución para rechazar el acto público por oneroso, aun cuando le fue debidamente explicado, la falta de renglón de transporte" (sic).*
9. Que *"ante la imposibilidad de justipreciar el motivo que señala la entidad adquirente, por la inexistencia de algo que avale lo externado, no podemos menos que concluir que existe una falsa motivación, al tiempo que tal como se ha pronunciado este Tribunal en reiteradas ocasiones, el rechazo de ofertas no puede constituirse en una salida para enderezar el error que cometió la entidad al no colocar las condiciones especiales que requería el acto, en este caso el renglón de Transporte"*.
10. Es relevante el hecho de que las primeras entregas de los alimentos debieron realizarse en septiembre, sin embargo, no fue sino hasta el 12 de octubre de 2022 que la entidad, sin fundamento, resolvió rechazar la propuesta de nuestro representado. Este desatino cometido compromete el presupuesto y, en este caso particular, se afecta la continuidad del Programa Estudiar Sin Hambre que, a su vez, tiene un impacto en los menores que participan de dicho programa.
11. Las actuaciones del Ministerio de Educación (Dirección Regional de Panamá Oeste) han infringido el Principio de Transparencia y el Principio de Responsabilidad e



Inhabilidades de los Servidores Públicos, consagrados en la Ley de Contrataciones Públicas.

Las apoderadas especiales de la actora concluyeron su escrito solicitando al Tribunal que se revoque y deje sin efecto el acto administrativo impugnado; se restablezca el derecho vulnerado en el sentido de adjudicar a la empresa Vantaggio, S.A., el acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035, por haber sido el único proponente y haber cumplido a cabalidad con los requisitos y exigencias de los términos de referencia; e indemnizar a la empresa Vantaggio, S.A., por los gastos en que de buena fe hubiese incurrido en el aludido acto público.

IV. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD

El 27 de octubre de 2022, el MEDUCA publicó en *PanamaCompra*, el Informe de Conducta suscrito por el Director Regional de Educación de Panamá Oeste, escrito que también reposa de foja 039 a 040 del expediente jurídico. En dicho informe, la entidad realizó un recuento de sus actuaciones, desde la convocatoria hasta la expedición del acto administrativo que rechazó las propuestas.

Igualmente, la entidad aprovechó la ocasión para referirse a los argumentos de la recurrente, en aras de aclarar los motivos del rechazo de las propuestas, expresando lo siguiente:

«VI. DESCARGOS DE LA ENTIDAD

En virtud de la pretensión solicitada por la Licenciada, **GRACIELA TELLO GRANADOS** esta **ENTIDAD** indica lo siguiente:

- 1- Que la Orden de Compra N°222-2022, fue ingresada a la Contraloría General de la República de Panamá el 13 de septiembre de 2022, mediante SCAFID 12401935.
- 2- Que la Contraloría General de la República – Oficina de Fiscalización mediante Formulario 12401935-2022-52191 de 19/09/22 indica en sus observaciones lo siguiente:

1. OBSERVACIONES REGISTRADAS EN EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO DEL SCAFID
DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN MOTIVOS DE SUBSANACIÓN
OTROS(OBSERVACIONES FISCALIZACIÓN)
--- EVALUAR LOS PRECIOS YA QUE ESTOS DEBEN SER PRECIOS JUSTOS Y RAZONABLES CUMPLIR CON LO INDICADO EN EL DECRETO 439, ARTICULO 50 PUBLICACION DEL PRECIO DE REFERENCIA Y ARTICULO 51.

Aprobado por:

Jefe de Fiscalización

- 3- Que la Lcda. **GRACIELA TELLO GRANADOS** entre sus descargos indica lo siguiente:

...

- 4- Tal y como lo indica la Lcda. Tello, el Departamento de Control Fiscal de la Contraloría General de la República, solicito un ajuste de los precios ofertados.
- 5- Adicional el Representante Legal de la empresa **VANTAGGIO, S.A.**, remite a la Contraloría General de la República una nota explicativa el día **23 de septiembre de 2022**, a fin de aclarar a esta entidad fiscalizadora el valor de los precios ofertados.
- 6- Que es de interés del Ministerio de Educación – Dirección Regional de Educación de Panamá Oeste ajustarse al procedimiento legal establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación



pública, ordenado por la Ley 153 de 2020 y Decreto 439 de 10 de septiembre de 2020.

7- Que es importante indicar que todo trámite realizado en las Instituciones del Estado cuenta con una Oficina de Control y Fiscalización de las Adquisiciones de bienes y Servicios de las entidades públicas, que representa a la Contraloría General de la República.

8- Que esta entidad de Control y Fiscalización estatal tiene sus propios lineamientos y normativas con el fin de garantizar un control previo a cada institución y este se ajuste al interés social, por lo que, una vez realizada una observación, la entidad peticionaria debe ajustarse a estas recomendaciones, haciendo las diligencias necesarias a fin de subsanar en el caso que sea nuestra competencia.

9- Que la observación realizada por la Oficina de Fiscalización de la Dirección Regional de Educación de Panamá Oeste **le compete exclusivamente al Representante Legal de la Empresa a fin que justifique el valor de los precios de manera que se pueda** "EVALUAR LOS PRECIOS YA QUE ESTOS DEBEN SER PRECIOS JUSTOS Y RAZONABLES" (sic).

10- Que aun cuando el contratista presenta su nota explicativa a la Oficina de Fiscalización y Control ésta se mantiene en su postura de **"EVALUAR LOS PRECIOS YA QUE ESTOS DEBEN SER PRECIOS JUSTOS Y RAZONABLES"** (sic).

Por lo antes expuesto, esta entidad reconoce y acepta que cumplió con todos los procedimientos y mecanismos legales tendientes a garantizar el debido proceso para las partes, sin embargo, nos acogemos a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas» (sic).

V. PRUEBAS

Por medio de la Resolución N°081-2022/TACP de 9 de noviembre de 2022 (Pruebas), publicada en el sistema electrónico en esa misma fecha, el Magistrado Sustanciador se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas presentadas por las partes y ordenó prueba de oficio.

En consecuencia, se admitieron las dos (2) pruebas documentales aportadas por el MEDUCA: el Formulario Núm. 12401635-2022-5291 de 19 de septiembre de 2022, emitido por la Oficina de Fiscalización de la Contraloría General de la República; y copia simple de la nota presentada por el Representante Legal de Vantaggio, S.A.

Igualmente, a través de dicha resolución, el Tribunal solicitó prueba de informe a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) para que, a través de personal idóneo, rindiera un informe respondiendo a ciertas interrogantes, dirigidas a esclarecer ciertos puntos antes de pronunciarnos sobre el fondo de la presente encuesta jurídica.

El informe antes mencionado debía ser remitido a este Tribunal dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la Resolución de Pruebas N°081-2022-TACP de 9 de noviembre de 2022, es decir, a más tardar el lunes, 21 de noviembre de 2022. Sin embargo, mediante la nota AG-641-22/JQQ/Legal de 21 de octubre de 2022, recibida en la Secretaría General del Tribunal el 22 de noviembre de 2022, visible en *PanamaCompra* y a foja 062 del expediente jurídico, el Administrador General de la ACODECO solicitó una prórroga de cinco (5) días hábiles, los cuales fueron concedidos mediante la Resolución N°067-2022TACP de 24 de noviembre de 2022 (Prórroga), publicada en el sistema electrónico en esa misma fecha.

El 2 de diciembre de 2022, la ACODECO entregó, en la Secretaría General del Tribunal, la Nota AG-659-22/JQQ/Legal, calendada 30 de noviembre de 2022 y suscrita por su



Administrador General, por medio de la cual se respondieron de forma clara y puntual las interrogantes formuladas por esta Colegiatura, tal como se muestra seguidamente:

“1. ¿Cuál ha sido el porcentaje de variación de la canasta básica familiar de alimentos, entre agosto y octubre de 2022? Señale si dicho cambio ha implicado un aumento o disminución.

La canasta básica de alimentos (CBA) en el mes de agosto de 2022 para Panamá Oeste (Cuadro N°1) refleja un costo de B/.279.55, para el mes de octubre de 2022 el costo es de B/.282.25. Esto estaría indicando una variación porcentual de 0.96%, en otras palabras, la CBA entre agosto y octubre de 2022 en Panamá Oeste registra un aumento del 0.96 por ciento.

CUADRO N° 1
PRECIOS DE LA CANASTA BÁSICA DE ALIMENTOS
DE PANAMÁ OESTE (En B/.)

ago-22	sep-22	oct-22	Var% ago-oct22
279.55	280.91	282.25	0.96%

Fuente: ACODECO

En lo que respecta a la provincia de Panamá (Cuadro N°2), la CBA en el mes de agosto de 2022 refleja un costo de B/.285.06 y para el mes de octubre de 2022 en Panamá el costo de la CBA es de B/.283.92, esto estaría indicando una variación porcentual de -0.40%, en otras palabras, la CBA entre agosto de 2022 y octubre de 2022 registra una disminución del -0.40%.

CUADRO N° 2
PRECIOS DE LA CANASTA BÁSICA DE ALIMENTOS
DE PANAMÁ (En B/.)

ago-22	sep-22	oct-22	Var% ago-oct22
285.06	283.91	283.92	-0.40%

Fuente: ACODECO

2.Previa revisión del listado de productos requeridos por el MEDUCA (Dirección Regional de Educación de Panamá Oeste), el cual se adjunta a esta resolución: Indique el precio mínimo y el máximo al que se pueden adquirir cada uno de los referidos alimentos en la Provincia de Panamá Oeste.

En cuanto al Cuadro N°3 el mismo refleja el listado de productos requeridos por el **MEDUCA** con los precios de encuestas de **ACODECO** en Panamá Oeste. La metodología que desarrolla **ACODECO** para recopilar los precios de los productos, se desarrolla tomando el precio más bajo del producto dentro de cada categoría que se logre identificar en cada agente económico que se visita; luego a esa lista de precios mínimos identificados se le obtiene un promedio entre los agentes económicos visitados, y ese promedio es el precio que se utiliza como referencia en cada producto encuestado. **ACODECO** no recopila los precios máximos de productos n sus encuestas de Canasta Básica, por lo tanto, no contamos con información de precios máximos para los productos



requeridos por el MEDUCA, solo contamos con los precios mínimos que se indican en el Cuadro N°3.

CUADRO N° 3

PRODUCTOS REQUERIDOS POR MEDUCA
Y LOS PRECIOS DE ENCUESTAS DE ACODECO EN PANAMÁ OESTE
A OCTUBRE DE 2022 (EN. B/.)

DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	PRECIO ENCUESTAS ACODECO
Arroz (lb)	Libras	0.65
Poroto (lb)	Libras	1.34
Frijoles crema tipo chiricano (lb)	Libras	1.24
Frijolitos chiricanos (lb)	Libras	1.17
Pollo (muslo) unidad	Unidad*	0.61
Pollo (pechuga) (kg)	Kilogramo	3.2
Pollo (filete) (kg)	Kilogramo	7.17
Carne de res magra jarrete (kg)	Kilogramo	5.63
Carne molida magra (kg)	Kilogramo	4.73
Puerco liso (kg)	Kilogramo	5.79
Lomos de atún enlatado (latas)	Lata	1.32
Huevo (docena)	Docena	2.05
Papas (kg)	Kilogramo	1.46
Ñame (kg)	Kilogramo	1.17
Yuca (kg)	Kilogramo	1.15
Otoe (kg)	Kilogramo	2.59
Zapallo (kg)	Kilogramo	0.98
Habichuelas (kg)	Kilogramo	2.38
Zanahoria (kg)	Kilogramo	1.77
Pepino (kg)	Kilogramo	0.97
Lechuga (kg)	Kilogramo	2.72
Tomate (kg)	Kilogramo	2.15
Chayote (kg)	kilogramo	0.99
Repollo (kg)	Kilogramo	1.77
Mazorca (kg) 5xkg	Kilogramo (5xKG)	1.75
Papaya (kg)	Kilogramo	0.85
Sandía (kg)	Kilogramo	1.11
Naranja unidad	Unidad	0.14
Guayaba unidad	Unidad	1.25
Piña (kg)	Kilogramo	0.88
Mandarina unidad	Unidad	0.15
Melón (kg)	Kilogramo	2.29
Limón unidad	Unidad	0.11
Cebolla (kg)	Kilogramo	2.06
Apio (kg)	Kilogramo	2.4
Pimentón (kg)	Kilogramo	2.64
Aceite (litro)	Litro	4.75
Vinagre (litro)	Litro	0.96
Sal (lb)	Libras	0.28
Mayonesa (1 envase de 390 gr)	Envase 390 gr	1.91
Leche evaporada (lata de 315 g)	Lata 315 gr	1.06



Fuente: Elaborado sobre la base de la información suministrada e información de encuestas de ACODECO.
*La unidad de medida utilizada en el mercado para el muslo de pollo, es el kilogramo, los precios de las encuestas de ACODECO para el muslo de pollo están en kilogramos, para poder transformarlo a unidades como se pide en el requerimiento, se ha estimado que una libra puede tener en promedio 3 muslos de pollo, si cada muslo pesa en promedio 150gr aproximadamente, al hacer los cálculos correspondientes, se ha estimado que una unidad de pollo, tiene un precio promedio de B/. 0.61 en Panamá Oeste.

3. Previa revisión del Desglose de Precio de Vantaggio, S.A., el cual se adjunta a esta resolución: A su leal saber y entender, ¿el precio total ofertado por Vantaggio, S.A. es cónsono con la realidad del mercado en la Provincia de Panamá Oeste?

Al comparar los precios ofertados por **VANTAGGIO, S.A.**, con los precios encuestados por **ACODECO** en el área de Panamá Oeste para octubre de 2022 (Cuadro N°4), y realizar el cálculo correspondiente en función de las cantidades requeridas, se observa una variación absoluta de B/. 5,050.04, entre el precio ofertado por **VANTAGGIO, S.A.**, y el precio que se tendría con las encuestas de **ACODECO**. Al realizar el cálculo del margen bruto de comercialización se obtiene un margen bruto total del 29%.

Tomando en cuenta que se tiene una cantidad de productos que demandan una cadena de frío para poder preservarlos, al igual que una cantidad importante de productos precederos que pueden generar mermas importantes si no se maneja adecuadamente su logística, aunado a que la entrega de los mismos es en áreas de difícil acceso en fechas programadas, consideramos que un margen bruto de comercialización del 29% no está alejado de la realidad del mercado, dada las características de los productos requeridos y las condiciones que se tienen que cumplir para poder suplirlos donde son demandados.

CUADRO N°4
PRODUCTOS REQUERIDOS POR MEDUCA COMPARADOS
CON LOS PRECIOS OFERTADOS Y LOS PRECIOS DE
LAS ENCUESTAS DE ACODECO EN PANAMÁ OESTE
A OCTUBRE DE 2022 (EN. B/.)

CANTIDAD	DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	PRECIO OFERTADO	PRECIO ENCUESTAS	PRECIOS TOTALES OFERTADOS	PRECIOS TOTALES ENCUESTADOS	DIFERENCIAS
1140	Arroz (lb)	Libras	1.00	0.65	1140.00	741.00	399.00
176	Poroto (lb)	Libras	1.50	1.34	264.00	235.84	28.16
88	Frijoles crema tipo chiricano (lb)	Libras	1.50	1.24	132.00	109.12	22.88
88	Frijolitos chiricanos (lb)	Libras	1.50	1.17	132.00	102.96	29.04
2096	Pollo (muslo) unidad*	Unidad	1.00	0.61	2096.00	1278.56	817.44
300	Pollo (pechuga) (kg)	Kilogramo	6.50	3.20	1950.00	960.00	990.00
44	Pollo (filete) (kg)	Kilogramo	7.75	7.17	341.00	315.48	25.52
104	Carne de res magra jarrete (kg)	Kilogramo	8.00	5.63	832.00	585.52	246.48
132	Carne molida magra (kg)	Kilogramo	8.00	4.73	1056.00	624.36	431.64
104	Puerco liso (kg)	Kilogramo	9.00	5.79	936.00	602.16	333.84
352	Lomos de atún enlatado (latas)	Lata	1.25	1.32	440.00	464.64	-24.64
116	Huevo (docena)	Docena	2.75	2.05	319.00	237.80	81.20



440	Papas (kg)	Kilogramo	2.00	1.46	880.00	642.40	237.60
36	Ñame (kg)	Kilogramo	2.00	1.17	72.00	42.12	29.88
24	Yuca (kg)	Kilogramo	2.00	1.15	48.00	27.60	20.40
64	Otoe (kg)	Kilogramo	2.00	2.59	128.00	165.76	-37.76
120	Zapallo (kg)	Kilogramo	1.50	0.98	180.00	117.60	62.40
36	Habichuelas (kg)	Kilogramo	2.00	2.38	72.00	85.68	-13.68
152	Zanahoria (kg)	Kilogramo	2.00	1.77	304.00	269.04	34.96
48	Pepino (kg)	Kilogramo	1.50	0.97	72.00	46.56	25.44
60	Lechuga (kg)	Kilogramo	3.00	2.72	180.00	163.20	16.80
168	Tomate (kg)	Kilogramo	2.75	2.15	462.00	361.20	100.80
56	Chayote (kg)	kilogramo	1.50	0.99	84.00	55.44	28.56
56	Repollo (kg)	Kilogramo	2.00	1.77	112.00	99.12	12.88
36	Mazorca (kg) 5xkg	Kilogramo (5xKG)	2.00	1.75	72.00	63.00	9.00
156	Papaya (kg)	Kilogramo	2.00	0.85	312.00	132.60	179.40
228	Sandia (kg)	Kilogramo	1.75	1.11	399.00	253.08	145.92
1048	Naranja unidad	Unidad	0.50	0.14	524.00	146.72	377.28
1572	Guayaba unidad	Unidad	0.82	1.25	1289.04	1965.00	-675.96
208	Piña (kg)	Kilogramo	1.75	0.88	364.00	183.04	180.96
1048	Mandarina unidad	Unidad	0.75	0.15	786.00	157.20	628.80
228	Melón (kg)	Kilogramo	2.00	2.29	456.00	522.12	-66.12
208	Limón unidad	Unidad	0.50	0.11	104.00	22.88	81.12
160	Cebolla (kg)	Kilogramo	3.00	2.06	480.00	329.60	150.40
64	Apio (kg)	Kilogramo	2.25	2.40	144.00	153.60	-9.60
72	Pimentón (kg)	Kilogramo	4.25	2.64	306.00	190.08	115.92
16	Aceite (litro)	Litro	4.00	4.75	64.00	76.00	-12.00
12	Vinagre (litro)	Litro	2.00	0.96	24.00	11.52	12.48
80	Sal (lb)	Libras	0.55	0.28	44.00	22.40	21.60
16	Mayonesa (1 envase de 390 gr)	Envase 390 gr	2.00	1.91	32.00	30.56	1.44
24	Leche evaporada (lata de 315 g)	Lata 315 gr	1.50	1.06	36.00	25.44	10.56
TOTALES					17,668.04	12,618.00	5,050.04
MARGEN BRUTO DE COMERCIALIZACIÓN							29%

Fuente: Elaborado sobre la base de la información suministrada e información de encuestas de ACODECO
*La unidad de medida utilizada en el mercado para el muslo de pollo, es el kilogramo, los precios de las encuestas de ACODECO para el muslo de pollo están en kilogramos, para poder transformarlo a unidades como se pide en el requerimiento, se ha estimado que una libra puede tener en promedio 3 muslos de pollo, si cada muslo pesa en promedio 150gr aproximadamente, al hacer los cálculos correspondientes, se ha estimado que una unidad de pollo, tiene un precio promedio de B/. 0.61 en Panamá Oeste.

4. De conformidad con las estadísticas que maneja la ACODECO, explique a este Tribunal si existen altas probabilidades de que, en alguna época del año, los precios de la canasta básica familiar de alimentos puedan mantenerse sin fluctuaciones durante cuatro (4) meses consecutivos.

Según los datos estadísticos desde que se tiene la estructura actual de la CBA (2015) no se observan cuatro (4) meses consecutivos sin fluctuaciones en los precios de la CBA (Cuadro N°5), y aunque consideremos que cambios menores a un (1) balboa puedan ser vistos como precios sin fluctuaciones, tendríamos que, en los últimos 94 meses, en 33 de estos meses (35.10%) se tienen precios estables en cuanto al Costo Total calculado, pero no se observan estos precios por más de dos meses consecutivos. En otras palabras, en periodos de hasta dos (2) meses consecutivos los precios de la CBA han estado estables, sin fluctuaciones. Igualmente se han dado 61 meses (64.90%) de precios con variaciones arriba de un (1) balboa, alcanzando variaciones positivas de hasta B/.7.13 y variaciones negativas de hasta B/-.7.45.

En resumen, dada la estadística de ACODECO, y aun asumiendo que cambios menores a un (1) balboa en los precios mensuales, sean considerados como precios sin fluctuaciones, se tendría baja probabilidad de que, en una época del año, los precios de



la CBA puedan mantenerse sin fluctuaciones durante cuatro (4) meses consecutivos, dado el comportamiento histórico de precios que se observa en la CBA.

CUADRO N° 5
PRECIOS DE CBA MENSUAL DE 2015 -2022
(En B/.)

MES	COSTO	VARIACIÓN ABSOLUTA	MES	COSTO	VARIACIÓN ABSOLUTA	MES	COSTO	VARIACIÓN ABSOLUTA	MES	COSTO	VARIACIÓN ABSOLUTA
Ene-15	260.14		Ene-17	271.88	-0.20	Ene-19	262.93	-5.29	Ene-21	267.40	-0.37
Feb-15	260.48	0.34	Feb-17	269.84	-2.04	Feb-19	262.51	-0.41	Feb-21	266.48	-0.93
Mar-15	263.21	2.73	Mar-17	270.95	1.10	Mar-19	261.19	-1.33	Mar-21	263.18	-3.30
Abr-15	262.50	-0.71	Abr-17	268.13	-2.82	Abr-19	262.19	1.00	Abr-21	264.40	1.22
May-15	265.05	2.55	May-17	269.03	0.90	May-19	264.89	2.70	May-21	266.78	2.38
Jun-15	263.54	-1.51	Jun-17	263.70	-5.34	Jun-19	260.64	-4.25	Jun-21	268.48	1.69
Jul-15	267.23	3.69	Jul-17	261.80	-1.89	Jul-19	261.90	1.26	Jul-21	272.05	3.58
Ago-15	267.72	0.49	Ago-17	265.35	3.55	Ago-19	263.09	1.19	Ago-21	270.61	-1.44
Sep-15	269.64	1.92	Sep-17	261.03	-4.32	Sep-19	263.90	0.80	Sep-21	269.97	-0.65
Oct-15	269.70	0.06	Oct-17	261.62	0.59	Oct-19	265.44	1.54	Oct-21	272.67	2.70
Nov-15	267.61	-2.09	Nov-17	261.05	-0.57	Nov-19	263.13	-2.31	Nov-21	273.48	0.81
Dic-15	268.08	0.47	Dic-17	265.31	4.26	Dic-19	263.52	0.39	Dic-21	273.37	-0.12
Ene-16	267.43	-0.65	Ene-18	263.34	-1.97	Ene-20	263.45	-0.07	Ene-22	278.87	5.51
Feb-16	271.15	3.72	Feb-18	264.43	1.09	Feb-20	258.06	-5.39	Feb-22	274.00	-4.87
Mar-16	271.76	0.60	Mar-18	262.67	-1.76	Mar-20	265.20	7.13	Mar-22	275.65	1.65
Abr-16	269.16	-2.59	Abr-18	262.64	-0.03	Abr-20	262.35	-2.85	Abr-22	275.66	0.01
May-16	269.15	-0.02	May-18	262.22	-0.43	May-20	261.31	-1.04	May-22	280.71	5.05
Jun-16	268.56	-0.59	Jun-18	263.56	1.34	Jun-20	260.39	-0.91	Jun-22	285.92	5.21
Jul-16	270.21	1.65	Jul-18	262.77	-0.79	Jul-20	261.63	1.23	Jul-22	292.52	6.60
Ago-16	269.71	-0.50	Ago-18	263.25	0.49	Ago-20	262.41	0.78	Ago-22	285.06	-7.45
Sep-16	269.75	0.04	Sep-18	260.85	-2.40	Sep-20	264.93	2.53	Sep-22	283.91	-1.16
Oct-16	268.61	-1.14	Oct-18	260.37	-0.48	Oct-20	266.25	1.31	Oct-22	283.92	0.01
Nov-16	270.25	1.64	Nov-18	264.19	3.82	Nov-20	270.03	3.78			
Dic-16	272.08	1.83	Dic-18	268.21	4.03	Dic-20	267.77	-2.26			

Fuente: ACODECO

...”

Del referido informe se concluye, entre otros, que el monto total de la oferta de Vantaggio, S.A. se encuentra dentro del rango de precios que ofertan los agentes económicos en ese mercado específico.

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

1. Tipología del procedimiento de selección de contratista de marras

Dando cumplimiento al artículo 159 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, procedemos a resolver el presente recurso, con base en los criterios que a continuación se exponen y teniendo en cuenta que el procedimiento de selección de contratista que nos ocupa es una Contratación Menor, dispuesta en el artículo 57 de la Ley 22 de 2006:



“Artículo 57. Contratación menor. El procedimiento para la contratación menor permitirá, de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), cumpléndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone esta Ley.

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

En las contrataciones menores que no superen los diez mil balboas (B/.10,000.00), se aplicará un procedimiento expedito por cotizaciones, que será reglamentado por el Órgano Ejecutivo.

...”. (El subrayado es del Tribunal).

Así, de conformidad con la Ley, esta instancia administrativa tiene la obligación de examinar las diversas condiciones de índole jurídica, a efectos de dilucidar los hechos que dieron origen a esta causa, en virtud del análisis de las piezas procesales que reposan en el registro electrónico del acto público.

2. Criterios de interpretación

a. Criterios constitucionales

La interpretación de las normas y disposiciones aplicables a los procedimientos de selección de contratista se deben a la fuente de toda norma; es decir, a las disposiciones constitucionales, de las cuales son resaltables los artículos 215 y 266 de la Carta Fundamental. Veamos:

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

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

“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”.

b. Criterios legales

Según lo establece la propia ley, la interpretación de las reglas contractuales se sustenta en los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 22 de 2006.

“Artículo 35. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de



contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

El debate de la presente encuesta jurídica se centra en determinar si la entidad actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico cuando decidió rechazar la propuesta presentada dentro el acto público de marras, luego de haberlo adjudicado. Así, en atención al Principio de Motivación, pasamos a analizar las piezas procesales en contraste con los hechos sobre los cuales la recurrente fundamentó sus pretensiones.

3. Análisis de las actuaciones administrativas relevantes.

Al examinar el registro electrónico del expediente, se aprecia que, mediante el Cuadro de Cotizaciones N°16 de 1 de septiembre de 2022, el Ministerio de Educación (Dirección Regional de Panamá Oeste) decidió adjudicar el acto público de selección de contratista Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035 al único proponente: la empresa Vantaggio, S.A., debido a que cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos.

Sin embargo, la entidad licitante explicó en su Informe de Conducta que luego de remitir la Orden de Compra a la Contraloría General de la República (en lo sucesivo: CGR), para su respectivo refrendo, dicho ente de fiscalización hizo la observación de que los precios ofertados por Vantaggio, S.A. no son justos ni razonables. Y, a pesar de que la empresa hizo la aclaración pertinente mediante nota fechada 23 de septiembre de 2022, la CGR mantuvo su posición de no refrendar la Orden de Compra.

Ante la firme decisión de la CGR, el MEDUCA se vio obligado a proferir la Resolución N°46 de 12 de octubre de 2022, por la cual rechazó la propuesta recibida dentro del acto público en comento, apuntando que advirtió precios muy elevados en los productos ofertados por Vantaggio, S.A., en comparación con el mercado. Dicha decisión tiene como fundamento la facultad discrecional que concede el artículo 74 de la Ley 22 de 2006 a las entidades licitantes para rechazar propuestas por causas de orden público o de interés social.

De lo anterior se concluye que el dictamen de la entidad no es una manifestación de su voluntad. Al contrario, se trata de una decisión orientada por el criterio subjetivo de la Oficina de Fiscalización de la CGR.

Sobre el fundamento jurídico y la motivación del acto administrativo impugnado

Frente a los antecedentes del caso, resulta oportuno preguntarse si, luego de haber adjudicado el acto público, es dable que la Administración Activa (en este caso, el MEDUCA) ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas.

En este sentido, el artículo 74 de la Ley 22 de 2006 confiere a las entidades la atribución extraordinaria para rechazar las propuestas después de haberlas recibido y antes de la adjudicación, siempre que esta encuentre su fundamento en causas de orden público o de interés social:

“Artículo 74. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público.



En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, debidamente motivadas, la entidad podrá rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación.

...
Cuando la entidad ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, el acto público quedará en estado de cancelado, salvo que el interesado haga uso del derecho de interponer el recurso correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas contra el acto administrativo que declara el rechazo de la propuesta". (Subraya el Tribunal).

En igual orden de ideas, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, norma supletoria dentro del proceso que nos ocupa, señala:

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

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

Pues bien, el título del acto administrativo recurrido es:

"RESOLUCIÓN NO.46 del 12 de octubre de 2022. Por medio de la cual se rechazan las propuestas recibidas para el Acto Público No. 2022-0-07-11-15-CM-050035, por motivo de orden público e interés social". (El subrayado es del Tribunal).

Además, en el 'Considerando' la entidad manifestó lo siguiente:

"Que luego de recibidas las propuestas, la Entidad Licitante ha advertido sobre precios muy elevados en los productos en comparación con el mercado, por lo que se considera conveniente rechazar las propuestas recibidas.

...
Que sobre la base de los hechos señalados y en cumplimiento del artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, se hace necesario rechazar las propuestas presentadas para el Acto Público No. 2022-0-07-11-15-CM-050035...". (El subrayado es del Tribunal).

Al leer con detenimiento la referida resolución, no se observa justificación alguna de cuáles son los motivos de orden público e interés social que sustentan la decisión.

En atención a las exposiciones de la resolución recurrida, debemos señalar que el acto administrativo es la manifestación de la voluntad de la Administración y, para constituirse como tal, debe cumplir con ciertos requisitos subjetivos, objetivos, causales y formales. Entre esos requisitos destaca la motivación, elemento que, a pesar de ser una exigencia de corte formal, es de contenido causal porque expresa las justificaciones o los razonamientos de dicha voluntad. Así las cosas, la motivación se erige como el medio para sustentar las razones de la decisión plasmada en el acto administrativo.

Para una mejor ilustración sobre el tema, nos permitimos citar al Dr. Sanz Rubiales (2015), quien explica que: «La motivación, como se señaló antes constituye un requisito formal cuyo contenido alude a la causa y consiste en la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a adoptar el acto en cuestión. Sólo hay que motivar los actos que así determine la ley; sin embargo, la motivación alcanza, al menos, a los actos restrictivos de derechos, a los que impliquen un juicio previo (p. ej., resolutorios de recursos) y a los actos discrecionales. Tiene como función facilitar el control de legalidad



(judicial, en su caso) de la actuación administrativa. Por eso la motivación está estrechamente vinculada con los derechos de defensa»¹.

En la causa que nos ocupa, estamos frente a una potestad discrecional que la Ley de Contratación Pública concede a las entidades licitantes; sin embargo, no está exenta de la obligación de desarrollar los motivos de su decisión. Es más, la norma que invoca la entidad como fundamento así lo exige cuando señala que estos deben aludir a causas de orden público o interés social.

Como ya lo ha explicado esta instancia administrativa en múltiples ocasiones, la motivación es la justificación de la expedición del acto administrativo; pieza fundamental del engranaje que conforma el acto administrativo, que garantiza el debido proceso y la defensa de los administrados, y resguarda la transparencia de la actividad pública. En consecuencia, los motivos no se limitan a mencionar la base legal; en cambio, comprenden también las razones fácticas que sustentan la voluntad de la Administración; particularmente, cuando se ejerce una atribución discrecional.

En este mismo contexto, es indispensable referirnos a los conceptos de interés público y de orden público, según las definiciones que ofrece la Ley 38 de 2000, en los numerales 61 y 70 del artículo 201:

“Interés público. Como finalidad del Estado, es el propio interés colectivo, de la sociedad en su conjunto, en contraposición al interés individual”.

“Orden público. En sentido negativo, es el desarrollo de las actividades sociales de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico y en acatamiento a lo que disponen las autoridades públicas. En sentido positivo, es equivalente a interés público”.

De lo anterior se colige que el interés público atiende a la conveniencia o bienestar de la sociedad; y el orden público se refiere al desenvolvimiento de la dinámica social ajustado a las leyes.

Así, en virtud de las exposiciones que anteceden, la atribución extraordinaria para rechazar propuestas conlleva la obligación de sustentar el ejercicio de la misma, señalando cuáles son las causales de hecho y la forma en que estas repercuten en el interés de la colectividad o el orden público. Por lo tanto, no basta con que el acto administrativo cite la norma, sino que es imperativo cumplir con lo que esta dispone.

En otras palabras, la entidad debió sustentar el supuesto sobreprecio en la oferta del recurrente explicar cómo este impacta negativamente al interés colectivo o contraviene el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, es de resaltar que la entidad utilizó el Informe de Conducta como medio para explicar en detalle el porqué de su decisión; sin embargo, este no es el instrumento idóneo para ello, dado que la debida motivación, en esencia, no va dirigida a los entes de control, sino a los administrados que pudieran ser afectados en sus derechos por el actuar público; es decir, a los proponentes. De modo que es en el acto administrativo por el cual la entidad adopta una decisión específica, en donde se deben explicar las razones de su actuar con prolijos criterios fácticos y legales.

¹ Rodríguez-Arana, Jaime et al. 2015. Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano. “El Acto Administrativo”. Íñigo Sanz Rubiales. Instituto Nacional de Administración Pública. Editorial Comares, S.L., Granada (págs. 222-223).



Una vez se expliquen las razones del proceder público, los administrados o, para el caso, los participantes del acto público de selección de contratista, podrán valerse de los recursos y acciones que nuestra legislación brinda en su defensa.

En el aludido informe se explicó el hecho que dio origen a su decisión, siendo este la negativa de la Oficina de Fiscalización y Control de la CGR de refrendar la Orden de Compra N°222-2022, en atención a la siguiente observación:

I. OBSERVACIONES REGISTRADAS EN EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO DEL SCAFiD
DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN MOTIVOS DE SUBSANACIÓN
OTROS(OBSERVACIONES FISCALIZACIÓN)
--- EVALUAR LOS PRECIOS YA QUE ESTOS DEBEN SER PRECIOS JUSTOS Y RAZONABLES CUMPLIR CON LO INDICADO EN EL DECRETO 439, ARTICULO 50 PUBLICACION DEL PRECIO DE REFERENCIA Y ARTICULO 51.

Aprobado por:

Jefe de Fiscalización

A este respecto, nótese que la advertencia del ente fiscalizador se fundamenta en los artículos 50 y 51 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 50. Publicación del precio de referencia. Las entidades públicas estarán obligadas a publicar el precio de referencia en el aviso de convocatoria de los procedimientos de selección de contratista.

Artículo 51. Margen de onerosidad. De conformidad con lo establecido en la Ley 22 de 2006, solamente se podrá establecer porcentaje de onerosidad en las licitaciones por mejor valor, el cual no podrá exceder el 20 % del precio de referencia”.

Como se aprecia, ambas disposiciones van dirigidas a las entidades licitantes para que, al momento de estructurar el pliego de cargos, publiquen el precio de referencia y, cuando se trate de licitaciones por mejor valor, tengan presente que el margen de onerosidad no podrá exceder del 20% del precio de referencia.

En este sentido, debemos indicar que el MEDUCA sí cumplió con lo establecido en el artículo 50, ya que publicó oportunamente el precio de referencia del acto público, el cual fue establecido en diecisiete mil seiscientos sesenta y ocho balboas con ochenta y cuatro centésimos (B/.17,668.84). Por otra parte, en el acto público en estudio no es aplicable lo dispuesto en el artículo 51, ya que se trata de una compra menor, no una licitación por mejor valor.

No obstante, habiendo realizado un estudio de mercado y luego establecer el precio de referencia, la entidad fue influenciada por la Oficina de la Fiscalización, quien determinó, sin la aportación de base fáctica o científica alguna, que los precios ofertados por la única empresa proponente, eran elevados u onerosos.

Tenemos entonces que la Oficina de Fiscalización de la CGR se arrogó la potestad de evaluar ofertas y, de manera subjetiva, señalar que existían sobreprecios, con fundamento en disposiciones legales cuyo contenido no es aplicable a dicha temática. De modo que está pasando a ser un coadministrador, extralimitándose en las competencias que la ley le concede.



En suma, el acto de la entidad no se sustentó, como exige la ley, en criterios de selección propios, sino con fundamento en observaciones administrativas de contratación de un ente que, según sus funciones, no pudo participar de la gestión, sino en el control, con base legal, en la corrección del uso de los fondos públicos.

Ante la decisión de la Oficina de Fiscalización de la CGR de no refrendar la orden de compra, la entidad licitante se vio obligada a utilizar una facultad discrecional para cancelar el acto público con motivaciones y fines distintos a los que exige la ley, situación que se enmarca en la figura denominada Desviación de Poder.

Así las cosas, lo actuado por la entidad parece configurar una suerte de Desviación de Poder, en el sentido de ser un vicio del acto administrativo en el que un ente de la Administración Pública, ejerce sus competencias y facultades para alcanzar fines u objetivos diferentes a los establecidos en la Ley, pero al amparo de la legalidad formal del acto administrativo emitido. En mejores palabras, se configura en eventos en los que la Administración utiliza sus poderes, para lograr un fin distinto al que en derecho corresponde.

Lo anterior en tanto que, la prerrogativa del rechazo de propuestas se ejerce taxativamente por causas de orden público o interés social, como ya se explicó; y, siempre que el acto público no haya sido adjudicado. En la causa de marras, las actuaciones de la Oficina de Fiscalización de la CGR forzaron al MEDUCA a incurrir en el aludido vicio del acto administrativo, con el propósito de obedecer el criterio subjetivo de un servidor público. Y esto a pesar de que la entidad ya había adjudicado el acto público en mención.

Así, al haber omitido exponer apropiada y oportunamente las razones de hecho que indujeron a la adopción de su decisión; y al utilizar la potestad discrecional para objetivos diferentes a los establecidos en la norma, el Tribunal considera que la Resolución N°46 de 12 de octubre de 2022 no se apega a los presupuestos de ley en lo relacionado con el rechazo de propuestas, situación que se traduce en una transgresión al Principio de Transparencia, desarrollado en el artículo 26 de la Ley 22 de 2006, que señala en su numeral 5: *“Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto”*.

Igualmente, la actuación del MEDUCA (cuyo génesis es la observación de la Oficina de Fiscalización de la CGR) deviene en infracción del Principio de Responsabilidad e Inhabilidades de los Servidores Públicos, estatuido en el artículo 28 de la Ley 22 de 2006, que señala que las actuaciones de los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos “estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta”. Así mismo, contraviene el Principio de Debido Proceso, ubicado en el artículo 32 de la misma excerta legal, el cual expresa que “todas las personas tienen derecho a que se les brinden las garantías esenciales tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en los procedimientos de selección de contratista”, toda vez que se exhibe una conducta arbitraria, apartada de la legalidad, y se coloca en una posición de indefensión a los oferentes.

En igual orden de ideas, la entidad actuó en contravención al Principio de Transparencia, consagrado en la Ley 22 de 2006:



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

1. Las contrataciones que celebre el Gobierno Central, las entidades autónomas o semiautónomas, los municipios, las juntas comunales y locales, los intermediarios financieros, las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51 % o más de sus acciones o patrimonio y, en general, las que se efectúen con fondos públicos se harán, salvo las excepciones que determine la ley, mediante los procedimientos de selección de contratista.
2. En los procesos de selección de contratista, los proponentes tendrán oportunidad de conocer los informes, los conceptos y las decisiones que se rindan o adopten, al acceder, a través de Internet, al Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, o a través de los tableros de información que debe tener cada institución gubernamental, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones o controvertirlas.
3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los procesos de selección de contratista estarán abiertos a cualquier persona interesada. Para lo anterior se utilizarán los medios que, para tal efecto, indican esta Ley y sus reglamentos.
4. Las autoridades expedirán, a costa de los participantes en el acto público o cualquier persona interesada, copias de los documentos que reposan en los expedientes de los respectivos procedimientos de selección de contratista, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes y los privilegios.
5. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto.
6. Las autoridades no actuarán con desviación de poder o abuso de autoridad y ejercerán su competencia exclusivamente para los fines previstos en la ley; además, les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratista y los demás requisitos previstos en la presente Ley”. (Subraya el Tribunal)

Luego de determinar que el acto administrativo atacado contraviene las disposiciones legales, le corresponde a este Tribunal Colegiado proceder con el análisis de la oferta del único participante en el acto público en estudio.

4. Análisis del cargo en contra de la oferta de VANTAGGIO, S.A.

Esta fue la única empresa que participó en el procedimiento de selección de contratista bajo examen, su oferta es por diecisiete mil seiscientos sesenta y ocho balboas con cuatro centésimos (B/.17,668.04), dentro del rango del precio de referencia establecido; y presentó en completo orden toda la documentación requerida por la entidad licitante.

Sin embargo, por instrucción de la Oficina de Fiscalización de la CGR, el MEDUCA decidió rechazar su propuesta alegando que esta tiene *“sobre precios muy elevados en los productos en comparación con el mercado”*.

Por su parte, Vantaggio, S.A. defendió su oferta argumentando que, en el formulario de Desglose de Precio suministrado por la entidad, no existe renglón para incorporar el gasto de transporte, razón por la cual sumó este rubro a los precios de los productos que conforman su propuesta; y a pesar de ello, el monto ofertado se encuentra por debajo del precio de referencia.



Pues bien, al revisar el Desglose de Precio que la entidad licitante proporcionó se aprecia que, tal como alega la parte actora, no existe renglón para el gasto de transporte. Solo se enuncian los alimentos, unidad de medida y cantidad requerida. [Véase el archivo denominado *DESGLOSE (sic) DE LOS ALIMENTOS*, publicado en *PanamaCompra* el 19 de agosto de 2022].

Al examinar el contenido del formulario aportado por Vantaggio, S.A., ubicado dentro del archivo titulado **CM AGUACATE ARRIBA 050035.PDF**, observamos que los precios detallados son cónsonos con las unidades de medida y cantidades solicitadas por el MEDUCA. Así mismo, al hacer el respectivo ejercicio aritmético, no se advierte ningún error que pudiera alterar el monto de la oferta. Veamos:

EN REFERENCIA AL ACTO NO. 2022-0-07-11-15-CM-050035

RENGLON	DETALLE	CANTIDAD	UNIDAD	P.UNITARIO	TOTAL
1	ARROZ (5 LIBRAS)	1,140	Libra	1.00	B/.1,140.00
2	POROTO	176	Libra	1.50	B/.264.00
3	FRIJOLES TIPO CREMA CHIRICANO	88	Libra	1.50	B/.132.00
4	FRIJOLES CHIRICANOS	88	Libra	1.50	B/.132.00
5	POLLO (MUSLO) UNIDAD	2,096	Unidad	1.00	B/.2,096.00
6	POLLO (PECHUGA)	300	Kg	6.50	B/.1,950.00
7	POLLO (FILETE)	44	Kg	7.75	B/.341.00
8	CARNE DE RES JARRETE MAGRA	104	Kg	8.00	B/.832.00
9	CARNE MOLIDA MAGRA	132	Kg	8.00	B/.1,056.00
10	PUERCO LISO	104	Kg	9.00	B/.936.00
11	LOMO ATUN ENLATADO	352	Lata	1.25	B/.440.00
12	HUEVOS	116	Docena	2.75	B/.319.00
13	PAPAS	440	Kg	2.00	B/.880.00
14	ÑAME	36	Kg	2.00	B/.72.00
15	YUCA	24	Kg	2.00	B/.48.00
16	OTOE	64	Kg	2.00	B/.128.00
17	ZAPALLO	120	Kg	1.50	B/.180.00
18	HABICHUELA	36	Kg	2.00	B/.72.00
19	ZANAHORIA	152	Kg	2.00	B/.304.00
20	PEPINO	48	Kg	1.50	B/.72.00
21	LECHUGA	60	Kg	3.00	B/.180.00
22	TOMATE	168	Kg	2.75	B/.462.00
23	CHAYOTE	56	Kg	1.50	B/.84.00
24	REPOLLO	56	Kg	2.00	B/.112.00
25	MAZORCA	36	Kg	2.00	B/.72.00
26	PAPAYA	156	Kg	2.00	B/.312.00
27	SANDIA	228	Kg	1.75	B/.399.00
28	NARANJA	1,048	Unidad	0.50	B/.524.00
29	GUAYABA	1,572	Unidad	0.82	B/.1,289.04
30	PIÑA	208	Kg	1.75	B/.364.00
31	MANDARINA	1,048	Unidad	0.75	B/.786.00
32	MELON	228	Kg	2.00	B/.456.00
33	LIMON	208	Unidad	0.50	B/.104.00
34	CEBOLLA	160	Kg	3.00	B/.480.00
35	APIO	64	Kg	2.25	B/.144.00
36	PIMENTON	72	Kg	4.25	B/.306.00
37	ACEITE	16	Litro	4.00	B/.64.00
38	VINAGRE	12	Litro	2.00	B/.24.00
39	SAL	80	Libra	0.55	B/.44.00
40	MAYONESA	16	Envase	2.00	B/.32.00
41	LECHE EVAPORADA (315 GR)	24	Lata	1.50	B/.36.00
SUB TOTAL					B/.17,668.04
ITEMS					B/.0.00
TOTAL					B/.17,668.04

LUGAR DE ENTREGA: C.E. AGUACATE ARRIBA
TIEMPO DE ENTREGA: 4 MESES
ENTREGA: PARCIAL

En adición, el resultado de la prueba de informe elaborada por la ACODECO es contundente (fojas 073 a 079 del expediente jurídico), al determinar un margen bruto de



comercialización del 29%, en comparación con el precio global mínimo que actualmente ofrece el mercado.

Y en palabras del ente rector en materia de libre competencia, dicho margen *“no está alejado de la realidad del mercado, dada las características de los productos requeridos y las condiciones que se tienen que cumplir para poder suplirlos donde son demandados”* (véase la página 8 de la presente resolución).

En este contexto y teniendo como sustento la opinión de ACODECO, el Tribunal es del criterio de que, efectivamente, no existen “sobrepuestos” o montos muy elevados en la propuesta de la impugnante. De modo que la oferta de Vantaggio, S.A., cónsona con la realidad del mercado, está dentro del rango de precio indicado por el MEDUCA.

Y es que, cuando se utiliza el vocablo sobrepuesto, se alude a una falta de ajuste a los precios del mercado y esta información implica un verdadero examen de las formas de comercialización de los bienes en esferas muy específicas de la economía. Es decir, no se trata simplemente establecer meras apreciaciones subjetivas, se debe tener base científica o evaluativa real. Además, la entidad encargada de hacer tales apreciaciones es el ente contratante, claro está, sustentado en evaluaciones reales de mercado realizadas por el ente de regulación, que en nuestro medio es la ACODECO.

Recordemos que los proveedores del Estado son personas naturales o jurídicas dedicadas al comercio. Todo giro de negocios tiene como finalidad obtener ganancias. Por lo tanto, quienes participan de los actos públicos de selección de contratista no están exentos de la prosecución de dicho objetivo.

En la causa que nos ocupa, la propia descripción del objeto contractual es clara al indicar que el lugar de entrega es el Centro Educativo Aguacate Arriba, en un área de difícil acceso en Capira, Provincia de Panamá Oeste; y que además debe hacerse semanalmente durante cuatro (4) meses. En consecuencia, es de esperar que los proponentes incorporen no solo el costo del transporte, sino también de toda la logística que implica la entrega de los bienes (coordinación con proveedores, retiro y embalaje de mercancía, refrigeración de los productos, recurso humano, vehículos, combustible, etc.) con cada viaje.

En este orden de ideas, vale mencionar la importancia del estudio de mercado, porque es a través de este instrumento que la Administración fija, entre otros, el rango de precios del bien, servicio u obra que necesita.

A este respecto, el estudio de mercado forma parte de la etapa previa a la convocatoria, en la que se recopila y documenta información, con el objetivo de establecer las especificaciones técnicas (características), económicas (mercado al que pertenece, oferta, demanda y precio) y jurídicas (marco legal) de aquello que se desea adquirir.

En cuanto a las aristas económicas, se hace un análisis del tamaño y actividad del mercado: la cantidad de competidores y el volumen de la oferta que determinan la dinámica y el juego de precios. Sumado a ello, se toman en cuenta otros factores como las exigencias propias de la entidad licitante: cantidad de bienes, obras o frecuencia del servicio; particularidades de la entrega y demás.



Dicho de otra forma, en adición al resultado objetivo de la analítica del mercado, es indispensable contemplar los aspectos subjetivos de la contratación, mismos que inciden en un incremento de la cifra preliminar.

En el caso bajo examen, entiende esta Colegiatura que el MEDUCA hizo un estudio de mercado que arrojó como resultado un valor específico para la totalidad de los productos que le interesa comprar. Sin embargo, hay otras condiciones que debieron sopesarse para que dicha necesidad sea satisfecha: ubicación del centro educativo al que están destinados, capacidad de almacenamiento de los alimentos secos y de los que requieren refrigeración, y la cantidad de estos, por citar algunas.

Así, de haber optado por realizar la compra de los productos fuera de la tienda virtual, tal como lo ha permitido la Dirección General de Contrataciones Públicas (ver Circular DGCP-DS-DPyGC-021-2022 de 9 de agosto de 2022), el gasto a incurrir sería superior al monto resultante de la investigación de mercado, puesto que a este debe añadirse la inversión que la propia entidad debe hacer en recurso humano, transporte, combustible y logística semanal durante un cuatrimestre.

De modo que, en el caso de marras, no se pueden hacer juicios a la ligera pretendiendo que la Administración obtenga los referidos alimentos a los mismos precios que se encuentran, por ejemplo, en un supermercado. Esto es prácticamente imposible, aunque la institución hiciera la adquisición sin intermediario, tal como se explicó en el párrafo anterior.

Para finalizar, reiteramos que la oferta de la empresa Vantaggio, S.A. se enmarca en el precio de referencia señalado por el MEDUCA y presentó satisfactoriamente la documentación exigida en el pliego de cargos, por lo cual debe ser beneficiada con la adjudicación del acto público, tal como lo dispone el artículo 94 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020:

“Artículo 94. Contrataciones menores que superen los diez mil balboas (B/.10,000.00) y no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00). Para las contrataciones menores de bienes, servicios u obras que superen los diez mil balboas (B/.10,000.00) y no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) se procederá de la forma siguiente:

...

En los casos en que se presente un solo proponente y este cumpla con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, la adjudicación podrá recaer en él, siempre que el precio propuesto sea conveniente para el Estado”.

Atendiendo al análisis realizado, este Tribunal Colegiado considera que lo procedente es **revocar** los efectos del acto administrativo impugnado dentro del procedimiento selección de contratista por Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035, sobre la base del artículo 244 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, que al tenor apunta a las facultades del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas:

“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”.



De igual forma, reproducimos el artículo 164 del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 164. Cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Las resoluciones emitidas por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante las cuales se deciden o resuelven los recursos de impugnación y apelación son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes.

La entidad contratante deberá acatar lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución que resuelve el recurso”.
(El subrayado es del Tribunal).

Respecto a la fianza del recurso de impugnación, este Tribunal ordenará su devolución, de conformidad con lo establecido el artículo 245 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020:

“Artículo 245. Devolución de la fianza de recurso de impugnación. En la resolución que decida el recurso de impugnación a favor del recurrente, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ordenará la devolución inmediata de la fianza consignada. En los casos en que transcurra el término máximo establecido sin pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, procederá igualmente la devolución de la fianza a favor del recurrente”.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los efectos de la Resolución N°46 de 12 de octubre de 2022, por la cual el MINISTERIO DE EDUCACIÓN (Dirección Regional de Panamá Oeste) rechazó la propuesta recibida dentro del acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035.

SEGUNDO: RESTABLECER EL DERECHO VULNERADO, en el sentido de **ADJUDICAR** el acto público de selección de contratista por Contratación Menor N°2022-0-07-11-15-CM-050035 al proponente VANTAGGIO, S.A., por la suma de diecisiete mil seiscientos sesenta y ocho balboas con cuatro centésimos (B/.17,668.04), **RECONOCIENDO** así la adjudicación inicialmente realizada por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN (Dirección Regional de Panamá Oeste).

TERCERO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación N°10-40-2004760, expedida por La Regional de Seguros, S.A., el 19 de octubre de 2022, por un límite máximo de responsabilidad de mil setecientos sesenta y seis balboas con ochenta y ocho centésimos (B/.1,766.88), según Diligencia de Consignación N°188-2022 de 20 de octubre de 2022, visible a folio 025 del expediente jurídico de este Tribunal.

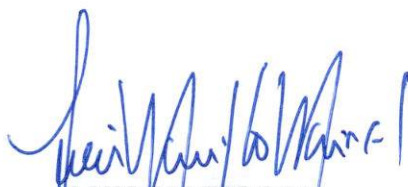
CUARTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución, para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles, posteriores a su publicación en el referido sistema.

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.

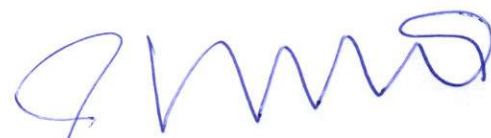
SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°238-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: artículos 215 y 266 de la Constitución Política de la República de Panamá; Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020; y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General, encargada

