



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Expediente N°: 002-2020

Recurrente: ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A.

Acto Impugnado: Cuadro de Cotizaciones N°56 de 06 de diciembre de 2019, por el cual se adjudicó el acto público de selección de contratista N°2019-5-76-102-08-CM-000059, proferido por el **MUNICIPIO DE PANAMÁ (JUNTA COMUNAL DE DON BOSCO)**.

Magistrado Ponente: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°055-2020/TACP de 5 de marzo de 2020. (Decisión).

CONSIDERANDO:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, en su artículo 136 crea al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia del recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, en sus artículos 207 y 210, establece las condiciones y requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES.

El día 02 de diciembre de 2019, a las 08:53 p.m., el MUNICIPIO DE PANAMÁ (JUNTA COMUNAL DE DON BOSCO), publicó, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el aviso de convocatoria y el pliego de cargos, para la celebración del procedimiento de selección de contratista por compra menor (que excede de B/ 10,000 hasta B/ 50,000), No. 2019-5-76-102-08-CM-000059, referente al "SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS DE ENERGÍA SOLAR AUTO SUFICIENTES.", con precio de referencia de TREINTA MIL BALBOAS CON 00/100(B/. 30,000.00); cuya recepción de ofertas, conforme el registro electrónico del acto público en mención, fue programada para el día 06 de diciembre de 2019, en horario de 8:00 a.m. a 10:00 a.m. y la apertura de las propuestas a las 10:01 a.m., de ese mismo día, al cual asistieron varios proponentes de acuerdo al "Cuadro de

21



Propuestas Presentadas":
Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
155682261-2-2019-88	FAROLAS SOLARES PANAMA, S.A.	06-12-2019 06:04 p.m.	29,454.96
874111-1-509746-84	energia renovable de america, s.a.	05-12-2019 05:03 p.m.	28,500.00
155645400-2-2017-0	wenzhou times latinamerica, s.a.	06-12-2019 06:30 p.m.	27,820.00

Seguidamente, previa revisión por parte de la entidad licitante [MUNICIPIO DE PANAMÁ (JUNTA COMUNAL DE DON BOSCO)], resolvió adjudicar mediante Cuadro de Cotizaciones N° 56 del 06-12-2019 el acto público N° 2019-5-76-102-08-CM-000059, referente al "SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS DE ENERGÍA SOLAR AUTO SUFICIENTES.", a la empresa FAROLAS SOLARES PANAMÁ, S.A.; cuadro de cotizaciones publicada en las secciones "Documentos Adjuntos" y "Documentos del Acto Público", del Sistema Electrónico "PanamaCompra", que administra la Dirección General de Contrataciones Públicas, el día 19 de diciembre de 2019.

Por su parte, la licenciada Ana Raquel Lombardo Román, en calidad de apoderada especial de la sociedad denominada ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A., presentó en tiempo oportuno Recurso de Impugnación en contra del Cuadro de Cotizaciones No 56 del 06-12-2019, a través del cual la entidad adjudicó el acto público N° 2019-5-76-102-08-CM-000059, a favor de la empresa FAROLAS SOLARES PANAMÁ, S.A., visible de foja 008 a 017 del expediente del Tribunal.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Previo verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación, el Tribunal procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo a través de la RESOLUCIÓN N°002-2020/TACP de 6 de enero de 2020. (Admisión), visible de fojas 032 a 034 del expediente del Tribunal.

III. PRETENSIONES DEL RECORRENTE.

La parte actora centró su disconformidad con el cuadro de cotizaciones No 56 del 06-12-2019, que adjudicó el acto público de marras y en su defecto solicita se ordene una nueva verificación de las propuestas, en virtud de que la verificación realizada por la entidad contratante carece de objetividad y fundamento.

Argumentó la apoderada especial de la sociedad denominada ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A., que la entidad licitante, omitió una serie de condiciones y formalidades para la adjudicación del Acto Público N° 2019-5-76-102-08-CM-000059 a la empresa FAROLAS SOLARES PANAMA, S.A. (SOLAR ENERGY GLOBAL), al vulnerar de manera arbitraria el debido proceso que establece la Ley de Contrataciones Públicas.

Indicó, además, que la entidad licitante realizó una errónea verificación de las propuestas, ya que, claramente la empresa FAROLAS SOLARES PANAMÁ, S.A. (SOLAR ENERGY GLOBAL), incumplió con lo requerido en el pliego de cargos. Concluyó la letrada, señalando: "Que nuestra representada la empresa ENERGÍA

51



RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A. cumplió a cabalidad con todos los requisitos de obligatorio cumplimiento del pliego de cargos, por lo que, consideramos que la entidad licitante no actuó de manera imparcial en la verificación de la propuesta, afectando a nuestra representada, ya que esta sí cumplió con lo requerido en el pliego de cargos tanto en los aspectos técnicos como formales y además ofertó un precio que representa un ahorro para la institución”.

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD RECURRIDA.

A través de la Nota N° 005-DC-JCDB-2020 de 14 de enero de 2020 (foja 039 a 042 del expediente del Tribunal), el Jefe de Compras de la Junta Comunal de Don Bosco del Municipio de Panamá, remite el informe de conducta y copia autenticada del expediente de la referida licitación, tal como se encuentra consignada en el Informe de Trámite del expediente del Tribunal a foja 047.

La entidad demandada señaló, entre otras cosas, lo siguiente: (ver foja 049 a 051 del expediente del Tribunal).

“...
PETITUM: Este Despacho cumplió con los principios que rigen las Contrataciones Públicas, por lo que se debe confirmar y mantener la adjudicación del acto público por Compra Menos “N° 2019-5-76-102-08-CM-000059, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS DE ENERGÍA SOLAR AUTO SUFICIENTES”, a favor de FAROLAS SOLARES DE PANAMA, S.A. toda vez que aportó todos los requisitos señalados en el pliego de cargos y se ajusta al beneficio del Estado”.

V. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 148 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, este Tribunal procede a resolver el recurso, atendiendo a que el mismo versa sobre aspectos estrictamente jurídicos.

En este sentido, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto al Recurso de Impugnación presentado por la empresa ENERGÍA RENOVABLE DE AMÉRICA, S.A., contra el Cuadro de Cotizaciones No 56 del 06-12-2019, a través del cual la entidad adjudicó el acto público N° 2019-5-76-102-08-CM-000059, a favor de la empresa FAROLAS SOLARES PANAMÁ, S.A., por un monto de veintinueve mil cuatrocientos cincuenta y cuatro balboas con 96/100 (B/ 29,454.96).

De los hechos en que se sustenta el Recurso de Impugnación, extraemos que la disconformidad del recurrente se concentra en la presunta omisión del debido proceso y en la errada verificación de las propuestas por parte de la entidad contratante.

Tratándose de la celebración de un Procedimiento de Compra Menor, para resolver el Recurso de Impugnación, nos remitimos a las normas de procedimiento que al respecto contempla el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017; así como el Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018, modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, el expediente administrativo, y el Informe de Conducta, además del Pliego de Cargos y el

31



registro del acto público en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Es importante tener en cuenta que, al momento de hacer el análisis de este Acto Público, debemos enmarcarnos al concepto estipulado para la Contratación Menor, el cual se encuentra normado en el artículo 52 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017:

"Artículo 52. Contratación menor. El procedimiento para la contratación menor permitirá, de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone esta Ley.

...

Luego de haber realizado el estudio minucioso de los elementos que reposan en el expediente administrativo, así como al examen del Informe de Conducta, y el Texto Único de la Ley de Contratación Pública, en torno a las actuaciones efectuadas por la entidad licitante, el Pliego de Cargos y el registro del acto público en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra"; es menester dirigirnos directamente a las actuaciones de la entidad licitante, ya que las mismas representan el objeto del Recurso de Impugnación que se ventila en este despacho.

Iniciamos nuestro estudio señalando que, al revisar el cartel de condiciones de la de la licitación N° 2019-5-76-102-08-CM-000059, la entidad licitante fijó como modalidad de adjudicación bajo la condición de "Global"; teniendo como criterios de selección lo siguiente: *"será adjudicada al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos."*

Al revisar el cuadro electrónico que está publicado en el Sistema Electrónico de "PanamaCompra" de la referida licitación; ningún documento solicitado será subsanable, por lo que su entrega es de carácter obligatorio para la adjudicación".

En virtud de lo anterior, este despacho es del criterio que, los documentos que están en el cuadro electrónico y los productos a suministrar y la certificación de parte de los oferentes en cuanto a la calidad de los mismos, constituye, por mandato legal, un requisito indispensable que deben presentar los proponentes seleccionados en un acto público de compra menor, y será una condición obligatoria, sin la cual no se puede proceder con la adjudicación del acto público en cuestión.

Por otro lado, la entidad fijó como condición o requisito dentro del cartel de condiciones del acto público de marras, sólo el porcentaje de Riesgosidad a considerar de 5%; sin establecer el porcentaje de onerosidad. El Decreto Ejecutivo N° 40 de 2018, que reglamenta la Ley de Contrataciones Públicas estableció las reglas en torno al Margen de Riesgo u Onerosidad cuando así lo establezca los términos de referencia.

"Artículo 43. Margen de riesgo u onerosidad. Las entidades, cuando lo estimen conveniente, podrán incluir en el pliego de cargos el margen de riesgo u onerosidad.

...

De su lectura podemos advertir que, el sentido del artículo 43 del Decreto No. 40 de 10 de abril de 2018, es claro, al señalar en su primer párrafo que la institución, cuando lo



estime conveniente, establecerá el porcentaje máximo para efectos de considerar el margen de riesgo.

De lo anterior, y atendiendo a su tenor literal, es potestad de la Entidad Licitante incluir o no dentro del pliego de cargos el margen de referencia para considerar una propuesta riesgosa.

El proceso licitatorio de compras menores, se da con un mínimo de formalidades; sin embargo las entidades licitantes deben cumplir con aquellos principios rectores establecidos en la Ley de Contratación Pública, que no es otra cosa que asegurar una mayor participación de oferentes para la consecución de una contratación beneficiosa para el Estado:

“Artículo 20. Principios generales de la contratación pública. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, publicidad, eficiencia, debidos proceso y de igualdad de los proponentes, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Además, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos. las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho, las normas del Derecho Administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a esta Ley.

...

Es evidente, todo servidor público que presida o intervenga en los procesos de selección de contratista debe actuar, con suma transparencia, eficacia, y en resguardo del debido proceso.

Antes de entrar en el fondo del caso que nos ocupa, es importante señalar la importancia que ostenta el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en resguardo del artículo 266 de la Constitución panameña, de asegurar en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación, así como el artículo 298, que indica que a través de ley se fijarán las modalidades y condiciones que garanticen la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.

Dicho lo anterior, con el afán de seguir el recorrido procesal administrativo y el análisis del expediente administrativo de la entidad convocante; queremos dejar plasmadas ciertas observaciones que denotan inconsistencias en el procedimiento realizado y en el pliego de cargos.

De acuerdo al Acta de Apertura de la referida compra menor, cuyo encabezado se distingue con la Resolución N° 0056/2019, (foja 167 a 168 del expediente administrativo), la entidad convocante ejerció en dicha apertura el mecanismo de control y revisión de los documentos presentados por las tres empresas sin especificar cuál era la propuesta presentada de manera electrónica; sin embargo, es imperioso señalar, que el procedimiento que deben ejercer las entidades convocantes, cuando el acto es una compra menor que supere los diez mil balboas (B/ 10,000.00) sin sobrepasar los cincuenta mil balboas (B/ 50,000.00), es mediante acto público; tal como lo establece el artículo 80 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 2018, modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, que reglamenta la Ley 22 de 2006.

91



“Artículo 80. Procedimiento para contrataciones menores: El procedimiento para las contrataciones menores se realizará de la manera siguiente:

...

4. Las contrataciones que superen los diez mil balboas (B/ 10000.00) y no excedan cincuenta mil balboas (B/. 50000.00), se realizarán mediante acto público.”

Pero también, el Decreto en mención específica en el artículo 85, el procedimiento que debió ejercer la entidad convocante; más aún cuando en los términos de referencias se incluyó especificaciones técnicas (ver descripción del objeto publicado en el cartel de condiciones).

“Artículo 84. Contrataciones menores que superen los diez mil balboas (B/ 10000.00) y que 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/ 10000.00) y que excedan los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00), se procederá de la forma siguiente:

- 1. Los proponentes entregarán su propuesta por medio electrónico o por escrito, la cual contendrá el precio propuesto y la propuesta técnica ajustada a las exigencias del pliego de cargos.*
- 2. La propuesta será entregada en la fecha, la hora y el lugar señalados en el pliego de cargos.*
- 3. Vencida la hora para la entrega de las propuestas, conforme a lo establecido en el pliego de cargos, no se recibirá ninguna más y se procederá a abrir las propuestas de cada uno de los proponentes en el orden que fueron recibidas, las cuales se darán a conocer públicamente.*
- 4. Concluido el acto público, quien presida el acto ingresará las propuestas en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, identificando el nombre de los proponentes, el precio propuesto y los documentos presentados, verificando a su vez si existen propuestas por medio electrónico.*
- 5. Dentro del término máximo de tres días hábiles, después de la entrega de propuestas se efectuará, cuando proceda, la subsanación de los documentos indicados en el pliego de cargos y se levantará un acta de subsanación que contendrá todos los documentos que hayan sido subsanados oportunamente por cada proponente y los que no hayan sido subsanados.*
- 6. Concluida la etapa de subsanación, la entidad procederá a verificar, en primera instancia únicamente la propuesta del proponente que ofertó el precio más bajo, y comprobará el cumplimiento de todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.*
- 7. En los casos de la adquisición de un bien, servicio u obra, cuando la entidad lo estime conveniente, se podrá apoyar con personal calificado en el objeto de la contratación, para la verificación del cumplimiento de los requisitos y especificaciones exigidos en el pliego de cargos. La revisión deberá constar por escrito mediante acta de revisión de requisitos y especificaciones técnicas y será firmada por quien o quienes la efectúen y será incorporada al expediente.*
- 8. Si la entidad determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, procederá a la adjudicación del acto público a ese proponente en el respectivo cuadro de cotizaciones, el cual deberá contener la información originada en el acto, un número secuencial, indicación del fundamento legal, la posibilidad de interposición del recurso de impugnación, fecha y firma del jefe o representante de la entidad o el servidor público delegado, al cual se adjuntarán los documentos de cada propuesta recibida.*
- 9. Si la entidad determina que quién ofertó el precio más bajo no cumple a cabalidad por todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, procederá inmediatamente a verificar la siguiente propuesta con el precio más bajo y así sucesivamente, utilizando el mismo procedimiento empleado*

u



en la verificación de la propuesta anterior, hasta emitir en el respectivo cuadro de cotizaciones la adjudicación del acto o que se declare desierto por incumplimiento de los requisitos y las exigencias del pliego de cargos por parte de todos los proponentes.

10. El plazo para adjudicar no será superior a cinco días hábiles.

...

A juicio de este Colegiado, el procedimiento ejercido por la entidad no es el correcto. Nótese en el Acta de Apertura manual que se encuentra en el expediente administrativo (foja 167 a 168), cuya distinción en el encabezado se podrá ver como "Resolución N° 0056/2019", en donde la entidad plasmó de manera cronológica las actuaciones suscitadas en el acto público desde la convocatoria hasta por último revisar cada una de las propuestas; resolviendo en el acta de apertura lo siguiente: "ARTICULO PRIMERO: Descalificar las propuestas de las empresas SKYTHUS, S.A. y ENERGÍA RENOVABLE DE AMERICA, S.A., por no cumplir con todos los puntos establecidos en el pliego de cargos. ARTICULO SEGUNDO: Adjudicar la compra menor N° 2019-5-76-102-08-CM-000059, a la empresa FAROLAS SOLARES DE PANAMÁ, S.A. la cual presentó una propuesta por VEINTINUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO BALBOAS CON 96/100 (B/ 29,454.96) y cumple con todos los requerimientos." Al respecto, la acta de apertura o resolución n° 056/2019, lleva las rúbricas del (i) Representante de la Junta Comunal; (ii) jefe de Compras (iii) de los representantes de las empresas SKYTHUS, S.A. y FAROLAS SOLARES DE PANAMÁ, S.A.

Ahora bien, aún cuando la Ley de Contrataciones Públicas (artículo 52), así como el decreto reglamentario (artículo 80), establecen que las compras menores deben desarrollarse con un mínimo de formalidades, no implican que puedan desconocerse los principios generales de la contratación pública. Es decir la entidad debe ceñirse paso a paso al procedimiento establecido en el artículo 84 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018. La entidad al momento de convocar actos públicos por compras menores que superen los diez mil sin sobrepasar los cincuenta mil, debe publicar de manera inmediata el cuadro de propuestas presentadas, así como el Acta de apertura manual, en el evento que se encuentre acreditado en el expediente administrativo.

Siguiendo con nuestro recorrido, la Resolución o Cuadro de Cotizaciones N° 056 del 06-12-2019, fue publicada en el Sistema Electrónico "PanamaCompra", el día 19 de diciembre de 2019, lo que a todas luces se contrapone con la esencia misma del acto público de selección de contratista (principios de publicidad, y de transparencia), toda vez que, previo a los trámites administrativos que conlleva el procedimiento para estos actos de compras menores, la entidad no tomó en cuenta lo que estipula el numeral 10 del artículo 84 del Decreto 40 de 2018, modificado por el Decreto Ejecutivo N° 329 de 24 de octubre de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública; publicando la decisión nueve (9) días hábiles después sin que quedara constancia alguna de la razón del retraso de la publicación del cuadro de cotización. El Texto Único de la Ley 22 de 2006, modificado por la Ley 61 de 2017, establece lo siguiente en cuanto a la publicidad de los actos de acuerdo al procedimiento establecido:

"Artículo 25. Principio de publicidad. Todas las entidades reguladas por esta Ley están obligadas a divulgar toda la información relacionada con los procedimientos de selección de contratista que realicen y los contratos que celebren.

21



...”
(el subrayado es nuestro)

También se manifiesta a la entidad licitante, que al momento de elaborar el cuadro de cotización, debe señalar el fundamento de derecho, así como la posibilidad de interposición del recurso de impugnación, elementos que debe contener todo acto administrativo.

Para reforzar lo anterior, es menester, remitirnos como fuente supletoria al procedimiento administrativo general, cuando señala lo siguiente:

“Ley 38 de 31 de julio de 2000, modificado por la Ley 45 de 27 de noviembre de 2000. Procedimiento Administrativo General:

Título XIII Del Glosario Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Acto administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo. Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

...
90. Resolución. Acto administrativo debidamente motivado y fundamentado en derecho, que decide el mérito de una petición, pone término a una instancia o decide un incidente o recurso en la vía gubernativa. Toda resolución deberá contener un número, fecha de expedición, nombre de la autoridad que la emite y un considerando en el cual se expliquen los criterios que la justifican. La parte resolutive contendrá la decisión, así como los recursos gubernativos que proceden en su contra, el fundamento de derecho y la firma de los funcionarios responsables. (el subrayado es nuestro)
...

Validez de la propuesta.

Así pues, al adentrarnos en el análisis de la conformación del pliego de cargos, correspondiente al acto público N°2019-5-76-102-08-CM-000059, advertimos que la entidad administrativa estableció dentro de los criterios de selección para la validez de la propuesta 120 días hábiles:

Validez de la Propuesta	120 Días Hábiles	←
-------------------------	------------------	---

No obstante, dentro de los documentos adjuntos del registro electrónico del acto, publicado el 02 de diciembre de 2019, los términos de referencia establecieron como

41



validez de la propuesta 120 días calendarios, tal como se muestra:

“TERMINOS DE ENTREGA Y CONDICIONES DE PAGO

- **Plazo de entrega** del bien o servicio: 90 días calendarios. Luego de la adjudicación, la Entidad identificará las cantidades de equipos a instalar por sitio identificado dentro del Corregimiento, hasta completar la instalación de la cantidad de equipos requeridos en este acto. El plazo de entrega será contabilizado una vez se emita la orden de proceder por parte de la entidad para iniciar labores en cada sitio específico que sea identificado en el corregimiento. El plazo de entrega contempla tanto el suministro de bien como el proceso de instalación del mismo.
- **Forma de Pago:** Crédito. Una vez recibido conforme, los bienes se pagarán contra la presentación de la gestión de cobro por parte del proveedor junto con los documentos que deben acompañar a la misma (paz y salvo de renta, paz y salvo de la CSS, aviso de operación y certificación de Registro Público (menor de 90 días de emitido) y copia simple de cédula del representante legal), en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles.
- **Validez de la Propuesta: 120 Días Calendario.”**

Como se aprecia en el contenido anterior, observamos discrepancias en cuanto a la validez de la propuesta, ya que en el pliego de cargos electrónico se estableció “validez de la propuesta 120 Días Hábiles”, contrario con lo plasmado en los términos de referencia adjuntos, donde se señaló como “validez de la propuesta 120 días Calendarios” (visible en el portal electrónico y a foja 8 del expediente administrativo), lo que se deduce que se trata de un error inducido por la propia entidad, y en apego al principio de confianza legítima en la Administración, no se puede responsabilizar a los administrados por errores inducidos o creados por la propia Administración Pública o un servidor público determinado, porque se presume que éstos actúan de conformidad a la Ley, y que todos los documentos que emanan de la Administración Pública son conformes al derecho vigente.

En este caso, siendo que la entidad indujo a error a los proponentes, contrariando los principios fundamentales de la contratación pública, en particular los de transparencia y libre concurrencia; máxime que la entidad no tomó las medidas necesarias para corregir las discrepancias entre la plantilla electrónica y los documentos adjuntos al pliego, antes de la presentación de las propuestas, conforme lo insta el contenido del segundo párrafo del artículo 53 del reglamento, que se refiere a las discrepancias, cuando expresa:

“Artículo 53. Discrepancias. Cuando existan discrepancias entre las estipulaciones elaboradas por la entidad en la plantilla electrónica y las elaboradas en documentos adjuntos, prevalecerán las elaboradas en la plantilla electrónica del pliego de cargos.

Los servidores públicos involucrados en el proceso de contratación, deberán tomar las medidas a fin de evitar o corregir estas discrepancias, antes de la presentación de las propuestas.”

Por lo tanto, el artículo 53 del Decreto Ejecutivo N°40 de 2018, es incompatible con el artículo 4 y demás disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas.

Así las cosas, la referida norma reglamentaria colisiona con los principios fundamentales de la contratación pública debidamente incorporados a la Ley de Contratación Pública, y en especial al Principio de Igualdad de los Proponentes que incluye entre otros presupuestos: 1. Los pliegos de cargos establecerán reglas

21



generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro; 4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías.

Asimismo, la norma reglamentaria colisiona con el artículo 39 de la Ley de Contratación Pública, que dispone: "Las entidades incluirán, dentro de los pliegos de cargos, los modelos o los formularios necesarios que garanticen la presentación de ofertas en igualdad de oportunidades".

Por tanto, el Tribunal debe inclinarse por no aplicar el contenido del artículo 53 del reglamento, bajo el amparo del artículo 4 del Texto Único de la Ley de Contratación Pública:

"Artículo 4. Normas reguladoras. En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de esta Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos. En caso de conflicto, se atenderá el orden de prelación indicado en este párrafo".

Lo expuesto fue sostenido por esta Colegiatura, en las resoluciones de mayoría N°.239-2018-Pleno/TACP de 12 de septiembre de 2018 y N°.027-2019-Pleno/TACP de 15 de febrero de 2019.

La entidad recurrida no corrigió las discrepancias entre la plantilla electrónica y el requisito señalado en los términos de referencia, por lo que a todas luces se indujo a error a los proponentes contrariando los principios fundamentales de la contratación pública, en particular los de transparencia y libre concurrencia; además de haber incurrido la entidad en omisión o incumplimiento de su deber de corregir las discrepancias antes de la presentación de las propuestas, siendo esta una razón por la que el Tribunal debe anular el pliego de cargos.

En este sentido, cabe destacar que tal situación de error riñe con los numerales 3, 8 y 9 del artículo 33 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley No.61 de 2017, que se refiere a la estructuración del pliego de cargos, cuando señala que el pliego de cargos debe incluir reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones y oportunidades, siendo extensivo a las condiciones generales y especiales, así como a toda documentación que deben presentar los proponentes; otorgando así un valor de suma importancia a la claridad del pliego de cargos, para asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado, sin perjuicio de los derechos de los proponentes.

Al respecto, debemos recordar que este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ha mantenido el criterio sostenido en reiteradas ocasiones, en cuanto a la elaboración del Pliego de Cargos, indicando que la falta de claridad y objetividad, implica la nulidad absoluta del mismo, puesto que la información contenida en el pliego de cargos se contraviene entre sí, conforme viene descrita en el artículo 155 de la Ley 22 de 2006:

"Artículo 155. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad



absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona.”

Luego de exponer cada una de las observaciones al pliego de condiciones del acto público N°2019-5-76-102-08-CM-000059, convocado por la entidad licitante, MUNICIPIO DE PANAMÁ (JUNTA COMUNAL DE DON BOSCO), no cabe duda que el mismo mantiene varios errores desde sus inicios, haciendo insostenible la esencia misma de la licitación, toda vez que va en detrimento de los principios constitucionales y postulados legales de la contratación pública de nuestro país.

Destacamos que la entidad licitante, es la responsable de levantar el pliego de condiciones (art. 37 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública ordenado por la Ley 61 de 2017), así como las especificaciones técnicas de acuerdo a sus necesidades sin menoscabar y coartar la libre participación de posibles oferentes dentro de la licitación, toda vez que entre más oferentes presenten propuestas enaltece la contratación pública y favorece las verdaderas necesidades que de una u otra forma irradia en la colectividad.

Importante anotar que este Tribunal hace hincapié que dentro de un acto público de selección de contratista deben salvaguardarse los principios de igualdad de los oferentes y libre concurrencia, y que la Entidad Licitante debe procurar brindar un trato igualitario a todos los proponentes, que les permita hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

En este sentido, la contratación pública supone un conjunto de reglas y procedimientos que buscan, entre otros objetivos, la transparencia y competitividad, constituyéndose en el mecanismo por el cual el Estado se relaciona con terceros a efectos de obtener servicios, bienes u obras para el cumplimiento de sus objetivos, metas o funciones.

De esta manera, el artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante Ley 61 de 2017, expone algunos conceptos, entre los cuales podemos citar:

“Pliego de Cargos: Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrar, los derechos y obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

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.”

El pliego de condiciones especiales, es un reglamento administrativo, es decir, una disposición jurídica de carácter general, subordinada a la ley, dictada unilateralmente por la entidad licitante. Sería entonces el carácter reglamentario del pliego el que determinaría su obligatoriedad, tanto para los oferentes. Por lo tanto, el pliego de

W



condiciones especiales, sería un acto administrativo, también, preparado unilateralmente, pero para un contrato determinado, y en todo caso sujeto a la ley y normas de procedimiento para su validez. Este acto administrativo tendría efectos particulares, ya que sólo obligaría a los oferentes en un determinado procedimiento licitatorio.

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

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es importante resaltar el principio de responsabilidad de los servidores públicos en materia de contrataciones públicas, incorporado en el artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 23. 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. Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.
3. Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.
4. Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual, el jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas.
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.”

En virtud de las consideraciones señaladas, esta Colegiatura estima que lo procedente es *anular* el acto público de selección de contratista para la Contratación No. 2019-5-76-102-08-CM-000059, convocado por la entidad licitante, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, el cual dispone:



“Artículo 213. 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, revocar o anular lo actuado por la entidad contratante.”
(Lo resaltado es nuestro).

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista por compra menor No. 2019-5-76-102-08-CM-000059, referente al “SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS DE ENERGÍA SOLAR AUTO SUFICIENTES.”, con precio de referencia de TREINTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.30,000.00); celebrado por el MUNICIPIO DE PANAMÁ (JUNTA COMUNAL DE DON BOSCO), en virtud de que se incurrió en inconsistencias en la elaboración y estructuración del pliego de cargos en contravención con las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución del Cheque Certificado N° 000805, expedido por The Bank of Nova Scotia, a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República, por la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA BALBOAS CON 00/100 (B/.2,850.00), cantidad que representa el diez por ciento (10%) del valor de su propuesta, cuya diligencia de consignación No. 002-2020 de 03 de enero de 2020, reposa a foja 024 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER al MUNICIPIO DE PANAMÁ (JUNTA COMUNAL DE DON BOSCO) el expediente administrativo contentivo del procedimiento de selección de contratista para la Compra Menor No. 2019-5-76-102-08-CM-000059, integrado por un (1) tomo con ciento setenta y dos (172) folios útiles, según informe de trámite que reposa a foja 047 del expediente del Tribunal.

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

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. 002-2020, previa anotación en el registro respectivo.

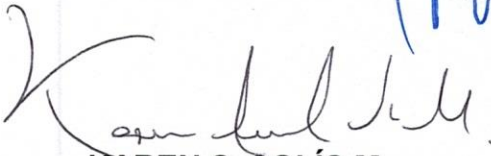
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 2, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 33, 37, 43, 50, 52, 65, 136, 145, 146, 148, 152, 153, 154, 155 y 161 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 61 de 2017; artículos 80, 84, 207 subsiguientes, y 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018 modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018; y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

