



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE

015-2020

RECURRENTE:

ANGEL ORLANDO SALAZAR VELASQUEZ
(propietario del establecimiento comercial
denominado SALAZAR SUPLIES).

ACTO IMPUGNADO:

Cuadro de Cotizaciones 001 de 23 de enero de 2020,
proferida por el Ministerio Público, correspondiente al
procedimiento de selección de contratista por compra
menor No.2020-0-35-0-08-CM-022470.

MAGISTRADO PONENTE:

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 065-Pleno/TACP de 01 de abril de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 136 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 207 al 210, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra"; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

El procedimiento de selección de contratista en examen, para la "adquisición de 3,000 unidades de bolsas de cadáver, para la sección de almacén", difundido en el Portal Electrónico de Contrataciones Públicas como el procedimiento de selección de



contratista No.2020-35-0-08-CM-022470, con la indicación del día y hora de la presentación de las propuestas, el día, lugar y hora de inicio del acto público, la descripción del objeto contractual, la partida presupuestaria, entre otros, en obediencia al contenido del artículo 41 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006.

En razón de lo anterior, se señaló como fecha de presentación de las ofertas el día 17 de enero de 2020, desde las 8:00 hasta las 10:00 de la mañana, y para el mismo día, pero en horario de 10:01 de la mañana como fecha y hora para la apertura de las propuestas, tomando en consideración que estamos ante un acto público de compra menor, cuyo precio de referencia es de cuarenta y dos mil balboas con 00/100 (B/.42,000.00).

La entidad, una vez valoradas las ofertas participantes, decidió adjudicar el procedimiento de selección de contratista No. 2020-0-35-0-08-CM-022470, a través del Cuadro de Cotizaciones No.001 de 23 de enero de 2020 a la empresa INDUSTRIAS MARINE & SAFETY EQUIPMENT, S.A., limitándose a señalar que la misma se debió a que cumple con todas las condiciones del pliego de cargos.

El Cuadro de Cotizaciones No. 001 de 23 de enero de 2020, fue recurrido en tiempo procesal oportuno por el proponente ANGEL ORLANDO SALAZAR VELASQUEZ propiedad del establecimiento comercial denominado SALAZAR SUPPLIES, a través de su representación especial, la Licenciada María Luisa Márquez Pittí, alegando no estar de acuerdo con la decisión tomada por la entidad, toda vez que considera que se le concedió la adjudicación del procedimiento de selección de contratista a un proponente que no cumple con las exigencias de formalidad requeridas dentro del pliego de cargos, tal como lo externa dentro de la demanda en su hecho quinto, mismo que ilustramos así:

QUINTO: Que el día 22 de enero de 2020, la empresa Salazar Supplies, presento formalmente una nota indicando que observando la propuesta del precio mas bajo, la empresa "INDUSTRIAL MARINE & SAFETY EQUIPMENT, S.A." la cual ofrece la bolsa de cadáver de la fábrica Medsurce International Co. Procedente de China y con el modelo de catálogo CAT: 17016, haciendo la observación que la misma no cumple con la capacidad de carga de elevación estática de 450 lbs, teniendo solo aprobada 250 lbs.(El señor Angel Salazar en su escrito adjunto link donde se podía verificar la información.). <https://spanish.alibaba.com/product-detail/body-bags-death-body-bag-60228673608.html> . Igualmente indico que la propuesta de la empresa Medical Nort International, la cual presenta un producto marca Waanroemed procedente de China, no coloca el modelo del producto que oferta, por lo cual no se puede certificar con fábrica que producto ofrece, el señor Angel Salazar igualmente indico en su nota que se comunicó con la fábrica Wanrooe Machinery Co., Ltd y le indicaron que la bolsa de cadaver con mas capacidad de carga estática que poosen es de 150 kgs (330 lbs).

97



II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de nota que fue recibida en la Secretaría de este Tribunal el día 12 de febrero de 2020, remitió a este Tribunal el informe de conducta, así como el expediente administrativo.

III. PRUEBA OFICIOSA:

Mediante la Resolución N°007-2020/TACP de 20 de febrero de 2020, mediante la cual se inadmiten pruebas documentales, así como se solicitó oficiar a la Universidad de Panamá que realizara el análisis de los aspectos técnicos a las muestras aportadas por los participantes en el procedimiento de selección de contratista N°2020-0-35-0-08-CM-022470. Producto de la solicitud realizada por el magistrado sustanciador se recibe el día 13 de marzo del año en curso, en informe requerido por parte de la Universidad de Panamá, mismo que reposa a folios 092-093 del expediente jurídico, de igual forma dentro del portal de contrataciones públicas.

IV. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De acuerdo a lo revisado en el expediente del Tribunal, no se evidencia escrito de alegatos de terceros en interés particular o de la ley, pese a concederse el término adjetivo para su presentación. (Visible 098 del expediente jurídico)

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Una vez cumplidos los trámites establecidos para este proceso, el Tribunal se apresta a decidir la Litis, tomando en consideración el conocimiento en virtud de la competencia de esta colegiatura en razón de la naturaleza de la causa y que estamos ante un procedimiento de selección de contratista por compra menor, por lo que debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que tal proceso permite de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los Cincuenta Mil Balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley.

En este tipo de procedimiento 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.

No obstante, si la entidad examina que la oferta de menor precio no cumple a cabalidad con todos los requisitos y 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 en la verificación de la



oferta anterior, hasta emitir la adjudicación del acto o la declaratoria de desierto, según sea el caso.

Bajo ese enfoque es que debemos realizar la adjudicación del acto público, es decir, a la de menor precio o por el contrario, descartar a aquella que no cumpla con las condiciones básicas en esta compra menor, ya que los términos de referencia fueron publicados desde antes de la presentación de las diferentes ofertas, para cumplir con la comunicación correspondiente que la ley nos señala, y que las reglas del juego fueran de conocimiento de toda aquella persona natural, jurídica o consorcio a participar y supieran de antemano las condiciones establecidas, dándole el tiempo necesario que la ley especial indica para la presentación de las propuestas.

En ese sentido debemos realizar el análisis correspondiente; sin embargo, previo a ello, procederemos a evaluar el procedimiento y así examinar la existencia o no de algún vicio que pueda provocar la nulidad de lo actuado.

Así las cosas, nos encontramos ante un hecho de mucha importancia en el desenvolvimiento y conclusión del procedimiento que evidentemente ha transgredido derechos fundamentales de los participantes, al no introducirse como requisito en los términos de referencia, es decir al no solicitar la certificación de fabricante tal como lo recomienda la Universidad de Panamá, tal como lo ilustramos a continuación:¹


Departamento de Anatomía y
Embriología Humana
Panamá, 9 de marzo de 2020
Nota: FM-DAEH-2020-65

Doctor
Enrique Mendoza
Decano de Facultad de Medicina
Universidad de Panamá
E.S.D.

Respetado Decano:

En respuesta a Nota N° DIGAJ-0274-19 de la Dirección General de Asesoría Jurídica de la Universidad de Panamá podemos contestar lo siguiente:

- 1- Dentro del Departamento de Anatomía y Embriología Humana mantenemos una Morgue que se utiliza para preservar los cadáveres que se utilizan para la docencia de los cursos de Anatomía de la Facultad de Medicina
- 2- Al año utilizamos un máximo de 20 bolsas de cadáveres por lo que **NO** consideramos ser peritos idóneos para realizar una evaluación técnica de las muestras de las bolsas de cadáveres presentadas por las empresas para el acto Público N° 2020-0-35-0-08-CM-022470
- 3- Sin embargo en base a los criterios solicitados por la sección de almacén del Ministerio Público en la compra podemos emitir una opinión

CRITERIOS DE SOLICITUD DEL COMPRADOR

Bolsa de cadáver color blanco de vinyl de 8 milésimas de pulgada libre de látex y cloro con doble cremallera curvada con su respectiva etiqueta de identificación. Medidas 36" X 90" (91cm X 228.6 cm), resistente a 450lb

2020: "AÑO DEL TRABAJO EN PRO DE LOS OBJETIVOS PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE"
CIUDAD UNIVERSITARIA OCTAVIO MENDEZ PEREIRA
ESTAFETA UNIVERSITARIA, PANAMA, REPUBLICA DE PANAMA
TELEFAX: 523-4955/4933

Recibimos 9 muestras físicas y basándonos en los criterios que anoto el solicitante de la compra pudimos concluir lo siguiente

La muestra entregada por la Empresa Latin American Manager Associative Inc. era de color amarillo siendo que el comprador la solicita blanca no cumple con uno de los criterios solicitados

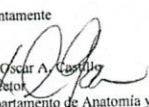
La muestra entregada por Glory Universal no tenía una doble cremallera por lo que no cumple con lo solicitado en la compra

Se realizó una medida de todas las muestras y todas cumplían con la medida solicitada por el comprador

Con relación al peso que soportan realizamos una búsqueda en línea de los catálogos que presentaban las empresas y no pudimos encontrar evidencia del peso que soportan para emitir una opinión. Por lo que sugerimos solicitar una **certificación del fabricante** del peso que soporta cada una de las bolsas de cadáver presentadas para poder emitir una opinión más exacta.

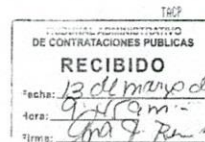
De igual forma en cuenta a las características del vinyl si es de 8 milésimas de pulgada y libre de latex y cloro también el fabricante debe especificar estas características del material.

Atentamente


Dr. Oscar A. Castillo
Director
Departamento de Anatomía y Embriología Humana
Facultad de Medicina
Universidad de Panamá

RECIBIDO

120 MAR-13 AM 9:46



Es por ello que se hace necesario el requerimiento de mencionada certificación, ya que con esta se pueden verificar los requerimientos técnicos solicitados por el pliego de condiciones y así determinar el cumplimiento a cabalidad de cada una de las

¹ Informe visible dentro del portal de contrataciones públicas bajo el icono "Nota No. R-D.576-2020 Exp.015-2020, así como en el expediente jurídico a folios 092 y 093.

SA



especificaciones técnicas requeridas dentro del acto público N°2020-0-35-0-08-CM-022470. Lo anterior es así, al contar con el respaldo de la entidad especializada en estudios técnicos de esta índole, quienes mediante la nota citada, respondieron a la duda presentada por esta colegiatura en cuanto a la determinación del ajuste de las especificaciones técnicas de las empresas que participaron dentro del procedimiento de selección de contratista en examen, siendo contundente la observación realizada en el sentido que se hace necesaria la certificación del fabricante del peso que soporta cada una de las bolsas de cadáveres presentadas para así poder emitir de forma exacta su opinión técnica.

De este modo, al no requerirse tal condición, y al no aportarla ninguno de los proponentes, por considerar que no era necesario, precisamente porque no se encontraba incluido en los términos de referencia, acto que a todas luces no garantiza una escogencia justa ni transparente, mal podrías determinar el cumplimiento de una de las empresas.

Esa condición vicia el proceso, al celebrarse sin reglas objetivas, justas, claras y completas, al impedir la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, lo que se reflejó en tres de los recurrentes, quienes, haciendo énfasis en lo suprimido por la entidad, no presentaron el requisito respectivo.

Actividad que transgrede varios principios de la contratación pública, como es el caso de la transparencia, igualdad de proponentes, debido proceso, entre otros, al sostener la no obligatoriedad de un requisito que para los fines del objeto contractual era necesario, pues así lo recomienda el personal idóneo de la Universidad de Panamá respondiendo a una prueba oficiosa solicitada por este Tribunal, quien ha indicado la necesidad de dicho documento, para poder emprender la labor requerida mediante la Resolución N°007-202/TACP de 20 de febrero de 2020.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, en la que suprime la obligatoriedad de la aportación como requisito indispensable para la valoración de los aspectos técnicos, por lo que vulnera lo establecido en la Ley No. 22 de 2006, por lo que incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 155 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, positiva.

“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.”

21



Resulta ser una causal de nulidad absoluta por ser un vicio trascendente, al no ser posible conservar el acto público bajo examen por encontrarse viciado de nulidad, por contravenirse los mencionados dispositivos legales.

El vicio observado resulta insubsanable por cuanto que posee una manifiesta transgresión al ordenamiento jurídico positivo sobre contrataciones públicas y leyes especiales, que ha llegado a un estado en el cual no puede ser subsanado.

No anular este procedimiento de selección de contratista sería menospreciar uno de los fines de la contratación pública, como es el caso de la transparencia y la escogencia objetiva que implica el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores al afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Consecuentemente, se vislumbra que la selección objetiva debe estar presente desde el comienzo de la etapa o actividad precontractual, ya que desde los pliegos de condiciones se deben establecer las reglas que servirán de fundamento para la selección del contratista, y que deben obedecer a varios factores y que en esta oportunidad serían las reglas claras del juego desde el inicio de la convocatoria del acto público, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos de cargos.

La nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de contratista de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación. Esto con el propósito de lograr una escogencia transparente y con todas las garantías previstas en la normativa, sin beneficiar a una propuesta en particular ni descartar a otras. No obstante, como quiera que el vicio afecta el procedimiento administrativo en general, lo importante es anular todo el acto público, por tratarse de una nulidad absoluta y si la entidad aún requiere del objeto contractual, entonces podrá realizar otro acto público, pero esta vez sin menoscabar la ley y tomando las medidas correspondientes.

En virtud de las consideraciones señaladas, estima ésta colegiatura que lo prudente es anular el procedimiento de selección de contratista No.2020-0-35-0-08-CM-022470, convocado por el Municipio de Panamá, en base a lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, el cual dispone que:

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

Con fundamento en el contenido del artículo 153 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas,



ordenaremos al Municipio de Panamá, el fiel cumplimiento de la decisión venida en impugnación, quien deberá acatar lo resuelto en un plazo no mayor de quince días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución.

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria en la presentación del presente recurso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes el procedimiento de selección de contratista No. 2020-0-35-0-08-CM-022470, convocado por el Ministerio Público, por considerar este cuerpo colegiado que se realizó en contradicción a la ley especial de contrataciones públicas, la Constitución Política, la Ley No.38 de 2000, tal y como se ha expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante en concepto de fianza de impugnación constituida en efectivo por un monto de dos mil doscientos cuarenta balboas con 58/100 (B/.2,2p40.58); cuya diligencia de consignación reposa a foja 022 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2020-0-35-0-08-CM-022470, al Ministerio Público, contentivo de un (1) tomo, integrado de ciento sesenta y dos (162) fojas útiles, tal y como se observa en el informe de trámite fechado 16 de marzo de 2020 y que reposa a foja 098 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR al Municipio de Panamá, acatar lo dispuesto por este Tribunal en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente decisión.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles, posteriores a su publicación en el portal electrónico.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: DISPONER la salida y el archivo del expediente No 015-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

21

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 52, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada





REPÚBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR ANGEL ORLANDO SALAZAR VELÁSQUEZ PROPIETARIO DEL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL DENOMINADO SALAZAR SUPLIES EN CONTRA DEL CUADRO DE COTIZACIONES No. 001 DE 23 DE ENERO DE 2020, EMITIDO POR EL MINISTERIO PÚBLICO EXP. 015-2020, RESOLUCION No. 065-Pleno/TACP DE 1 DE ABRIL DE 2020 (Decisión).

En esta ocasión disiento de la decisión adoptada por la mayoría de mis homólogos, debido a que la misma conlleva un planteamiento que sobrepasa las competencias de este Tribunal y las facultades que por ley nos son asignadas.

En ese sentido afirmamos que, el Tribunal no tiene facultades reglamentarias ni normativas para modificar el pliego de cargos, y adicionar requisitos que no están contemplados ni en la ley, ni en normas reglamentarias; tampoco para anular lo actuado por considerar que un requisito –salvo que sea exigible por la ley, el reglamento o el pliego- debió ser incluido en el pliego de cargos por razones de “conveniencia”. Me refiero a la parte motiva de la resolución de decisión del presente caso, el cual establece una regla de derecho que me es extraña al régimen jurídico de las contrataciones públicas, y donde se requiere una certificación del fabricante, con carácter obligatorio. Lo anterior tuvo como consecuencia la anulación del acto. Esta actuación, tal como viene, traspasa las facultades otorgadas a este Tribunal por ley. En diversos pronunciamientos, me he decantado por una labor creativa e integradora del derecho de las contrataciones públicas, y teniendo como norte que el plexo ideológico de la ley 22 y sus normas complementarias es la transparencia, pero también la eficiencia y la eliminación de formalismos innecesarios en las contrataciones, por un lado, y, por el otro, es clarificar que las declaratorias de nulidad deben ser reducidas al mínimo, y reservarse a los casos en donde se han violado de modo efectivo y tangente los derechos de los intervinientes o se ha transgredido el orden público (como noción no abstracta). Es por eso que el cuerpo de la resolución que nos trae a colación me parece extraña, por lo demás que, a mi juicio, establece una regla de juicio que no ha sido autorizada a este cuerpo a través de la ley.

Con meridiana claridad el artículo 213 de la ley 22 de 2008 ha establecido:

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 anterior en concordancia a lo dispuesto por el artículo 64 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que faculta al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, para modificar o anular el informe de la comisión cuando se realice en contravención de lo dispuesto en la Ley o en el pliego de cargos.



Ciertamente ni la ley 22 de 2008, ni el Decreto Ejecutivo No. 40 de 2018 facultan a este cuerpo colegiado a ordenar medidas correctivas al pliego, ni a determinar el contenido del mismo. Entiendase que esta facultad es diferente, a las ya citadas del artículo 213 lex cit. Otra situación jurídica sería haber ordenado la anulación del pliego por no contener requisitos de orden público (contenido en la ley), o mínimos obligatorios. Este no es el caso. La certificación del fabricante no ostenta tal categoría jurídica; razón por la cual me parece un desacierto extender efectos anulatorios al pliego, basados en una recomendación que realizó el departamento de Anatomía y Embriología Humana de la Universidad de Panamá. Tal aseveración puede resultar subjetiva, puesto que la información que busca corroborarse también puede encontrarse, por ejemplo, en los catálogos, en la página web del fabricante, en una nota de compromiso, o en una declaración jurada. Es por este que la administración es quien debe configurar el contenido del pliego, no puede el legislador hacerlo en toda su extensión (ex ante), ni el juzgador (ex post). Sobre tal aspecto la doctrina ha coincidido en que la administración mantiene la libertad intrínseca de establecer las reglas del pliego (siempre que no contenga cláusulas prohibidas por el reglamento o la ley). Veámos:

“Libertad de Configuración del pliego de condiciones como facultad discrecional de la administración y responsabilidad por su contenido: Por tal razón se ha señalado que la administración ejerce y mantiene una facultad discrecional para su configuración, para ponderar los hechos, intereses, derechos y principios jurídicos comprometidos en un caso concreto y para una determinada solución. La administración tiene un espacio libre para elegir como posible cualquiera de las alternativas que resuelvan el caso, con un margen de libertad de valoración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego, de condiciones y los criterios y reglas que orientarán el proceso de selección”(Gonzalez Lopez, Edgar; El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal; p.87, Universidad Externado de Colombia, 2010).

Los anteriores razonamientos, conducen a este Despacho a considerar que las piezas procesales presentadas dentro del expediente por la parte recurrente no vislumbran una aparente nulidad del acto, puesto que los hechos que llevan a dicha decisión **no** se encuentran dentro de los presupuestos procesales que acarrear la nulidad.

Tal como fue destacado arriba, este Tribunal en la decisión de la mayoría podría estar abrogándose potestades cuasinormativas (o reglamentarias si se quiere) al ordenar, de modo reflejo, la incorporación de requisitos no exigibles ni de obligatorio cumplimiento en el pliego de cargos. En este sentido, la doctrina ha señalado que el ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido jurídicamente a límites que no deben ser violados. Estos límites derivan, de una parte, del principio

constitucional de reserva de ley y de otra, de la propia naturaleza de los reglamentos administrativos en cuanto a disposiciones subordinadas a la ley. (Sainz de Bujanda, F. Lecciones de Derecho Financiero. 8ª edición. 1990. Pág. 24).

Y en este punto es de crucial relevancia, hacer énfasis en que los planteamientos realizados por la parte recurrente versan en la exigencia de documentación que inicialmente no figuró en el pliego de cargos, mismo que se realizó en atención al principio de transparencia e igualdad de los proponentes, de manera que, emitir un pronunciamiento sobre requerimientos que no estaban desde el principio, conlleva a todas luces cambiar las reglas del juego después de haber recibido propuestas acorde a lo exigido por la entidad, y peor aun anular un acto de selección de contratista, que está basado según las reglas establecidas por ley y ejecutadas por la entidad, tal como lo requiere la norma, es por ello que no encontramos asidero jurídico para proferir tal decisión. De igual manera, es preciso señalar que, en las compras menores, dado la simplicidad de éstas, existen mecanismos para garantizar el cumplimiento del objeto contractual (vg. la nota de garantía). Las entidades deben ser cuidadosas al exigir requisitos de difícil obtención, o aquellos en que los participantes incurran en gastos adicionales o que requieran tiempo adicional para ser obtenidos, lo cual puede desalentar la participación de los oferentes en una Compra Menor.

Por consiguiente, consideramos que las decisiones jurisdiccionales de este Tribunal deben orientarse según los parámetros de la buena fe, la razonabilidad, transparencia y economía procesal.

Con fundamento en lo anterior sustentamos el salvamento de voto y dejamos clara nuestra posición respecto de los razonamientos adoptados por el resto de los miembros de este Tribunal.



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen Solís
Secretaria General, Encargada

