



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 031-2019

RECURRENTE: PROFESSIONAL ANCHORING AND SYSTEMS, INC.

ACTO IMPUGNADO: CUADRO DE COTIZACIONES No. 017745 del 18 de marzo de 2019, emitido por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No.077-2019-Pleno/TACP de 16 de mayo de 2019 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que 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 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 Ministerio de Educación, convocó el acto público No. **2019-0-07-03-03-CM-017745**, el cual consistió en el "Suministro de materiales y mano de obra para la adecuación de la cometida eléctrica, ordenamiento de ramales y salidas bifásicas" con un precio de referencia de **VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN BALBOAS CON 40/100 (B/.27,691.40)**, fijando como fecha de presentación de propuestas el día 13 de marzo de 2019, desde las 8:00 de la mañana hasta las 9:00 de la mañana, y el mismo día, pero a partir de las 9:01 de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas.

37



Luego del trámite que conlleva el procedimiento de Compra Menor, el Ministerio de Educación, a través del **CUADRO DE COTIZACIONES No. 017745** del 18 de marzo de 2019, resuelve adjudicar a la empresa **FI MANAGEMENT S.A.**, el acto público de compra menor No. **2019-0-07-03-03-CM-017745**, referente al “Suministro de materiales y mano de obra para la adecuación de la cometida eléctrica, ordenamiento de ramales y salidas bifásicas” por la suma de **VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN BALBOAS CON 40/100 (B/.27,691.40)**, toda vez que su oferta cumple con los requerimientos y especificaciones técnicas contenidas en el pliego de cargos.

La decisión anteriormente descrita fue publicada en el portal electrónico de “PanamaCompra” el día 18 de marzo de 2019, e impugnada por el licenciado **JAVIER ZAMORANO**, el cual, actuando en nombre y representación de **PROFESSIONAL ANCHORING AND SYSTEMS INC.**, presentó ante la Secretaría General de este Tribunal, formal recurso de impugnación el día 26 de marzo de 2019, es decir, dentro del término adjetivo que señala la ley positiva de contrataciones públicas.

II. PRESENTACIÓN DE RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Dentro del término procesal oportuno (art. 146 de la Ley 22 de 2006), es decir, el día 26 de marzo de 2018, el licenciado **JAVIER ZAMORANO**, actuando en calidad de apoderado especial de **PROFESSIONAL ANCHORING AND SYSTEMS INC.**, presentó ante la Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación en contra del **CUADRO DE COTIZACIONES No. 017745** del 18 de marzo de 2019, emitido por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN**, por la cual se decidió adjudicar a la empresa **FI MANAGEMENT S.A.**, el acto público de compra menor No. **2019-0-07-03-03-CM-017745**, referente al “Suministro de materiales y mano de obra para la adecuación de la cometida eléctrica, ordenamiento de ramales y salidas bifásicas” por la suma de **VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN BALBOAS CON 40/100 (B/.27,691.40)**. (Poder y recurso de impugnación visibles a fojas **011-016** del expediente del Tribunal).

III. PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE:

El licenciado **JAVIER ZAMORANO**, actuando en calidad de apoderado especial de **PROFESSIONAL ANCHORING AND SYSTEMS INC.**, sustentó su recurso de impugnación con fundamento en que la empresa **FI MANAGEMENT, S.A.**, (empresa adjudicataria) no cumplió con lo solicitado, toda vez que con relación a lo exigido en el punto No. 6 de otros requisitos dentro del Pliego de Cargos, el cual requiere lo siguiente: “Tener experiencia en obras mayor de 3 años, personal técnico y de cuadrilla (Ingeniero civil o arquitectos y capataz), del aviso de operación aportado por dicha empresa se desprende que la misma inició operaciones el 10 de agosto de 2017, por lo tanto solo cuenta con 1 año y 7 meses operando en el mercado. De igual manera

9



reposa el Registro de la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura, mediante la cual se hace constar que la empresa **FI MANAGEMENT, S.A** se encuentra legalmente autorizada para ejercer obras y actividades de ingeniería civil, desde el 11 de septiembre de 2018, motivo por el cual no cuenta con experiencia de obras mayor de 3 años.

Tampoco cumplió con los requisitos exigidos en los numerales 5 y 10 del pliego de cargos, ya que los mismos no se observan respaldados en el expediente electrónico, aunado al hecho que, del cronograma de la obra es importante advertir que, aunque el documento aportado fue titulado de esa manera, no es menos cierto que se trata de un desglose de precio y no de un cronograma de trabajo. De igual manera, respecto a la carta de respaldo financiero exigido en el requisito No. 10, no se observó en la propuesta adjunta la existencia de la carta.

IV. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No.026-2019/TACP de 27 de marzo de 2019, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales anunciados en los artículos 207, 208 y 210 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, admitió el Recurso de Impugnación interpuesto por el licenciado **JAVIER ZAMORANO** apoderado especial de PROFESSIONAL ANCHORING AND SYSTEMS, INC., resolución que fue publicada el día 27 de marzo de 2019 en el portal electrónico "PanamaCompra," corriéndose traslado del recurso presentado al Ministerio de Educación, para que a partir de la notificación de la resolución precitada compulsara dentro del término de dos (2) días hábiles, el Informe de Conducta acompañado del expediente Administrativo respectivo.

V. ALEGACIONES DE TERCEROS:

Tal como se observa mediante informe de trámite fechado dos (02) de abril de dos mil diecinueve (2019) emitido por la Secretaria de Impugnación del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, visible a foja cuarenta y cinco (045), se deja constancia que una vez vencido el término para las alegaciones de terceros dentro del proceso, no se presentó escrito alguno.

VI. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

Mediante **Nota DREC-URAL-058-19** calendada 01 de abril de 2019, el Ministerio de Educación, remitió el informe de conducta en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad, la cual reposa a folio 037-040 del expediente jurídico, y cual fuese publicado a fecha 1 de abril de 2019 a las 3:58 p.m.

21



VII. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Finalizada la exposición sucinta de la resolución recurrida, así como las pretensiones de la parte recurrente, procederemos a desatar la encuesta administrativa, con el fin de reconocer o no la adjudicación del procedimiento de selección de contratista por Contratación Menor, teniendo en cuenta lo expuesto tanto en el pliego de cargos como en las disposiciones complementarias.

Continuamos, como es de rigor procesal, con el escrutinio de las ofertas puestas a nuestro conocimiento como consecuencia de la competencia funcional derivada del artículo 136 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, misma que nos remite al contenido del artículo 52 del mismo cuerpo legal, que regula las reglas del procedimiento de selección de contratista de Contratación Menor. Así las cosas, hemos de apegarnos a lo requerido en el pliego de cargos dentro de los criterios de selección, donde el mismo establece que será adjudicado al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumpla con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Aunado a lo establecido 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 2017, el cual establece el procedimiento del recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, manifestando que:

“Artículo 148:.....Si el objeto de la impugnación versa sobre aspectos estrictamente jurídicos, el Tribunal pasará sin mayor trámite a resolver
....”

Consecuentemente con lo dispuesto en el artículo 150 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mismo que establece lo siguiente:

“Artículo 150: Apego a las normas. Todos los procesos se efectuarán con arreglo a las normas de uniformidad, imparcialidad, celeridad, economía y eficacia y con apego al principio de estricta legalidad”.

Por lo tanto , posterior a la verificación del procedimiento de selección de contratista, hemos podido constar que al no encontrarnos ante alguna causal de nulidad absoluta o relativa descrita en el Capítulo XIX de la Nulidad de los actos y contratos, así como la inexistencia de pretermisión alguna que impida el conocimiento de este Tribunal respecto al recurso de impugnación que nos ocupa, procedemos de inmediato a dirimir el fondo de la pretensión a fin de determinar si le asiste o no el derecho invocado al recurrente.



De manera tal que, procedemos analizar la propuesta más baja, siendo ésta la de la empresa **PROFESSIONAL ANCHORING AND SYSTEMS INC.**, la cual asciende a un monto de **VEINTISÉIS MIL TRESCIENTOS SEIS BALBOAS CON 83/100 (B/.26,306.83)**, al verificar los documentos aportados con la finalidad de constatar si los mismos son cónsonos con las exigencias plasmadas en el pliego de cargos advertimos lo siguiente:

Respecto a los puntos requeridos en los numerales 3, 6 y 7 descritos dentro de Otros Requisitos del Pliego de cargos, procedemos a detallarlos a efecto de ilustrar en debida forma aquéllos documentos que presentaron inconsistencias al momento de su aportación, así como también aquel que no fue aportado.

Otros Requisitos

“3. Incapacidad Legal para contratar”

La empresa **PROFESSIONAL ANCHORING AND SYSTEMS INC.**, aportó nota fechada 13 de marzo de 2019, denominada, “Causales de inhabilidad o incompatibilidades descritos en el artículo 16 del Texto Único de la ley 22, a través de la cual se hace constar que dicha empresa no se encuentra en ninguna de las situaciones comprendidas en el artículo 26 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 2006. (visible a foja 25 del expediente administrativo)”.

En primer lugar, nos encontramos ante un acto de selección de contratista convocado en el mes de marzo del 2019, cuya legislación aplicable corresponde al Texto Único de la ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017, de ahí que al respecto cabe destacar que la incapacidad legal para contratar se encuentra regulada bajo el artículo 19 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en asocio con lo descrito en la Sección 3ª, artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018.

Por lo que, la misma carece de un fundamento de derecho cónsono con el establecido, máxime que tampoco describe en el cuerpo de la nota, ninguno de los numerales atinentes al referido artículo 19.

Por otro lado, ante la exigencia plasmada en el punto No. 6 de Otros requisitos del pliego de cargos, el cual requiere:

“6. Tener experiencia en obras mayor de 3 años, personal técnico y de cuadrilla (Ingeniero Civil o arquitectos y capataz)”.

Nótese que reposan en el expediente administrativo de fojas 28-31, cuatro (4) actas de aceptación final de proyectos, a través de las cuales se detallan las siguientes fechas de terminación:

27



- 27 de junio de 2016
- 17 de abril de 2016
- 15 de marzo de 2016 (2) ver foja 30-31.

Siendo la exigencia sobre la base de tener experiencia en obras mayor de 3 años, contados los mismos desde cada una de las fechas previamente establecidas de terminación del proyecto, a la fecha de convocatoria del acto de selección de contratista, es decir desde el siete (7) de marzo de 2019, se observa que no cumple con el período de tiempo requerido.

“7. Solvencia Económica en Panamá”.

No consta dentro de los documentos aportados para este acto de selección de contratista, en el expediente administrativo, ni en el portal electrónico, carta que acredite la referencia bancaria, líneas de crédito en donde refleje mínimo cinco (5) cifras medias, tal como fue requerido en dicho numeral.

Analizada la propuesta más baja, procedemos a verificar la siguiente oferta, la cual corresponde a la empresa **FI MANAGEMENT, S.A.**, por un monto de **VEINTISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN BALBOAS CON 40/100 (B/. 27,691.40)** arrojando del estudio pormenorizado tanto en el expediente administrativo como en el portal electrónico de “PanamaCompra”, los siguientes incumplimientos:

La empresa **FI MANAGEMENT, S.A.**, al momento de aportar la documentación exigida respecto al numeral 3 de Otros Requisitos, es decir, la incapacidad legal para contratar, la misma no hace alusión al fundamento de derecho que respalda dicha certificación, así como tampoco describe las causales a las cuales hace referencia el artículo 19 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenado por la Ley 61 de 2017. (visible a foja 51 del expediente administrativo).

Por su parte, con relación al requisito exigido en el numeral 5 del pliego de cargos el cual alude la presentación de un cronograma de la obra a realizar por proyecto, observamos que si bien reposa tanto en el expediente administrativo como en el portal electrónico un cronograma de obra aportado por la referida empresa en éste se detalla, el desglose de precios completos el cual incluye precios unitarios, subtotal, itbms, total, tal cual según se exige en el punto 4, más no para el cronograma de obra requerido en el punto 5 concerniente a la realización del proyecto, en cuanto al tiempo llevado a cabo en cada etapa. De manera tal que no existe constancia dentro del expediente administrativo ni en el portal electrónico, de un cronograma de obra respecto al acto de selección de contratista, requerido por el Ministerio de Educación, por parte de la empresa **FI MANAGEMENT, S.A.**, toda vez que el documento aportado denominado “**CRONOGRAMA DE OBRA**”, no atiende a los requerimientos exigidos para tal fin, ya

9



que no se describe dentro del mismo las fases a realizar para el proyecto ~~convocado~~ ^{estructurado} como debe ser descrito en todo cronograma a fin de poder obtener un plan estructurado a manera organizacional que cumpla con las exigencias requeridas dentro del tiempo impuesto, situación que no fue cumplida por parte de este proponente (ver foja 42-43 del expediente administrativo) de manera que podemos concluir que en dicha documentación se constata la aportación del requerimiento número 4 del pliego de cargos de Otros requisitos, más no, lo exigido en el punto No. 5, lo cual evidencia el incumplimiento por parte de la empresa **FI MANAGEMENT, S.A.**, respecto a este requisito.

Con relación al punto No. 6 de Otros requisitos del pliego de cargos, el cual solicitó lo siguiente:

“6. Tener experiencia en obras mayor de 3 años, personal técnico y de cuadrilla (Ingeniero Civil o arquitectos y capataz)”.

Al respecto reposa en el expediente administrativo dos actas de aceptación final, a través de las cuales se deja constancia de haber culminado los respectivos proyectos para el mes de febrero de 2019, sin embargo, sumado el tiempo de terminación del último proyecto a la fecha de la convocatoria del acto público que nos compete, había transcurrido escasamente menos del mes; aunado a ello, cabe destacar que del aviso de operación aportado por la empresa FI MANAGEMENT, S.A., se observa que la misma inició operaciones el 10 de agosto de 2017, indicativo que a la fecha de la convocatoria del precitado acto público, es decir para el día siete (7) de marzo de 2019, no contaba con los dos (2) años de operaciones respecto a las actividades a dedicarse descritas en dicho aviso. (visible a foja 40 del expediente administrativo) por lo que a todas luces dicha empresa incumple con el requisito exigido.

Por último, en atención al punto No.10 el cual requiere una carta de respaldo financiero, cabe señalar que no consta en el expediente administrativo ni en el portal electrónico de “PanamaCompra”, documentación alguna que acredite este requisito, por lo que se tiene como incumplido.

Del recuento procesal realizado, este Tribunal pudo colegir que la documentación exigida en el pliego de cargos, a contrario sensu de lo manifestado por la entidad contratante en la resolución de adjudicación que hoy es objeto de impugnación, dicha empresa no cumplió con todos los requisitos exigidos en dicho pliego.

En consecuencia, debido al incumplimiento probado por cada uno de los proponentes en cuanto a que no se acreditó el cumplimiento a cabalidad de todos los requisitos, por el contrario, se denota la inexistencia de varios de los documentos descritos en el pliego de cargos, lo procedente en atención al principio de legalidad, el cual funge como

4



principio rector del procedimiento administrativo, es revocar y declarar desierto dicho acto público.

De manera tal que, este Tribunal al momento de realizar el recuento procesal de rigor y valorar cada una de las pruebas presentadas, nos hemos percatado que la propuesta de la empresa adjudicataria, ostenta falencias al igual que la empresa restante.

Finalizado el examen de este Tribunal; dado que ninguna de las propuestas cumple a cabalidad con el pliego de cargos, lo que corresponde en derecho a esta colegiatura es revocar los efectos de la resolución impugnada, emitida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y declarar el acto desierto sobre la base del numeral 2 del artículo 66 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017, el cual a la letra reza lo siguiente:

“Artículo 66: Acto desierto. La entidad licitante, mediante resolución motivada, declarará desierto el acto de selección de contratista por las siguientes causas:

1. Por falta de proponentes; es decir, cuando no se recibió ninguna oferta.
2. Cuando ninguna de las propuestas cumple con los requisitos y las exigencias el pliego de cargos.....”.

Así las cosas, esta colegiatura procede a *revocar* en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones 017745 del 18 de marzo de 2019, emitida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN**, que decidió adjudicar el procedimiento de selección de contratista No. **2019-0-07-03-03-CM-017745**, a la empresa **FI MANAGEMENT, S.A.**, y en su lugar se procede a aplicar lo establecido en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018 y declarar desierto el procedimiento de selección de contratista in comento; por considerar que ninguna de las propuestas cumple a cabalidad con los requisitos, exigencias del pliego de cargos y las disposiciones jurídicas aplicables.

Nuestro pronunciamiento jurisdiccional se fundamenta en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, que al tenor apunta a la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de *revocar* la actuación de la entidad contratante.

“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. (la negrita y el subrayado es nuestro).”

9



En lo referente a la fianza de impugnación consignada por el recurrente, este Tribunal considera que la misma debe ser devuelta, porque se ha observado que no ha existido mala fe ni temeridad en la interposición del recurso de impugnación.

De igual manera cabe señalar, lo establecido en el artículo 153 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 153. 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.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los efectos del Cuadro de Cotizaciones 017745 del 18 de marzo de 2019, por la cual se adjudicó el acto público No. **2019-0-07-03-03-CM-017745**, para el “Suministro de materiales y mano de obra para la adecuación de la cometida eléctrica, ordenamiento de ramales y salidas bifásicas” para el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN** a la empresa **FI MANAGEMENT, S.A.**

SEGUNDO: DECLARAR DESIERTO el acto público en virtud de que ninguna de las propuestas cumple con las exigencias del pliego de cargos. Si la entidad administrativa mantiene su interés del requerimiento del objeto contractual deberá generar la realización de un nuevo acto público al respecto.

TERCERO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la fianza de impugnación constituida en cheque certificado No. 000687, expedido por Tower Bank, de 22 de marzo de 2019, por un monto de **TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS BLABOAS CON 02/100 (B/. 3,946.02)**, a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/ Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a foja 018-019 del expediente del Tribunal.

9

CUARTO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público No. **2019-0-07-03-03-CM-017745**, al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN** contentivo de un (1) tomo integrado por cincuenta y nueve (59) fojas útiles.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del Sistema electrónico “PanamaCompra”, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su presentación en el portal.

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 archivo del expediente N°031-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 66,136,145,146,153,161 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017; artículos 207,208, 210 y s.s del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018 y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable, Convención Americana de los Derechos Humanos.

Notifíquese y Cúmplase,


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado Sustanciador


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA PROPONENTE PROFESSIONAL ANCHORING AND SYSTEMS, INC., EN CONTRA DEL CUADRO DE COTIZACIONES No.017745 DE 18 DE MARZO DE 2019, DICTADA POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

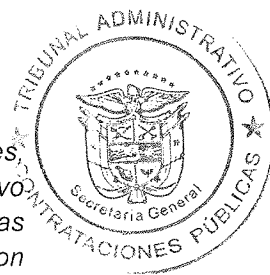
Con fundamento en el artículo 115 del Código Judicial, supletoriamente aplicable, de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, manifiesto en esta ocasión mi disentir con lo resuelto en la parte motiva y resolutive por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N°077-2019-Pleno/TACP de 16 de mayo de 2019, decidieron revocar los efectos del Cuadro de Cotizaciones No.017745 de 18 de marzo de 2019 y en su lugar dispusieron declarar desierto el procedimiento de selección de contratista No. 2019-0-07-03-03-CM-017745, por considerar que ninguna de las ofertas cumplió a cabalidad con los requisitos que establece el pliego de cargos; sin embargo, nuestra posición es la declaratoria de nulidad por haberse transgredido la ley de contrataciones públicas.

Cumpliendo con la función que me concede el artículo 136 de la ley de contrataciones públicas positiva dentro de los procedimientos de selección de contratista, y luego de la revisión íntegra del caso desarrollado, salta a la luz una situación particular e inusual, es decir, de un error en la confección de los términos de referencia que no podemos pasar por alto, al ser violatorio a la ley de contrataciones públicas.

De la simple lectura del pliego de cargos, observamos que la entidad adquirente ha solicitado en el punto No. 2 de las especificaciones técnicas (detalle del trabajo a realizar, publicado el día 7 de marzo de 2019) y que se refiere a los materiales, **“impermeabilizante de la marca Protex o similar”**, siendo ese uno de los objetos contractuales requeridos por el Ministerio de Educación, Escuela Nuevo Vigía, dentro de la adquisición de materiales para la adecuación de la acometida eléctrica, ordenamiento de ramales y salidas bifásicas; hecho que evidentemente contraria el artículo 38 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017 y el artículo 50 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y que son del siguiente tenor:

“Artículo 38. Especificaciones técnicas. Las especificaciones técnicas constituyen las características técnicas del objeto que se va a contratar, las cuales no pueden hacer referencia, en su caso, a marcas de fábrica, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.” (El subrayado es nuestro).

Artículo 50. Especificaciones técnicas. Las especificaciones técnicas comprenderán planos, dibujos, diseños y requisitos basados en las características objetivas, técnicas y de calidad de los bienes, servicios u obras que se pretendan contratar.



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

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

Las especificaciones técnicas deberán consignar en forma clara e inconfundible las características del objeto que se va a contratar, la calidad exigida y, en su caso, las normas de calidad que deben cumplir los bienes, servicios u obras; o satisfacer las normas de calidad de las entidades contratantes y las garantías (el subrayado es nuestro).

El objeto contractual pudo haberse identificado de otra forma, sin la necesidad de mencionar alguna particularidad como es el caso de una marca, pues, la característica del bien solicitado (impermeabilizante) es muy amplio y fácil de identificar, no resulta inconfundible, por el contrario, perjudica la compra e incluso la puede convertir en sospechosa.

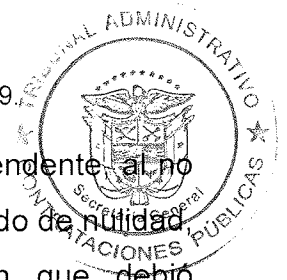
Por ello, debemos evitar a toda costa la utilización o mención de marcas, a menos que se quiera reemplazar un objeto de un determinado producto o como dice la norma reglamentaria..., “salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal que se incluyan en la descripción las palabras “o su equivalente” u otra expresión similar”, que en esta oportunidad no aplicaba, dado el hecho de que el tema de las pinturas en nuestro país es variado e inmenso.

En concordancia con la norma previamente citada, el artículo 2, numeral 37, último párrafo del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, establece que: “En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho”.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, en la cual solicita a través del pliego de cargos productos de una determinada marca comercial, 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:

“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.”



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, situación que debió desarrollarse bajo el concepto de la normativa vigente.

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

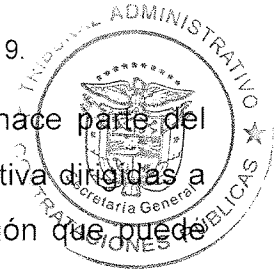
No anular este procedimiento de selección de contratista sería menospreciar uno de los fines de la contratación pública, como es el caso de la transparencia y la escogencia objetiva que implica el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores 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 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 como; el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de los mismos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos .

Tales postulados de ponderación generan que se vea la orientación de dichos principios hacia la necesidad de pluralidad de oferentes, toda vez que para poder hacer análisis de favorabilidad es necesario que existan varias propuestas desde las cuales se pueda hacer un estudio de los factores antes descritos y que se elija al final la mejor opción para la entidad. Esos factores objetivos son los que facilitarán una competencia amplia, y que luego redundará en beneficio de la colectividad, que es lo que persigue el Derecho Administrativo y no de un proponente en particular, que se beneficiará de un acto público ideado a su medida y que además restringe la mayor participación de ofertas, vedándose el Estado el derecho de obtener otras propuestas favorables.

La introducción de una marca en el pliego de condiciones o su insinuación también irrumpe con el Principio de Igualdad de los proponentes que entre sus postulados señala que los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro; la prohibición de que las entidades fijen en los términos de referencia cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas comerciales, números de catálogos o clases de equipos de un determinante fabricante, ya que así lo que se busca es evitar la monopolización del acto público y como mencionamos, la mayor participación en beneficio de la colectividad.

En consecuencia, es válido afirmar que una forma de concretar el interés general que debe regir la contratación administrativa puede dirigirse a hacer efectivos los derechos de un grupo preciso de personas que requiere de la especial atención del



Estado. Dicho de otro modo, es válido constitucionalmente, porque hace parte del interés general, que se diseñen medidas en la contratación administrativa dirigidas a proteger de manera específica a un grupo determinado de la población que puede acceder al Estado en igualdad de condiciones y oportunidades respecto del mismo grupo, en tanto que esa decisión puede constituir una forma de consolidar los fines del Estado y el cumplimiento de las tareas a él asignadas. De ahí que pueda afirmarse con claridad que constituye un objetivo de la contratación administrativa en el Estado Social de Derecho la satisfacción de las finalidades públicas y el logro de los objetivos sociales, así estos se dirijan a un grupo individual de personas, que corresponde concretar al legislador

La cláusula social del Estado de Derecho que exige a todas las autoridades garantizar la efectividad de los derechos y deberes de las personas (Artículo 17 de la Constitución Política) resulta obvio que en aquellos casos en los que existen desigualdades natural, social, económica o cultural que no pueden ser superadas por el titular del derecho, corresponde al Estado intervenir para asegurar la eficacia del mismo.

La concepción sustancial de la igualdad, según la cual este derecho no sólo se hace efectivo mediante el reconocimiento de privilegios o la imposición de cargas en igualdad de condiciones para todos los administrados, sino también con la consagración de medidas que, primero reconocen la diferencia, y posteriormente buscan equiparar, compensar, remediar o corregir situaciones para que la igualdad entre las personas sea real (artículo 13 de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública). De esta forma, las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie, están dirigidas a remover diferencias fácticas que si bien son reales no deben continuar en un Estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa.

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, y manteniendo el criterio que siempre hemos defendido, manifiesto que lo prudente es anular el acto público No. 2019-0-07-03-03-CM-017745, convocado por el Ministerio de Educación, Escuela Nuevo Vigía,

con fundamento en 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)."

En vista que los razonamientos expuestos no han sido compartidos por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, no me queda otra alternativa que expresar de manera firme y respetuosa que, SALVAR EL VOTO.


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

