



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 033-2020

RECURRENTE: INTERGRAPHIC INCORPORATED.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.DNAA-004-2020 de 20 de febrero de 2020, emitida por la Caja de Seguro Social, dentro del procedimiento de selección de contratista No.2020-1-10-0-08-CM-358939.

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°073-2020-Pleno/TACP de 6 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:

La Caja de Seguro Social, en virtud de la necesidad para la adquisición del servicio de mudanza de los equipos prensas del Departamento de Imprenta, los cuales serán trasladados a un nuevo local ubicado en la Vía Tocumen, Ciudad de Panamá; convocó el procedimiento de selección de contratista No.2020-1-10-0-08-CM-358939, de acuerdo a lo establecido en el artículo No.41 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006 y con la antelación necesaria conforme a las reglas del artículo 42 del mismo texto legal, para que



todo el interesado en participar del acto público que nos ocupa presentara su respectivas propuestas de conformidad a los requisitos que para la contratación menor se requieren, y de esa manera presentaran sus ofertas el día 17 de febrero de 2020 en un horario de 9:00 a 10:00 de la mañana a más tardar, y el mismo día, pero a partir de las 10:01 de la mañana, se llevara a cabo la apertura de las propuestas y así, mediante un acto transparente, público, confiable y en derecho, adjudicar el procedimiento señalado a la empresa, consorcio o persona natural que satisfaga las necesidades indicadas en el pliego de cargos, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, a la ley de contratación pública, y a las leyes complementarias; acto de selección de contratista en el cual se estableció un precio de referencia de Veinticinco Mil Balboas con 00/100 (B/.25,000.00).

En dicho procedimiento público participaron dos (2) proponentes, en su orden de oferta: RICORGRAPH, S.A. e INTERGRAPHIC INCORPORATED, con ofertas de Dieciocho Mil Quinientos Balboas con 00/100 (B/.18,500) y Veinticinco Mil Balboas con 00/100 (B/.25,000.00), respectivamente.

Posteriormente, luego de cumplir con los procedimientos de ley, así como la verificación de cada una de las propuestas por parte de la entidad contratante, la Caja de Seguro Social, notificó a las partes la Resolución No.DNAA-004-2020 de 20 de febrero de 2020, cuando el día 3 de marzo de 2020 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la adjudicación del acto público No.2020-1-10-0-08-CM-358939 a la empresa RICORGRAPH, S.A., por ser la de menor precio y considerar que es la que satisface las condiciones generales y especiales de los términos de referencia del presente acto administrativo.

La Resolución No.DNAA-004-2020 de 20 de febrero de 2020 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por la empresa INTERGRAPHIC INCORPORATED C, a través del jurista ROGER ACHURRA, alegando no estar de acuerdo con la adjudicación a la proponente RICORGRAPH, S.A., del acto público que nos ocupa, por cuanto que no ha sido cumplido en su totalidad lo referente a las tres cartas de clientes que demuestren haber recibido el servicio igual al solicitado en este acto público, por ejemplo: que la carta de 13 de febrero de 2020 que lleva la firma del señor Vladimir Franco, solamente certifica que la compañía RICORGRAPH, S.A., ha suministrado equipos de imprenta, y que ha cumplido con el soporte técnico para su buen funcionamiento.

En cuanto a la carta firmada por el señor Eliseo Echevez, sólo indica haber realizado servicios de mantenimiento preventivo y correctivo y que el servicio y calidad de los equipos han cumplido con los requerimientos necesarios. Y la de 14 de febrero de 2020, solamente menciona que la empresa RICORGRAPH, S.A., ha realizado trabajos de mantenimiento de diferentes equipos.

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 la Nota No. ADENL-DNAA-N-002-2020 de 16 de marzo

27



de 2020, remitió a este Tribunal el informe de conducta, haciendo un recuento de la actuación procesal llevada a cabo por la entidad en el presente acto público de selección de contratista.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

No constan alegatos en interés de la ley o particular pese a concederse el término por imperio de la ley.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El acto administrativo que es objeto de impugnación entra al conocimiento de este foro de justicia especial, por tratarse de materia privativa y por la naturaleza del asunto sobre hechos que han surgido por la emisión de una resolución de adjudicación de un acto público derivado de un procedimiento de selección de contratista, emitido por la Caja de Seguro Social y de la cual se encuentra disconforme uno de los proponentes participantes.

En ese sentido, este cuerpo colegiado se coloca en estado de emitir un juicio jurídico en razón de los elementos de convicción que han sido presentado para su examen y posterior valoración, y que se encuentran recopilados en el portal estatal "PanamaCompra" y el expediente administrativo que ha sido remitido en tiempo procesal oportuno por la entidad correspondiente y parte del proceso.

Los hechos traídos a este escenario se desprenden del recurso incoado respecto a la resolución objeto de contencioso, la cual procederemos a examinar objetivamente conforme a las reglas que nos demarcan los postulados del artículo 52 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 y su reglamentación, 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 decide 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.

Ahora bien, la norma especial nos manifiesta que antes de decidir el fondo de un asunto, debemos hacer el estudio correspondiente a fin de descartar o visualizar algún vicio que pueda provocar la nulidad de todo lo actuado, ya sea de forma relativa o absoluta, que pudiera influir en los documentos de los proponentes y afecte derechos subjetivos.

21



En el supuesto que se examina, puede concluir esta Corporación de Justicia que, al repasar el contenido del pliego de cargos, notamos una gran inconsistencia en cuanto al tema de la validez de la propuesta, en el sentido de que, en el pliego de cargos se señala que la validez de la propuesta es por 90 días hábiles; mientras que, en las condiciones especiales de los mismos términos de referencia, se observa una validez por 120 días calendarios. No sólo la inconsistencia está en la cantidad de días, sino también en la modalidad, es decir, calendarios o hábiles, circunstancia de modo y tiempo que evidentemente confunde a los proponentes y crea un estado de inseguridad jurídica difícil de valorar de forma razonada.

No sería realmente objetivo decidir si se trata de la primera o la segunda situación (validez de la oferta) e iría en contra del principio de transparencia y por ende, de una escogencia justa. En tal sentido expone Palacio Hincapié que el *"...pliego debe conjugar el equilibrio entre el interés público que persigue la Entidad y el interés particular de quienes pretenden colaborar como contratistas. Esas reglas deben ser claras, justas, precisas e inmodificables, una vez que haya ocurrido la apertura de las propuestas y debe mantenerse durante la ejecución del contrato, pues a ellas deberá sujetarse el proponente en la elaboración de la oferta. Es obvio que antes del cierre de la licitación, como se dijo sobre la aclaración de dudas al proponente, la Entidad puede introducir modificaciones jurídicas, técnicas y de detalle, al pliego, pero dichas modificaciones deben darse a conocer a todos los que han retirado pliego de condiciones, no sólo para asegurar la igualdad de los oferentes, sino para que puedan ajustar sus propuestas. Tales modificaciones se hacen mediante las denominadas adendas. (PALACIO HINCAPIÉ, Juan Angel. "La Contratación de las Entidades Estatales". Primera Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, Colombia. 1997. Pág. 157).*

No consta adenda que remedie el error incurrido para así poder estar claros en la condición que realmente va a predominar y por consiguiente poder decidir de forma justa sin que exista ningún tipo de confusión, ya que el procedimiento de selección de contratista debe ser lo más cristalino posible. Para perfeccionar ese mecanismo, la administración debe confeccionar los pliegos de cargos y evaluarlos con cautela, al punto de que no se encuentren este tipo de actos con yerro, que por una parte impida la sana escogencia y por otro lado, retrasa el proceso de compra que es de suma importancia para el país, al punto de anularse toda la actuación para posteriormente convocar otro siempre y cuando la entidad aún lo requiera, lo que implica gastos y el desgaste de la administración en la constitución de otro acto público, sin dejar de mencionar las pérdidas monetarias y de tiempo que también se encontrarán los participantes, que desencadena además en la desconfianza.

Y decimos que es contradictorio por el hecho de que existen dualidades de términos en un mismo documento, ya que las condiciones especiales no son ajenas al pliego de cargos, es decir, forman un todo, un complemento y por tal circunstancia deben contener

9



la misma información. Los pliegos de cargos y las condiciones especiales son la misma cosa y en ese sentido deben ser iguales las características solicitadas.

Los pliegos de cargos, como lo establece la ley y la Doctrina, deben ser justos claros y objetivos, no debe dejarse a la extensiva interpretación, en este caso de un Tribunal, ya que, quizás la mayéutica extensiva no es lo que en realidad persigue la entidad o entidades por ser la que le corresponde confeccionar los pliegos de cargos, por esa razón deben ser muy claros en sus apreciaciones o solicitudes; de lo contrario nos veríamos en la necesidad de anularlos con el fin de garantizar el debido proceso y la tutela administrativa efectiva que se encuentra intrínsecamente vinculada con toda toma de decisión por parte del poder del Estado.

En esta oportunidad lo importante es examinar que las condiciones que ofrecen los términos de referencia no vulneren Derechos subjetivos, por eso, nuestro interés redundará en enfocarnos que el procedimiento se haya desarrollado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, entre otras razones más que puedan provocar la nulidad absoluta del mismo.

Recordemos que las condiciones especiales son parte del pliego de cargos y no constituyen documentos adjuntos, ni mucho menos apartados, ya que así lo define la propia ley cuando trata el tema de la estructuración del pliego de cargos, indicando en el numeral 6 del artículo 33 que son las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar las reglas objetivas, claras y completas. Además, las condiciones especiales por definición son las estipulaciones elaboradas por la entidad licitante, aplicables a un procedimiento de selección de contratista determinado, en atención a sus elementos específicos, siendo así, la dualidad de condición entre las condiciones especiales y la plantilla electrónica provoca la nulidad de todo lo actuado.

Resulta ser una causal de nulidad absoluta por ser un vicio trascendente, al no ser posible conservar el acto público bajo examen al 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 y el precio, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos.

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.

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.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, en la que existe dualidad de requisitos, 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.”

En virtud de las consideraciones señaladas, estima esta colegiatura que lo prudente es anular el procedimiento de selección de contratista No.2020-1-10-0-08-CM-358939, convocado por la Caja de Seguro Social, 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).

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza del recurso de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria ni con propósito de dilatar u ocasionar premeditadamente un daño al Estado o a un tercero 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;

9

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes el procedimiento de selección de contratista No.2020-1-10-0-08-CM-358939, proferida por la Caja de Seguro Social, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación No.072-001-0000300030-000000, fechada 9 de marzo de 2020, con un límite máximo de responsabilidad de Dos Mil Quinientos Balboas con 00/100 (B/.2,500.00) emitida por la Compañía Internacional de Seguros, S.A. y que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios a la Caja de Seguro Social/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 18 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público No.2020-1-10-0-08-CM-358939 a la Caja de Seguro Social, contentivo de un (1) tomo integrado de ciento doce (112) fojas útiles, de acuerdo a la nota remisoría del informe de conducta entregado por la entidad de fecha 16 de marzo de 2020.

CUARTO: 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.

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 el archivo del expediente N°033-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

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





REPUBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO EXPLICATIVO DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA INTERGRAPHIC INCORPORATED, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No.004-2020 DEL 20 DE FEBRERO DE 2020, EMITIDA POR LA CAJA DEL SEGURO SOCIAL, EXP. 033-2020, RESOLUCION No. 073-2020-Pleno/TACP de 6 de abril de 2020 (Decisión)

Me permito sustentar las las razones de mi voto, en relación con el asunto de referencia contenido en la Resolución No. 004-2020 del 20 de febrero de 2020, en razón de los vicios encontrados relacionados con el termino de validez de la propuesta, tanto en la plantilla electrónica publicada en el portal electrónico "PanamaCompra" (f.25) y el pliego de cargos que consta en el expediente administrativo (f.21). Basicamente la razón de nuestro voto es que el asunto de derecho que se plantea no se subsume en el presupuesto del artículo 53 del decreto ejecutivo No. 40 de 2018.

De acuerdo a lo expuesto en la presente Resolución de decisión, existe discrepancia entre el pliego de cargos electrónico y las condiciones especiales que se encuentran en el expediente administrativo, otra situación es la establecida en el artículo 53, pues la discrepancias existentes en este caso es versus los terminos de referencia y no versus formularios adjuntos:

"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."..... (Lo subrayado es del Tribunal)

Siendo así, en este caso, no se establece una regla de elección ante el error, como sí ha sido establecido cuando los formularios y la plantilla electronica muestran discrepancias; vale la pena aclarar puesto que en diferentes salvamentos se ha abordado esta temática. En el caso concreto, las contradicciones vistas, orillan a los proponentes en que incurrieran en un posible error al aportar el formulario de propuestas según lo preceptuado en el pliego de cargos, siendo esta situación a todas luces contrapuesta a los principios de buena fe, legalidad o juridicidad, aunado a que afecta otro principio reconocido por la jurisprudencia nacional: la confianza legítima. Como bien lo explica el profesor **DROMI** al señalar que "En esta etapa la administración no podrá modificar las condiciones que se tuvieron en cuenta al ofertar, siquiera en favor del adjudicatario, atento a que quebraría el principio de igualdad perjudicando a los otros oferentes que no resultaron adjudicatarios, como así tampoco en contra del adjudicatario en tanto ello vulneraría sus derechos subjetivos"¹.

Lo antes expresado trata de que la Administración observe una conducta imparcial frente a todos los proponentes, evitando que las distintas etapas de la actividad precontractual o contractual, puedan llegarse a crear beneficios en favor de uno de los concurrentes sin que los mismos beneficios estén en condiciones de ser alcanzados por los restantes *proponentes-oferentes*; en tal sentido somos del

¹ **DROMI**, Roberto, "La licitación Pública" Buenos Aires, 1995, p. 271

criterio que mal podríamos pasar por alto este error, ya que estaríamos creando una pseudo-certeza de situaciones jurídicas, como también podríamos propiciar fines contrarios a derecho. Es por esto que durante toda la sustanciación del procedimiento de selección de contratista debe conservarse un trato igualitario entre los *proponentes-oferentes* teniendo en cuenta la estricta observancia de la legalidad que es el sustento fundamental de la seguridad jurídica, salvaguardando la aplicación del ordenamiento que rige a este acto público (Compra Menor); sin ningún tipo de discriminaciones que beneficien a unos en perjuicio de otros. Como puede verse, la juridicidad constituye un parámetro de validez para toda actuación de la administración pública, puesto que la entidad licitante corre con la responsabilidad durante esta etapa pre-contractual respecto de las posibles ambigüedades y equivocaciones a las que puedan con esta actuación inducir a los proponentes, mal podríamos de esta manera señalar o trasladar dicha responsabilidad a los proponentes, ni mucho menos imponerles criterios distintos.

En consecuencia a los efectos anulatorios del presente acto de selección de contratistas, subyace la publicación de condiciones *contra legem*, o contrarios a los legales; así dadas, induce a error a los proponentes, situación que no puede ser salvada, ni convalidada con la presentación correcta de algunos de los proponentes, por crearse una especie de distorsión al momento de verificar las *propuestas-ofertas*, afectando la igualdad de condiciones de los proponentes ante la ausencia de reglas justas claras y equitativas. Conviene agregar, que los anteriores planteamientos, se enmarcan dentro de los criterios dispuestos por la legislación sobre Contrataciones Públicas, en cuanto al cumplimiento de los parámetros establecidos para la estructuración de los pliegos de cargos, de acuerdo al artículo 25 de la Ley 22 de 2006:

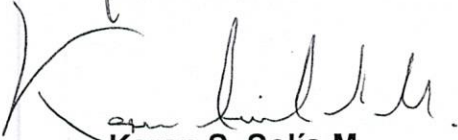
“Artículo 25. Estructuración del pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista o a la excepción de este, el correspondiente pliego de cargos o términos de referencia, que contendrá:

- 1.....
- 2.....
- 3. **Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva.**

Dentro del marco conceptual expuesto, es que comparto la parte resolutive de la decisión jurisdiccional. Dicho lo anterior, concurre en el voto explicando mi postura.



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

Fecha ut supra.

