



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE

040-2020

RECURRENTE:

IMPORTADORA DE BATERIAS, S.A.

ACTO IMPUGNADO:

Cuadro de Cotizaciones No. 7747 de 9 de abril de 2020, proferido por el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por compra menor No.2020-1-20-0-08-CM-007747.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RIOS

RESOLUCIÓN N° 089-Pleno/TACP de 19 de mayo 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 el "proyecto sistema de UPS centralizado y cableado eléctrico paralelo para siguientes regionales: San Miguelito, Panamá Norte, y Chiriquí", difundido en el Portal Electrónico de

9



Contrataciones Públicas como el procedimiento de selección de contratista No.2020-1-20-0-08-CM-007747, 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 propuestas el día 2 de marzo de 2020, desde las 9:30 hasta las 10:30 de la mañana, y para el mismo día, pero en horario de 10:31 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 cinco mil balboas con 00/100 (B/.45,000.00).

La entidad, una vez valoradas las ofertas participantes, decidió adjudicar el procedimiento de selección de contratista No. 2020-1-20-0-08-CM-007747, a través del Cuadro de Cotizaciones No.7747 de 9 de abril de 2020 a la empresa ENCOM GLOBAL, S.A., por ser la proponente que cumple con todos los requisitos exigidos por el pliego de cargos, adicionalmente dentro del cuadro se señala que la empresa IMPORTADORA DE LAS BATERIAS, S.A., que ofreció el mejor precio incumple en el punto 5 de otros requisitos al presentar carta de distribuidor autorizado de otro país sin apostillar como lo solicita la Ley de Contrataciones Públicas.

El Cuadro de Cotizaciones No. 7747 de 9 de abril de 2020, fue recurrido en tiempo procesal oportuno por la proponente IMPORTADORA DE LAS BATERIAS, S.A., a través de su representación especial, por parte de la firma forense FLÓREZ Y FLÓREZ- ABOGADOS, mediante la jurista Jackeline P. Flórez, alegando no estar de acuerdo con la decisión tomada por la entidad, toda vez que considera que no existe causa para desestimar la propuesta de su representada dentro de los requisitos del numeral 5 otros requisitos y solicita que se reestablezca el derecho de la adjudicación, por considerarse 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.

Sostiene dentro del recurso en lo medular que la propuesta de la empresa IMPORTADORA DE LAS BATERIAS, S.A., fue descartada por considerar que incumple con la aportación del requisito del numeral 5 que solicita carta de fabricante no cuenta con la apostilla, la apoderada especial considera que cumple de manera absoluta, toda vez que las cartas del fabricante (dos cartas) aportadas por nuestra representada fueron emitidas en la República de Panamá y por esta razón considera

9



que no necesita que este apostillada, razón por la cual considera que se hace meritoria de la adjudicación.

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 28 de abril de 2020, remitió a este Tribunal el informe de conducta, argumentando en lo medular lo siguiente:

Señores del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el proponente al momento de ofertar tiene que ceñirse a todas las especificaciones establecidas en el pliego de cargos; en el punto No.5 de "Otros Requisitos" se estableció que la carta del fabricante donde indique que es un canal autorizado sobre la solución UPS, Módulos externos de Baterías, Tarjetas de monitoreo, protectores de voltaje RJ-45 concentrado ambiental y sensores de medición de temperatura ambiental, donde indique que está autorizado a comercializar en la República de Panamá, no se aceptarán cartas de terceros ni mayoristas, sin embargo, observamos que a fojas 59 la nota fue expedida en Bogotá, Colombia sin ser apostillada, requisito sine-quantum para los documentos que provienen del extranjero.

Otro aspecto a considerar es que la letrada indica que se incumplió el literal L, del artículo 88 del Decreto Ejecutivo 366 de 2006, este artículo norma las Licitaciones

Públicas y este es un acto de compra menor; por lo que se cumplió con el numeral 8, artículo 84 del Decreto Ejecutivo No.40 del 2018, que regula las contrataciones menores que superen los 10,000.00 y no excedan los 50,000.00; en razón de lo anterior, consideramos que todos los puntos se han cumplido y se ha aplicado de manera correcta todas las normas establecidas en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017 que regula las contrataciones Públicas para la adjudicación del Acto Público No.2020-1-20-0-08-CM-007747, descripción: PROYECTO SISTEMA DE UPS CENTRALIZADO Y CABLEADO ELECTRICO PARALELO PARA LAS REGIONALES DE SAN MIGUELITO, PANAMA NORTE Y CHIRIQUI.

III. 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.

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

27



el **INSTITUTO PARA LA FORMACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE RECURSOS HUMANOS** 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.

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 a la elaboración del pliego de cargos en lo concerniente a la presentación del requisito numeral 2 dentro de otros requisitos que señala al respecto:

2	LA EMPRESA DEBE CONTAR CON MINIMO (2) UN INGENIERO EN TELECOMUNICACIONES, ELÉCTRICA, ELECTROMECAÁNICO O CARRERA AFINES PARA GARANTIZAR EL BUEN MANEJO DE LAS NORMAS DE INSTALACIÓN, LA EMPRESA DEBE CONTAR CON MÍNIMO (1) ARQUITECTO O INGENIERO CIVIL, PARA GARANTIZAR EL BUEN DESEMPEÑO EN CUANTO A
---	---

71



LAS ADECUACIONES QUE HAYA QUE REALIZAR A LAS INSTALACIONES POR LOS TRABAJOS REQUERIDOS. ESTOS PROFESIONALES DEBEN ESTAR REGISTRADOS EN LA JUNTA TÉCNICA DE LA EMPRESA.

De igual forma se observa el mismo error dentro del icono denominado "Especificaciones Técnicas" cual fuese publicado a fecha 13 de febrero de 2020, en el sentido de que, en el pliego de cargos se señala inicialmente "mínimo (2) un ingeniero...", por lo que posteriormente dentro del mismo párrafo se indica que debe contar con mínimo (1) arquitecto o ingeniero civil ... " inconsistencia que fue anexada de igual manera dentro de las especificaciones técnicas, generando con ello una confusión para los proponentes que al no tener claro los parámetros decidieron no participar, de igual forma a las empresas que participaron, debido a que se genera una confusión 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 una situación que 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

81

8



mentonar 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 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 redunda 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.

51



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*

51



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;

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes el procedimiento de selección de contratista No.2020-1-20-0-08-CM-007747, proferida por el **INSTITUTO PARA LA FORMACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE RECURSOS HUMANOS**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante la Fianza de Impugnación N°FGOB-101989-2020 de 16 de abril de 2020, expedido por General de Seguros, por la suma de responsabilidad máxima de cuatro mil trescientos sesenta y un balboas con 09/100 (B/.4,361.09), que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas; cuya diligencia de consignación reposa a foja 028 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2020-1-20-0-08-CM-007747, al **INSTITUTO PARA LA FORMACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE RECURSOS HUMANOS**, contentivo de un (1) tomo, integrado de ciento setenta y cuatro (174) fojas útiles, tal y como se observa en el informe de trámite fechado el día 29 de abril de 2020 y que reposa a foja 058 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR al **INSTITUTO PARA LA FORMACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE RECURSOS HUMANOS**, 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.

51

SÉPTIMO: DISPONER la salida y el archivo del expediente No 040-2020/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


JOSE ARANDA RÍOS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


KAREN SOLIS
Secretaria General-Encargada

