



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 042-2020

RECORRENTE: MILLENIUM SECURITY SERVICE, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N° 005 del 8 de abril de 2020, emitida por la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), por medio del cual se adjudicó el acto de selección de contratista N°2019-2-78-0-99-LV-011871.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No. 105-2020-Pleno/TACP de 27 de julio de 2020 (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, que establece el procedimiento para la tramitación del recurso de impugnación en sus artículos 207 al 210 y que reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el sistema electrónico de contrataciones públicas denominado "PanamaCompra", disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

Con fundamento en el artículo 41 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), publicó en el portal electrónico "PanamaCompra", el día 21 de noviembre de 2019, el aviso de convocatoria y el pliego de cargos para que todo comerciante interesado en contratar con el Estado, presentara el día 18 de febrero de 2020, en horario de 8:00 hasta la 10:00 a.m., las propuestas contentivas de toda la documentación necesaria para participar del procedimiento de selección de contratista No. 2019-2-78-0-99-LV-011871, cuyo objeto contractual es la prestación de

21



los “Servicios de Vigilancia, Custodia y Control de Acceso a las Instalaciones de ETESA ubicadas en las Provincias de Panamá, Colón, Coclé, Veraguas, Chiriquí y Bocas del Toro”.

Tales ofertas, según los términos de referencia, fueron abiertas el mismo día de la entrega, es decir, el día 18 de febrero de 2020, desde las 10:01 de la mañana.

La Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), luego del trámite correspondiente al procedimiento de Licitación por Mejor Valor decidió adjudicar el acto público bajo análisis, mediante la Resolución N° 005 del 8 de abril de 2020 a la empresa **SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN S.A. (SEPROSA)**, por un precio de Cuatro Millones Ochocientos Setenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Dos Balboas con 56/100 (B/. 4,878, 772.56), por ser considerada la oferta que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos. Cabe destacar que la resolución de adjudicación fue publicada en el portal electrónico el día 15 de abril de 2019. (visible a fojas 010-011 del expediente del Tribunal).

II. PRESENTACIÓN DE RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Dentro del término procesal oportuno de conformidad con el artículo 146 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 reordenada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, es decir, el día 24 de abril de 2020, por el Lcdo. Carlos Gasnell Acuña, en representación de la empresa **MILLENIUM SECURITY SERVICE S.A.**, presentó ante la Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación en contra de la Resolución N° 005 del 8 de abril de 2020, proferida por la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA) que adjudicó a la empresa **SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN S.A. (SEPROSA)**, el acto público No. 2019-2-78-0-99-LV-011871 (Poder y recurso de impugnación visibles a fojas 15 a la 28 del expediente del Tribunal).

III. PRETENSIONES DEL RECURRENTE:

El Lcdo. Lcdo. Carlos Gasnell Acuña, quien representa los intereses del recurrente, sustentó su libelo de demanda con fundamento en las siguientes manifestaciones:

Señala en sus hechos que mediante la Resolución N° 005 del 8 de abril de 2020, la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA) adjudicó a la empresa **SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN S.A. (SEPROSA)**, el acto público No. 2019-2-78-0-99-LV-011871; sin embargo, el recurrente indica que la propuesta de la empresa adjudicataria incumple con requisitos obligatorios del pliego de cargos, por ende, peticona que se revoquen los efectos del acto impugnado, que se anule el informe de la comisión evaluadora, por haber contravenido lo señalado en la Ley y en el pliego de cargos, y en consecuencia se realicen los correctivos en la presente licitación a efectos de que la entidad licitante adopte las medidas conducentes al restablecimiento de la Legalidad.

51



En base a todo lo *ut supra* expresado, la censorsa considera que la entidad licitante infringe el principio de igualdad de los proponentes y el principio de debido proceso, siendo de esta manera quebrantado el deber de la selección objetiva y justa, de acuerdo a lo dispuesto en la legislación aplicable para la contratación pública, específicamente en el procedimiento para la modalidad de Licitación por Mejor Valor.

IV. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No.035-2020 TACP de 27 de abril de 2020, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos anunciados en los artículos 207, 208, 210 y s.s., del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2019, admitió el recurso de impugnación interpuesto por el Lcdo. Carlos Gasnell Acuña, en representación de la empresa **MILLENIUM SECURITY SERVICE S.A.**, resolución que fue publicada el día 27 de abril de 2020, en el portal electrónico denominado "PanamaCompra," corriéndose traslado del recurso presentado a la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA) para que, a partir de la notificación de la resolución precitada, compulsara dentro del término tres (3) días hábiles, el informe de conducta acompañado del expediente administrativo.

V. ALEGACIONES DE TERCEROS:

Cumpliendo con el termino para la presentación de alegatos escritos, el día 30 de abril de 2020, el señor José Manuel Sevillano, presentó escrito de alegación en interés de la Ley, (Visible a fojas 071 a la 075 del Expediente del Tribunal y en el portal electrónico "PanamaCompra" dentro del icono "otros Tadecep" en la fecha de 30 de abril de 2020, a las 3:16 p.m.) correspondiente al acto público *in comento*.

VI. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

Mediante Nota ETE-DF-GCOM-117-2020 de 5 de mayo de 2020, recibida en la Secretaría General de esta Colegiatura el 5 de mayo del presente año, la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), remitió informe de conducta, en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad. Además, da respuesta a los argumentos del recurrente.

VII. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

De conformidad con lo establecido en el artículo 146 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, reordenada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, esta colegiatura procede a resolver el fondo del presente recurso.

En este sentido, este Tribunal puntualiza que el procedimiento de selección de contratistas es una Licitación por Mejor Valor, establecida en el artículo 54 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, cuya reglamentación se encuentra en el

4



Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018; el supra citado artículo 10 de la Ley No. 10 de 1992, en la siguiente manera:

“Artículo 54. Licitación por mejor valor. La licitación por mejor valor es el procedimiento de selección de contratista que se realizará cuando los bienes, servicios u obras que van a ser contratados tienen un alto nivel de complejidad y el monto de la contratación es superior a los cien mil balboas (B/. 100,000.00). Para tal efecto, se entenderá por alto nivel de complejidad proyectos que requieran una valoración o ponderación especial (planificación o implementación del diseño del bien, servicio u obra requerido). En este procedimiento se ponderarán los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros ofertados por los proponentes, y se adjudicará al proponente que obtenga el mayor puntaje en la metodología de ponderación especificada en el pliego de cargos, **siempre que este cumpla con los requisitos mínimos obligatorios exigidos en el pliego de cargos” (la negrita y el subrayado es del Tribunal).**

En base a lo antes señalado se deja determinado el criterio de selección instaurado para este acto de selección de contratistas. Siendo así que el presente proceso, tiene su génesis en el acto público No. 2019-2-78-0-99-LV-011871, para la prestación de los “Servicios de Vigilancia, Custodia y Control de Acceso a las Instalaciones de ETESA ubicadas en las Provincias de Panamá, Colón, Coclé, Veraguas, Chiriquí y Bocas del Toro”, del cual resultó como adjudicataria la empresa **SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN S.A. (SEPROSA)**, debido a que la entidad licitante consideró que fue la propuesta que presentó toda la documentación solicitada y cumpliendo con todos los requisitos y exigencias del respectivo pliego de cargos.

La empresa **SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN S.A. (SEPROSA)**, a quien fue adjudicado el acto público No. 2019-2-78-0-99-LV-011871; según el impugnante, no debió ser favorecida, ya que esta empresa no cumple a cabalidad con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos determinados por la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA).

El día de presentación de las propuestas, participaron cuatro (4) proponentes, los cuales detallamos a continuación, así:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
83240-1-375889-62	MAJOLI SERVICES, S. A.	18-02-2020 03:15 p.m.	5,113,768.50
154733-1-386630-32	MILLENIUM SECURITY SERVICE	18-02-2020 03:46 p.m.	4,878,722.56
28208-2-230605 DV 10	VIGILANCIA ESPECIAL S A	18-02-2020 05:02 p.m.	5,662,845.62
29761-2-237318-55	SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCION, S.A. (SEPROSA)	18-02-2020 02:05 p.m.	4,878,772.56

De acuerdo a los principios de Transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, publicidad, eficiencia, debido proceso y al principio de igualdad de los proponentes, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, antes de entrar a dilucidar el fondo del recurso, como Tribunal competente para conocer de aquellos

✓



recursos de impugnación que ingresan a este cuerpo colegiado, tal como nos faculta la ley que nos regenta, es imperante atender si dicho acto público contraviene o no con aspectos formales, que pudiesen devenir en algún vicio de nulidad, que nos impida adentrarnos a evaluar la petición del recurrente, así como los actos llevados a cabo por la entidad licitante, a fin de poder determinar a quién le asiste la razón. Lo antes señalado en atención a 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.....”.

En torno a lo previamente expuesto, esta Colegiatura, de acuerdo a la labor jurisdiccional en sede administrativa considera que no puede obviar la incuestionable realidad jurídica en el presente asunto; en virtud de lo establecido en el artículo 35 de la Ley 22 de 2006, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 35. Requisitos de participación de personas jurídicas. En todo acto de selección de contratista, cuya cuantía exceda de quinientos mil balboas (B./ 500, 000), en el que participen personas jurídicas, el capital accionario de estas deberá emitirse en su totalidad en acciones nominativas. Las personas jurídicas que participen en procesos de selección de contratista, cuya cuantía del acto de forma individual o agregada exceda la suma de quinientos mil balboas (B./ 500, 000), presentaran ante la Dirección General de Contrataciones Públicas una declaración jurada del agente residente o presidente o quien delegue la junta directiva de la persona jurídica en la que deberán certificar el nombre de cada persona natural que sea directa o indirectamente beneficiario final de, por lo menos, el 10 % de capital accionario emitido y en circulación. En caso de consorcios o asociaciones accidentales, todos sus integrantes que sean personas jurídicas, nacionales o extranjeras que participen en actos de selección de contratista deberán cumplir con este requisito. Esta declaración deberá mantenerse actualizada de manera anual y su falta de presentación será impedimento de participación como proponente.....”. (El subrayado es de este Tribunal)

Lo antes citado se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el punto 2 de la circular No. DGCP-019-2019 de 12 septiembre de 2019 emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, la cual indica lo siguiente:

27



CIRCULAR No.DGCP-DS-019-2019.
Página 2

II. ENTIDAD DONDE SE PRESENTA Y FORMA DE PRESENTACIÓN

A partir de la publicación de la presente circular, las personas jurídicas deberán presentar la declaración jurada de beneficiario final de acciones nominativas, ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, de manera electrónica, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Por lo anterior, las entidades licitantes no deberán solicitar en el pliego de cargos esta declaración jurada, toda vez que podrían incurrir en dualidad de documentación, lo cual se aleja de los principios de eficiencia y economía de la contratación pública.

De esta manera, con fundamento en lo *supra* citado, este Tribunal debe indicar que luego del análisis del acto de selección de contratistas en estudio, se puede observar que existe ambigüedad en la redacción de las cláusulas del pliego de cargo, lo cual lleva a la confusión a los ofertantes de este acto público; puesto que, la entidad licitante señala la necesidad de la presentación de una declaración de acciones nominativas en el punto 3 de la plantilla electrónica y en el punto 13, (condiciones especiales del pliego de cargos) indica el deber de aportar una certificación para cumplir con este requisito lo cual se puede observar así de la siguiente manera:

3 Declaración de Acciones Nominativas. En los actos públicos cuyo precio de referencia exceda los Quinientos Mil Balboas (B/. 500,000.00), tratándose de proponentes que sean personas jurídicas, estas deberán presentar vía electrónica a través del portal de PanamaCompra, y antes de la celebración del Acto Público respectivo, la Declaración Jurada, establecida en el artículo 35 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017.
Para dicha presentación, se deberá cumplir con los requisitos establecidos en la Circular No. DGCP-019-2019 de la Dirección General de Contrataciones Públicas.
Las entidades podrán verificar y validar que se ha cumplido o no con este requisito a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamaCompra.

13. REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN DE PERSONA JURÍDICA

En todo acto de selección de Contratista, cuya cuantía exceda de quinientos mil balboas (B/.500.000.00), en el que participen personas jurídicas, el capital accionario de estas deberá emitirse en su totalidad en acciones nominativas.

Las personas jurídicas que participen en procesos de selección de Contratistas, cuya cuantía del acto de forma individual o agregada exceda la suma de quinientos mil balboas (B/.500.000.00), presentarán ante la Dirección General de Contrataciones Públicas una declaración jurada del agente residente o presidente o quien delegue la junta directiva de la persona jurídica en la que deberán certificar el nombre de cada persona natural que sea directa o indirectamente beneficiario final de, por lo menos, el 10% del capital accionario emitido y en circulación. En caso de consorcios o asociaciones accidentales, todos sus integrantes que sean personas jurídicas, nacionales o extranjeras, que participen en actos de selección de Contratista deberán cumplir con este requisito. Esta declaración deberá mantenerse actualizada de manera anual y su falta de presentación será impedimento de participación como proponente. Se exceptúan las personas jurídicas cuyas acciones comunes se coticen públicamente en bolsas de valores de una jurisdicción reconocida por la Superintendencia del Mercado de Valores de Panamá.

Toda declaración notarial jurada con información contraria o falsa a lo establecido en el párrafo anterior, según las características y gravedad del caso, dará lugar a responsabilidad penal y civil, para lo cual se iniciarán las investigaciones para las sanciones correspondientes.

Se deberá aportar certificación expedida por la dirección general de contrataciones públicas para este requisito. Ver artículo 35 del texto único de la ley 22 de 2006, ordenado por la ley 61 de 2017.

En este sentido, este Tribunal puntualiza que es clara e indubitable la forma de cumplimiento de este requisito señalado en el artículo 35 de Texto Único de la Ley 22 de 2006, o sea, de esta manera, todo ofertante tiene la obligación de acatar con lo establecido en la circular No. DGCP-019-2019 de 12 de septiembre del 2019, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, al igual que, todas las entidades licitantes tiene el deber de no incluir como requisito en los pliegos de cargos la presentación de la Declaración jurada de Acciones Nominativas, máxime que dicho requerimiento puede ser verificado por todas las personas interesadas como también por las entidades licitantes como señala de igual forma la circular arriba citada, como se puede observar en el punto V así:

27



V. VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO EN LOS ACTOS PÚBLICOS.

Las entidades licitantes, podrán verificar en los procedimientos de selección de contratista convocados por éstas, cuya cuantía exceda la suma de quinientos mil balboas (B/.500,000.00), si las personas jurídicas que hayan participado han cumplido con el requisito de presentación de la declaración ante la DGCP, a través del Sistema Electrónico "PanamaCompra" (www.panamacompra.gob.pa).

En este sitio, se podrá verificar el nombre de la persona jurídica, su número de registro único (Ruc) o de identificación correspondiente, fecha de presentación de la declaración y su vigencia.

Aunado a lo anterior, esta Colegiatura de acuerdo a lo comprobado en el expediente administrativo y cotejado con el portal electrónico "PanamaCompra", observa también, la existencia de otro vicio de nulidad en que incurre la entidad licitante al incluir un *sub-criterio* en la propuesta técnica en el punto 4.1.3 del pliego de cargos, como puede visualizarse así:

4.1.3. Certificación en gestión de Calidad (5 puntos)

Dentro de la propuesta el proponente deberá presentar copia autenticada por notario público de certificación ISO45001:2018 o ISO9001:2008 o ISO9001:2015.

Como puede apreciarse el aspecto relacionado a la forma de cumplimiento de un requisito ponderable para este acto público como lo es la certificación en gestión de calidad de un ofertante contraviene tanto el principio de economía como también la igualdad de los proponentes, puesto que, la entidad licitante al directamente solicitar que este requerimiento se vería cumplido con la aportación de una certificación emitida por la Organización Internacional de Estandarización (ISO); ya que, es conocido que existen certificados avalados por otros organismos y entes certificadores. Las certificaciones de la norma se utilizan en cualquier organización para proporcionar seguridad sobre la capacidad de la misma para satisfacer los requisitos de calidad y mejorar la satisfacción de los clientes en las relaciones *proveedor-cliente* y para llevar a cabo esta tarea, existen varias organismos normalizadores, entidades acreditadoras y entidades certificadoras en todo el mundo, estas últimas más que todo se encargan de auditar el cumplimiento de la implementación y mantenimiento del sistema de gestión de calidad, emitiendo un certificado de conformidad.

Como queda visto, en esta materia para las certificaciones de calidad, no existe ninguna diferencia desde la perspectiva del reconocimiento internacional del certificado emitido por estas entidades certificadoras debidamente avaladas por las organizaciones normalizadoras; de este modo, en el caso de que surja algún problema con alguna de las entidades certificadoras, dicho problema se debe presentar ante el acreditador del país correspondiente. Este organismo actuará para solucionar el problema y si es necesario sancionará al certificador.

4



De esta forma con el solo establecimiento por parte de la entidad licitante de un requisito ponderable, por ejemplo, la aportación de una certificación de gestión de calidad hace a dicha cláusula del pliego de cargos, un requisito restrictivo de participación, lo cual resulta en que se conciba la invalidez total de las actuaciones realizadas dentro del procedimiento de selección de contratistas, de acuerdo con el vicio que condiciona la presentación de las ofertas lo que contraviene un principio orientador como lo es la igualdad de los proponentes. Lo *in commento* lo expresamos ya que, en el Derecho Comparado, *verbigracia* en Colombia, desde el año 2007 por la Ley 1150, se dispuso la prohibición de exigir certificaciones de gestión de calidad en los procesos de selección de contratistas, estableciendo que estos no serán ni objeto de calificación o ponderación adicional a un proponente de contar con ellos, ni mucho menos podrán ser estas certificaciones incluidas como documentos habilitantes para participar en los distintos concursos o licitaciones.

Sobre el particular, debe quedar claro que todas las entidades convocantes de un determinado acto de selección de contratistas, guardan una discrecionalidad técnica en la configuración del pliego de cargos, sin embargo, al momento de la revisión por este Tribunal de dichas cláusulas o pautas dadas a los ofertantes, esta Colegiatura de acuerdo a la Legislación Vigente ostenta el control en sede administrativa para evaluar la observancia y estricta aplicación de las normas sobre contrataciones públicas, sobre la actuaciones *pre-contractuales* realizadas por parte de las distintas entidades licitantes. En este horizonte, las entidades apoyadas en el principio de razonabilidad, tienen amplia libertad para configurar el negocio, lo que se plasma en el pliego de cargos y en los términos de referencia. Es así como las entidades licitantes, dentro de su amplia discrecionalidad, definen aspectos múltiples del futuro negocio, como el bien o servicio a contratar y el perfil de las personas naturales o jurídicas que ofertarán, de acuerdo a razones de estricta conveniencia, pero no el capricho ni la arbitrariedad.

Lo anterior no significa que los procedimientos de selección de contratistas sean totalmente discrecionales, sino que al fijar las condiciones del negocio las entidades licitantes ejercen tales facultades; por esta razón, como dicha actividad se concreta en los pliegos de cargos, su configuración se armoniza con las consideraciones de conveniencia y también de legalidad, de esta manera se materializa la libre configuración del negocio. También es cierto que se concreta la rigurosa aplicación de lo exigido en el pliego al momento de la verificación o evaluación de las ofertas por parte de las comisiones asignadas por las entidades licitantes para realizar esta labor. En esta fase la administración licitante no pudo elegir si aplica o no a los oferentes cierto requisito, y el puntaje que asignará de acuerdo al cumplimiento, pues esa parte del negocio quedó configurada en el pliego de cargos, que ya no puede alterarse con fundamento en que la entidad cambió el criterio de conveniencia o advirtió que incurrió en cierta equivocación, o porque las calidades que quería exigir eran otras. Lo anterior es algo que, dentro del principio de responsabilidad, la entidad debe soportar.

21



Empero, la vinculación de la administración al pliego de cargos también se extiende a este Tribunal, salvo la existencia de vicios o ilegalidades del contenido del pliego de cargos como sucede en el caso en estudio, ya que de lo contrario se estudiaría el fondo de la litis examinando si la adjudicación se realizó en debida forma, esto es, basado en el criterio de que, si la entidad escogió el ofrecimiento más favorable, de acuerdo al principio de selección objetiva. La conveniencia del ofrecimiento no queda librada a la discrecionalidad de la administración ni del juez en sede administrativa, pues la ley es el rumbo que debe seguirse en los casos de vicios de nulidad como observamos en el caso *sub-judice*. Al avanzar en el análisis relacionado con los límites que deben respetarse en la configuración de los pliegos de condiciones que han de regir en cada procedimiento administrativo de selección contractual, hay lugar a precisar que las entidades estatales licitantes deban ser extremadamente cuidadosas y transparentes al exigir a los oferentes el cumplimiento de requisitos razonables y proporcionales cuya inobservancia, a la vez, determina que tales entidades no pueden seleccionar entonces las ofertas de acuerdo a la legislación vigente sobre contrataciones públicas dentro de las dimensiones del Principio de Legalidad cuyas vigencia y obligatoriedad resultan consustanciales al ejercicio de las funciones públicas y al poder que en ellas va inmerso en un Estado Social y Democrático de Derecho, regla en cuya virtud las autoridades públicas no pueden ejercer sino aquellas funciones o desplegar las atribuciones que les hubieren sido expresamente asignadas o conferidas por la Constitución Política o las leyes de la República.

Dicho lo anterior, este Tribunal expresa que los *in comento*, vicios hacen imposible a los *proponentes-ofertantes* formular adecuadamente, y en condiciones de igualdad, sus ofertas, por desconocer qué es lo que espera la entidad licitante que sea entregado o aportado por los distintos ofertantes, como también impide que el examen de las propuestas pueda acometerse adecuadamente por la comisión encargada de la valoración de dichas ofertas; y todo ello por no existir una clara definición previa de los requerimientos y la forma de cumplirlos en el pliego de cargos, siendo necesario que todos los ofertantes cuenten con los parámetros necesarios para apoyarse al momento de presentar sus propuestas. En definitiva, los requerimientos *supra* citados del pliego cargos son tan poco concretos que no es posible efectuar una valoración de las ofertas acorde a unos aspectos previamente definidos, siendo el margen de discrecionalidad de la comisión evaluadora ilimitado, lo que atenta claramente a los principios de igualdad de los proponentes, economía y de transparencia, toda vez que las ofertas se efectúan sin conocer mínimamente cómo han de ser valoradas.

Está claro que los criterios de valoración de las ofertas, deben de esta manera, redactarse con la objetividad e imparcialidad necesarias para poder realizar una valoración de las ofertas con sujeción y respeto al principio de igualdad de los proponentes, criterios estos de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor que contengan todos los detalles de los aspectos sujetos a verificación y evaluación,

21



pautas necesarias para su ponderación. De esta manera, en ningún caso, ~~estos criterios~~ de ponderación no deben ser aplicados de manera subjetiva, ni mucho menos matizados al momento de verificar el cumplimiento o no de algún requisito requerido en el pliego de cargos, ya que, este Tribunal ha sido enfático en manifestar lo establecido en la normativa en relación a que las entidades licitantes deben establecer reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de oportunidades, tal como lo establece el artículo 2, numeral 2 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

Esta Colegiatura puede visualizar la existencia de esta forma, de indiscutibles fallas y vicios dentro del presente acto de selección de contratistas; por lo que, este Tribunal, no puede pasar por alto dichos errores, omisiones y fallas en las actuaciones pre-contractuales, y en ese sentido nos pronunciamos. Siendo que las entidades licitantes no deben realizar sesgados requerimientos a los ofertantes ni mucho menos exigir en los pliegos de cargos documentos de carácter general emitidos por las diferentes autoridades nacionales *verbigracia* la Dirección General de Contrataciones Públicas, la cual de conformidad a sus facultades legales a solicitud de cualquier entidad licitante puede validar electrónicamente los mismos, tanto antes como al momento de la verificación y evaluación de los requerimientos establecidos en el pliego de cargos.

Debemos recordar que al determinar las entidades licitantes y plasmar los requisitos, formalidades o solemnidades, será su obligación el que de la forma más clara posible exprese las estipulaciones precontractuales a todos los ofertantes, para que, al momento de presentar sus propuestas dicha documentación cuente con la validez necesaria que estos esperan al seguir las directrices señaladas en el pliego de cargos, cumpliendo de esta manera con todas las exigencias para la formación del futuro negocio o contrato público. La omisión o la confusión de solemnidades constitutivas hecha en la planeación o la redacción de los requerimientos del pliego de cargos conducen a la declaración de inexistencia del procedimiento de selección de contratistas de acuerdo a las pretermisiones o desaciertos de la propia entidad licitante al convocar y redactar los criterios de selección en la fase pre-contractual.

Como bien lo explica el profesor **DROMI**¹ 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”.

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

¹ DROMI, Roberto. “La licitación Pública” Buenos Aires, 1995. p.271.

9



los restantes proponentes-ofertantes; en tal sentido somos del criterio que mal podríamos pasar por alto el que se incumpla con las directrices desarrolladas por la circular No. DGCP-019-2019 de 12 septiembre de 2019 y con la desproporcionada decisión de la entidad licitante de solo admitir la certificación de un ente u organismo que avale la gestión de calidad de una empresa ofertante, 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-ofertantes 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 este acto de selección de contratistas (licitación por mejor valor).

En consecuencia, a los efectos anulatorios del presente acto de selección de contratista, este Tribunal basado en los argumentos antes mencionados, señala que los requerimientos *supra* indicados, inducen a error a los proponentes-ofertantes, 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 los requisitos mínimos obligatorios (habilitantes) y ponderables, afectando la igualdad de oportunidades de los proponentes ante la ausencia de reglas justas claras y equitativas. Conviene agregar, que el planteamiento anterior, se enmarca 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 33 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017:

“Artículo 33. Estructuración del pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista, del procedimiento excepcional de contratación o del procedimiento especial de contratación, el correspondiente pliego de cargo 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**”. (el subrayado y la negrita es del Tribunal)

Por lo tanto, atendiendo a lo preceptuado en el Capítulo XIX Nulidad de los Actos y Contratos de este mismo compendio de normas, el cual manifiesta lo siguiente:

“Artículo 155 Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen aquellos

37



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.**” (el subrayado y la negrita es del Tribunal)

De manera tal que, este Tribunal mal pudiese entrar a valorar el fondo del proceso ante la existencia de vicios de nulidad absoluta presentes dentro de este acto de selección de contratista, por lo cual, lo concerniente conlleva *anular* el procedimiento de selección de contratistas, ya que, este acto de selección de contratista, se realizó con prescindencia a lo previamente establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006.

En este mismo orden de ideas, consideramos preciso manifestar, lo siguiente:

“Artículo 156. Causales de nulidad relativa. Las demás infracciones al ordenamiento jurídico serán meramente anulables, a petición de quien tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado, dentro de los términos que, para la impugnación de actos administrativos, establece la presente Ley y supletoriamente el procedimiento administrativo general; transcurridos dichos términos se entenderán saneados.

Artículo 157 Declaratoria de nulidad: La nulidad se decretará cuando ello sea absolutamente indispensable para evitar **indefensión, afectación de derechos de terceros.....**” (el subrayado y la negrita es del Tribunal)

Por lo que es tarea de este Tribunal en sede administrativa, el resguardar el correcto desenvolviendo de las fases o etapas en los distintos actos de selección de contratista, siendo así que, no puede avalarse el que las entidades licitantes realicen tramites distintos o adicionales a los expresamente previstos en la ley y el decreto reglamentario, ya que de esta manera, resulta estrictamente necesario que todas las entidades se rijan por las disposiciones de la legislación sobre contrataciones públicas.

Así las cosas, esta colegiatura procede a *revocar* en todas sus partes la Resolución N° 005 del 8 de abril de 2020 proferida por la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), la cual decidió adjudicar la licitación por mejor valor No. 2019-2-78-0-99-LV-011871 a la empresa **SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN S.A. (SEPROSA)**, 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, que al tenor apunta a la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de *anular* la actuación de la entidad contratante.

“Artículo 213. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones

27.



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 y la negrita es del Tribunal)."

En cuanto a lo referente al destino del afianzamiento de la actividad recursiva, mediante su representatividad dentro del infolio administrativo, al no evidenciarse temeridad ni dilación alguna por la parte del impugnante, se ordena la devolución de la fianza de impugnación consignada (diligencia No. 035-2020) del día 24 de abril del 2020, emitida por Acerta Compañía Seguros, por un monto de Cuatrocientos Ochenta y Siete Mil Ochocientos Setenta y Dos Balboas con 26/100 (B/. 487,872.26), a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/teniendo como beneficiario a la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA) /Contraloría General de la República.

De los razonamientos *ut supra* expresados, concluye el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR** los efectos de la Resolución N° 005 del 8 de abril de 2020 proferida por la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), que decidió adjudicar el acto público bajo análisis, a la empresa **SEGURIDAD PERMANENTE Y PROTECCIÓN S.A. (SEPROSA)**, por un precio de Cuatro Millones Ochocientos Setenta y Ocho Mil Setecientos Setenta y Dos Balboas con 56/100 (B/. 4,878, 772.56), por ser considerada la oferta que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos.

SEGUNDO: **ANULAR** el procedimiento de selección de contratista No. 2019-2-78-0-99-LV-011871, celebrado por la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), para la prestación de los "Servicios de Vigilancia, Custodia y Control de Acceso a las Instalaciones de ETESA ubicadas en las Provincias de Panamá, Colón, Coclé, Veraguas, Chiriquí y Bocas del Toro", en razón de que la entidad licitante al redactar los requisitos 3 de la plantilla electrónica, el punto 13 y el punto 4.1.3 del pliego de cargos; conduce a error a los ofertantes, siendo así que el presente acto de selección de contratista, se haya realizado con prescindencia a lo previamente establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006.

TERCERO: **DEVOLVER** a la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA), el expediente administrativo contentivo del procedimiento de selección de contratista No. 2019-2-78-0-99-LV-011871; el cual consta de seis (6) tomos, integrados por tres mil doscientas veintinueve (3,229) fojas útiles.

21

CUARTO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación No. FIMI-810 consignada (diligencia No. 035-2020) del día 24 de abril del 2020, emitida por Acerta Compañía Seguros, por un monto de Cuatrocientos Ochenta y Siete Mil Ochocientos Setenta y Dos Balboas con 26/100 (B/. 487,872.26), que representa el diez por ciento (10%) del valor total propuesto por el recurrente, a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/teniendo como beneficiario a la Empresa de Transmisión Eléctrica S.A. (ETESA) /Contraloría General de la República. (fs. 048-049 del Expediente Jurídico del Tribunal)

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: NOTIFICAR a las partes de la presente resolución a través del portal electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posterior a su publicación en el portal electrónico "PanamaCompra".

SEPTIMO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°042-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de la República de Panamá, Convención Americana de Derechos Humanos; Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, recientemente reformada por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,



JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado



DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado



ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

Voto concurrente



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada





REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS
VOTO CONCURRENTe DEL MAGISTRADO ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

Expediente: 042-2020

Recurrente: MILLENIUM SECURITY SERVICE, S.A.

Resolución N°105-2020-Pleno/TACP de 27 de julio de 2020 (Decisión).

En esta oportunidad, manifestamos que respaldamos y concurrimos con la parte dispositiva de la presente Resolución N°105-2020-Pleno/TACP de 27 de julio de 2020 (Decisión); sin embargo, con el respeto acostumbrado, disentimos de un aspecto que se destaca en la parte motiva de la misma, en relación con **el requisito de presentar certificación de calidad ISO** (Organización Internacional de Normalización, ISO por sus siglas en inglés).

Al respecto, estimo que es viable que la entidad solicite la certificación de calidad bajo las normas ISO, dado que se trata de una organización presente en más de 190 países, incluyendo Panamá desde hace más de 20 años, ya que con esto se busca que los contratistas del Estado cumplan estándares internacionales, en este caso en cuanto a sus sistemas de gestión de calidad y/o gestión de la seguridad y salud en el trabajo, sobre todo tratándose de un acto público de más de 5 millones de dólares, en consecuencia **considero que no contraviene el principio de igualdad de los proponentes, como se indica en el proyecto.**

Por lo anterior, emitimos nuestro voto concurrente,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

