



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 068-2020

RECORRENTE: MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID (MTMD SUPPLIES)

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones No.02 de 25 de agosto de 2020, emitido por el Municipio de La Pintada, Junta Comunal de Llano Grande, dentro del procedimiento de selección de contratista por contratación menor No.2020-5-9-02-02-CM-000021.

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°127-Pleno/TACP de 6 de octubre 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 Municipio de La Pintada, Junta Comunal de Llano Grande, convocó el procedimiento de selección de contratista No.2020-5-9-02-02-CM-000021, para el suministro de materiales de construcción para Capilla de San Juanito, Corregimiento de Llano Grande, Distrito de La Pintada, Provincia de Coclé, de acuerdo a lo establecido en

29



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 aportaran sus ofertas el día 21 de agosto 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 Cuarenta y Seis Mil Cuatrocientos Cincuenta y Cuatro Balboas con 57/100 (B/.46,454.57).

En dicho procedimiento público participaron dos (2) proponentes, en su orden de oferta: MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID y ALMACEN AGROPECUARIO LA PINTADA, S.A.

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, el Municipio de La Pintada, Junta Comunal de Llano Grande, notificó a las partes del Cuadro de Cotizaciones No.02 de 25 de agosto de 2020, cuando el día 25 de agosto de 2020 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No.2020-5-9-02-02-CM-000021, por considerar que es la que cumple con los términos de referencia de la presente contratación; así como también ser la de menor precio.

El Cuadro de Cotizaciones No. 02 de 25 de agosto de 2020 fue recurrido en tiempo procesal oportuno por el señor MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID, representante legal del comercio denominado MTMD SUPPLIES, a través del jurista LUIS BARRÍA; alegando que la oferta beneficiada con la adjudicación del acto público comentado, incumplió con el punto No.6 de otros requisitos del pliego de cargos, al presentar especificaciones técnicas distintas al desglose de precios, específicamente en los renglones 25, 109, 111, 174, 180, 182 y 195.

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. 119-2020 de 8 de agosto 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, así como también señalando que las presuntas inconsistencias que denuncia la recurrente en

21



los renglones 25, 109, 111, 174, 180, 182 y 196, no alteran el material físico solicitado por la institución ni mucho menos el precio, al ser errores ortográficos; empero, que algunas especificaciones técnicas de MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID, tal es el caso de los renglones 5, 34, 35, 36 y 53, sí que alteran el material físico requerido. Por ejemplo, que el recurrente ofreció PVC potable en vez de sanitario, los cuales son distintos, el ofertado por el accionante es exclusivo para agua potable; mientras el que la entidad necesita es para uso sanitario.

Sigue alegando la entidad que, el renglón No.156, que se refiere a puertas, tiene un precio de B/.51.05 y que de acuerdo a la vista principal que se muestra en la foja 5 del conjunto de plano anexos a las especificaciones técnicas del pliego de cargos, donde se indica una puerta de dos paños de 0.90 metros de altura, incluyendo su semicircunferencia, medidas indicadas y posibles de determinar mediante escala existente en el dibujo.

Que en los renglones No.109, 110, 111 y 112 del desglose de materiales de MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID, mantienen precios unitarios inferiores a los del mercado nacional, siendo riesgoso, ya que el renglón No.112 considerado como accesorio complementario de la cubierta de techo, tiene un precio unitario mayor a los renglones 109, 110 y 111, que son láminas tipo teja de metal.

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 por contratación menor, emitido por el Municipio de La Pintada, Junta Comunal de Llano Grande 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, los cuales 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

91



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 así con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley especial de adquisición gubernamental.

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, siendo esa una facultad reglada del administrador de justicia, al encontrar en una disposición legal la conducta que debe observar al momento de tomar una decisión y no a su libre disposición o discrecionalidad, para lo cual deberá razonar su decisión de acuerdo al principio procesal de motivación que debe permanecer en toda decisión.

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 y el procedimiento llevado a cabo, no se encontró ningún tipo de pretermisión que nos lleve a declarar la nulidad de todo lo actuado, por el contrario, se desarrolló de acuerdo a las disposiciones legales que la sustentan. Es decir, la convocatoria se realizó tomando en consideración el plazo mínimo que destaca el parágrafo "a" del artículo 42 del Texto Único de la Ley No. 22 positiva, ya que el acto público de selección de contratista al recaer sobre bienes y servicio, ser mayor de diez mil balboas (B/.10,000.00) y no excede los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) se llevó a cabo con una antelación no menor de tres (3) días hábiles, contados desde la publicación del acto público hasta la entrega de las ofertas. Tampoco se evidencia una tendencia parcial ante un proponente en particular, entre otras cosas más que han sido totalmente descartadas.

Así las cosas, se desprende del proceso que la entidad adjudicó el presente procedimiento de selección de contratista a la empresa ALMACEN AGROPECUARIO LA PINTADA, S.A., con oferta de Treinta y Siete Mil Ochocientos Ochenta y Tres Balboas con



57/100 (B/.37,883.57), por ser la de menor precio y por considerar que satisface el pliego de cargos las especificaciones técnicas del presente acto público; no obstante, como quiera que por razones de competencia funcional, nacido por la presentación del recurso de impugnación por parte del señor MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID, representante legal de MTMD SUPPLIES, nos corresponde evaluar la oferta del beneficiado con la adjudicación, con el fin de confirmar o descartar lo que se nos plantea, para lo cual examinaremos las ofertas en el orden del precio más bajo, hasta lograr la adjudicación o la declaratoria de desierto.

Antes de entrar en el fondo del asunto, debemos despejar las dudas de la entidad en cuanto al tipo de acto público en el que nos encontramos, siendo este un procedimiento de selección de contratista por contratación menor, desarrollado bajo los parámetros del contenido del artículo 52 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006 y su reglamentación y no ante un procedimiento excepcional de contratación; confusión que pudimos visualizar en la foja 2 del informe de conducta.

Los procedimientos de selección de contratistas son los que se encuentran enumerados exclusivamente en el artículo 51 de la ley especial que nos gobierna (contratación menor, licitación pública, licitación por mejor valor, licitación por mejor valor con evaluación separada, licitación por convenio marco, licitación de subasta en reversa y subasta de bienes públicos); mientras que los procedimientos excepcionales de contratación son aquellos que nacen a la vida jurídica cuando se produzcan hechos o circunstancias por las cuales la celebración de cualquiera los procedimientos de selección de contratista establecidos en el artículo 51 de la ley de contrataciones públicas, pongan en riesgo la satisfacción de los requerimientos e intereses del Estado, por ejemplo: cuando hubiera urgencia evidente (situación imprevista, impostergable, etc), los contratos de permuta para adquisición de bienes muebles o inmuebles, previo avalúo correspondiente, etc. Además, en éstos últimos solo existe un solo proponente, no existe la participación de otra parte para la adjudicación.

Resuelta la incertidumbre, pasamos al análisis de la oferta de ALMACEN AGROPECUARIO LA PINTADA, S.A. Se trata de una propuesta presencial, y que presenta inconsistencias en algunas especificaciones técnicas, tales como en el renglón No.25, ya que el pliego de cargos exige madera rústica de 1"x12"x12'; mientras que la empresa ALMACEN AGROPECUARIO LA PINTADA, S.A., ofertó de 2"x4"x12', es decir, totalmente distinto a lo requerido, tal y como lo ha apuntado la recurrente. Igual situación ocurre con el renglón No.109. El proponente ha presentado para su oferta un objeto descrito como "Terra 16 gradas, y a pesar de que la entidad ha sostenido que se trata de un error ortográfico, lo cierto es que este Tribunal no debe especular que se trata de lo mismo, cuando a simple vista se puede entender que un bien mueble incompleto, por cuanto del pliego de cargo se desprende que se solicita láminas de zinc tipo teja de metal color rojo terra 16 gradas. Similares inconsistencias apreciamos en los renglones 111,

El.



174, 180, 182 y 195, razones de peso que nos impide mantener la adjudicación realizada por la entidad, ya que no se tratan de errores puramente ortográficos, sino también de unidades de medidas y de cantidades no requeridas, siendo así una propuesta alternativa como ha expuesto el recurrente. Oferta alternativa que el pliego de cargos no admite bajo ningún concepto.

Una oferta alternativa es aquella que es diferente a la peticionada en los términos de referencia, y que no es justa, dado que contraria uno de los principios básicos de la contratación estatal como lo es el de la igualdad de los proponentes, por cuanto que la escogencia debe girar en torno a los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos, no pudiendo después de esta modificar condiciones sobre las que se efectuó el acto público. En una oferta alternativa el ofertante entraría en una ventaja sobre el resto de los participantes, respecto a condiciones o características no advertidas por la entidad, rompiendo así con los parámetros de escogencia como lo son la objetividad y la plena justicia que nos recuerda el texto constitucional.

Es la entidad la que impone los requisitos exigidos de forma unilateral, con reglas claras, justas, objetivas y completas y no los proponentes con sus ofertas alternativas para que la contratación se celebre bajos sus parámetros y no los de la entidad, lo que sacaría de inmediato a cualquier otro oferente en la adjudicación, y que además se prestaría para que la escogencia deje de ser un tema reglado para convertirse en discrecional, porque no existirían condiciones objetivas para su selección, por tratarse de características no exigidas ni previamente establecidas. Son esas inconsistencias que impiden a esta colegiatura mantener la elección de la propuesta de ALMACÉN AGROPECUARIO LA PINTADA, S.A. como meritoria del presente acto público.

Pasamos a evaluar la siguiente y última oferta presentada por MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID, representante legal de MTMD SUPPLIES, con precio de Cuarenta y Seis Mil Seiscientos Treinta y Tres Balboas con 14/100 (B/.46,633.14). Luego del examen de los documentos aportado con la propuesta, coincidimos con la entidad cuando en el informe de conducta nos refiere que la persona natural bajo análisis también incumple con las especificaciones técnicas. Por ejemplo, en el renglón No.5 se exige cemento gris; mientras que MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID ofrece simplemente cemento, tomando en consideración que existen varios tipos de cemento, entre ellos el gris, conocido como Portland, el blanco, el aluminoso y otros más. El proponente no ha definido de manera clara su oferta en ese renglón, lo cual no deja claramente definido la característica del objeto a contratar.

En el renglón No.34 se requiere codo pvc sanitario, pero el proponente oferta codo de pvc potable, en donde la entidad incluso ha descrito sus diferencias en el informe de conducta y su inutilidad para este acto público. Lo mismo ocurrió en los renglones 35, 36 y 53.

21



Así, pues, queda claro que ninguna de las ofertas participantes en el procedimiento de selección de contratista ha cumplido con el pliego de cargos para esta contratación estatal, ubicándose el caso en el numeral 2 del artículo 66 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, razón por la cual este tribunal se avoca a declarar desierto. Cabe destacar, que en ningún caso las entidades pueden dejar de observar los requisitos de los términos de referencia, para identificar si un proponente cumple o no con los fines del Estado en la ejecución del objeto a contratar, o sea, que si bien no en todos los casos que existen proponentes, se debe adjudicar, ya que, de acuerdo a la ley especial que nos gobierna, la valoración de la pertinencia de tal escogencia, cualquiera que sea debe ir aparejada de la razonabilidad; misma que podemos verificar con la compatibilidad de los requisitos generales, especiales y las características del bien, servicio u obra requerido por la entidad en concordancia con la motivación que soporte la real convicción de lo que se adjudica, cumpliendo así con cada uno de los principios de la contratación pública, ajustándose a cada criterio sin exageraciones ni mucho menos en beneficio de alguien particular que no haya satisfecho los requerimientos que de manera pública han sido convocados y con la prelación que la ley ha dispuesto.

En obediencia de los principios de igualdad de los proponentes, selección objetiva, transparencia, economía, libre concurrencia, entre otros, la regla general nos enseña que la Administración Pública debe seleccionar al o los contratistas con estricta sujeción a los procedimientos reglados o preestablecidos tanto en las leyes como en los reglamentos, con el propósito de asegurar la consecución de los fines de la contratación pública y en especial la satisfacción del interés general que se encuentra dentro en toda actividad precontractual y contractual desarrolladas por el aparato estatal.

Es de suma importancia recalcar que los procedimientos administrativos de selección de contratista, en principio, deberían concluir con la adopción de una decisión de adjudicación, sería el ideal; sin embargo, ello no significa que la selección debe darse desconociendo las normas, principios y el pliego de condiciones para poder satisfacer a la colectividad, o que siempre deba recaer sobre la oferta más favorable en cuanto a precio. No siempre es así, por cuanto en muchas oportunidades la oferta de menor precio no necesariamente cumple con los parámetros de la contratación. No obstante, lo importante o el deber ser es que la escogencia recaiga obligatoriamente de manera objetiva, no es negociable, para cuyo propósito resulta imperativo que la evaluación comparativa se frague de manera que las diferentes propuestas se examinen con estricta y rigurosa sujeción de los factores o criterios de selección estatuidos en los pliegos de condiciones, es decir, sobre los términos y condiciones previamente establecidos.

Luego de realizarse el ejercicio de evaluación, las entidades, de no encontrar satisfacción total en los términos de referencia en las compras menores, deberán declarar desierto el acto público en base a la norma citada previamente, dadas sus importantes implicaciones y los efectos que tal decisión está llamada a generar en el mundo jurídico por

29



ser la declaratoria de desierto una facultad reglada y no discrecional, eso sí, solo de acuerdo a las causales que menciona el contenido del artículo 66 del Texto Único de la Ley No. 22 positiva a momento de su convocatoria.

Por otra parte, vemos que en el informe de conducta la entidad ha manifestado un argumento distinto a la ley especial de compras públicas para indicar que la oferta de MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID es riesgosa, la cual únicamente es potable si la entidad ha señalado el porcentaje correspondiente, o, en caso de que no haya estipulado riesgo ni onerosidad, será cuando considere que el monto propuesto no es conveniente para los intereses del Estado y no por la motivación realizada que tienen que ver con los planos. Tampoco hace un análisis de los precios propuestos por MARCO TULIO MOSCOSO DEL CID que se encuentran por debajo de los precios del mercado nacional. No es una motivación real ni profunda, sino más bien un aspecto meramente subjetivo sin base material que lo respalde.

Por las fundamentaciones externadas es que este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas procede a revocar la decisión venida en impugnación, y en su lugar declarará desierto el procedimiento de selección de contratista No.2020-5-9-02-02-CM-000021, para el suministro de materiales de construcción para la Capilla de San Juanito, Corregimiento de Llano Grande, Distrito de la Pintada, Provincia de Coclé, por ser lo que corresponde en derecho.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones No.02 de 25 de agosto de 2020, convocado por el Municipio de La Pintada, Junta Comunal de Llano Grande, y en su lugar se **DECLARA DESIERTO**, debido a que los proponentes participantes no cumplieron a cabalidad con los términos de referencia del presente acto público de selección de contratista, de acuerdo a la fundamentación razonada en la parte motiva del actual acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante de la Fianza de recurso de impugnación constituida en cheque de gerencia No.006679 fechado 1 de septiembre de 2020, expedido por Global Bank, por un monto de Cuatro Mil Seiscientos Sesenta y Cuatro Balboas con 00/100 (B/.4,664.00) que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 15 del expediente del Tribunal.

21

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N°2020-5-9-02-02-CM-000021, al Municipio de La Pintada, Junta Comunal de Llano Grande, contentivo de un (1) tomo, integrado de ciento sesenta y cinco (165) fojas útiles, tal y como se observa en el informe de trámite fechado 11 de septiembre de 2020 y que reposa a foja 43 del expediente del Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes 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 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 No 068-2020/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

