



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 087-2020

RECURRENTE: FORMAS Y SISTEMAS, S.A. (FORMSISA).

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones N° 1000715573 del 2 de octubre de 2020, emitido por la Caja del Seguro Social, por medio del cual se adjudicó el acto de selección de contratista N°2020-1-10-0-08-CM-381769.

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN No. 135-2020-Pleno/TACP de 23 de octubre de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, que regula la Contratación Pública en Panamá; en su artículo 146 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. 439 de 10 de septiembre de 2020, que establece el procedimiento para la tramitación del recurso de impugnación en sus artículos 238 al 240 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 47 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, la Caja del Seguro Social, publicó en el portal electrónico "PanamaCompra", el día 28 de septiembre de 2020, el aviso de convocatoria y el pliego de cargos para que todo comerciante interesado en contratar con el Estado, presentara el día 2 de octubre de 2020, en horario de 9:00 hasta la 11:00 a.m., las propuestas contentivas de toda la documentación necesaria para participar del procedimiento de selección de contratista No. 2020-1-10-0-08-CM-381769, cuyo objeto contractual es el "Suministro de Toner Lexmark mx310 original y

51



Fotoconductoremx 310 original departamento de gestión de emergencias, desastres y transporte de pacientes”.

Tales ofertas, según los términos de referencia, fueron abiertas el mismo día de la entrega, es decir, el día 2 de octubre de 2020, desde las 11:01 de la mañana.

La Caja del Seguro Social, luego del trámite correspondiente al procedimiento de Compra Menor decidió adjudicar el acto público bajo análisis, mediante el Cuadro de Cotizaciones N° 1000715573 del 2 de octubre de 2020 a la empresa Provisiones y Partes Industriales, S.A., por un precio de Once Mil Novecientos Veintiséis Balboas con 80/100 (B/. 11,926.80), 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 2 de octubre de 2020. (visible a fojas 006-007 del expediente del Tribunal).

II. PRESENTACIÓN DE RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Dentro del término procesal oportuno de conformidad con el artículo 157 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 reordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, es decir, el día 12 de octubre de 2020, por el Lcdo. Rodrigo A. Olivardia R., en representación de la empresa **FORMAS Y SISTEMAS, S.A. (FORMSISA)**, presentó ante la Secretaría General de esta Colegiatura, escrito de recurso de impugnación en contra del Cuadro de Cotizaciones N° 1000715573 del 2 de octubre de 2020, proferido por la Caja del Seguro Social que adjudicó a la empresa Provisiones y Partes Industriales, S.A., el acto público No. 2020-1-10-0-08-CM-381769 (Poder y recurso de impugnación visibles a fojas 10 a la 17 del expediente del Tribunal).

III. PRETENSIONES DEL RECURRENTE:

El Lcdo. Rodrigo A. Olivardia R., quien representa los intereses del recurrente, sustentó su libelo de demanda con fundamento en las siguientes manifestaciones:

Señala en sus hechos que mediante el Cuadro de Cotizaciones N° 1000715573 del 2 de octubre de 2020, la Caja del Seguro Social adjudicó a la empresa Provisiones y Partes Industriales, S.A., el acto público No. 2020-1-10-0-08-CM-381769; sin embargo, el recurrente indica que la propuesta de la empresa adjudicataria incumple con el requisito de presentar el formulario de propuestas siendo este un requisito no subsanable tal cual aparece en la sección de “Condiciones Especiales” “Documentos a presentar con la propuesta” condición numero #2 de la sección de “otros requisitos”; como también indica que la declaración jurada de no incapacidad legal para contratar, no se ajusta a los parámetros requeridos, ya que se declara única y precisamente que no se encuentra inhabilitados para contratar con el Estado, sin embargo lo requerido por el artículo 24 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, consiste en que se declare que el proponente no se encuentra dentro de alguna situación de incapacidad legal de la señaladas por la norma, por tanto el documento aportado obviamente no cumple con lo solicitado; por ende, peticiona que se revoquen

21



los efectos del acto impugnado, y se le adjudique el acto público a su representado. En base a todo lo *ut supra* expresado, el censor considera que la entidad licitante infringe el principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, 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 Compra Menor.

IV. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución No.076-2020/TACP de 13 de octubre de 2020, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos anunciados en los artículos 238, 239, 240 y s.s., del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, admitió el recurso de impugnación interpuesto por el Lcdo. Rodrigo A. Olivardia R., en representación de la empresa **FORMAS Y SISTEMAS, S.A. (FORMSISA)**, resolución que fue publicada el día 13 de octubre de 2020, en el portal electrónico denominado "PanamaCompra," corriéndose traslado del recurso presentado a la Caja del Seguro Social para que, a partir de la notificación de la resolución precitada, compulsara dentro del término tres (3) días hábiles, el informe de conducta a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra," acompañado de toda la documentación correspondiente al acto impugnado.

V. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA.

Mediante Nota ADENL-DNC-IC-1440-2020 de 16 de octubre de 2020, publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra," el 19 de octubre del presente año, la Caja del Seguro Social, remitió informe de conducta de acuerdo al artículo 158 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, en el que hace un recuento de la actuación llevada a cabo por la entidad. Además, da respuesta a los argumentos del recurrente.

VI. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

De conformidad con lo establecido en el artículo 157 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, reordenada por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, 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 Contratación Menor, establecida en el artículo 57 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, cuya reglamentación se encuentra en el Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, el cual permite de manera expedita, la adquisición de bienes, obras y servicios por diez mil balboas (B/.10,000.00) y que no

21



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 esta Ley.

El criterio de selección instaurado en el acto público por contratación menor 2020-1-10-0-08-CM-381769 fue que, previa verificación, se adjudicaría al proponente que ofertara el precio más bajo y que a su vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos o términos de referencia; de darse el caso que dicha propuesta no cumpla, se procederá inmediatamente a evaluar la segunda propuesta con el precio más bajo, y así sucesivamente adjudicando el acto público o declarándolo desierto por incumplimiento de los requisitos y exigencias del pliego de cargo o términos de referencia por parte de los proponentes.

La empresa Provisiones y Partes Industriales, S.A., a la cual fue adjudicado el acto público No. 2020-1-10-0-08-CM-381769; 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 Caja del Seguro Social.

El día de presentación de las propuestas, participaron dos (2) proponentes, los cuales detallamos a continuación, así:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
14342-104-139493-16	Formas y Sistemas, S.A.	30-09-2020 05:20 p.m.	12,187.50
155655882-2-2017-36	Provisiones y Partes Industriales SA	02-10-2020 09:12 a.m.	11,926.80

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 Colegiado, 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, a fin de poder determinar a quién le asiste la razón.

Ante esto este Tribunal debe indicar que luego del análisis del acto de selección de contratistas en estudio, se puede observar que en las especificaciones técnicas adjuntas para este acto público, la entidad licitante coloca una marca registrada tanto para adquirir tóner como también para el suministro de fotoconductor (LEXMARK), lo que contraviene el Principio de igualdad de los proponentes, ya que las entidades licitantes no pueden exigirles a los *proponentes-ofertantes* una determinada marca comercial, al igual que quebranta lo dispuesto en el numeral 36 del artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, puesto que, en los pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones

21



contrarios a la ley y al interés público, ya que de esto devendrá la nulidad de pleno de derecho de lo actuado.

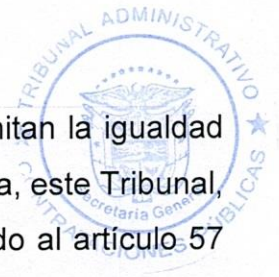
Sobre el particular, este Tribunal ha sido enfático en manifestar lo establecido en la normativa respecto a lo estipulado tanto el artículo 44 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 como también lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020:

“Artículo 44. Especificaciones Técnicas. Las especificaciones Técnicas constituyen las características técnicas del objeto que se va a contratar, las cuales **no pueden hacer referencia, en su caso, a marcas de fábrica**, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante. **Artículo 57.** Especificaciones Técnicas:**No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales**, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productos determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras “o su equivalente “u otra expresión similar”. (el subrayado y la negrita es del Tribunal)

Del *in comento* precepto se puede deducir que el hacer referencia a marcas comerciales constituye una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que esta norma debe ser interpretada de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación o entidad licitante que quiera aplicarla le incumbe la justificación o carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción, circunstancias que se enuncian en el *supra* citado artículo. Por lo que, entrar a valorar las *propuestas-ofertas* presentadas, dado la inclusión de especificaciones técnicas que hagan referencia a una marca comercial determina en el pliego de cargos, iría en detrimento del principio de libre concurrencia o igualdad de trato a los proponentes, del principio de buena fe, legalidad o juridicidad, aunado a que afecta otro principio reconocido por la jurisprudencia nacional: la confianza legítima.

En esta cuerda, recomendamos a las entidades *licitantes-contratantes* que para futuras convocatorias de cualquier acto de selección de contratistas, en los casos en que las instituciones necesiten repuestos o componentes para equipos o bienes ya existentes, estos requerimiento deberán ceñirse a lo indicado en el artículo 44 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 el cual dispone que las especificaciones técnicas constituyen las características del objeto que se va a contratar las cuales no pueden hacer referencia a marcas de fábrica, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante, salvo que esta adquisición se encuentra suficientemente justificada tanto el pliego de cargos como en las constancias procesales dentro del expediente administrativo, ya que los términos y requisitos establecidos en los pliegos de cargos,

21



deben establecer reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la igualdad de condiciones en la convocatoria de los actos públicos. De esta manera, este Tribunal, le reitera a las distintas entidades licitantes-contratantes que de acuerdo al artículo 57 del *supra* citado decreto reglamentario de la Ley 22 de 2006; que mientras sea posible describir el bien requerido de forma genérica y existiendo otras marcas en el mercado o empresas que puedan distribuir o proveer el mismo bien requerido por un procedimiento de selección de contratista, ninguna entidad licitante podrá elaborar un pliego de cargos haciendo referencia a una marca determinada.

De igual manera, esta Colegiatura señala que en el expediente administrativo no existen constancias de las razones o justificaciones técnicas de conveniencia por control de calidad o consideraciones a la garantía (obligación contractual) que determinen la adquisición de los bienes *supra* descritos por parte del órgano de contratación o la entidad licitante, dicha omisión quebrante el precepto de hacer referencia a marcas comerciales lo cual es una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas. Siendo así, el requerimiento de repuestos, debe encontrarse debidamente sustentada en el expediente administrativo, explicando más que todo la compatibilidad técnica con los equipos que ya se encuentra en propiedad del Estado. De esta forma la unidad requirente de la entidad licitante al realizar y conformar la requisición de dichos repuestos se funda en razones meramente técnicas es por esto, que se especifican las marcas de los mismos en virtud de no ocasionar, entre otros aspectos, un daño o pérdida total de los equipos o maquinaria previamente adquiridos, dando como resultado un costo adicional o menoscabo al patrimonio del Estado.

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 observa 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 criterio que mal podríamos pasar por alto este error al colocar una marca de tóner como también para el suministro de fotoconductor, 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

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

21



seguridad jurídica, salvaguardando la aplicación del ordenamiento que rige este acto de selección de contratistas (contratación menor).

En consecuencia, a los efectos anulatorios del presente acto de selección de contratista, la descripción o exigencia de una marca comercial determinada, acarrea que esta contratación menor *en estudio*, sea nula de pleno derecho, al afectar la igualdad de condiciones 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 39 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020:

“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 166 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.**” (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 un vicio de nulidad absoluta presente dentro de este acto de selección de contratista, por lo cual lo concerniente conlleva anular el mismo, ante la exigencia de una marca comercial registrada en el pliego de cargos.

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

“Artículo 167. 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

21



presente Ley y supletoriamente el procedimiento administrativo general; transcurridos dichos términos se entenderán saneados.

Artículo 168. 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 el Cuadro de Cotizaciones N° 1000715573 del 2 de octubre de 2020 proferido por la Caja del Seguro Social, la cual decidió adjudicar la contratación menor No. 2020-1-10-0-08-CM-381769 a la empresa Provisiones y Partes Industriales, S.A., y en su lugar se procede a aplicar lo establecido en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, que al tenor apunta a la facultad del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de *anular* la actuación de la entidad contratante.

“Artículo 244. 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 restableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista 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 parte de la impugnante, se ordena la devolución de la fianza de recurso de impugnación No. 0820-00774-01, consignada (Diligencia No. 076-2020), por un monto de Mil Doscientos Dieciocho Balboas con 75/100 (B/. 1,218.75) a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/teniendo como beneficiario a la Caja del Seguro Social/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 del Cuadro de Cotizaciones N° 1000715573 del 2 de octubre de 2020 proferido por la Caja del Seguro Social, que decidió adjudicar el acto público bajo análisis, a la empresa Provisiones y Partes Industriales, S.A., por un precio de Once Mil Novecientos Veintiséis Balboas con 80/100 (B/. 11,926.80), para el

71

“Suministro de Tóner Lexmark mx310 original y Fotoconductoremx 310 original departamento de gestión de emergencias, desastres y transporte de pacientes”.

SEGUNDO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista No. 2020-1-10-0-08-CM-381769, celebrado por la Caja del Seguro Social, para el Suministro de Tóner Lexmark mx310 original y Fotoconductoremx 310 original departamento de gestión de emergencias, desastres y transporte de pacientes, al considerar que la entidad licitante en las especificaciones técnicas del pliego de cargos hace referencia a una marca comercial, incurriendo de esta manera en una causal de nulidad absoluta.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación No. 0820-00774-01 consignada (diligencia No. 076-2020) del día 12 de octubre del 2020, emitida por Aseguradora Ancón, por un monto de Mil Doscientos Dieciocho Balboas con 75/100 (B/. 1,218.75), que representa el diez por ciento (10%) del precio de referencia del acto público, a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/teniendo como beneficiario a la Caja del Seguro Social/Contraloría General de la República. (fs. 019-021 del Expediente Jurídico del Tribunal)

CUARTO: 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.

QUINTO: 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”.

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°087-2020/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 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020 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



Karen S. Solís M.
Secretaría General, Encargada

