



REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 152-2018

RECORRENTE: DECORACIONES MODERNAS, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 052-18 de 17 de octubre de 2018, proferido por el Instituto Nacional de Cultura, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por licitación pública No. 2018-1-30-0-08-LP-010639.

MAGISTRADO PONENTE: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 227-Pleno/TACP de 5 de diciembre de 2018 (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 el Decreto Ejecutivo No. 188 de 27 de noviembre de 2009, 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 Instituto Nacional de Cultura, convocó el día 23 de agosto de 2018, el procedimiento de selección de contratista para la compra de telones del Teatro Anita

91



Villaláz y Teatro Balboa, con un precio de referencia de Ciento Cincuenta Mil Balboas con 00/100 (B/. 150,000.00), cuya fecha de la presentación de las ofertas fue señalado para el día 3 de septiembre de 2018, en un horario diez (10:00 a.m) hasta las once (11:00 a.m.) de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las once (11:01 a.m.) de la mañana, como fecha y hora para la apertura de las propuestas, y así, mediante un acto transparente 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 y a las leyes complementarias.

En dicho procedimiento público participaron dos (2) proponentes, en su orden de presentación: SELECTA PROJECTS, S.A. y DECORACIONES MODERNAS, S.A.

Posteriormente, y luego de cumplir con los procedimientos de ley, el día 17 de octubre de 2018, el Instituto Nacional de Cultura publicó en el Portal electrónico la Resolución No. 052-18 de 17 de octubre de 2018, decidiendo la adjudicación del presente procedimiento de selección de contratista en la empresa SELECTA PROJECTS, S.A., por ser la recomendación generada por los miembros de la comisión verificadora.

La Resolución No. 052-18 de 17 de octubre de 2018 fue recurrida en tiempo procesal oportuno por la licenciada CINTHIA N. TROTMAN G., en representación de la empresa DECORACIONES MODERNAS, S.A., alegando lo siguiente:

Que a pesar que la comisión verificadora sostiene que la propuesta de su representada es riesgosa, la misma no reúne las características como tal, de conformidad a lo indicado en el capítulo II, punto 14.2, sub-punto 7 del pliego de cargos.

En referencia a lo señalado por la Dirección General de Contrataciones Públicas sobre el tema de que no se encontró en la propuesta de su representada un precio que pudiera considerarse como válido por una presunta omisión del precio ofertado en números y letras, indica que consta en el acta de apertura de sobres emitido por los propios funcionarios que el precio ofertado fue por Ciento Treinta y Cinco Mil Balboas con 00/100 (B/.135,000.00) como también en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas el ingreso de la propuesta, para lo cual calca las propuestas recibidas en el portal electrónico.



Que si bien no se indicó el precio en número y letras en el formulario de propuestas, el propio sistema electrónico así como la entidad el día del acta de apertura de sobres, validaron el precio ofertado, razón por la cual considera que no se puede alegar la inexistencia de un precio, sumado al contenido del artículo 53 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018 que señala que en caso de discrepancia o contradicción entre lo establecido en el pliego de cargos electrónico y el contenido en documentos adjuntos, prevalecerá el pliego electrónico.

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. 378-18-DAJ de 6 de noviembre de 2018, remitió a este Tribunal el informe de conducta, en el cual realizan un recuento del procedimiento legalmente establecido y se mantienen en que la oferta de la empresa DECORACIONES MODERNAS, S.A., resulta riesgosa de conformidad al pliego de cargos.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

Dentro del término procesal oportuno, la firma de abogados SANJUR & ASOCIADOS, en representación de la empresa SELECTA PROJECTS, S.A., como tercera en interés particular entra a este foro señalando que, a pesar que la recurrente haya expresado que su oferta no es riesgosa, la misma en su propuesta no estableció el precio propuesto en número ni en letras, lo que incumple el contenido del punto 12 que se refiere a los formularios de propuestas, que exige que el formulario de propuesta contenga el precio ofertado.

Sostiene también que, al no contener el precio propuesto puede ser considerada como indeterminada, al no poder la entidad determinar en la propuesta el precio de la misma.

Resalta el tercero en interés particular que el precio establecido en el formulario de desglose de la recurrente resulta riesgoso, dado que el pliego de cargos estipula que si la oferta se encuentra un diez por ciento (10%) o más por debajo del precio de referencia se considerará riesgosa.



IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Surtidas las etapas procesales que corresponden a estos tipos de procedimientos, el Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 53 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento por licitación pública, por haber nacido a la vida jurídica el día 23 de agosto de 2018, con la convocatoria y en la que participaron dos (2) propuestas: SELECTA PROJECTS, S.A. y DECORACIONES MODERNAS, S.A.

Como quiera que el recurso impetrado es en contra de una adjudicación realizada bajo las reglas estatuidas en el procedimiento de licitación pública, debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que en dicho proceso el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos y que se llevará a cabo cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00).

Por otra parte, resulta de gran importancia indicar y comprender que el tema de la contratación pública es una materia que debe resolverse de conformidad a la ley especial y no alejar su contexto ni fundamento con interpretaciones alejadas a la realidad, teniendo siempre en mente que dicha materia es uno de los vehículos instrumentales a través de los cuales el Estado atiende la satisfacción del interés general, por lo que el contenido de la normatividad que lo regula tiene que ajustarse al modelo de Estado que perfila la Constitución. Es así que, al analizar la legislación sobre contratación pública, el examen en ningún momento puede pasar por alto las orientaciones y principios que consagra la Constitución Política de la República de Panamá.

De aceptación resulta que el examen de la legalidad ordinaria tiene que desarrollarse tomando en cuenta los parámetros que recoge la Carta Fundamental, y de ahí que, también en materia de contratación pública, se impone una obligada lectura constitucional en las normas que la regulan.

Es, precisamente, en este aspecto en el cual puede apreciarse claramente la necesidad de que las interpretaciones de las normas legales de contratación pública guarden una indispensable consonancia con los postulados y principios del orden constitucional. Esta exigencia, que es directo reflejo del principio de supremacía jerárquicos que las normas constitucionales ejercen sobre los preceptos de orden legal, permite la construcción de interpretaciones que no sólo favorecen la mejor aplicación

27



de la ley sino también ayudan en la solución de las naturales dudas y conflictos que surgen al tener que aplicarlos a los casos concretos de la vida diaria.

La principal regla que encontramos en el plano constitucional en lo que respecta a la contratación pública, se encuentra prevista en el artículo 266 de la Carta Política que es del siguiente tenor:

"La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus Entidades Autónomas o Semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación".

La disposición constitucional citada constituye un canon general de aplicación a las contrataciones que realice el Estado y los Municipios, en tanto que ellas impliquen la disposición de fondos públicos. Esta particularidad encuentra su razón de ser en el hecho claro de que los criterios de asignación, manejo e inversión de los fondos públicos responden a una lógica distinta del que impera en el ámbito privado, y de conformidad con esto, el desembolso de los recursos de todos tiene que desarrollarse en condiciones que aseguren el mayor beneficio y el menor coste para el interés general, pero ello no puede ir divorciado de la realidad jurídica que desarrolla la norma especial, cuando señala que la escogencia debe ser conforme a la ley, lo que significa que no basta la presentación del precio más bajo, sino una concatenación de hechos y actos que forman un conjunto para lograr el fin primordial, cual es la satisfacción de las condiciones generales y especiales, el precio más bajo y el cumplimiento de la ley. No puede faltar ningún aspecto de la ecuación en un acto de adjudicación y esa debe ser siempre la fórmula, a menos en los procedimientos por licitación pública.

El referido precepto constitucional señala que la licitación pública, salvo las excepciones que prevea la ley, debe ser el procedimiento que se aplique a la ejecución o reparación de obras, compras, ventas, arrendamientos de bienes o servicios, sean estos nacionales o municipales. El verdadero objetivo que el Constituyente identificó como regla general para que tuviera lugar la inversión de fondos públicos, es el respeto a los trámites de selección de contratista, ya que se entiende que, a través de la observancia del mismo, se conjura la posibilidad de favoritismos y discrecionalidades inconvenientes en la asignación de las obras, servicios o bienes costeados con fondos públicos.

21



Si el trámite de selección de contratista en el ámbito público es la regla de exigencia constitucional, sus excepciones tienen que ser apreciadas en un contexto de estricta rigurosidad, pues, si bien las excepciones están autorizadas en la medida que la ley las consagre, ellas no pueden convertirse en la regla que hagan ineficaz la efectiva aplicación del mandato general. Las excepciones legales al trámite de selección de contratista, gozan de legitimidad constitucional, pero en su aplicación debe imperar una interpretación restrictiva para que se respete el claro criterio señalado por el Constituyente.

El trámite de selección de contratista que exige la Constitución en el artículo 266, debe estar orientado a la obtención de dos condiciones fundamentales y concurrentes: el mayor beneficio para el Estado; y la plena justicia en la adjudicación, la cual se logra con el trinomio al que hemos hecho referencia en líneas anteriores.

El mayor beneficio para el Estado debe ser apreciado no sólo desde la perspectiva del más bajo costo posible sino también de la mejor calidad en cuanto a la obra, bien o servicio de que se trate. Igualmente, ese mayor beneficio que el Constituyente quiere que se alcance a través del trámite de selección de contratista, del cual, se repite, la licitación es sólo una de sus modalidades, debe permitir la escogencia objetiva de la mejor oferta, hecha por proponentes calificados con credenciales de seriedad y cumplimiento para asegurar las condiciones más beneficiosas al interés general.

Por su lado, el trámite de selección de contratista debe alcanzar también la plena justicia en la adjudicación, con lo cual se quiere significar que el procedimiento debe ceñirse a criterios de legalidad, objetividad, debido proceso, igualdad de trato entre los oferentes, publicidad, transparencia, lealtad, y libre concurrencia, entre otros. No se garantiza la plena justicia en la adjudicación cuando se favorece ilegalmente a un oferente en detrimento de los otros o cuando se evalúan las propuestas exigiendo requisitos o trámites no previstos en la ley con el fin de descalificar con ligereza la participación de los proponentes.

Realizada la reflexión pertinente, comenzamos con el análisis de las propuestas presentadas, con el fin de determinar si la decisión proferida por el Instituto Nacional de Cultura corresponde a los postulados indicados, tanto constitucionales, legales, reglamentarios y a los términos de referencia, o si, por el contrario, fueron producto de la discrecionalidad de los funcionarios públicos encargados de llevar a final término el procedimiento de selección de contratista en evaluación.

Descartada la existencia de nulidad en el procedimiento legalmente establecido, procederemos con el examen de la oferta de menor precio, la cual recae en la

81



presentada por la empresa DECORACIONES MODERNAS, S.A. con un precio ofertado de Ciento Treinta y Cinco Mil Balboas con 00/100 (B/. 135,000.00); no obstante, antes de entrar a valorar los documentos aportados, debemos indicar que a este acto público se le incluyó un porcentaje de riesgosity de onerosidad equivalente al 10%.

Así las cosas, para entender si las propuestas se encuentran dentro de los rangos trazados, debemos aplicar la fórmula matemática de precio de referencia x porcentaje de riesgosity/onerosidad dividido entre 100. Reemplazando los valores tenemos que $150,000.00 \times 10\%/100$ resulta 15,000.00. Dicha cantidad al sumársela o restársela al precio de referencia nos da los límites en que puede ser presentada las propuestas, resultando como límite riesgoso la cantidad de B/. 135,000.00 y como oneroso la cantidad de B/. 165,000.00.

Atendiendo el tenor literal del pliego de cargos, una propuesta riesgosa es toda propuesta cuyo precio ofertado esté un diez por ciento (10%) o más por debajo del precio de referencia.

7. PORCENTAJE DE RIESGOCIDAD Y ONEROSIDAD

Se considerará riesgosa toda propuesta cuyo precio ofertado esté un diez por ciento (10%) o más por debajo del precio de referencia publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "Panamá Compra" y se considerará onerosa toda propuesta cuyo precio ofertado esté por encima del precio de referencia publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "Panamá Compra".

Del requisito especial citado, claramente se deduce que las ofertas que se encuentren diez por ciento (10%) o más por debajo del precio de referencia se considerarán riesgosas. Eso significa que la oferta de la empresa DECORACIONES MODERNAS, S.A., se constituye en riesgosa, al ser de Ciento Treinta y Cinco Mil Balboas con 00/100 (B/. 135,000.00), es decir, justamente diez por ciento debajo del precio de referencia, razón suficiente para no ser tomada en cuenta para la adjudicación.

En la mayoría de los pliegos que hemos analizado en este Tribunal, se ha estipulado que los porcentajes de riesgosity onerosidad se constituyen cuando los proponentes presentan ofertas por debajo de esos porcentajes; sin embargo, en esta ocasión no ha sido así, sino todo lo contrario, es decir, simplemente con que la oferta se encuentre un 10% por debajo del precio de referencia ya la convierte riesgosa, siendo una facultad de la entidad establecer los márgenes en virtud del contenido del artículo 43 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018.

Cy



Otro incumplimiento versa sobre el tiempo de entrega del bien, el cual estaba concretado dentro del término de noventa días calendarios, contados a partir de la notificación del contratista del contrato refrendado u orden de compra; mientras que en el desglose de precio se indicó que el plazo era de 120 días calendario.

En cuanto al tema del formulario de propuesta, el cual no contenía el monto a ofrecer, consideramos que al verse reflejado en el desglose de precio es totalmente válido, puesto que lo importante es la determinación del precio propuesto; empero, a pesar de ello, por las consideraciones expuestas, no puede ser tomada en cuenta para la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-30-0-08-LP-010639.

Nos corresponde seguir con el examen de la siguiente y última oferta, cual recae en SELECTA PROJECTS, S.A., con precio de Ciento Treinta y Cinco Mil Balboas con un centésimo (B/. 135,000.01). Esta sociedad anónima se dedica a llevar a cabo los proyectos y contratos especiales en servicio de decoración, siendo así, la actividad emprendida no ha demostrado tener autorización para ejercer la actividad que comprende el objeto contractual, como lo es la venta de telones.

En cuanto a las especificaciones técnicas, en el primer renglón no se observa el ancho de 10 pulgadas mínimas y un máximo de 20 pulgadas de las decoraciones en su basta, tampoco el material terciopelo de 21 a 25 onzas por yarda lineal. Igual situación ocurre en los otros renglones en donde las especificaciones técnicas están incompletas, es decir, en el renglón 2, no se menciona el material terciopelo, ni el ancho de mínimo o máximo de las decoraciones en su basta. En el renglón 3 no hacen alusión a los 6' pies de separación. En el caso del renglón 4 no se hace referencia al material terciopelo, tampoco se observa la característica de cordón o cintas de nylon de 2' pies de largo. Igual situación se palpa en los 7 renglones siguientes.

Igualmente reposan catálogos provenientes del extranjero sin las debidas autenticaciones a través del sello de la apostilla o la legalización por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Panamá, de conformidad al pliego de cargos y al artículo 877 del Código Judicial, supletoriamente aplicable en temas de pruebas de acuerdo a la disposición legal que dispone el artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 positiva.

De manera que, al encontrarnos ante propuestas que no cumplen con los requisitos del pliego de cargos, procederemos con la declaratoria de desierto de

21 



conformidad al punto segundo del artículo 66 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017.

No obstante, cabe agregar al Instituto Nacional de Cultura que podrá convocar a un nuevo acto, pero tomando en cuenta que la nueva convocatoria se realizará con la antelación prevista en el artículo 67 de la citada ley, y que versa sobre el procedimiento en caso de nueva convocatoria.

Con fundamento en el contenido del artículo 153 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ordenaremos al Instituto Nacional de Cultura el fiel cumplimiento de la decisión venida en impugnación, quien deberá acatar lo resuelto en un plazo no mayor de quince días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución.

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.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la Resolución No. 052-2018 de 17 de octubre de 2018, proferida por el Instituto Nacional de Cultura dentro del procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-30-0-08-LP-010639, que decidió adjudicar el presente acto público a la empresa SELECTA PROJECTS, S.A., por un monto de Ciento Treinta y Cinco Mil Balboas con un centésimo (B/. 135,000.01), por considerar la entidad que es la segunda oferta de menor precio y a la vez cumple con todos los requerimientos del pliego de cargos.

SEGUNDO: DECLARAR DESIERTO el procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-30-0-08-LP-010639, por no haberse satisfecho las condiciones y exigencias que demanda el pliego de cargos. No obstante, de prevalecer la necesidad en la obtención del objeto contractual, podrán convocar un nuevo acto, tomando en consideración el procedimiento que señala el artículo 66 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017.

TERCERO: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación No. 01-40-10706, fechada 24 de octubre de 2018, expedida por la Floresta de Seguros y Vida, S.A., con un límite máximo de responsabilidad de Trece Mil Quinientos Balboas con 00/100 (B/. 13,500.00), que se encuentra a orden del Tribunal

21

Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios el Instituto Nacional de Cultura/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 27 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR al Instituto Nacional de Cultura, 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: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2018-1-30-0-08-LP-010639, al Instituto Nacional de Cultura, contentivo de cuatro (4) tomos, integrados de doscientas noventa y cuatro (294) fojas útiles en total, según el informe de trámite que reposa a foja 67 del expediente del Tribunal.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: DISPONER la salida y el archivo del expediente N°152-2018/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 53, 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 Sustancador

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

