



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Expediente N°: 242-2022

Recurrente: CALYPER CORPORATION, S.A.

Acto Impugnado: Cuadro de Cotizaciones No. 071 del 14-10-2022, por la cual la Caja de Seguro Social (HOSP. RAFAEL ESTÉVEZ DE AGUADULCE), adjudicó el acto público N° 2022-1-10-0-02-CM-480650.

Magistrado Ponente: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN N°237-2022-/TACP de 21 de noviembre de 2022 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

I. ANTECEDENTES:

El día 04 de octubre de 2022, la Caja de Seguro Social (HOSP. RAFAEL ESTÉVEZ DE AGUADULCE), publicó a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, el aviso de convocatoria y los términos de referencias, para la celebración del acto público, bajo el procedimiento de Contratación Menor No. 2022-1-10-0-02-CM-480650, referente al “SERVICIO DE RECOLECCION DE DESECHOS SOLIDOS REQ:1000874089-02-17” con precio de referencia de TREINTA Y DOS MIL BALBOAS CON 00/100 (B/. 32,000.00); cuya recepción de ofertas, conforme el registro electrónico del acto público en mención fue programado para el día 10 de octubre de 2022, hasta las 11:00 a.m. y la apertura de las propuestas a las 11:01 a.m., de ese mismo día, el cual asistieron varios proponentes de acuerdo con el cuadro de propuesta:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
155701793-2-2021-37	SEDINC, S.A.	10-10-2022 08:04 a.m.	32,000.00
155655782-2-2017-64	CALYPER CORPORATION	10-10-2022 10:56 a.m.	31,849.80

Otros Considerando

Seguidamente, previa evaluación de la unidad técnica; la entidad licitante [CSS] resolvió adjudicar el acto público N° 2022-1-10-0-02-CM-480650, referente al “SERVICIO DE RECOLECCION DE DESECHOS SOLIDOS REQ:1000874089-02-17”, a la oferente SEDINC, S.A., mediante Cuadro de Cotizaciones No. 071 del 14-10-2022, publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, el día 14 de octubre de 2022.



El día 21 de octubre de 2022, la Licenciada Emna Espinosa, en calidad de apoderada de la empresa CALYPER CORPORATION, S.A., presentó en tiempo oportuno Recurso de Impugnación en contra del Cuadro de Cotizaciones No. 071 del 14-10-2022, a través del cual la entidad adjudicó el acto público No 2022-1-10-0-02-CM-480650, visible de foja 007 a 014 del expediente del Tribunal. La apoderada legal de la empresa CALYPER CORPORATION, S.A., refutó el cuadro de cotizaciones que adjudicó el acto público, por cuanto, la adjudicación a favor de SEDINC, S.A., le causó un perjuicio a su representado.

Por su parte la Licenciada Nelly Del Carmen Cumbreira Díaz, en calidad de apoderada legal de la empresa SEDINC, S.A., presentó ante los estrados del Tribunal escrito denominado "Alegaciones al Recurso de Impugnación interpuesto por la empresa CALYPER CORPORATION, S.A."

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Surtidos los efectos que exige la normativa aplicable al recurso de impugnación, el Tribunal procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo a través de la Resolución No. 192-2022/TACP de 21 de octubre de 2022 (Admisión), visible de fojas 027 a 029 del expediente del Tribunal.

III. PRETENSIONES DEL RECORRENTE.

La apoderada legal de la empresa CALYPER CORPORATION, S.A., refutó el cuadro de cotizaciones que adjudicó el acto público, por cuanto, la adjudicación a favor de SEDINC, S.A., le causó un perjuicio a su representado, toda vez que, ha cumplido con toda la exigencia del pliego de cargos, además que presentó la oferta con menor precio y conveniente para el Estado. Siguió manifestado el recurrente que, se le pretende excluir por fundamento en un decreto ejecutivo que, no se encuentra por encima de las regulaciones de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que es la norma madre en este contexto y establece el cumplimiento de requisitos preciso en este tema.

Por su parte, el recurrente dentro de su escrito también hace mención al requisito solicitado como es la Medida de Retorsión, que es una figura de amplios alcances internacionales de la República de Panamá, afectados por la aplicación de restricción o medidas discriminatorias por parte de otros Estados, jurisdiccionales y organismos internacionales (Ley 48 de 2016); siendo este un requisito que en nada aporta a la promoción de las empresas locales como se ha pretendido afirmar al adjudicar el acto público a favor de la empresa SEDINC, S.A.

La apoderada legal de la empresa CALYPER CORPORATION, S.A., luego de plasmar cada uno de sus hechos, solicitó al Tribunal de la causa lo siguiente: *"En atención a las consideraciones expuestas, solicitamos a los Honorables Magistrados, revoquen la adjudicación del acto público de selección de contratista No. 2022-1-10-0-02-CM-480650, según Cuadro de Cotizaciones 071-2022 del 14-10-2022, realizada por el Hospital Dr. Rafael Estévez de Aguadulce a favor de la empresa, SEDINC y, en consecuencia, se adjudique a nuestra representada CALYPER, S.A., por ser la proponente con el precio más bajo y cumplir con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos para esta contratación."*

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD RECURRIDA.

De acuerdo con el Informe de Trámite de 08 de noviembre de 2022, (foja 046 del expediente del Tribunal), la entidad convocante, publicó el día 31 de octubre de 2022 en el Sistema Electrónico "PanamaCompra", del referido acto público el



Informe de Conducta, específicamente en la sección "Documentos Adjuntos"; en la que expone de manera pormenorizada, cada una de las actuaciones acaecidas en el acto público de marras.

V. ALEGACIONES DE TERCEROS.

Cabe señalar que, dentro del término establecido en el artículo 158 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, la empresa SEDINC, S.A., presentó escrito denominado "Alegaciones de Tercero" en interés Particular"; así quedó establecido en el expediente del Tribunal, a través del Informe de Trámite de 08 de noviembre de 2022.

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL:

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 159 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, este Tribunal procede a decidir el recurso de impugnación correspondiente al presente expediente 242-2022.

De los hechos en que se sustenta el Recurso de Impugnación, se colige que la disconformidad del recurrente se centra en que la oferta que presentó el menor precio no cumple con las exigencias de los términos de referencias, por lo tanto, solicita se revoque el acto impugnado y se le adjudique por ser la propuesta que cumple con cada uno de los requisitos exigidos.

Es de suma relevancia manifestar que, de los estudios valorativos del análisis del caso se justifica en los artículos 215, 266 y 298 de la Constitución Política de nuestro país, en el sentido de apegarse al reconocimiento del derecho sustantivo, más que a las meras formalidades; a procurar el mayor beneficio para el Estado en las compras que este efectúe y plena justicia en la adjudicación; así como la exigencia de garantizar la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados, en este caso, del mercado público de contrataciones.

"Artículo 215. *Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios.*

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley sustancial". (El subrayado es nuestro)

"Artículo 266. *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".* (El subrayado es nuestro)

"Artículo 298. *El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.* (El subrayado es nuestro)

Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios".

En este orden de ideas, es especialmente aplicable a la presente causa lo establecido en el artículo 57 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, veamos:

"Artículo 57. Contratación menor. *El procedimiento para la contratación menor permitirá, de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone esta Ley".*



Al visualizar el cartel de condiciones de la referida compra menor, nos percatamos que la CSS (HOSP. RAFAEL ESTÉVEZ DE AGUADULCE) publicó la convocatoria del acto público N° 2022-1-10-0-02-CM-480650, en el que fijó como modalidad “Global” de adjudicación y como criterio de selección se estableció lo siguiente:

IMPORTANTE: En las contrataciones menores, las entidades deberán seleccionar preferiblemente a las micro y pequeñas empresas, siempre que estas empresas cumplan con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5% en relación con la propuesta de menor precio presentada por empresa no MIPYMES; entre las MIPYMES, se deberá escoger a la que ofrezca en menor precio. En las contrataciones menores se promoverá la participación del mayor número de empresas locales, siempre que sean personas naturales de nacionalidad panameña o personas jurídicas que cumplan con lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 11 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020. Se adjudicará atendiendo lo establecido en los artículos 88, 89 y 90 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, y en su defecto, al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

La presente encuesta jurídica, la hacemos con fundamento en el artículo 35 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, en el sentido de que, al hacer la interpretación de las normas de los procedimientos de selección de contratista, tomamos en consideración “los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”. Sin desatender el principio de congruencia, en el que este Tribunal se pronunciará en cuanto a lo solicitado por el recurrente.

Así las cosas, somos de la opinión de que la forma de interpretación de las disposiciones pre y contractuales, exigida por la Ley 22 de 2006, es teleológica o finalista, en otras palabras, basada en la identificación de la intención que tuvo el legislador para establecer el texto legal, que no es otro que el que las entidades públicas, efectiva y específicamente, cumplan con la satisfacción de los intereses públicos, al momento de adquirir concretamente bienes (suministros), servicios o en la construcción de obras públicas. Destacando que el objetivo primordial de la contratación pública es la entrega correcta y eficaz de bienes y servicios, protegiendo a su vez el uso de los recursos públicos contra los riesgos de desperdicio, mal uso y corrupción.

La compra menor convocada, se centra en el servicio de recolección de desechos sólidos, en que se incluyó los requisitos de obligatorio cumplimiento junto con los modelos de formularios estandarizados las cuales son de ayuda a los oferentes para entregar sus propuestas en igualdad de condiciones. Veamos, el requisito de obligatorio cumplimiento publicado en el sistema electrónico “PanamaCompra”, específicamente en el cuadro electrónico tal como lo exige la norma; el cual es el sustento del recurrente para cuestionar el Criterio Técnico que respaldó la adjudicación de la compra menor en análisis.



- 2 PRESENTAR PERMISO SANITARIO DE OPERACIÓN, EN BASE AL DECRETO EJECUTIVO NO.293 DEL 23 DE AGOSTO DE 2004, DONDE SE APRUEBA LAS NORMAS SANITARIAS TRANSITORIAS PARA LA OBTENCIÓN DEL MISMO, EMITIDO POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD.

En resguardo de los principios generales de la contratación pública, el Tribunal especializado en contrataciones públicas, procederá a analizar la propuesta de menor precio; sin embargo, procederá a pronunciarse en torno a lo señalado por el impugnante; es decir, CALYPER CORPORATION, S.A.

a) Reproche de la empresa CALYPER CORPORATION, S.A, contra las actuaciones de la entidad convocante.

El recurrente cuestionó las actuaciones de la entidad convocante, al señalar que, la aplicación de lo contemplado en el artículo 12 de la Ley 22 de 2006, es indebida por cuanto que, la oferta de SEDINC, S.A., no se encontraba dentro del rango del 5% con respecto de la segunda como lo indica la norma. De hecho, el activador de la causa señaló que, la entidad no tenía la intención de promover las empresas locales, siendo que, solicitó requisitos que no varían con respecto a los requisitos para la generalidad de los oferentes; es decir, no se dan los presupuestos para la promoción de empresas locales en la contratación. También manifestó la recurrente que, la empresa adjudicataria, siendo una sociedad anónima no aportó la información en torno a los beneficiarios finales y la representatividad del 80%; y por lo que concluye el recurrente que, la decisión del cual arribo la entidad no se encuentra motivada que permita conocer los fundamentos de la adjudicación a favor de la empresa SEDINC, S.A.

El Tribunal de la causa, siempre en resguardo de los principios y postulados de la contratación, específicamente de los principios del Debido Proceso, entrará a analizar la esfera y alcance de la decisión arrojada por la entidad convocante, tomando en consideración que, estamos en una compra menor por arriba de B/ 10, 000.00 hasta B/ 50,000.00.

Al verificar, el cuadro de propuesta electrónica se puede observar que, la empresa que ofertó el menor precio es la de CALYPER CORPORATION, S.A., quién propuso por B/. 31,849.80. Lo exigido en el sistema electrónico del referido acto público de marras, vemos que, la entidad convocante exigió cada uno de los "requisitos" como de "otros requisitos", del cuadro electrónico a ser cumplidos por los oferentes; sin embargo, el Tribunal, siempre en búsqueda de esclarecer los hechos del impugnante como del tercero interviniente y sobre la base del respeto de las condiciones elaboradas por la entidad convocante, en el evento que no riña con la esencia misma de la norma y de los principios de la contratación (debido proceso, igualdad de proponentes, entre otros), pasará a pronunciarse sobre lo contenido del expediente electrónico.

a).1. La promoción de empresas locales y la adjudicación a favor de las empresas locales.

Al revisar el contenido del cartel electrónico, se observa que, la entidad convocante en el cuadro de cotizaciones 071-2022 de 14-10-2022, la entidad adjudicó a la empresa SEDINC, S.A., por haber cumplido con los requisitos de obligatorio cumplimiento, y que de acuerdo con la unidad peticionaria se le favorece la referida compra menor por ser una empresa local, basado en el artículo 13 del Decreto Ejecutivo 34 de 2022, que modificó el Decreto Ejecutivo 439 de 2020. Nótese lo que estableció la entidad convocante en su decisión:



CAJA DE SEGURO SOCIAL
HOSP. DR. RAFAEL ESTÉVEZ DE AGUADULCE

Cuadro de Cotizaciones 071-2022 del 14-10-2022

Por la cual se adjudica(n) renglón N° 1 y se Declara(n) Desierto(s) renglón N° 0 del Acto Público de Selección de Contratista N° 2022-1-10-0-02-CM-480650

Considerando:

Que mediante aviso de convocatoria publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas ?Panamá Compra? el día 4 del mes de Octubre del año 2022 se hizo el llamado a los interesados en participar como proponentes, para el Acto Público No. 2022-1-10-0-02-CM-480650, cumpliéndose con lo establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020 y las normas reglamentarias. Que el día 10 del mes de Octubre de 2022, fueron recibidas por parte de esta Entidad las propuestas para dicho acto público, detalladas en el siguiente cuadro:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
155701793-2-2021-37	SEDINC, S.A.	10-10-2022 08:04 a.m.	32,000.00
155655782-2-2017-64	CALYPER CORPORATION	10-10-2022 10:56 a.m.	31,849.80

Otros Considerando

Que conforme al procedimiento se verifico la oferta en atención al menor precio, determinándose que el proponente CALYPER CORPORATION S.A., cumple con la totalidad de los requisitos solicitados en la requisición y pliego de cargo correspondiente. Y según evaluación emitida.

Que conforme al procedimiento se verifico la oferta, determinándose que el proponente SEDINC S.A., cumple con la totalidad de los requisitos solicitados en la requisición y pliego de cargo correspondiente. Y según evaluación del departamento peticionario. Basado en ARTITULO 13 del decreto ejecutivo N° 34 de 24/8/2022 ?PREVALENCIA EN LA ADJUDICACION A FAVOR DE LAS EMPRESAS LOCALES?

Resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO: Adjudicar el Acto Público No. 2022-1-10-0-02-CM-480650 al proponente SEDINC S.A., por la suma de B/. 32.000,00

Renglones Adjudicados

Número Renglón	Clasificación Bien/Servicio/Obra	Especificación Bien/Servicio/Obra	Proponente	Descripción General	Monto de Línea	Estado
1	80111613	Mano de obra temporánea	SEDINC, S.A.	SERVICIO DE RECOLECCION DE DESECHOS SOLIDOS	32,000.00	Adjudicada

Información del Total de la Propuesta Adjudicada

SubTotal	32,000.00
Impuestos	0.00
Total	32,000.00

Renglones Declarados Desiertos

No existen Renglones Declarados Desiertos

Otros Resuelve

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar que se realice la publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas ?Panamá Compra?, para su debida notificación, por el término de dos (2) días hábiles.

ARTÍCULO TERCERO: Advertir que contra la presente resolución, podrá interponerse el Recurso de Impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

Fundamento de Derecho Articulos13 del decreto ejecutivo N° 34 de 24/8/2022 que modifica el DECRETO EJECUTIVO N° 439.Articulos 71 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

LICDA. MARISOL DE QUINTERO,
JEFE DE COMPRAS

PUBLÍQUESE Y CÚPLASE

De acuerdo con la entidad, adjudicó el referido acto basada en la recomendación de la unidad técnica o peticionaria; al respecto se constata en el sistema electrónico del referido acto público la evaluación técnica. Al contemplar la evaluación técnica, firmada por la jefa y subjefa de aseo dirigida a la Jefa de Compras, no se estableció



por ningún lado del documento la recomendación de la adjudicación a favor de la empresa SEDINC, S.A., basado en el artículo 13 del Decreto Ejecutivo 34 de 2022 que modificó el Decreto Ejecutivo 439 de 2020.

**CAJA DE SEGURO SOCIAL
EVALUACIÓN TÉCNICA**

Para: Lic. Marisol Quintero

Departamento: Compras

De: Depto. de Aseo Cotizador: Carla González

Anexo: Expediente completo que corresponde a: Servicio de Recolección de Desechos Sólidos Peligrosos.

Asunto: Evaluación Técnica global en base a la oferta presentada por la empresa: en la
Solicitud de Pedido No. **1000874089**

Aguadulce, 11 de Octubre de 2022..

- 1) Las dos empresas participantes cumplen.
- 2) Ambas empresas cumplen con todos los puntos requeridos en la Requisición.
- 3) Tenemos experiencia de aproximadamente 20 años en el uso de este servicio de Recolección e Incineración de los Desechos Hospitalarios Sólidos Peligrosos.
- 4) Sugerimos visita por parte de la Unidad Ejecutora (Departamento Peticionario y Salud Ocupacional) al área de incineración de los desechos de las empresas participantes, para garantizar la correcta incineración y disposición final.

Firma _____
Jefa de Aseo

Firma [Signature]
Sub-Jefa de Aseo

Claramente los técnicos, establecieron que las empresas que ofertaron, cumplieron con los requisitos exigidos en los términos de referencias; sin embargo, notamos que, la entidad basó su decisión en torno a la evaluación técnica, en la cual no se corrobora dicha recomendación.

Ahora bien, nos adentramos a lo medular del asunto controversial, sí debe prevalecer la adjudicación de acuerdo con el artículo 13 del Decreto Ejecutivo 34 de 2022, que modificó el Decreto Ejecutivo 439 de 2020 dentro de la contratación menor en análisis? .

Específicamente, en el cartel electrónico de las compras menores convocadas por las entidades siempre se anuncia de manera homogénea el siguiente criterio:



Criterios de selección

IMPORTANTE: En las contrataciones menores, las entidades deberán seleccionar preferiblemente a las micro y pequeñas empresas, siempre que estas empresas cumplan con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5% en relación con la propuesta de menor precio presentada por empresa no MIPYMES; entre las MIPYMES, se deberá escoger a la que ofrezca en menor precio. En las contrataciones menores se promoverá la participación del mayor número de empresas locales, siempre que sean personas naturales de nacionalidad panameña o personas jurídicas que cumplan con lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 11 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020. Se adjudicará atendiendo lo establecido en los artículos 88, 89 y 90 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, y en su defecto, al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Desde de vista del criterio, este es un standard que aparece de manera referencial para identificar, por lo general, la contratación menor; sin embargo, para ello nos debemos remitir a la norma que regula lo concerniente a la promoción de las empresas locales y la prevalencia en la adjudicación. No sin antes, verificar los diversos criterios ajustados por la entidad convocante del cual debe ser enunciado una vez se publicite la convocatoria de acuerdo con el principio de publicidad.

Debemos tener claro que, estamos ante un servicio, del cual una vez evacuado los trámites que demanda el artículo 94 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, luego de la evaluación y se adjudique al mejor postor, y refrendado la orden de compra/contrato, se dará inicio el servicio por un tercero para realizar la recolección de los desechos sólidos; al respecto, la entidad dejó sentado en otra condición 4 lo siguiente:

Otra Condición 4:

EN TODOS LOS CASOS, LOS INTERESADOS EN PARTICIPAR EN UN PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA, DEBERÁN ESTAR INSCRITOS EN EL REGISTRO DE PROPONENTES CON ANTERIORIDAD AL MOMENTO DE LA APERTURA DE LAS PROPUESTAS INDICADO EN EL RESPECTIVO AVISO DE CONVOCATORIA.

De acuerdo con la condición anterior, el artículo 272 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, establece lo siguiente para aquellos que opten por participar en la contratación pública de nuestro país.

Registro de Proponentes

Artículo 272. Inscripción Registro de Proponentes. El Registro de Proponentes es la base de datos alojada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", administrada por la Dirección General de Contrataciones Públicas, en la cual se registran los proponentes, entendiéndose como tales, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, los consorcios o asociaciones accidentales que aspiren a celebrar un contrato con el Estado previo a la presentación de las propuestas, al igual que los subcontratistas y las personas con quienes se firme un contrato.

La inscripción en el Registro de Proponentes será verificada, por las entidades contratantes en el acto público, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Artículo 273. Formulario para inscripción en el Registro de Proponentes. La Dirección General de Contrataciones Públicas habilitará un formulario que será publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", que contendrá la información general de los interesados en contratar con el Estado y la relacionada a su capacidad jurídica, financiera, técnica.

De la norma transcrita, todo aquel proponente al momento de inscribirse en la base de datos alojada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas, de acuerdo

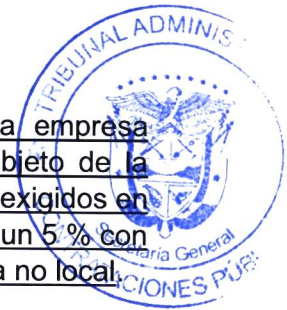


con el rubro de sus actividades, tendrá la opción de participar en el acto público una vez el sistema le notifique.

Es decir, dentro de la propuesta de la empresa CALYPER, S.A., quien ofertó el precio más bajo le aparece la declaración de incapacidad legal, junto con los demás documentos adjuntados con la clasificación ONU. Nótese la información.

Datos del Acto Público	
Numero	2022-1-10-0-02-CM-480650
Descripción	SERVICIO DE RECOLECCION DE DESECHOS SOLIDOS REQ:1000874089-02-17
Modalidad de Adjudicación	Global
Entidad	CAJA DE SEGURO SOCIAL
Estado del Acto Público	Adjudicado
Fecha de Presentación de Propuestas	10-10-2022 07:00 a.m. - 11:00 a.m.
Datos Proponente	
RUC	155655782-2-2017-64
Razón Social o Nombre Comercial	CALYPER CORPORATION
Datos de la Propuesta	
Usuario de Registro	bioservicescg
Nombre de Usuario	Bioservices Cleaning Group
Fecha y Hora de Ingreso	10-10-2022 10:56 a.m.
Fecha y Hora de Recepción	10-10-2022 10:56 a.m.
Documentos Adjuntos	1-REGISTRO PUBLICO ACT..pdf 2-1 Resolución del 3207 del 21 de oct. 2020.pdf 2-2 RESOLUCION CAMION CY 5542.pdf 2-3 RESOLUCION CAMION EC6868.pdf 2-Poder de Representante.pdf 13-CEDULA+LIC+ORLANDO+2020+(1) (3).pdf CARNETH BLANCO (1).pdf Carneth de personal.pdf CARNETH+BCG (3).pdf carta de Referencia de la Caja de seguro de Roberto Ramirez De Diego.pdf CARTA REFERENCIA DE HOSPITAL DE CHIRIQUI.pdf CERITIFICADO+DE+PROPONENTE+ACT. (2).pdf Contrato de prestación de Serv.para Tratamiento.pdf Contrato Des. Hosp. Tratamiento Notariado.pdf Doc.+Plan+de+Contingencia+(1) (10).pdf Resolución EIA Optimización - ANAM - Mi ambiente (1).pdf Resolución Permiso Sanitario de Operación RESPOL (MINSAL) 2021-2023 EMA.pdf Nota de informe de Res. Dieora-IA-220-2014.pdf DOC. DOC. NOTARIADOS Y OTROS Y HOJA DE VISITA DEL PROYECTO.pdf Doc.+Plan+de+Contingencia+(1) (10).pdf RIITA H DR RAFAFI

“Artículo. 6. Promoción de empresas locales. En las contrataciones menores que realicen las entidades públicas se deberá establecer en



el pliego de cargos que la adjudicación recaerá en la empresa domiciliada en el municipio donde se debe cumplir el objeto de la contratación, siempre que cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5 % con la propuesta de menor precio presentada por una empresa no local.

Para ser considerada como empresa local, los proponentes deberán cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 12 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, los cuales podrán validarse a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

En los casos de propuestas presentadas por varias empresas domiciliadas en el municipio que realice la contratación, la adjudicación recaerá en la propuesta de menor precio.

En los casos de procedimientos de selección para la ejecución de obras exclusivas para empresas nacionales establecidas en el artículo 11 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, que no exceda de cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00), las empresas locales tendrán las mismas prerrogativas señaladas en este artículo." (el subrayado es nuestro).

En ese mismo contexto, el artículo 13 del Decreto Ejecutivo 34 de 2022 que modificó el Decreto Ejecutivo 439 de 2020, que reglamenta la Ley 22 de 2006, por su parte establece lo siguiente:

Artículo 13. Se modifica el artículo 90 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, para que quede así:

Artículo 90. Prevalencia en la adjudicación a favor de las empresas locales. Cuando se realicen actos de contratación menor en los cuales concurren como proponentes, micro o pequeñas empresas y empresas locales, la entidad seleccionará en primer lugar la propuesta presentada por la empresa local siempre que esta cumpla con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5 % en relación con la propuesta de menor precio presentada por la micro o pequeña empresa.

Quando concurren como proponentes, micro o pequeñas empresas que además sean locales (mipes) y empresas que solo ostenten una de estas condiciones, la entidad seleccionará en primer lugar la local y mipe, siempre que cumplan con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5 % en relación con la propuesta de menor precio presentada por la empresa que sean únicamente local o micro o pequeña empresa.

Luego de establecer, los diversos artículos establecidos en la norma, del cual se relaciona con la promoción de las empresas locales, el Tribunal de la causa es del criterio que, la entidad convocante no dejó sentado de manera clara y diáfana las reglas del juego en los términos de referencias, dado que, en otra condición 4 se estableció el criterio relacionado a la inscripción de proponentes, del cual ambas empresas se encuentran inscritas. Es decir, la entidad debió estipular dentro del pliego/términos de referencias las condiciones de adjudicación a favor de la empresa que se encuentre domiciliada en el lugar de la convocatoria de la contratación; empero, la contratación en el caso que nos ocupa es relativo a la ejecución por parte de un tercero para ejercer una actividad que tiene entres sus aspectos la recolección de desechos sólidos; lo cual puede ser limitante o restrictivo establecer una condición en el evento de que sólo haya una empresa que se dedique a dichas actividades en un área específica (corregimiento, distrito o provincia), como es la recolección de desechos sólidos en hospitales públicos.

Al verificar el cuadro de cotizaciones que adjudicó dicho acto público, claramente se evidencia una alteración a la norma especial en contrataciones públicas, por



cuanto se sometió a un método no exigido en los términos de referencias, lo que, desde el punto de vista de los principios de la contratación pública, restringe el principio de igualdad de oportunidad de los proponentes.

Artículo. 33. Principio de igualdad de oportunidad de los proponentes. Este principio tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes

1. Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro.
2. Las entidades no podrán fijar en los pliegos de cargos cláusulas determinantes de Circunstancias subjetivas ni señalar marcas comerciales, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.
3. La adjudicación deberá hacerse sobre 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.
4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratista tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías. (el subrayado es del Tribunal).

Nótese que, del artículo 6 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, y por analogía tiene amplía sintonía con el artículo 33 de la Ley 22 de 2006, dado que no se debe discriminar o favorecer a un proponente en perjuicio de otro; tomando en consideración que, se debe establecer las reglas dentro del pliego en torno a la adjudicación a favor de la empresa local; cartel este que carece de dicha información.

Por lo tanto, en el referido acto público no se aplica las reglas de la adjudicación basado en la prevalencia de las empresas locales, en virtud de que el pliego no se estableció de manera clara al respecto; aunado al hecho de que, desde el momento que los proponentes les llegó la notificación del rubro de acuerdo con sus actividades descritas en el aviso de operación, se habilitaron prístinamente para ofrecer propuesta para obtener la contratación en estudio, basado en las reglas de las compras menores por arriba de B/ 10,000.00 sin sobrepasar los B/ 50,000.00.

De acuerdo con lo señalado por la recurrente, en cuanto a que la empresa adjudicataria no cumplió con los presupuestos que demanda el artículo 11 de la Ley 22 de 2006, es decir, no se corrobora cuales son los beneficiarios finales, por lo menos, 80% panameños. En efecto, no se podrá verificar dicha constancia, dado que no se estableció dentro del pliego o términos de referencias el criterio, para corroborar dicha información; sin embargo, más allá de lo señalado por la norma y el decreto reglamentario, somos del criterio que no da la propuesta de la empresa SEDINC, S.A., la no presentación de los beneficiarios finales debido, es inocuo ya que no aplica la condición de promoción de empresas locales en el acto público de marras. En ese sentido, el artículo 11 de la Ley 22 de 2006, dispone lo siguiente:

Art. 11. Promoción de empresas nacionales. En los actos de selección de contratista para la construcción de obras en la República de Panamá que no sobrepasen los cinco millones de balboas (B/5,000,000.00), las entidades licitantes podrán realizar actos públicos para la participación exclusiva de empresas nacionales, salvo cuando alguno de los aspirantes a participar invoque el contenido de un convenio o tratado internacional vigente entre su país de origen y la República de Panamá.

Se entenderá por empresas nacionales aquellas que cumplan con los siguientes requerimientos:



1. Estar constituida de acuerdo con las leyes de la República de Panamá.
 2. Los beneficiarios finales deben ser, por lo menos, 80 % panameños.
 3. Estar inscrita en el régimen de la Caja de Seguro Social (el subrayado es del Tribunal).
- Así que dicha condición fue aplicada en alejamiento de lo establecido en la ley.

a.3. **El Tribunal de la causa, entrará a verificar la propuesta de menor precio, de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 94 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, “Contrataciones menores que superen los diez mil balboas (B/.10,000.00) y no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00”.**

La propuesta de menor precio es la oferta de CALYPER CORPORATION, S.A., quien propuso por B/ 31,849.80.

Al adentrarnos al expediente electrónico, específicamente a la propuesta electrónica, se observa claramente que, la empresa CALYPER CORPORATION, S.A., presentó los documentos enlistados en los “Requisitos”, como en “Otros Requisitos” del cuadro electrónico; e incluso presentó otros documentos no solicitados en los términos de referencias. Entre los documentos presentados por la empresa CALYPER CORPORATION, S.A. están: (i) Registro Público; (ii) aviso de operación; (iii), Resolución 3207 de 21 de octubre de 2020, mediante el cual la Dirección General de Salud Pública autorizó permiso sanitario de operación para realizar la recolección, y transporte de desechos peligrosos; (iv) las certificaciones de los registros de los transportadores de los desechos peligrosos; (v) carnet blanco del personal asignado; (vi) las cartas de referencias emitidas por instituciones públicas de salud a favor de la empresa; (vii) contrato de prestación de servicios para el tratamiento con microondas de residuos y/o desechos peligrosos suscrito entre la empresa oferente y EMAS; (viii), contrato de disposición final de residuos hospitalarios, suscrito entre la empresa oferente y EMAS; (ix) resolución emitida por el Ministerio de Ambiente que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental categoría II, a favor de la empresa EMAS; (x) Resolución 1303 de 04 de mayo de 2021, mediante la cual la Dirección Nacional de Salud Pública, autoriza a la empresa EMAS el permiso sanitario, para el almacenamiento temporal, tratamiento y/o disposición final de los residuos y/o desechos peligrosos; (xi) otros documentos de obligatorio cumplimiento, pacto de integridad, carta de adhesión, visita al proyecto, medida de retorsión, declaración jurada de no incapacidad para contratar, (xii), Plan de contingencia para transporte terrestre de materiales peligrosos; (xiii), Ruta terrestre para el transporte de desechos hospitalarios; (xiv) formulario de propuesta; (xv), Plan de Prevención de Riesgo profesionales (xvi) Póliza de Responsabilidad Civil General; (xvi) Desglose de Precios.

Al ser el oferente que presentó el menor precio, y al cumplir con cada uno de los requisitos exigidos, del cual se desprende en su propuesta electrónica la presentación de documentos no requeridos en el cuadro electrónico; documentos que se relacionan con las actividades del servicio objeto de la contratación “Servicio de Recolección de Desechos Sólidos”.

VII. Reflexión Final.

Del principio de legalidad podemos presumir que, la función administrativa se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, y en especial, a la Ley, siendo esta última la que determina los alcances de lo que la Administración puede hacer, vale decir, su competencia¹. Por lo tanto, este principio se convierte en el más importante

¹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, T. I, p. 59.



del derecho administrativo, e implica que las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades.

Nos referimos al pliego de cargos en el apartado anterior, del cual la doctrina ha referido que el principio de integración instrumental del contrato tiene la finalidad de aclarar si en caso de conflicto, impera el contenido del pliego de cargo o lo pactado contractualmente, a lo cual señala Roberto Dromi, lo siguiente:

“El pliego, como instrumento jurídico integrante del contrato, es fundamental a la hora de ejecución del mismo. De allí que se haya sostenido que la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección, ha dado fundamento para que la doctrina, en feliz expresión, lo haya denominado la ley del contrato, por ser la principal de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato” (Dromi, Roberto. Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, segunda edición actualizada. 1995. Pág. 490).²

Estimamos propicio recordar que el pliego de condiciones especiales es un acto administrativo, que debe estar subordinado a la ley, dictado unilateralmente por la entidad licitante, para un contrato determinado, sujeto a la ley y normas de procedimiento para su validez. Este acto administrativo tendría efectos particulares, ya que sólo obligaría a los oferentes en un determinado procedimiento licitatorio.

Después de haber realizado el escrutinio del expediente de la referida compra menor, es necesario señalar que, el Estado tiene el deber, conforme a la Ley, de establecer las pautas que procuren que el interés público prevalezca sobre el interés particular; es decir, lo que más le conviene a la sociedad como destinataria del servicio. Para tales efectos, las propuestas presentadas por las empresas aspirantes en un concurso determinado no tienen que caracterizarse únicamente porque presentan el menor costo económico, sino que deben, además, reunir todas las condiciones técnicas requeridas por el pliego, para cumplir con el contrato; con el fin de satisfacer plenamente los requerimientos de la Institución, y de la colectividad.

Es propicio manifestar que las entidades licitantes, dentro de los procesos licitatorios, se encuentran obligadas a cumplir con las normas en contrataciones públicas, los criterios y metodologías contenidas en el Pliego de Cargos, a efecto de procurar una selección justa y objetiva del contratista tal como se encuentra consagrada en los numerales 2 y 3 del artículo 21, del Texto Único de la Ley 22 de 2006, cuando al tenor dice lo siguiente:

“Artículo 21. Obligaciones de las entidades contratantes. Son obligaciones de las entidades contratantes las siguientes:

“““

2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos.

3. Seleccionar al contratista en forma objetiva y justa. Es objetiva y justa la selección en la cual se escoge la propuesta más favorable a la entidad y a los

² Sentencia de 3 de enero de 2013. Caso: Constructora del Istmo, S.A. vs. Ministerio de la Presidencia.



*finde que esta busca, **con base en lo estipulado en el pliego de cargos y en las disposiciones jurídicas. Esta obligación también le corresponde a los funcionarios de la entidad licitante.***
...". (El resaltado es nuestro).

No debemos olvidar que, una vez presentada la oferta, el proponente acepta sin restricciones las condiciones establecidas en el pliego; esto significa que, al momento de remitir su oferta en el sistema electrónico del acto público en estudio, queda obligada a cumplir con las condiciones establecidas en los términos de referencia.

Recordemos también que el objeto del proceso, es el reconocimiento de la ley sustancial; y como regla de razón el Tribunal y las entidades al momento de convocar y sustanciar los procedimientos de selección de contratista deben reducir al mínimo los pronunciamientos inhibitorios, de tal manera que lo que se busca es la contratación efectiva –previo cumplimiento de todas las condiciones del pliego por parte de los ofertante- y que, repetimos, se debe satisfacer a la colectividad general con el servicio, obra o contratación respectiva. Esa especie de operatividad utilitarista está consagrada en nuestra Ley 22 de 2006, como postulado ineludible y así se reproduce como un componente del principio de economía en el artículo 27, numeral 2, lex cit:

"2. Las normas del procedimiento de selección de contratista interpretarán de manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos, para no decidir o proferir providencias inhibitorias."

Al respecto, debemos recordarle a la entidad que, una vez publicada la decisión del Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en el Sistema Electrónico de PanamaCompras, debe acatar en el término de la ley dicha decisión tal como lo establece el artículo 164 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020, cuando a la letra dice lo siguiente:

"Artículo 164. Cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Las resoluciones emitidas por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante las cuales se deciden o resuelven los recursos de impugnación y apelación son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes.
La entidad contratante deberá acatar lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución que resuelve el recurso."

Concluido el escrutinio de los argumentos esgrimidos, así como el estudio integral de las constancias procesales, este Tribunal con base en sus facultades legales, considera que lo procedente es **revocar** los efectos del Cuadro de Cotizaciones N° No. 071 del 14-10-2022, mediante el cual la Caja de Seguro Social (HOSP. RAFAEL ESTÉVEZ DE AGUADULCE), adjudico el referido acto público a la empresa SEDINC, S.A.

En consecuencia, corresponde **adjudicar** al proponente CALYPER CORPORATION, S.A., por ser la proponente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumple con todos los requisitos y exigencias de los términos de referencias, conforme al criterio de selección establecido y lo dispuesto en el artículo 244 del



Decreto Ejecutivo 439 de 2020, que reglamenta el Texto Único de la Ley 22 de 2006, que al tenor apunta a las facultades del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

“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 o 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 resaltado es nuestro).

Respecto de la fianza de recurso de impugnación, de acuerdo con el artículo 245 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020, este Tribunal ordenará su devolución.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones N° No. 071 del 14-10-2022, mediante el cual la Caja de Seguro Social (HOSP. RAFAEL ESTÉVEZ DE AGUADULCE), adjudicó el acto público 2022-1-10-0-02-CM-480650, referente al “SERVICIO DE RECOLECCION DE DESECHOS SOLIDOS REQ:1000874089-02-17 (sic).

SEGUNDO: RESTABLECER EL DERECHO VULNERADO, en el sentido de **ADJUDICAR** al oferente CALYPER CORPORATION, S.A., el acto público “2022-1-10-0-02-CM-480650, referente al “SERVICIO DE RECOLECCION DE DESECHOS SOLIDOS REQ:1000874089-02-17” (Sic), por el monto de TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE BALBOAS CON 00/100 CENTÉSIMOS (B/.31,849.00), por ser la propuesta de menor precio que cumple con los requisitos y exigencias de los términos de referencias.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación No. FI-113551, expedida por SEGUROS SURAMERICANA, S.A. de 20 de octubre de 2022, a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, teniendo como beneficiarios LA CAJA DE SEGURO SOCIAL/CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por el límite de responsabilidad de TRES MIL DOSCIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/ 3,200.00), cantidad que representa el diez por ciento (10%) de precio de referencia, la cual se encuentra consignada mediante diligencia N° 192-2022 visible a foja 019 del expediente del Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

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 archivo del expediente N°242-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020 y la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,

[F] NOMBRE
MURILLO
MARISCAL LUIS
ARQUIMEDES -
ID 8-275-137
ID 8-275-137

Firmado digitalmente
por [F] NOMBRE
MURILLO MARISCAL
LUIS ARQUIMEDES -
ID 8-275-137
Fecha: 2022.11.21
13:21:26 -05'00'

LUIS MARISCAL
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MARTIN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD.
Secretario General

Salvo el voto





REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MARTÍN WILSON CHEN, EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE CALYPER CORPORATION, S.A., A TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 071-2022 DE 14-10-2022, DICTADO POR LA CAJA DE SEGURO SOCIAL (C.S.S.), HOSPITAL RAFAEL ESTÉVEZ DE AGUADULCE.

Siendo consecuente con nuestras observaciones a los proyectos y antecedentes, cónsonas a nuestra verticalidad en cuanto a las posiciones académicas asumidas frente a las valoraciones esgrimidas y frente al contexto de la decisión, cual lamentablemente no comparto, por cuanto resulta contradictorio a otras posturas asumidas en casos de prevalencia en la que en el pliego de cargos ha mostrado su postura de la mano de las disposiciones al respecto y que hemos tomado como válido sin ningún tipo de inconveniente, de lo que indica la ley especial de compras estatales y su reglamentación.

Como indiqué en líneas anteriores, lamentablemente en esta ocasión, de la manera como viene expuesta a nuestra consideración la presente Resolución No.237-2022/TACP de 21 de noviembre de 2022, no podemos compartirla, toda vez que, desde nuestra óptica, se le esta invirtiendo la carga de eficacia al principio de vinculación positiva o de estricta legalidad a los efectos descritos y narrados por el contenido del principio de prevalencia o promoción de las empresas locales indicado por el Art. 12 de Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas y reglamentada a su vez a través del contenido del Artículo 6 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020, ya que, según lo expuesto por vuestra decisión mayoritaria frente a la causa invocada por el impugnante y cito:

Es contrario al sentido indicado por el segundo párrafo del expuesto Artículo 6 del Decreto que nos expone:

“ ...

Artículo 6. Promoción de Empresas Locales.

...

Para ser considerada como empresa local, los proponentes deberán cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 12 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, los cuales podrán validarse a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” (El resalto es nuestro).

...”.

Y que advierte el pliego así:



“

Criterios de selección

IMPORTANTE: En las contrataciones menores, las entidades deberán seleccionar preferiblemente a las micro y pequeñas empresas, siempre que estas empresas cumplan con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5% en relación con la propuesta de menor precio presentada por empresa no MIPYMES; entre las MIPYMES, se deberá escoger a la que ofrezca en menor precio. En las contrataciones menores se promoverá la participación del mayor número de empresas locales, siempre que sean personas naturales de nacionalidad panameña o personas jurídicas que cumplan con lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 11 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020. Se adjudicará atendiendo lo establecido en los artículos 88, 89 y 90 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, y en su defecto, al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

”

Es decir que, para ser considerada la oportunidad de prevalecer dicha oferta como local, según lo expuesto como exigencias, a demás de cumplir con los contenidos del pliego de cargos, también debe tener el acatamiento de:

1. Estar constituida como persona jurídica conforme a las leyes en Panamá
2. Los beneficiarios finales deben ser panameños, por lo menos en 80%.
3. Estar inscrita en el régimen de la seguridad social, es decir en la C.S.S.

Estas exigencias, ante la eventualidad de alguna duda, conforme a lo advertido por el párrafo segundo citado en el artículo transcrito, pueden ser validadas por los operadores administrativos intervinientes en los procedimientos de selección de contratista, es decir, por los integrantes de la Entidades Administrativa, e inclusive por los miembros de la justicia administrativa, a través del sistema electrónico de “PanamaCompra” como expone para tales efectos el Art. 12 de Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020, mismo que nos expone al respecto lo siguiente:

“ ...

Artículo 12. Verificación de la información general de los proponentes por parte de las entidades licitantes. Las entidades licitantes no podrán exigir en los pliegos de cargos, documentos de carácter general emitidos por ellas mismas o por las diferentes autoridades nacionales, por lo cual estarán obligadas a verificar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” la información de los proponentes.

... ”

Congruente con los efectos advertidos al respecto por el Artículo 27, numeral 11 del Texto Único de la Ley de Contratación Pública, mismo que a la letra expone:

“ ...

Artículo 27. Principio de Economía.

...

En ese sentido, las entidades licitantes no exigirán en los pliegos de cargos documentos de carácter general emitidos por las diferentes autoridades nacionales, estos serán validados electrónicamente por la entidad licitante al momento de verificación y evaluación de los requerimientos del pliego de cargos.

(El resalto es nuestro)



...”

(lo que no se ha evidenciado en su realización por el Tribunal)

Y es que, de conformidad a lo expuesto, inclusive dentro de vuestra resolución mayoritaria, ambas empresas aportaron su certificado de inscripción y registro a través de la certificación de inscripción ante la DGCP en “Panamacompra” y por tanto se indica que, son empresa panameñas y cumplen con las exigencias como tales, además aportaron el certificado de la C.S.S., por lo que desde la perspectiva de su valor probatorio, se evidencia una prueba, cuya calidad es de documento público, cual se general bajo una presunción iuris tantum, por lo que existe y se advierte una presunción de validez en su acreditamiento, salvo evidencia que le sea adversa y la cual debe ser aducida, o aportada para su objeción o tacha como prueba, bajo el principio de la carga de la prueba, por quien así lo pretenda, por una parte (la cual no se ha demostrado por el impugnante, ni se ha requerido solicitud de prueba alguna) pero que, si el Tribunal tiene necesidad de procurar que se esclarezca; así lo debió requerir a través de una medida para mejor proveer o solicitar una prueba oficiosa, según nos expone al respecto, la ley de procedimiento administrativo general, Ley 38 de 2000, Artículo 147 e inclusive complementada al respecto por el Código Judicial en su Artículo 793, conforme a los efectos advertido al respecto por el Artículo 4 del Texto Único de la ley de Contrataciones Públicas.

De tal manera que, pretender endilgarle una falta de claridad en la conformación del pliego a la entidad administrativa, es una atribución que, tal vez pudiese ser anotada con favorabilidad, pero no es menos cierto que establecida la potestad reglamentaria en favor del Órgano Ejecutivo, de acuerdo al principio de reglamentación, misma que debemos aplicar con fundamento en el principio de legalidad, debe prevalecer su reconocimiento como tal (presunción de su integración en el capital accionario) salvo una mejor metodología en la estimación de la prueba, cual debe implementar el Tribunal con fundamento en el principio garantista de la tutela administrativa efectiva.

El sentir de la ley es darle oportunidad a las micro y pequeñas empresas y a las empresas locales, a menos en las contrataciones menores, quienes históricamente se encuentran en estado de vulnerabilidad ante las grandes empresas que no son de la región, siendo víctimas de la desigualdad, ya que por lo general en la mayoría de los casos el grueso de las empresas participantes no son locales y lo que se busca con ello es salvaguardar y tutelar a los proponentes que día a día realizan sus labores en la región.

Es allí en donde entra en acción uno de los parámetros del principio de igualdad de oportunidades de los proponentes, el cual tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.



En ese sentido, el principio de igualdad en la contratación estatal es bastante amplio e involucra la oportunidad de beneficiarse con una adjudicación a las empresas locales, que como mencionamos anteriormente han sido tradicionalmente discriminadas, claro está, con ciertas particularidades endilgadas en las disposiciones jurídicas.

Por lógica consecuencia, más que ser discriminatorio, lo que se busca es un grado de igualdad, en ese sentido la ley busca centrar la balanza en el aparato de la oportunidad. el concepto de igualdad de oportunidades sería un sofisma si lo vemos bajo una perspectiva distinta a la que la ley ha expuesto. Por ende, en el mundo jurídico, el examen del principio de igualdad de oportunidades en sus diferentes vertientes es lo que se llama una interpretación sistemática, extensiva y amplia del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006. Bajo ese concepto la Corte Constitucional colombiana mediante Sentencia C-862 de 2008 se pronunció en los siguientes términos.

“Todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados”.

En el Derecho comparado, específicamente en la legislación colombiana, si bien no se encuentra regulado esta figura de menara directa, “el Tribunal Constitucional se opone a ver la carencia de tales medidas explícita o taxativamente enumeradas en la normatividad como omisiones legislativas relativas, y lejos de fijar una prohibición de establecimiento de las mismas, las promueve por mandato constitucional-legal” (Juan Pablo Vallejo Molina. Acciones Afirmativas en la Contratación Estatal de Colombia, pág. 159). Veamos un extracto del pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana sobre el tema tratado:

“la Corte encuentra que el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado no configura una omisión legislativa pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no solo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso. En efecto, el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede

entenderse como una prohibición de regulación” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-932 de 2007).

En síntesis, las acciones afirmativas o el principio de prevalencia en la adjudicación, persigue darle un matiz de igualdad a las micro, pequeñas empresas y los comercios locales, a menos en los procedimientos de selección de contratista por contratación menor, y de esa manera tratar de emparejar las oportunidades entre unas y otras empresas que participen en los actos públicos de selección de contratista en beneficio del Estado. Y dicha prelación va depender de la menor oferta vigente y que se encuentre en competencia para el escogimiento, lo que quiere decir que se encuentre en fiel cumplimiento de todos los requisitos que conforman el pliego de cargos y las disposiciones legales y reglamentarias que para el caso ha dispuesto el legislador y el Órgano Ejecutivo. En casos anteriores, cuando valoramos las mipe, no se hizo el cuestionamiento ni mucho menos se sustentó imparcialidad en la norma; sin embargo, y sin ninguna motivación sustancial se ha dejado claro el cambio de criterio en casos similares, lo que trastoca la confianza de los proponentes que acuden a diario a ventilar sus conflictos de compras estatales ante este foro de justicia especial administrativa.

Por otra parte y con fundamento en el carácter integral de valoración de la propuesta, también he de reconocer, que si bien la disposición normativa nos vincula con el deber de indagar en el sistema electrónico para la validación de la información, de acuerdo al certificado del Registro Público aportado por la proponente SEDINC, S.A. así como bajo los efectos de la Ley 48 de 2016, sobre la adopción de la medida de retorsión, los documentos aportados evidencian, que la empresa es panameña y que sus accionistas declarados como suscriptores también lo son, y que de conformidad a la declaración jurada de la medida de retorsión aportada, la declarante es de nacionalidad panameña y cual advierte en su declaración que, el capital de la sociedad, así como de la naturaleza jurídica de la prestación del objeto del servicio, no esta controlado, ni aportado por capital extranjero en más de un 10 %, se genera así por relación matemática, cual se configura y adecúa a los efectos jurídicos del Art. 12 del Texto único de la Ley de Contratación, cual se configura con los efectos normados al respecto, y los que nos vinculan con el deber de nuestra responsabilidad como juzgador en reconocerle así; razón por la cual, bajo el deber y compromiso de nuestro sacrosanto juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley, lamentablemente no les puedo acompañar en esta ocasión.

Con todo mi aprecio y respeto, salvo el voto


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General



'22 NOV-21 PM 3:41

RECIBIDO

TACP