



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 254-2019

RECORRENTE: ENCOM GLOBAL, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones No.033-DIDS/2019 de 19 de noviembre de 2019, proferido por el Ministerio de Desarrollo Social, correspondiente al procedimiento de selección de contratista por compra menor No.2019-0-21-0-08-CM-012811.

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N° 053-2020Pleno/TACP de 4 de marzo de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 136 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas relacionado con los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 207 al 210, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra"; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

El procedimiento de selección de contratista en examen, para la adquisición de equipo informático para la complementación del equipo transitorio 2 de la plataforma RENAB, difundido en el Portal Electrónico de Contrataciones Públicas como el procedimiento de selección de contratista No.2019-0-21-0-08-CM-012811, con la

27



indicación del día y hora de la presentación de las propuestas, el día, lugar y hora de inicio del acto público, la descripción del objeto contractual, la partida presupuestaria, entre otros, en obediencia al contenido del artículo 41 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

En razón de lo anterior, se señaló como fecha de presentación de las ofertas el día 12 de noviembre de 2019, desde la 1:00 hasta las 2:00 de la tarde, y para el mismo día, pero en horario de las 2:01 de la tarde como fecha y hora para la apertura de las propuestas, tomando en consideración que estamos ante un acto público de compra menor, cuyo precio de referencia es de Catorce Mil Trescientos Veintiocho Balboas con 55/100 (B/.14,328.55).

La entidad, una vez valoradas las ofertas participantes, decidió adjudicar el procedimiento de selección de contratista No. 2019-0-21-0-08-CM-012811, a través del Cuadro de Cotizaciones No.033-DIDS/2019 de 19 de noviembre de 2019, que fue publicada el día 20 de noviembre de 2019, a la empresa TECNOLOGÍA APLICADA, S.A., por ser la oferta de menor precio, la que cumple con todos los requisitos obligatorios y todas las condiciones especiales y técnicas que exige el pliego de cargos, según la evaluación técnica que reposa en el expediente administrativo.

El Cuadro de Cotizaciones No.033-DIDS/2019 de 19 de noviembre de 2019 fue recurrido en tiempo procesal oportuno por el proponente ENCOM GLOBAL, S.A., a través de su representación especial, el jurista RAMÓN AROSEMENA, alegando no estar de acuerdo con la decisión tomada por la entidad, toda vez que considera que se le concedió la adjudicación del procedimiento de selección de contratista a un proponente que no cumple con las exigencias de formalidad requeridas dentro de la ley y el pliego de cargos.

Sostiene su posición en que el proponente TECNOLOGÍA APLICADA, S.A., aclaró que sumirá el cobro del ITBMS para el renglón No. 4, acogiéndose al Decreto No.84 de 26 de agosto de 2005, pero perdiendo de vista el concepto manifestado por el Decreto No. 84, artículo 3 que rige la jurisdicción del impuesto ITBMS, dado que la entidad está solicitando un bien tangible que es el objeto contractual del actual pliego de cargos, que si es verificado en las especificaciones técnicas publicadas, resulta ser un requerimiento sobre un servidor físico con licenciamiento electrónico preinstalado en fábrica y accesorios adicionales, lo que provocó que la beneficiada con la adjudicación mantuviera un precio más económico que el de su representado y que según su punto de vista se debió al inadecuado cálculo del ITBMS.

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. 5878/DM/19 de 10 de



diciembre de 2019, remitió a este Tribunal el informe de conducta, en donde hace un recuento del procedimiento de selección de contratista llevado a cabo en esta oportunidad, concluyendo que se debe mantener la decisión de adjudicación, por considerar de que la empresa beneficiada con la misma cumplió a cabalidad con las condiciones que demanda el pliego de condiciones.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De acuerdo a lo revisado en el expediente del Tribunal, no se evidencia escrito de alegatos de terceros en interés particular o de la ley, pese a concederse el término adjetivo para su presentación.

IV. ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL

Mediante Resolución No.041-2020-Pruebas/TACP de 10 de enero de 2020, se solicitó a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas de forma oficiosa, prueba de informe, a fin de orientarnos si el objeto contractual que se encuentra identificado en el renglón No.4 del acto público que nos ocupa, consistente en licencias de módulos server se encuentran o no exoneradas del pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y Prestación de Servicios (I.T.B.M.S.).

En el sentido de la solicitud mencionada en líneas precedentes, la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas respondió a través de la Nota No.201-01-0042-DGI de 31 de enero de 2020, concluyendo que: "de las normas citadas, podemos señalar, que las licencias están exentas del pago del I.T.B.M.S., únicamente cuando las mismas sean consideradas para el uso, es decir, no se transfiere la propiedad, sino por el contrario, se permite solamente su utilización, más no la compra de derechos, o la transmisión de propiedad".

Que para considerar la exención, la licencia de uso no debe llevar aparejada ningún servicio o bien adicional que sea imposible dividirla de esta, ni constituir asistencia técnica en ninguna etapa. Pero que, si el acto público corresponde a la prestación de un servicio global, la totalidad de esa prestación de servicio se encuentra afecto a I.T.B.M.S. de acuerdo al artículo 9 del Decreto No. 84 de 2005 modificado por el Decreto Ejecutivo 91 de 2010.

V. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Una vez cumplidos los trámites establecidos para este proceso, el Tribunal se apresta a decidir la litis, tomando en consideración el conocimiento en virtud de la competencia de esta colegiatura en razón de la naturaleza de la causa y que estamos



ante un procedimiento de selección de contratista por compra menor por lo que debemos ajustarnos a lo legislado, teniendo en mente que tal proceso permite de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los Cincuenta Mil Balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley.

En este tipo de procedimiento si la entidad determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, procederá a la adjudicación del acto público a ese proponente en el respectivo cuadro de cotizaciones, el cual deberá contener la información originada en el acto.

No obstante, si la entidad determina que la oferta de menor precio no cumple a cabalidad con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos, procederá inmediatamente a verificar la siguiente propuesta con el precio más bajo y así sucesivamente, utilizando el mismo procedimiento empleado en la verificación de la oferta anterior, hasta emitir la adjudicación del acto o la declaratoria de desierto, según sea el caso.

Así las cosas, procederemos con el examen de la oferta de menor precio, siendo la misma aportada por la empresa TECNOLOGÍA APLICADA, S.A., con un precio de Trece Mil Trescientos Veintiocho Balboas con 15/100 (B/.13,328.15). De acuerdo a la evaluación de los documentos que acompañan a la oferta, determinamos que las especificaciones técnicas aportadas se encuentran en idioma inglés, es decir, distinto al lenguaje oficial de la República de Panamá, razón por la cual no la convierte en opción para la adjudicación del acto público en estudio. Además, por tratarse de un documento proveniente del extranjero no cumple con las legalizaciones que la ley procesal señala ni el pliego de cargos.

Tampoco aportó el Certificado de Registro de Proponentes que exige en todo acto público de selección de contratista el último párrafo del artículo 27 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018 que indica que: "La inscripción en el Registro de Proponentes se acreditará en el acto público con la aportación del certificado de proponentes que expida la DGCP. Esto significa que es una exigencia de ley la aportación del mencionado documento y constituye un tema de valoración probatoria de prueba tasada, en donde impera la prueba documental señalada como único mecanismo de convencimiento del juzgador y no otro medio probatorio distinto al reglamentado. Dicha disposición jurídica manifiesta la recuerda la obligación de presentación del documento indicado como parte de la documentación a presentar y su desatención conlleva la no adjudicación del acto público por no satisfacer en su totalidad los términos de referencia.

Siguiendo con el análisis de la siguiente propuesta, corresponde la oportunidad de la empresa ENCOM GLOBAL, S.A., con precio de Trece Mil Quinientos Ochenta y

21



Nueve Balboas con 00/100 (B/.13,589.00). Esta propuesta cumple con todos los requisitos del pliego de cargos solicitados por el Ministerio de Desarrollo Social, ya que demostró la existencia de la empresa, aportando la certificación del Registro Público desde el día 5 de marzo de 2012. También se encuentra en paz y salvo con la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas y la Caja de Seguro Social, probando con tales documentos de que no mantiene ningún tipo de morosidad con el Tesoro Nacional ni con el pago de la cuota obrero patronal. Es totalmente capaz y se encuentra habilitada para contratar con el Estado de acuerdo a la declaración jurada que reposa en el expediente administrativo y en el portal electrónico estatal.

El aviso de operación acredita que ENCOM GLOBAL, S.A., tiene autorización para ejercer la actividad de venta de equipo informático; además no se encuentra en ninguno de los postulados que señala la Ley No. 48 de 2016 sobre medidas discriminatorias, limitaciones o condiciones desventajosas en contra de cualquier persona natural o jurídica, de nacionalidad panameña, entre otros. Aportó el formulario de propuesta y el desglose de precios debidamente firmado por su representación legal y las especificaciones técnicas de los objetos contractuales ofrecidos. También está capacitado para la instalación del servicio a ofrecer, de acuerdo a los incisos d y e del artículo único de Resolución JTIA-697-05 de 14 de diciembre de 2005 emitida por la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura; al ser el representante legal Ingeniero en Telecomunicaciones y encontrarse registrada la empresa en la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura.

Por otro lado, si bien es cierto que en el formulario de propuesta de ENCOM GLOBAL, S.A., se le colocó impuesto del I.T.B.M.S. al renglón No.4 que se refiere a la licencia de módulos server, dicho renglón no era susceptible del tributo en mención por dos razones básicas de acuerdo a la información que comprendemos de la prueba de informe proporcionado por la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas: por tratarse de un bien intangible e incorporable, dado que es un hecho notorio que una licencia de servidor, concede un servicio que no puede ser palpado de forma táctil, por eso su característica de intangible y su adquisición es para ser incorporado a un sistema computarizado existente. Y en segundo lugar, el servicio a suministrar no será para asistencia técnica a terceros para generar pagos, conclusión a la que arribamos del compendio de disposiciones jurídicas citadas por la Dirección General de Ingresos.

Al no ser causado el impuesto al renglón No. 4 de las especificaciones técnicas, entendemos que ENCOM GLOBAL, S.A., no debió agregarlo; sin embargo, de la lectura del artículo 71 de la Ley No. 22 de 2006 podemos determinar lo siguiente:

Artículo 71. Impuestos aplicables. La entidad deberá incluir en los pliegos de cargos o términos de referencia los impuestos que resulten aplicables a la adquisición de viene, servicios u obras objeto del procedimiento de selección de contratista.

21



Cuando el pliego de cargos o términos de referencia exija a los proponentes que incluyan en su propuesta además del precio, dichos impuestos y el proponente omita presentarlos dentro de su propuesta, se entenderá que los incluye en el precio propuesto.

Aun cuando la entidad no lo señale en el pliego de cargos o términos de referencia, es obligación del proponente incluir en su propuesta todos los impuestos que deban aplicarse de acuerdo a las leyes vigentes en la materia.

Cuando una entidad esté exonerada del pago de impuestos y el proponente lo incluyera en su propuesta, se tendrán como no puestos y la entidad deberá considerar el monto propuesto sin incluir los impuestos.

En caso de errores en el cálculo de los impuestos indicados en la propuesta, la entidad le solicitará a los proponentes las aclaraciones para que se efectúen los cálculos correctos siempre y cuando no se distorsione el precio total. Si las correcciones aritméticas varían el monto propuesto, se considerará que la propuesta será indeterminada y no podrá recaer en ese proponente la adjudicación.

De acuerdo a la ley citada, no se evidencia en el pliego de cargos el aviso de exoneración de impuestos de uno de los rubros; empero, se trata de un tema de ley (legislación tributaria), sumado a ello el cuarto párrafo del artículo 71 de la ley especial que nos gobierna sostiene que en caso de que una entidad se encuentre exonerada del pago del impuesto y el proponente lo incluyere en su oferta, se tendrán como no puestos, significa que el principio es que no puede sumarse a la propuesta un servicio o bien que no cause impuesto y como quiera que la oferta de ENCOM GLOBAL, S.A., sí lo incluyó debemos desconocerlo en virtud del sentido y espíritu de las legislaciones pertinentes.

Así las cosas, no vemos ninguna limitante o impedimento para concederle la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No.2019-0-21-0-08-CM-012811, para la adquisición de equipo informático para la complementación del equipo transitorio 2 de la plataforma RENAB, a ENCOM GLOBAL, S.A., por ser lo que en derecho corresponde, toda vez que ha cumplido con cada uno de los requisitos que indica el pliego de condiciones de este acto público. Por lo anterior, y como parte de la administración pública fundada en su razón instrumental en cuanto a garantizar la realización del interés público y a la vez, como una garantía del administrado fraguado en el principio de la igualdad de derechos y en aplicación de la justicia distributiva, procederemos a revocar la decisión venida en impugnación, pero con la indicación al Ministerio de Desarrollo Social de no reconocer el impuesto que se ha gravado al renglón No. 4 de la propuesta de la empresa ENCOM GLOBAL, S.A., por encontrarse exonerado del pago del I.T.B.M.S.

Recordemos que la finalidad del procedimiento de selección de contratista es la determinación del proponente que formule la oferta más ventajosa para el Estado, con pautas de valorización objetivas, correspondiendo a las entidades la labor de reconocer, declarar o aceptar la oferta más ventajosa, el cual se satisface cumpliendo con las

89



reglas del juego previamente conocidas, asegurándose así la entidad garantizar la defensa del interés público con la transparencia y justicia en la contratación administrativa, pues, la ley ha impuesto la selección objetiva de los contratistas, con la cual se pretende proteger la igualdad de oportunidades entre los particulares y la obtención de la administración de las condiciones más ventajosas para el interés público.

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 Ministerio de Desarrollo Social, 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.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones No.033-DIDS/2019 de 19 de noviembre de 2019, publicada el día 20 de noviembre de 2019, convocado por el Ministerio de Desarrollo Social, y en su lugar, se procede a **ADJUDICAR** a ENCOM GLOBAL, S.A., el procedimiento de selección de contratista No.2019-0-21-0-08-CM-012811, por ser la que cumplió a cabalidad con los términos de referencia de la presente contratación estatal, de acuerdo a los razonamientos sustentados en la parte motiva de este acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante la Fianza de recurso de impugnación No.031959111 de 29 de noviembre de 2019, expedida por Seguros Suramericana, S.A., por un límite máximo de responsabilidad de Mil Trescientos Cincuenta y Ocho Balboas con 90/100 (B/.1,358.90) que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios el Ministerio de Desarrollo Social/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 21 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N° 2019-0-21-0-08-CM-012811, al Ministerio de Desarrollo Social, contentivo de un (1) tomo, integrado de ciento cincuenta y siete (157) fojas útiles, tal y como se observa en el informe de trámite fechado el día 17 de febrero de 2019 y que reposa a foja 66 del expediente del Tribunal.

CUARTO: ORDENAR al Ministerio de Desarrollo Social, 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: 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.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: DISPONER la salida y el archivo del expediente No 254-2019/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 52, 136, 145, 148 y siguientes del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 84, 207 y 222 del Decreto Ejecutivo No. 40 de 10 de abril de 2018, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

VOTO CONCURRENTE.


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaría General Encargada





REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA ENCOM GLOBAL, S.A., EN CONTRA DEL CUADRO DE COTIZACIONES N°033-DIDS/2019 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2019, EMITIDO POR EL MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. EXP. 254-2019, RESOLUCION No. 053-2020/TACP DE 4 DE MARZO DE 2020 (Decisión)

Respetuosamente debo expresar mi disenso en algunos puntos de derecho que han sido consignados en la resolución de la mayoría, aclarando, de suyo, que estoy de acuerdo en la decisión adoptada en cuanto a confirmar lo actuado por la entidad. En cuanto a la falta de aportación del certificado de registro de proponente, por parte de **TECNOLOGIA APLICADA, S.A.**, durante invetados votos concurrentes, o salvamentos de voto he sostenido que la misma no es obligatorio, salvo que el propio pliego de cargos lo exija. Una leve disección de la norma jurídica nos lleva a esa simple e inexorable conclusión. De conformidad al artículo 27 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018 se regula este requisito así:

Artículo 27. Inscripción en el Registro de Proponentes. El Registro de Proponentes es la base de datos administrada por la DGCP, 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 se acreditará en el acto público con la aportación del certificado de proponentes que expida la DGCP.

Como se nota, la norma se refiere en su último párrafo al sistema de acreditación del certificado de proponente, cuando sea exigible por el pliego de cargos. La ley no ha declarado este requisito de orden público ni mucho menos de obligatorio cumplimiento. Más bien, jurídicamente pareciere que lo que se establece es un sistema de "*numerus clausus*" en cuanto a la manera de probar este registro (cuando sea exigible), y lo es a través de la aportación del Certificado Respectivo. El segundo párrafo del artículo 27 del DE 40 de 2018, no contiene un mandato jurídico, expreso, que exija la presentación del certificado en todo acto público de selección de contratista. La estructura de la norma jurídica y su tenor literal no dan pie a que se interprete de esa manera.

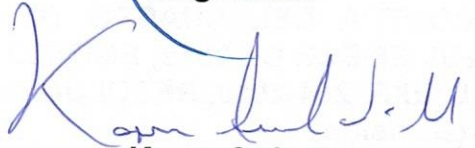
Recordemos el norte programático y de aplicabilidad del derecho del principio de economía (recogido en el artículo 22 de la ley 22 de 2006), el cual nos ordena que no es viable interpretar en forma distinta los defectos de forma o la inobservancia de algunos de los requisitos para los distintos procedimientos de selección de contratista, reduciendo al mínimo los pronunciamientos *inhibitorios*, y que las distintas entidades públicas no exigirán **otras formalidades o exigencias rituales**, **salvo cuando en forma expresa** lo exijan el pliego de cargos o las leyes especiales. Aún, el principio de economía es claro al indicar que los requisitos deberán ser **expresos**. Una interpretación sistemática y finalista nos orillaría en tal sentido.

Así las cosas, soy del convencimiento que en todo acto público no debería exigirse el certificado de proponente. Recordemos, todavía, que la propia base de datos del sistema de Registro de Proponentes es administrado por el propio Estado, a través de

la Dirección General de Contrataciones Públicas. Es decir, dicha información es accesible, puede ser corroborada y es funcionalmente obligante incluso para que los proponentes presenten sus ofertas. Lo contrario es, a mi juicio, un contrasentido lógico, jurídico y fáctico. Es por esta razón que en el caso sub lite, concurre en el voto, pero presentando mi disenso sobre los aspectos jurídicos tratados.



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

Fecha ut supra.



TACP

'20 MAR- 6 PM 2:31

RECIBIDO