



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Expediente N°: 260-2022

Recurrente: PREMIUM GRAINS, S.A.

Acto Impugnado: Cuadro de Cotizaciones No. 546 del 19-10-2022, por la cual el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos, adjudicó el acto público N° 2022-1-20-0-08-CM-011172.

Magistrado Ponente: JOSÉ ARANDA RÍOS

RESOLUCIÓN N°244-2022-/TACP de 25 de noviembre de 2022 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

I. ANTECEDENTES:

El día 29 de septiembre de 2022, el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos (IFARHU), 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. 2022-1-20-0-08-CM-011172, referente al “SUMINISTRO DE MATERIALES ELÉCTRICO PARA EL CENTRO ESTUDIANTIL DE COLON” con precio de referencia de QUINCE MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE BALBOAS CON 33/100 (B/. 15,159.33); cuya recepción de ofertas, conforme el registro electrónico del acto público en mención fue programado para el día 05 de octubre de 2022, hasta las 10:00 a.m. y la apertura de las propuestas a las 10:01 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
8-841-2448-0	ERIC ENRIQUE MONTOTO BERBEY	04-10-2022 10:50 a.m.	15,158.69
2213668-1-775353-43	Premium Grains, S.A.	04-10-2022 07:50 p.m.	14,520.75
652231-1-459874-08	APLICACIONES Y TECNOLOGIA S.A	04-10-2022 09:06 p.m.	14,500.11
2109107-1-758210-56	REPUESTOS JUPITER S.A.	05-10-2022 09:48 a.m.	15,120.92



Seguidamente, previa evaluación de la unidad técnica; la entidad convocante [IFARHU] resolvió adjudicar el acto público N° 2022-1-20-0-08-CM-011172, referente al “SUMINISTRO DE MATERIALES ELÉCTRICO PARA EL CENTRO ESTUDIANTIL DE COLON”, a la oferente REPUESTOS JÚPITER, S.A., mediante Cuadro de Cotizaciones No. 546 del 19-10-2022, publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, el día 19 de octubre de 2022.

El día 21 de octubre de 2022, el Licenciado Rufino Valdés Vásquez, en calidad de apoderado de la empresa PREMIUM GRAINS, S.A., presentó en tiempo oportuno Recurso de Impugnación en contra del Cuadro de Cotizaciones No. 546 del 19-10-2022, a través del cual la entidad adjudicó el acto público No 2022-1-20-0-08-CM-011172, visible de foja 007 a 013 del expediente del Tribunal. El apoderado legal de la empresa PREMIUM GRAINS, S.A., refutó el cuadro de cotizaciones que adjudicó el acto público, por cuanto, que la Comisión no cumplió con lo establecido en la ley y el decreto reglamentario.

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. 206-2022/TACP de 31 de octubre de 2022 (Admisión), visible de fojas 033 a 035 del expediente del Tribunal.

III. PRETENSIONES DEL RECORRENTE.

El apoderado legal de la empresa PREMIUM GRAINS, S.A., refutó el cuadro de cotizaciones que adjudicó el acto público, por cuanto, que su representada con todas las especificaciones técnicas.

Según el apoderado legal, su representada si bien es cierto presenta incumplimientos en la cantidad de artículos de los renglones cuatro (4) y cinco (5) siendo errores de transcripción, más no una alteración o cambio, al efectuar la operación matemática se confirma que las cantidades no alteran el monto total ofertado de B/ 14,520.75 incluido el ITBMS. Los activadores del recurso, para reforzar su postura traen a colación a este escenario sendos fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Resoluciones 017-2022 Pleno/TACP de 03 de febrero de 2022; 091-2021-Pleno/TACP de 06 de agosto de 2021).

Motiva su postura el letrado que, la Comisión no cumplió con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 22 de 2006 y el artículo 11 del Decreto Ejecutivo 34 de 2022, que modificó el artículo 75; razón por la cual, se debe dejar sin efecto el acto administrativo que adjudicó el acto público de marras.

El recurrente solicita al Tribunal de la causa que, se adopten las medidas correctivas correspondientes de tal manera que se cumpla el Procedimiento de Selección de Contratista y por ende que se deje sin efecto el acto administrativo que adjudicó la referida compra menor y en su defecto se adjudique a la empresa PREMIUM GRAINS, S.A.

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD RECURRIDA.

De acuerdo con el Informe de Trámite de 14 de noviembre de 2022, (foja 041 del expediente del Tribunal), la entidad convocante, no publicó en el Sistema



Electrónico "PanamaCompra", del referido acto público el Informe de Conducta, razón por la cual el Tribunal decidirá con los documentos que se encuentran en el referido portal. (ver Artículo 158 de la ley 22 de 2006).

"Artículo 158. Procedimiento del recurso de impugnación.

...

En caso de que la entidad no remita el informe de conducta en el término establecido, el Tribunal pasará a resolver con lo que conste en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente."

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, no hubo intervención de terceros en interés de la ley o particular.

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 260-2022.

En este sentido, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto al Recurso de Impugnación presentado por el oferente PREMIUM GRAINS, S.A., contra el Cuadro de Cotizaciones No. 546 del 19-10-2022, a través del cual la entidad (IFARHU), resolvió adjudicar el acto público N° 2022-1-20-0-08-CM-011172, a la empresa REPUESTOS JÚPITER, S.A. referente al "SUMINISTRO DE MATERIALES ELÉCTRICO PARA EL CENTRO ESTUDIANTIL DE COLON".

Desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica y 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".

"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".*

"Artículo 298. *El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.*

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



La presente encuesta jurídica, lo 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.

De los hechos en que se sustenta el Recurso de Impugnación, extraemos que la disconformidad del recurrente se centra en que la entidad no aplicó los aspectos de evaluación tal como lo establece la Ley 22 de 2006 y su reglamentación, al cumplir con el desglose de precios.

Tratándose de la celebración de un Procedimiento de Compra Menor, para resolver el Recurso de Impugnación, nos remitimos a las normas de procedimiento que al respecto contempla el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020; así como el Decreto Ejecutivo N° 439 de 10 de septiembre de 2020, desde el momento de la convocatoria, el expediente administrativo, y el Informe de Conducta, además de los términos de referencia y el registro del acto público en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra.

Es importante señalar, que entraremos a analizar el Recurso de Impugnación bajo los parámetros establecidos del artículo 57 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

“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 el IFHARU, publicó la convocatoria del acto público N° 2022-1-20-0-08-CM-011172, en el que fijó como modalidad “Global” de adjudicación y como criterio de selección se estableció lo siguiente:

“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”.

Luego de haber realizado el estudio minucioso de los elementos que reposan en el expediente administrativo digital, así como al examen del Informe de Conducta, y el Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, en torno a las actuaciones efectuadas por el IFHARU, los términos de referencia y el registro del acto público



en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, es propicia la ocasión dirigirnos directamente a las actuaciones de dicha institución, ya que las mismas representan el objeto del Recurso de Impugnación que se ventila en este Tribunal.

El presente análisis lo 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”.

Desde la perspectiva de la norma, 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.

Con el afán de seguir el recorrido procesal administrativo y el análisis del expediente administrativo de la entidad convocante; queremos dejar plasmadas ciertas observaciones que denotan inconsistencias en el pliego de cargos/términos de referencias. (el subrayado es del Tribunal)

Es de suma relevancia, advertir las inconsistencias que reposan en la convocatoria y que desde nuestra óptica causan un perjuicio a la entidad y sobre todo a los interesados; sin obviar que desatiende el verdadero interés social que postulan los principios de la Contratación Pública; más aún, el principio constitucional de igualdad, en concomitancia con el principio del debido proceso.

- 1. Análisis del Tribunal de la inclusión de una marca en particular dentro del pliego de cargos/términos de referencias.**
2. Este Tribunal, en fiel defensa de los postulados de la contratación y del debido proceso, y en relación con los hechos del impugnante, se adentró a lo medular de las constancias que yace en el expediente electrónico, de la referida contratación determinando que, se publicó en la sección “Documentos Adjuntos” identificado con lo siguiente: “MATERIALES PARA COLÓN-Especificaciones técnicas”, con el contenido de los materiales a ser cumplidos por lo proponentes:



Renglón	Cantidad	Descripción	Precio Estimado
1	1	Breaker 150 A 2 polo square D	
2	2	Breaker 60 A 2 polo square D	
3	3	Breaker 30 A 2 polo square D	
4	3	Breaker 20 A 2 polo square D	
5	20	Interruptores sencillos blanco con tapa	
6	1	Tapa para cinco interruptores blanca	
7	1	Tapa para tres interruptores blanca	
8	100	Tomacorrientes dobles 110 V con tapas blancas	
9	24	Tomacorrientes 220V tipo chino blancos	
10	176	Lámparas panel led 60cm X 60 cm, luz blanca de 40 watts	
11	4	Rollos de 500 pies c/u cordón 3 X 12	
12	2	Rollos de 500 pie c/u cable plástico 3x12	
13	750	Empalmadores cable #12 rojos y crema	
14	300	Tubos de ½ de PVC	
15	250	Codos de ½ de PVC	
16	500	Conectores de ½ PVC	
17	170	Cajillas cuadradas ½ y ¾ knockout	
18	70	Tapas de repello	
19	45	Tapas cuadradas ciegas 4x4	
20	70	Tapas redondas octagonales knockout 1/2	
21	70	Conectores 3/8 para cable	
22	4	Gomas para PVC medianas	
23	70	Cajillas octagonal 1/2	
24	3,000	Pie cable # 12 flexible blanco	
25	2,500	Pie cable # 12 flexible rojo	
26	2,500	Pie cable # 12 flexible negro	

Al revisar, el cuadro de las especificaciones técnicas, que está en los documentos adjuntos “especificaciones técnicas”, este Despacho de la causa se percató que, se incluyó una denominación o marca de un producto que está en el mercado para los Breaker denominado SQUARE D (véase los renglones 1 al 4 de las especificaciones técnicas), sin establecer mayor información de las especificaciones de los artículos como (i) voltaje, (ii) tipo de montaje; siendo violatorio a la norma especial que regula la contratación pública de nuestro país. Del insumo solicitado en los términos de referencias, del cual se encuentra en el mercado la marca “Square D”, para los Breaker, se identifica así:



Dicho lo anterior, el Tribunal de la causa se pronunció en relación con la inclusión de determinadas marcas en los pliegos/términos de referencias, siendo violatorio a la norma en contrataciones públicas. Veamos el contenido medular de la Resolución 038-2022-Pleno/TACP de 25 de marzo de 2022 (Decisión).

En el renglón 38 se constata a todas luces que, la entidad convocante incluyó dónde dice accesorios eléctricos, un tape a ser utilizado de una marca del mercado, siendo esto violatorio de la norma especial que regula la contratación pública de nuestro país; sin embargo, para verificar dicha exigencia, nos remitiremos a los documentos que están en el adjunto el cual complementa lo que está en las condiciones técnicas colgado en el cartel electrónico a saber:



EXPEDIENTE N°030-2022
RESOLUCIÓN N° 038-2022-Pleno/TACP de 25 de marzo de 2022 (Decisión)
Página 7 de 15

PROGRAMA DE INVERSIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS MUNICIPALES					
DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA - PLANIFICACIÓN					
PROYECTO: SUMINISTROS DE MATERIALES PARA UNIDADES DE VIVIENDA					
INSTITUCIÓN: JUNTA COMUNAL DEL MONTE LINDO					
SOLICITANTE: H. B. QUINTERO ETIC					
DISTRITO: HUANUCO					
CORREO: MONTE LINDO					
2021					
Item	Cantidad	Unidad	Descripción	Presupuesto	Total
1	200	UNID.	CEMENTO LARIMO 40 KG		
2	300	UNID.	CEMENTO 115 KG		
3	300	UNID.	CEMENTO 115 KG		
4	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
5	104	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
6	270	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
7	180	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
8	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
9	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
10	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
11	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
12	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
13	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
14	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
15	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
16	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
17	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
18	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
19	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
20	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
21	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
22	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
23	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
24	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
25	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
26	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
27	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
28	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
29	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
30	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
31	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
32	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
33	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
34	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
35	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
36	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
37	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
38	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
39	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
40	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
41	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
42	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
43	120	UNID.	BARRO DE 200 CM. DE 40" x 8" CAL. 20		
TOTAL					
TOTAL B					

OBSERVACIONES:
Cada una de las unidades de obra deberá ser entregada en cada una de las propiedades de la zona.
Se deberá tener en cuenta el tiempo de entrega de los materiales al momento de adjudicar el contrato de la obra.
En caso de no cumplir con el tiempo de entrega, se deberá pagar una multa por cada día de retraso.

Al respecto, la norma de contratación pública es clara en establecer que, al momento de publicar los pliegos/términos de referencias, no se pueden incluir o hacer referencia a una marca en específico.

El cúmulo de normas que regula, la contratación pública de nuestro país es enfática al señalar que, los pliegos/términos de referencias no deben hacer alusión a una marca especial de mercado dado que coarta la participación de los proponentes en igualdad de oportunidad. Nótese, lo que arguye la norma en relación con lo manifestado.

“Artículo. 44. Especificaciones técnicas. Las especificaciones técnicas constituyen las características técnicas del objeto que se va a contratar, las cuales no pueden hacer referencia, en su caso, a marcas de fábrica, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.” (El subrayado es del Tribunal)

El Decreto Ejecutivo 439 de 2020, establece en su artículo 57, lo referente a las condiciones de especificaciones técnicas, que debe contener todo pliego/términos de referencia en una contratación, así como las restricciones a incluir una serie de denominaciones de marca que ponga en riesgo el principio de igualdad de proponentes:

Artículo. 57. Especificaciones técnicas. Las especificaciones técnicas comprenderán planos, dibujos, diseños y requisitos basados en las características objetivas, técnicas y de calidad de los bienes, servicios u obras que se pretendan contratar.
La entidad licitante es la responsable de establecer las especificaciones técnicas de los bienes, servicios u obras que requieren contratar para satisfacer sus necesidades y la de la ciudadanía. Estas especificaciones deberán contener toda la información necesaria para



realizar el procedimiento de selección de contratista correspondiente, de forma eficiente y enfocada a adquirir bienes, servicios u obras de calidad con el objetivo de lograr el mejor beneficio por el valor a contratar. La inclusión en el pliego de cargos de especificaciones técnicas correctas, completas y ajustadas a estándares de calidad, evitará la recepción de propuestas de bienes, servicios u obras que no cumplan con la finalidad de la contratación.

No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productos determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras "o su equivalente" u otra expresión similar.

Para formular las especificaciones, planos, dibujos y diseños que deban incluirse en el pliego de cargos o en otros documentos en que se soliciten propuestas o cotizaciones, se utilizarán, de haberlos, las características, los requisitos, los símbolos y la terminología normalizados.

Las especificaciones técnicas deberán consignar en forma clara e inconfundible las características del objeto que se va a contratar, las normas de calidad que deberán cumplir los bienes, servicios u obras y las garantías requeridas. (el subrayado es del Tribunal)

Por lo tanto, el Tribunal de la causa, no puede pasar por alto esta exigencia, dado que riñe con la norma al incluirse en los términos de referencias una determinada marca (SQUARE D), para los Breaker, cuando existen una diversidad marcas que ofrecen dichos insumos. Al respecto, la entidad para futuros actos deberá corregir las condiciones y exigencias a fin de no establecer una determinada marca, procurando establecer pliego uniformes y estándares con las características a adquirir del bien.

Siguiendo con el recorrido administrativo del expediente, queremos llamar la atención a la entidad convocante, toda vez que, no dejó sentado en el pliego electrónico lo que estipula el artículo 43 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020; siendo esta una compra menor que no supera los diez mil balboas (B/.10,000.00) y no excede los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00). Veamos lo que estipula la norma ut supra:

“Artículo. 43. Condiciones especiales. Las condiciones especiales son las estipulaciones elaboradas por la entidad licitante, aplicables a un procedimiento de selección de contratista determinado, en atención a sus elementos específicos.

...

En las contrataciones menores, no se les exigirá a las personas naturales de nacionalidad panameña la declaración jurada de medidas de retorsión. (subrayado es nuestro)”

La entidad convocante, siempre deberá establecer en su pliego/términos de referencias, aquellas disposiciones establecidas por el legislador, en cuanto a la no presentación de la declaración de jurada de medidas de retorsión de los oferentes-personas naturales de nacionalidad panameña.

Conclusión:

En busca del cumplimiento del principio de transparencia y una gestión pública eficiente, las nuevas modificaciones a la norma de contratación pública, buscan dar garantías al proceso de selección; en darle paso a una sana competencia e igualdad de oportunidades de los participantes en los procesos contractuales.



Dicho lo anterior, la contratación estatal, se encuentra estrechamente combinada con la realización de los fines del Estado, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, siendo los fines esenciales del Estado de manera principal: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en nuestra Constitución, para lograr los propósitos de satisfacer la comunidad.

Luego de observar las diversas falencias en los términos de referencias, el servidor público al momento de publicar el pliego de cargos/términos de referencia en el acto público de marras, tenía el deber de enderezar esta inconsistencia, mediante el mecanismo que establece la norma; es decir a través de la adenda; sin embargo, al no preverse esta situación, en el tiempo estipulado a todas luces estaríamos en una contratación llena de vicios, lo que supondría un problema a la hora de empezar la ejecución del contrato/orden de compra.

Debemos tener presente, que el pliego de cargos o términos de referencia es el documento rector en todo procedimiento de selección de contratista, el cual debe contener toda información uniforme en el adjunto como en el electrónico. (el subrayado es nuestro)

Por lo tanto, la entidad convocante tenía el deber de incluir las reglas de manera clara; tal como lo exige la norma, sin desatender el principio de especialidad de la tutela efectiva y debido proceso el cual a través de estos procedimientos otorga a la colectividad la satisfacción del interés general. Veamos lo que establece la norma con relación a la confección del pliego de cargos:

Artículo 2, numeral 36 del Glosario

36. *Pliego de cargos.* Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrarse, los derechos y las obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

“Artículo 39: Estructuración del pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista, del procedimiento excepcional de contratación o del procedimiento especial de contratación, el correspondiente pliego de cargos o términos de referencia, que contendrá:

...

5. Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva.

...”

El sentido literal de la norma de contrataciones públicas es clara y precisa, toda vez que se reconoce a la Administración un grado de discrecionalidad para la configuración del pliego de condiciones, con la consecuencia general de la carga de claridad que debe tener el acto orientador y regulador del proceso precontractual y contractual.

Al respecto, consideramos que como regla general la administración está obligada a cumplir con el deber de diligencia y de planeación para la elaboración del pliego,



y es su responsabilidad que las reglas sean claras y completas, y no podría trasladarse a los particulares u oferentes, o tampoco deducir una responsabilidad compartida, pues de ella la carga de claridad y de consistencia sobre la determinación de la necesidad, y de sus condiciones, y de realizar los estudios previos y cumplir los requisitos necesarios que permitan iniciar el proceso de contratación con miras a su satisfacción¹.

Resultaría desproporcionado y contrario a la equidad que la administración tuviera la facultad de seleccionar cuál regla del pliego de condiciones aplica, cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al oferente o contratista, quienes no elaboraron el pliego de condiciones.

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.

La importancia jurídica del pliego de condiciones en las contrataciones es innegable, ya que implica una serie de consecuencias jurídicas de importancia. No sólo establece derechos y obligaciones para los oferentes, sino también para el ente público que llama a la convocatoria. Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones, por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación, de las partes en la contratación y del objeto de la prestación; no cabe duda de que el procedimiento de selección de contratista que adopte la entidad es la que permite, gracias a la competencia, que se obtengan las mejores condiciones para el Estado y en definitiva para la sociedad.

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es importante resaltar el principio de responsabilidad de los servidores públicos en materia de contrataciones públicas, incorporado en el artículo 28 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 153 de 2020, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 28. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte.

Los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.

Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.

Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la

¹ Sobre la carga de claridad del pliego de condiciones, puede verse la sentencia del 8 de junio de 2006 de la sección Tercera Consejo de Estado (CP: María Elena Giraldo Gómez), expediente 15.005.



Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.

Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual, el jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad. sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Los que sean integrantes de comisiones de evaluación están obligados a actuar con estricto apego a la ley y a los criterios y metodologías contenidos en el pliego de cargos.

Los servidores públicos que intervengan en los actos de selección de contratista deberán cumplir con los términos establecidos en la presente Ley, la omisión a esta disposición se considerará como una falta administrativa y será sancionada con multa, conforme a lo establecido en el artículo 18" **(el Subrayado es del Tribunal)**

En virtud de las consideraciones señaladas, esta Colegiatura estima que lo procedente es *anular* el acto público de selección de contratista para la Contratación Menor N°2022-1-20-0-08-CM-011172, convocado por el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos (IFARHU), con fundamento en lo dispuesto en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020, el cual dispone:

"Artículo 244. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modifica 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."(Lo resaltado es nuestro).

En un Estado de Derecho, la Administración se somete a un orden que debe cumplir y hacer cumplir, sin criterios subjetivos, con el único propósito de evitar la discrecionalidad o, peor aún, la arbitrariedad; de tal manera que la Administración no puede evaluar propuestas bajo criterios subjetivos ya que incurriría en discrecionalidades.

Referente a la fianza del recurso de impugnación, este Tribunal opina que es procedente su devolución, considerando que no se ha observado temeridad en la actuación del recurrente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista para la Compra Menor N°2022-1-20-0-08-CM-011172, convocado por el por el Instituto para la Formación y Aprovechamiento de Recursos Humanos (IFARHU) referente al "SUMINISTRO DE MATERIALES ELÉCTRICO PARA EL CENTRO ESTUDIANTIL DE COLON." (*sic*), con precio de referencia de QUINCE MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE BALBOAS CON 33/100 (B/. 15,159.33); en virtud de que se incurrió en inconsistencias en la elaboración y estructuración de los términos de referencias en contravención con las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación N° FIMI-1002-0, expedido por Acerta Seguros, por la suma de mil quinientos quince balboas con 93/100 (B/ 1,515.93), cantidad que representa el diez por ciento (10 %) del precio de referencia, y cuya diligencia de consignación reposa a foja 026 del expediente del Tribunal

TERCERO: 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 transcurrido dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

CUARTO: ADVERTIR a las partes, que esta Resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°260-2022, 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 Firmado
ARANDA digitalmente por [F]
RIOS JOSE NOMBRE ARANDA
ALEXANDER - ID RIOS JOSE
ID 2-708-758 ALEXANDER - ID
 2-708-758
 Fecha: 2022.11.25
 08:26:44 -05'00'

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


LUIS MARISCAL
Magistrado


MANUEL BECKFORD.
Secretario General


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado

