



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Expediente N°: 263-2019

Recurrente: EMPERADORES S.A.

Acto Impugnado: Cuadro de Cotizaciones N°04 de 27 de noviembre de 2019, por el cual se adjudicó el acto público de selección de contratista N°2019-5-17-01-03-CM-000051, proferido por el **MUNICIPIO DE CHAGRES**.

Magistrado Ponente: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°057-2020-Pleno/TACP de 9 de marzo de 2020 (Decisión).

CONSIDERANDO:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, en su artículo 136 crea al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia del recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo N°40 de 10 de abril de 2018, modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, en sus artículos 207 y 210, establece las condiciones y requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES.

El día 19 de noviembre de 2019, a las 04:47 p.m., el MUNICIPIO DE CHAGRES, publicó, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el aviso de convocatoria y el pliego de cargos, para la celebración del procedimiento de selección de contratista por compra menor (que excede de B/ 10,000 hasta B/ 50,000), N° 2019-5-17-01-03-CM-000051, referente al "MEJORAMIENTO A LA CANCHA MULTIUSO A LA COMUNIDAD DE PIÑA" con precio de referencia de CUARENTA Y CINCO MIL BALBOAS CON 00/100(B/. 45,000.00); cuya recepción de ofertas, conforme el registro electrónico del acto público en mención, fue programada para el día 27 de noviembre de 2019, en horario de 8:00 a.m. a 10:00 a.m. y la apertura de las propuestas a las 09:01 a.m., de ese mismo día, al cual asistieron varios proponentes de acuerdo al "Cuadro de Propuestas Presentadas":

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
1850608-1-713674-54	Whalen Investors Corp	29-11-2019 12:08 p.m.	45,000.00
53160-21-326943-37	EMPERADORES, S.A.	29-11-2019 12:11 p.m.	42,750.00
370609-1-420268-61	SUPLIDORA GN PANAMA, S.A.	25-11-2019 08:57 a.m.	42,750.00



Seguidamente, previa revisión por parte de la entidad licitante [MUNICIPIO DE CHAGRES], resolvió adjudicar mediante Cuadro de Cotizaciones N° 04 del 27-11-2019 el acto público 2019-5-17-01-03-CM-000051, referente al "MEJORAMIENTO A LA CANCHA MULTIUSO A LA COMUNIDAD DE PIÑA", a la empresa WHALEN INVESTORS, CORP; cuadro de cotizaciones publicada en las secciones "Documentos Adjuntos" y "Documentos del Acto Público", del Sistema Electrónico "PanamaCompra", que administra la Dirección General de Contrataciones Públicas, el día 06 de diciembre de 2019.

Por su parte, la licenciada Maruja Marisol González Sarmiento, en calidad de apoderada especial de la sociedad denominada EMPERADORES, S.A, presentó en tiempo oportuno Recurso de Impugnación en contra del Cuadro de Cotizaciones N° 04 del 27-11-2019, a través del cual la entidad adjudicó el acto público N° 2019-5-17-01-03-CM-000051, a favor de la empresa WHALEN INVESTORS, CORP., visible de foja 006 a 011 del expediente del Tribunal.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Previo verificación del cumplimiento de 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 N°200-2019/TACP de 19 de diciembre de 2019 (Admisión), visible de fojas 030a 032 del expediente del Tribunal.

III. PRETENSIONES DEL RECORRENTE.

La parte actora centró su disconformidad con el cuadro de cotizaciones No 04 del 27-11-2019, que adjudicó el acto público de marras y en su defecto solicita se verifique el incumplimiento al pliego de cargos y a la Ley de Contrataciones Públicas; y por ende revoque la decisión proferida por el Municipio de Chagres mediante Resolución N° 04 de 27 de noviembre de 2019 por medio del cual se adjudicó el acto público de contratación menor N° 2019-5-17-01-03-CM-000051.

Concluyó la letrada, señalando: *"2. De igual manera solicito a los magistrados del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, que de ser conducente le ordene al Municipio de Chagres que es necesario una nueva verificación, para que una vez esto se cumpla se pueda materializar la adjudicación a la empresa Emperadores, S.A., de la contratación Menor N° 2019-5-17-01-03-CM-000051, denominado MEJORAMIENTO A LA CANCHA MULTIUSO A LA COMUNIDAD DE PIÑA, por cumplir a cabalidad con todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos de la licitación in comento"*.

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD RECURRIDA.

A través de la Nota N° 09/20 de 14 de enero de 2020 (foja 041 a 044 del expediente del Tribunal), el señor Alcalde del Municipio de Chagres, de la Provincia de Colón, remite el informe de conducta y copia autenticada del expediente de la referida licitación, tal como se encuentra consignada en el Informe de Trámite del expediente del Tribunal a foja 049.

La entidad demandada señaló, entre otras cosas, lo siguiente: (ver foja 042 a 044 del expediente del Tribunal).

...
Que esta entidad como ente responsable, al momento que tuvo conocimiento de dicho recurso, hace nuevamente revisión de la propuesta



de la empresa Whalen Invertors Corp, el cual dicha revisión arroja que en efecto se cometió un error involuntario; ya que al verificar la Resolución N° 0994 emitida por la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura fechada el 25 de julio de 2017, señala que la empresa Whalen Invertors, Corp podría ejercer por un período de DOS (2) años a partir de dicha resolución y al momento de la celebración del acto el día 27 de noviembre de 2019, ya la empresa estaba vencida por más de 4 meses.

Señalados estos puntos nosotros como entidad preocupados en no incurrir en ninguna falta y en el fiel cumplimiento de las normas legales y respetuosos de los recursos emitidos en contra de algunas de nuestras actuaciones, aceptamos que al momento de verificar cada una de las propuestas por un error involuntario se le adjudico a la empresa Whalen Investors Corp el cual queremos dejar claro y en constancia que dicha actuación no es ni será para beneficiar a ninguna empresa; es por ello que esta entidad Municipio de Chagres acepta y asume dicho error involuntario y señalamos que no tenemos ninguna objeción en realizar una nueva verificación como así lo solicita la parte del recurso invocado y así determinar si cabe una nueva Resolución de Adjudicación o de Declarar Desierto dicho acto; el cual señalamos que seremos muy respetuosos en la decisión de este Honorable Tribunal.”

V. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 148 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, este Tribunal procede a resolver el recurso, atendiendo a que el mismo versa sobre aspectos estrictamente jurídicos.

En este sentido, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto al Recurso de Impugnación presentado por la empresa EMPERADORES, S.A., contra el Cuadro de Cotizaciones No 04 del 27-11-2019, a través del cual la entidad adjudicó el acto público N° 2019-5-17-01-03-CM-000051, a favor de la empresa WHALEN INVESTORS, CORP., por un monto de cuarenta y cinco mil balboas con 00/100 (B/ 45,000.00).

De los hechos en que se sustenta el Recurso de Impugnación, extraemos que la disconformidad del recurrente se concentra en la presunta violación del numeral 3 del artículo 16 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017.

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 61 de 2017; así como el Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018, modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, el expediente administrativo, y el Informe de Conducta, además del Pliego de Cargos y el registro del acto público en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”.

Es importante tener en cuenta que, al momento de hacer el análisis de este Acto Público, debemos enmarcarnos al concepto estipulado para la Contratación Menor, el cual se encuentra normado en el artículo 52 del Texto Único de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017:

“Artículo 52. 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.

...”



Luego de haber realizado el estudio minucioso de los elementos que reposan en el expediente administrativo, así como al examen del Informe de Conducta, y el Texto Único de la Ley de Contratación Pública, en torno a las actuaciones efectuadas por la entidad licitante, el Pliego de Cargos y el registro del acto público en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra"; es menester dirigirnos directamente a las actuaciones de la entidad licitante, ya que las mismas representan el objeto del Recurso de Impugnación que se ventila en este despacho.

Iniciamos nuestro análisis señalando que, al revisar el cartel de condiciones de la de la licitación N° 2019-5-17-01-03-CM-000051, la entidad licitante fijó como modalidad de adjudicación bajo la condición de "Global"; teniendo como criterios de selección lo siguiente: *"será adjudicada al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos."*; cuyo objeto contractual corresponde a "Obra".

Al revisar el cuadro electrónico que está publicado en el Sistema Electrónico de "PanamaCompra" de la referida licitación; ningún documento solicitado será subsanable, por lo que su entrega es de carácter obligatorio para la adjudicación".

En virtud de lo anterior, este despacho es del criterio que, los documentos que están en el cuadro electrónico y el alcance del trabajo a realizar de parte de los oferentes, constituye, por mandato legal, un requisito indispensable que deben presentar los proponentes seleccionados en un acto público de compra menor, y será una condición obligatoria, sin la cual no se puede proceder con la adjudicación del acto público en cuestión.

Por otro lado, la entidad fijó como condición o requisito dentro del cartel de condiciones del acto público de marras, sólo el porcentaje de Riesgosidad a considerar de 5%; sin establecer el porcentaje de onerosidad. El Decreto Ejecutivo N° 40 de 2018, que reglamenta la Ley de Contrataciones Públicas estableció las reglas en torno al Margen de Riesgo u Onerosidad cuando así lo establezca los términos de referencia.

*"Artículo 43. Margen de riesgo u onerosidad. Las entidades, cuando lo estimen conveniente, podrán incluir en el pliego de cargos el margen de riesgo u onerosidad.
..."*

De su lectura podemos advertir que, el sentido del artículo 43 del Decreto N° 40 de 10 de abril de 2018, es claro, al señalar en su primer párrafo que la institución, cuando lo estime conveniente, establecerá el porcentaje máximo para efectos de considerar el margen de riesgo.

De lo anterior, y atendiendo a su tenor literal, es potestad de la Entidad Licitante incluir o no dentro del pliego de cargos el margen de referencia para considerar una propuesta riesgosa.

El proceso licitatorio de compras menores, se da con un mínimo de formalidades; sin embargo las entidades licitantes deben cumplir con aquellos principios rectores establecidos en la Ley de Contratación Pública, que no es otra cosa que asegurar una mayor participación de oferentes para la consecución de una contratación beneficiosa para el Estado:

"Artículo 20. Principios generales de la contratación pública. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se



desarrollarán con fundamento en los principios de transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, publicidad, eficiencia, debidos proceso y de igualdad de los proponentes, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Además, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos. las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho, las normas del Derecho Administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a esta Ley.

...

Es evidente, todo servidor público que presida o intervenga en los procesos de selección de contratista debe actuar, con suma transparencia, eficacia, y en resguardo del debido proceso.

Antes de entrar en el fondo del caso que nos ocupa, es importante señalar el rol que ostenta el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en resguardo del artículo 266 de la Constitución panameña, de asegurar en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación, así como el artículo 298, que indica que a través de ley se fijarán las modalidades y condiciones que garanticen la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.

Dicho lo anterior, 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 procedimiento realizado y en el pliego de cargos.

Al revisar el Registro histórico del referido acto público, nos percatamos que la entidad licitante modificó el cuadro electrónico específicamente "Otros Requisitos" en sustento del artículo 49, del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación, ordenado por la Ley 61 de 2017; adenda publicada en la sección de "Documentos del Acto Público", del Sistema Electrónico de "PanamaCompra", que administra la Dirección General de Contrataciones Públicas, sin que se publicará en la sección de "Documentos Adjuntos".

"Artículo 49. Modificaciones al pliego de cargos. Toda modificación que pretenda introducirse al pliego de cargos deberá hacerse de conocimiento público, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", en atención al monto con la antelación siguiente:

1. No menor de un día hábil, antes del día de la celebración del acto de selección de contratista, si la cuantía excede de diez mil balboas (B/.10 000.00) y no supera los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00).

...

Lo anterior, se complementa con lo consagrado en el artículo 55 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 2018 modificado por el Decreto Ejecutivo N° 329 de 24 de octubre de 2018, cuando a la letra dice lo siguiente:

" Artículo 55: Modificaciones al pliego de cargos: Toda modificación que pretenda introducirse al pliego de cargos deberá hacerse de conocimiento público, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", mediante adenda.

Cuando el pliego de cargos sea objeto de adendas que afecte la preparación de las propuestas, debido a modificaciones realizadas en sus condiciones especiales, especificaciones técnicas y en las exigencias sobre presentación de información por parte de los proponentes, la entidad licitante deberá consolidar el documento de pliego de cargos con todas las reformas efectuadas y publicarlo conjuntamente con la última adenda en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".



Nótese lo que estableció la Adenda N°1, conforme fuera publicada en la sección “Documentos del Acto Público” del Sistema Electrónico de “PanamaCompra” que administra la Dirección General de Contrataciones Públicas:

Donde dice:

Otros Requisitos		
1	Experiencia de dos (2) proyectos similares en los últimos dos (2) años. presentar la carta de referencia de empresa pública o privada a la cual el proponente le haya ejecutado estos servicios. la carta de referencia debe venir acompañada de copia del contrato y el acta de aceptación final.	No

Debe decir:

Otros Requisitos		
1	1. Experiencia de dos (2) de dos proyectos similares en los últimos dos (2) años. Presentar carta de referencia de empresa pública o privada a la cual el proponente le haya ejecutado estos servicios. La carta de referencia debe venir acompañada de copia del contrato y el acta de aceptación final no subsanable 2. Todo proponente que participe deberá entregar la propuesta en sobre cerrado debe traerla grabada en archivo PDF, en un CD o USB 3. Formulario de propuesta debidamente firmado por el representante legal de la empresa. 4. presentar cronograma de la obra debidamente firmado por el representante legal de la empresa. 5. Certificado de registro público de la empresa original o copia, con vigencia de treinta (30) días no subsanable. 6. Carta de respaldo financiero: el proponente deberá presentar una de las tres opciones de respaldos financieros: 1. carta de intención de respaldo financiero, por parte de una entidad financiera o de bancaria reconocida por la superintendencia de bancos o un ente financiero que regula la materia, en la que certifique la intención de otorgar un financiamiento por un monto del 100%. 2. dos (2) cartas de intención de respaldo financiero del 50% cada una de las entidades bancarias con financieras distintas reconocida por la superintendencia de bancos, que certifique la intención de otorgar un financiamiento del 50% cada uno debe dar como resultado de monto del 100% 3. Una carta de compromiso de resultado por una entidad reconocida por la superintendencia de bancos en la que se certifique que dicha entidad se compromete a otorgar un financiamiento por un monto de 100% no subsanable. 7. la empresa debe tener más de ocho años constituida según certificado de registro público no subsanable. 8. certificado de la junta técnica de ingeniería y arquitectura que lo acredite a construir obras civiles tanto de persona jurídica como natural, original o copia debidamente notariada y vigente no subsanable. 9. Idoneidad de la junta técnica de ingeniería y arquitectura. los proponentes que participen en actos de selección de contratista de obra o actividades de ingeniería y arquitectura deben estar registradas en la junta técnica de ingeniería y arquitectura, para lo cual deben estar domiciliadas en panamá e inscrita en el registro público y que lo profesionales responsables de las obras o de las actividades propias de la ingeniería y arquitectura, deben tener los correspondientes certificados de idoneidad expedida por la junta técnica en su respectivas ramas de ingeniería y arquitectura y se encuentran a sus servicios de forma regular, para lo cual deberán probar su dependencia económica y su subordinación jurídica como socio, en consorcio, o mediante asociación accidental, a través del respectivo contrato. Las entidades contratadas quedan obligadas a rechazar de plano las ofertas de los proponentes que no cumplan con este requisito durante los actos público. la idoneidad se acreditará mediante copia cotejada, copia simple o copia digital no subsanable. 10. Experiencia del proponente: personal técnico, propuesto superintendente, capataz, de acuerdo a la tipología del proyecto a construir no subsanable. 11. Declaración Jurada de mediada de retorsión con fecha vigente después de haber publicado el acto y debidamente notariado no subsanable. 12. Incapacidad legal para contratar. Lo proponente deberán presentar junto con sus ofertas una declaración jurada suscrita por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica en la que deberán certificar que no se encuentran incapacitado para contratar con las entidades estatales cuya firma debe estar autenticada por notario público, la cual se presentara en original, copia simple o copia digital y con fecha posterior al aviso de convocatoria no subsanable.	No

Al respecto, este Tribunal le hace un llamado de atención a la entidad convocante, toda vez que el documento que generó la modificación (Adenda 1) de los requisitos que están publicados en el cuadro electrónico, no se encuentra en el expediente administrativo de la referida licitación; tal como lo exige el artículo 32 Decreto Ejecutivo N° 40 de 10 de abril de 2018, modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, que reglamenta la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública:

“Artículo 32. Expediente de la contratación. Las entidades deberán levantar el expediente de cada contratación que lleven a cabo, el cual contendrá todas las actuaciones administrativas.

Para las compras a través del Catálogo Electrónico de Productos y Servicios, el expediente de la entidad contratante se respaldará con los antecedentes de la adquisición del bien o servicio, la orden de compra y las actas de entregas y recepción respectivas.

El expediente de la contratación deberá estar foliado con numeración corrida, consignada con tinta u otro medio seguro, por orden cronológico de llegada de los documentos.” (el subrayado es nuestro)

De acuerdo al Acta de Apertura de la referida compra menor, (foja 180 a 188 del expediente administrativo), la entidad convocante ejerció en dicha apertura el mecanismo de control y revisión de los documentos presentados por las tres empresas; sin embargo, es imperioso señalar, que el procedimiento que deben ejercer las



entidades convocantes, cuando el acto es una compra menor que supere los diez mil balboas (B/ 10,000.00) sin sobrepasar los cincuenta mil balboas (B/ 50,000.00) es mediante acto público; tal como lo establece el artículo 80 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 2018, modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, que reglamenta la Ley 22 de 2006.

“Artículo 80. Procedimiento para contrataciones menores: El procedimiento para las contrataciones menores se realizará de la manera siguiente:

...

4. Las contrataciones que superen los diez mil balboas (B/ 10000.00) y no excedan cincuenta mil balboas (B/. 50000.00), se realizarán mediante acto público.”

Pero también, el Decreto Ejecutivo en mención específica en el artículo 85, el procedimiento que debió ejercer la entidad convocante; más aún cuando en los términos de referencias se incluyó el alcance del trabajo y las especificaciones técnicas (ver descripción del objeto contractual publicado en el cartel de condiciones).

“Artículo 84. Contrataciones menores que superen los diez mil balboas (B/ 10000.00) y que excedan los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00). Para las contrataciones menores de bienes, servicios u obras que superen los diez mil balboas (B/ 10000.00) y que excedan los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00), se procederá de la forma siguiente:

- 1. Los proponentes entregarán su propuesta por medio electrónico o por escrito, la cual contendrá el precio propuesto y la propuesta técnica ajustada a las exigencias del pliego de cargos.*
- 2. La propuesta será entregada en la fecha, la hora y el lugar señalados en el pliego de cargos.*
- 3. Vencida la hora para la entrega de las propuestas, conforme a lo establecido en el pliego de cargos, no se recibirá ninguna más y se procederá a abrir las propuestas de cada uno de los proponentes en el orden que fueron recibidas, las cuales se darán a conocer públicamente.*
- 4. Concluido el acto público, quien presida el acto ingresará las propuestas en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", identificando el nombre de los proponentes, el precio propuesto y los documentos presentados, verificando a su vez si existen propuestas por medio electrónico.*
- 5. Dentro del término máximo de tres días hábiles, después de la entrega de propuestas se efectuará, cuando proceda, la subsanación de los documentos indicados en el pliego de cargos y se levantará un acta de subsanación que contendrá todos los documentos que hayan sido subsanados oportunamente por cada proponente y los que no hayan sido subsanados.*
- 6. Concluida la etapa de subsanación, la entidad procederá a verificar, en primera instancia únicamente la propuesta del proponente que ofertó el precio más bajo, y comprobará el cumplimiento de todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos.*
- 7. En los casos de la adquisición de un bien, servicio u obra, cuando la entidad lo estime conveniente, se podrá apoyar con personal calificado en el objeto de la contratación, para la verificación del cumplimiento de los requisitos y especificaciones exigidos en el pliego de cargos. La revisión deberá constar por escrito mediante acta de revisión de requisitos y especificaciones técnicas y será firmada por quien o quienes la efectúen y será incorporada al expediente.*
- 8. 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, un número secuencial, indicación del fundamento legal, la posibilidad de interposición del recurso de impugnación, fecha y firma del jefe o representante de la entidad o el servidor público delegado, al cual se*



- adjuntarán los documentos de cada propuesta recibida.*
9. *Si la entidad determina que quién ofertó el precio más bajo no cumple a cabalidad por todos los requisitos y las 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 propuesta anterior, hasta emitir en el respectivo cuadro de cotizaciones la adjudicación del acto o que se declare desierto por incumplimiento de los requisitos y las exigencias del pliego de cargos por parte de todos los proponentes.*
10. *El plazo para adjudicar no será superior a cinco días hábiles.*
- ...

Ahora bien, aun cuando la Ley de Contrataciones Públicas (artículo 52), así como el decreto reglamentario (artículo 80), establecen que las compras menores deben desarrollarse con un mínimo de formalidades, no implican que puedan desconocerse los principios generales de la contratación pública. Es decir la entidad debe ceñirse paso a paso al procedimiento establecido en el artículo 84 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018. La entidad al momento de convocar actos públicos por compras menores que superen los diez mil sin sobrepasar los cincuenta mil, debe publicar de manera inmediata el cuadro de propuestas presentadas, el Acta de apertura manual, y el informe de revisión que se encuentra en el expediente administrativo a fojas 182 a 187. También queremos manifestarle a la entidad convocante, que al momento de revisar cada una de las propuestas, debe empezar por la que ofertó el precio más bajo tal como lo exige la regla antes enunciada; sin embargo, la entidad al incluir en las condiciones del cartel el porcentaje de riesgosisma a considerar de 5%, debió plasmar en el respectivo informe de revisión el cálculo de riesgosisma de las empresas que ofertaron igual precio; vulnerándose el principio de transparencia.(artículo 21 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017).

También, queremos manifestarle a la entidad licitante, que al momento de elaborar el cuadro de cotización, debe señalar la posibilidad de interposición del recurso de impugnación, elemento este que debe contener todo acto administrativo.

Para reforzar lo anterior, es menester, remitirnos como fuente supletoria al procedimiento administrativo general, cuando señala lo siguiente:

“Ley 38 de 31 de julio de 2000, modificado por la Ley 45 de 27 de noviembre de 2000. Procedimiento Administrativo General:

Título XIII Del Glosario Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Acto administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo. Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

...

90. Resolución. Acto administrativo debidamente motivado y fundamentado en



derecho, que decide el mérito de una petición, pone término a una instancia o decide un incidente o recurso en la vía gubernativa. Toda resolución deberá contener un número, fecha de expedición, nombre de la autoridad que la emite y un considerando en el cual se expliquen los criterios que la justifican. La parte resolutive contendrá la decisión, así como los recursos gubernativos que proceden en su contra, el fundamento de derecho y la firma de los funcionarios responsables. (el subrayado es nuestro)

...

Siguiendo con nuestro análisis, observamos que el requisito que reposa en el cuadro electrónico "Otros Requisitos", y en el expediente administrativo a 48 a 51, de la referida licitación estipula lo siguiente:

"2. Todo proponente que participe deberá entregar la propuesta en sobre cerrado debe traerla grabada en archivo PDF, en un CD o USB"

Al respecto, no podemos considerar como válido, el requisito (numeral 2) introducido en el cuadro electrónico", por parte de la entidad licitante, toda vez que, trae como consecuencia la pérdida de eficacia de lo normado en el artículo 50 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017:

"Artículo 50. Propuesta. La propuesta deberá presentarse por medio electrónico o, en su defecto, por escrito. La propuesta deberá estar en idioma español o ser traducida a este idioma y debidamente autenticada por las autoridades correspondientes del país de origen, con la firma del proponente o de su representante en el acto debidamente autorizado para ello.

...

(el subrayado es nuestro)

En complemento con lo anterior, el Decreto N° 40 de 2018, señala entre otras cosas las dos formas en la que los oferentes podrán presentar sus ofertas: **"Artículo 62. Medios de presentación de propuestas.** Las propuestas serán presentadas por medio electrónico o, en su defecto, por medio escrito".

Por lo tanto, todo requisito de obligatorio cumplimiento solicitado por la entidad licitante que verse sobre la entrega de propuesta grabada en archivo PDF, en un CD o USB, puede ocasionar un daño tanto para la misma entidad como para los proponentes; imagínese que el archivo esté dañado, o que por error involuntario se incluyan otros requisitos no compatibles con la licitación, ¿se descalificaría a la empresa por dicha condición? Ahora bien, es responsabilidad, de los proponentes que presenten sus propuestas por medio electrónico asegurarse que los archivos se encuentren libres de virus o cualesquiera otros elementos que pudieran afectar la apertura de la propuesta. De igual forma, serán responsables por la documentación enviada y su fiabilidad e integridad, así como la compatibilidad de los programas en que haya sido almacenada para su debida presentación "artículo 66 del Decreto Ejecutivo N° 40 de 2018). Al respecto, por ningún lado el cúmulo de normas que regulan la contratación pública exige la presentación de manera obligatoria la propuesta en archivos PDF en un medio USB, o CD; pero si exige dos formas de presentación de propuestas tal como lo manifestamos en párrafos anteriores (electrónica y física), por lo tanto es restrictivo dicho requisito.

Ahora, al revisar las especificaciones técnicas del pliego de condiciones de la referida licitación, publicada el día diecinueve (19) de noviembre de 2019 en el Sistema Electrónico de "PanamaCompra", que administra la Dirección General de Contrataciones Públicas, y adherido al expediente administrativo de foja 13 a 50, nos



percatamos que dicho pliego hace alusión a especificaciones Federales para pinturas (f.37) siendo poco claras para los interesados lo que a la postre afecta la licitación en el sentido de escoger una alternativa objetiva.

TIEMPO DE ENTREGA:

Así pues, al adentrarnos en el análisis de la conformación del pliego de cargos, correspondiente al acto público N°2019-5-17-01-03-CM-000051, advertimos que la entidad administrativa estableció dentro de las condiciones de la contratación “Término de entrega” y “Vigencia de entrega”, de noventa (90) días calendario.

Condiciones de la Contratación

Entrega:	Total
Lugar de Entrega:	MUNICIPIO DE CAHGRES
Termino de Entrega:	90 Días calendario
Vigencia del Contrato:	90 Días calendario



No obstante, dentro de los documentos adjuntos del registro electrónico del acto, publicado el 19 de noviembre de 2019, los términos de referencia establecieron como tiempo de entrega de noventa (90) días hábiles, tal como se muestra: (ver foja 36 del expediente administrativo).

TIEMPO DE ENTREGA: NOVENTA (90) DIAS HABILES A PARTIR DE LA ORDEN DE PROCEDER.

Nota:

Como se aprecia en el contenido anterior, observamos discrepancias en cuanto a las condiciones de la contratación “termino de entrega”, ya que en el pliego de cargos electrónico se estableció “90 Días calendario”, contrario con lo plasmado en los términos de referencia adjuntos, donde se señaló como “*tiempo de entrega noventa (90) Días Hábiles a partir de la orden de proceder*” (visible en el portal electrónico y a foja 36 del expediente administrativo), lo que se deduce que se trata de un error inducido por la propia entidad, y en apego al principio de confianza legítima en la Administración, no se puede responsabilizar a los administrados por errores inducidos o creados por la propia Administración Pública o un servidor público determinado, porque se presume que éstos actúan de conformidad a la Ley, y que todos los documentos que emanan de la Administración Pública son conformes al derecho vigente.

Así, la estructuración del pliego conlleva la violación de principios relevantes recogidos en el artículo 20 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017, como el principio de igualdad de proponentes transparencia, eficacia y debido proceso que tienden a garantizar el interés público y a resguardar la esencia misma de la licitación.

En este caso, siendo que el pliego está mal estructurado desde sus inicios; la entidad no tomó las medidas necesaria para corregir las discrepancias entre la plantilla electrónica y los documentos adjuntos al pliego, antes de la presentación de las propuestas, conforme lo instaura el contenido del segundo párrafo del artículo 53 del reglamento, que se refiere a las discrepancias, cuando expresa:

“Artículo 53. Discrepancias. Cuando existan discrepancias entre las estipulaciones elaboradas por la entidad en la plantilla electrónica y las elaboradas en documentos adjuntos, prevalecerán las elaboradas en la plantilla electrónica del pliego de cargos.



Los servidores públicos involucrados en el proceso de contratación, deberán tomar las medidas a fin de evitar o corregir estas discrepancias, antes de la presentación de las propuestas.”

Por lo tanto, el artículo 53 del Decreto Ejecutivo N°40 de 2018, es incompatible con el artículo 4 y demás disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas.

Así las cosas, la referida norma reglamentaria colisiona con los principios fundamentales de la contratación pública debidamente incorporados a la Ley de Contratación Pública, y en especial al Principio de Igualdad de los Proponentes que incluye entre otros presupuestos: 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; 4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías.

Asimismo, la norma reglamentaria colisiona con el artículo 39 de la Ley de Contratación Pública, que dispone: “Las entidades incluirán, dentro de los pliegos de cargos, los modelos o los formularios necesarios que garanticen la presentación de ofertas en igualdad de oportunidades”.

Por tanto, el Tribunal debe inclinarse por no aplicar el contenido del artículo 53 del reglamento, bajo el amparo del artículo 4 del Texto Único de la Ley de Contratación Pública:

“Artículo 4. Normas reguladoras. En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de esta Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos. En caso de conflicto, se atenderá el orden de prelación indicado en este párrafo”.

Lo expuesto fue sostenido por esta Colegiatura, en las resoluciones de mayoría N°.239-2018-Pleno/TACP de 12 de septiembre de 2018 y N°.027-2019-Pleno/TACP de 15 de febrero de 2019.

La entidad recurrida no corrigió las discrepancias entre la plantilla electrónica y el requisito señalado en los términos de referencia, por lo que a todas luces se indujo a error a los proponentes contrariando los principios fundamentales de la contratación pública, en particular los de transparencia y libre concurrencia; además de haber incurrido la entidad en omisión o incumplimiento de su deber de corregir las discrepancias antes de la presentación de las propuestas, siendo esta una razón por la que el Tribunal debe anular el pliego de cargos.

En este sentido, cabe destacar que tal situación de error riñe con los numerales 3, 8 y 9 del artículo 33 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley N°61 de 2017, que se refiere a la estructuración del pliego de cargos, cuando señala que el pliego de cargos debe incluir reglas objetivas, justas, claras y completas, que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones y oportunidades, siendo extensivo a las condiciones generales y especiales, así como a toda documentación que deben presentar los proponentes; otorgando así un valor de suma importancia a la claridad del pliego de cargos, para asegurar la selección objetiva de la



propuesta más ventajosa para el Estado, sin perjuicio de los derechos de los proponentes.

Al respecto, debemos recordar que este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ha mantenido el criterio sostenido en reiteradas ocasiones, en cuanto a la elaboración del Pliego de Cargos, indicando que la falta de claridad y objetividad, implica la nulidad absoluta del mismo, puesto que la información contenida en el pliego de cargos se contraviene entre sí, conforme viene descrita en el artículo 155 de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 155. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona.”

Destacamos que la entidad licitante, es la responsable de levantar el pliego de condiciones (art. 37 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que regula la contratación pública ordenado por la Ley 61 de 2017), así como las especificaciones técnicas de acuerdo a sus necesidades sin menoscabar y coartar la libre participación de posibles oferentes dentro de la licitación, toda vez que entre más oferentes presenten propuestas enaltece la contratación pública y favorece las verdaderas necesidades que de una u otra forma irradia en la colectividad.

Importante anotar que este Tribunal hace hincapié que dentro de un acto público de selección de contratista deben salvaguardarse los principios de igualdad de los oferentes y libre concurrencia, y que la Entidad Licitante debe procurar brindar un trato igualitario a todos los proponentes, que les permita hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

En este sentido, la contratación pública supone un conjunto de reglas y procedimientos que buscan, entre otros objetivos, la transparencia y competitividad, constituyéndose en el mecanismo por el cual el Estado se relaciona con terceros a efectos de obtener servicios, bienes u obras para el cumplimiento de sus objetivos, metas o funciones.

De esta manera, el artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante Ley 61 de 2017, expone algunos conceptos, entre los cuales podemos citar:

“Pliego de Cargos: Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrar, los derechos y 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.

En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.”

El pliego de condiciones especiales, es un reglamento administrativo, es decir, una



disposición jurídica de carácter general, subordinada a la ley, dictada unilateralmente por la entidad licitante. Sería entonces el carácter reglamentario del pliego el que determinaría su obligatoriedad, tanto para los oferentes. Por lo tanto, el pliego de condiciones especiales, sería un acto administrativo, también preparado unilateralmente, pero para un contrato determinado, y en todo caso 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 licitaciones, 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 licitación. 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 que la licitación 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 23 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 23. 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:

1. **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.**
2. **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.**
3. **Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.**
4. **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.**
5. **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.”**



En virtud de las consideraciones señaladas, esta Colegiatura estima que lo procedente es *anular* el acto público de selección de contratista para la Contratación N° 2019-5-17-01-03-CM-000051, convocado por la entidad licitante, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, el cual dispone:

“Artículo 213. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.
El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar, revocar 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 procedimiento de selección de contratista por compra menor (que excede de B/.10,000 hasta B/.50,000), N°2019-5-17-01-03-CM-000051, convocado por el Municipio de Chagres, referente al “MEJORAMIENTO A LA CANCHA MULTIUSO A LA COMUNIDAD DE PIÑA.”, con precio de referencia de CUARENTA Y CINCO MIL CON 00/100 (B/.45,000.00); en virtud de que se incurrió en inconsistencias en la elaboración y estructuración del pliego de cargos en contravención con las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación N°031959257, expedido por Seguros Suramericana, S.A., a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, teniendo como beneficiarios al Municipio de Chagres/Contraloría General de la República, por la suma de SEIS MIL CUATROCIENTOS DOCE BALBOAS CON 50/100 (B/.6,412.50), cantidad que representa el quince por ciento (15%), cuya diligencia de consignación N° 203-2019 de 18 de diciembre de 2019, reposa a foja 014 del expediente del Tribunal.

TERCERO: DEVOLVER al Municipio de Chagres el expediente administrativo contentivo del procedimiento de selección de contratista para la Compra Menor N°2019-5-17-01-03-CM-000051, integrado por un (1) tomo con ciento noventa y nueve (199) folios útiles, según informe de trámite que reposa a foja 049 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 transcurrido 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°263-2019, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: artículos 2, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 33, 37, 43, 50, 52, 62, 65, 136, 145, 146, 148, 152, 153, 154, 155 y 161 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 61 de 2017; artículos 32, 80, 84, 207 subsiguientes, y 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018 modificado por el Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018; artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que establece el Procedimiento Administrativo General y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,



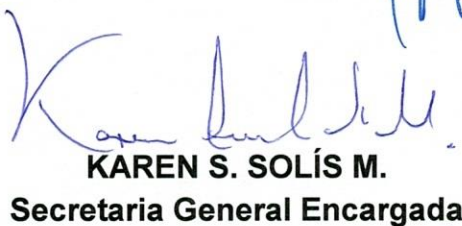
ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado



JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado



DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado



KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

