



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 084-2020

RECORRENTE: BDO. AUDIT, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución de Junta Directiva No.125-JD-20 de 17 de septiembre de 2020, proferida por Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., dentro del procedimiento de selección de contratista por Licitación por mejor valor No.2020-2-02-0-08-LV-009056.

Magistrado Ponente: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

Resolución No.139-2020-Pleno/TACP de 6 de noviembre 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

En cumplimiento del numeral 1 del artículo 25 del Texto Único de la Ley N°22 de 27 de junio de 2006 positiva, el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., realizó la convocatoria del Acto Público por licitación por mejor valor No.2020-2-02-0-08-LV-009056, el cual fue publicado en el portal electrónico "PanamaCompra" el día 15 de

21



junio de 2020, cuyo objeto contractual requerido es "Auditoría externa para el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., para los años 2020, 2021 y 2022".

De conformidad al pliego de cargos, la fecha para la presentación de las propuestas fue establecida para el día 14 de agosto de 2020, desde las 8:00 hasta las 10:00 de la mañana, y para el mismo día, pero a partir de las 10:01 de la mañana, se estableció la fecha y hora para la apertura de las ofertas, con un precio de referencia de Seiscientos Sesenta y Ocho Mil Balboas con 00/100 (B/.668,000.00).

Luego del cumplimiento del procedimiento descrito en líneas anteriores, el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A. decidió adjudicar el acto público en estudio a la empresa DELOITTE, INC., por ser la única en cumplir con cada uno de los requisitos obligatorios de los términos de referencia y que a su vez obtuvo una puntuación de 85 en la metodología de ponderación, según los miembros de la comisión evaluadora conformada por los profesionales Yadicel Pinzón, Tamara Martínez y Manasés Moore, los cuales fueron nombrados mediante Resolución No.040-AL de 21 de julio de 2020.

La decisión en referencia fue recurrida por el jurista RAFAEL RIVERA CASTILLO de la firma de abogados BDO LEGAL, en nombre y representación de la empresa BDO AUDIT, S.A., por considerar que la propuesta de su representada es la que satisface el pliego de cargos, o en su defecto, declararla desierto por establecerse en los términos de referencia condiciones discriminatorias en perjuicio de su mandante, específicamente la indicada en el punto No.9 de la adenda No.2, que se refiere a las tres (3) certificaciones emitidas por clientes en las que se certifique que la firma de auditoría en la República de Panamá ha realizado tres (3) o más auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingresos mínimos anuales de 300 millones y activos de 1,000 millones durante los últimos cinco (5) años.

II. ADMISION DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

El recurso de impugnación fue admitido en Sala Unitaria mediante Resolución No. 072-2020/TACP de 5 de octubre de 2020, y en la misma se ordenó correr traslado al Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., así como requerir el informe de conducta y copias debidamente autenticadas del expediente administrativo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 148 de la ley positiva de contrataciones públicas.

III. PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE Y SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La parte actora solicita a este agosto Tribunal, que se revoque la decisión de adjudicación a la empresa DELOITTE, INC. que se proceda con la adjudicación del acto público a su representada, o que se declare desierto, en base a los siguientes razonamientos.

91



Que la entidad publicó el día 17 de julio de 2020, la primera adenda, con el fin de modificar los términos de presentación y apertura de propuestas, y que para el día 3 de agosto de 2020, a escasos días de la fecha de apertura de las ofertas, se emitió una segunda adenda para modificar varios temas en la plantilla del sistema electrónico y el pliego de cargos, dentro de los cuales se incluía la fecha de presentación y la fecha de apertura de propuestas y los documentos a presentar con la oferta, especialmente las condiciones especiales "22" de los documentos obligatorios.

Que dentro de las condiciones especiales de los otros requisitos de los términos de referencia se encuentra la adenda 2, la cual incluye el numeral 9 que trata sobre las cartas de referencia de otras instituciones o empresas auditadas que certifiquen que la firma de auditoría en la República de Panamá ha realizado tres (3) o más auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingresos mínimos anuales de 300 millones y activos de 1,000 millones durante los últimos cinco (5) años (2015-2019), requisito que a su criterio hace cuestionar el principio de transparencia.

Sigue manifestando que presentaron acción de reclamo el día 7 de agosto de 2020, objetando el numeral 9, pro que la Dirección General de Contrataciones Públicas resolvió no admitirla por cuanto consideraron que, una vez consultada la base de datos de la Corte Suprema de Justicia, la firma BDO LEGAL no aparece inscrita como sociedad civil, concluyendo así que carecían de validez legal para representar a BDO AUDIT, S.A.

En ese sentido, dejan constancia que la sociedad civil panameña BDO LEGAL, actualmente se encuentra inscrita ante la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia y que la conclusión a la que arribó el Director General de Contrataciones Públicas contravino de forma directa lo dispuesto en el artículo 620 del Código Judicial, al denegarse justicia a su representada, dado que la firma forense no se encontraba inhabilitada para ejercer actos de la abogacía en un procedimiento de naturaleza administrativa.

Insiste la representación especial en que el requisito incluido en la adenda No.9, fue adicionado con el claro objetivo de limitar a los proponentes en el presente acto público, incluyendo a su mandante; resultando discriminatorio y excluyente para las compañías de auditoría, quienes tienen la capacidad de brindar ese tipo de servicios a entes como AITISA y sobre el cual este Tribunal se pronunció mediante fallo de 8 de agosto de 2019, respecto a una licitación de servicios de auditoría externa llevada a cabo por Metro de Panamá, considerando que dichos requisitos limitan la participación en el acto público objeto de estudio de la mayor cantidad de interesados, en igualdad de condiciones, siendo contrario al principio de igualdad de proponentes y libre concurrencia.



Que sobre ese aspecto la Dirección General de Contrataciones Públicas expresó que su mandante concurrió al acto público en calidad de proponente y que aceptó el pliego de cargos sin objeciones ni restricciones, al y como o indica el artículo 40 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, así como también se observa en el contenido del artículo 46 del mismo texto legal, cuando señala que la presentación de la propuesta equivaldrá a la aceptación sin reservas ni condiciones de todo el contenido del pliego de cargos.

En cuanto al punto No.5 de los otros requisitos del pliego de condiciones, señaló la comisión evaluadora que a pesar de que el proponente presentó copia del certificado/resolución proferido por la Junta Técnica de Contabilidad adscrita al Ministerio de Comercio e Industria, tal como consta a foja 444 del expediente administrativo, la nombrada comisión determinó que el documento aportado no cumplió con el requisito establecido por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., al no poseer firma o sello de autenticación, como lo estableció la entidad.

En ese apartado manifiesta la representación especial que BDO AUDIT, S.A., está debidamente acreditada como firma miembro de BDO Internacional, la cual es la quinta red global a nivel mundial, para lo cual aportaron certificación apostilla de su representación para la República de Panamá. Que cumplen con los más altos estándares de calidad, como por ejemplo el cumplimiento exitoso en reiteradas ocasiones en el Programa Internacional Revisión de Calidad de BDO Internacional; revisiones de calidad inter-firmas, etc. Además de que está debidamente facultada por la Junta Técnica de Contabilidad, el cual es único organismo rector legalmente facultado de la profesión contable, que autoriza y desautoriza a las empresas contadoras a ejercer la profesión en la República de Panamá. Que BDO AUDIT, S.A., presentó documento original de la certificación, razón por la que no se consideró necesario aportar copia autenticada, por ser una contradicción innecesaria e inútil autenticar un documento de fuente original.

Refiere que la adenda No.2 de los términos de referencia fue una sorpresa y no dio tiempo suficiente a conseguir las referencias solicitadas, sumado a que sólo una pudo cumplir con el requisito, lo que puede dar pie a que se interprete como un acto público cerrado o dirigido a un proponente en particular, limitando la competencia y participación abierta. También considera verse como un acto dirigido a incentivar o tutelar una especie de oligopolio que ejercen las cuatro (4) grandes empresas auditoras denominadas como "big four", ya que están siendo directa y abiertamente cuestionadas por autoridades en países con economías avanzadas como Inglaterra, India, Estados Unidos y España, y en la que se ha descubierto colusión entre las firmas.



Razona que los requisitos de 300 millones de ingresos y 1,000 de activos ~~son una~~ ^{la de su} severa limitante a la sana competencia, ya que le impiden a empresas como la de su representado a participar en el presente procedimiento de selección de contratista, impidiendo al Estado panameño obtener servicios de altísima calidad a un mejor precio y que la solicitud de requisitos como el mencionado no garantiza en o absoluto la profundidad de una auditoría, ya que a lo largo de la historia se han conocido fiascos en ese sentido, requerimiento que a su criterio vulnera el artículo 33 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenado por la Ley No.153 de 2020 que destaca las particularidades del principio de igualdad de oportunidad de los proponentes.

Considera contradictorio que se exija un requisito de más de 300 millones en ingresos cuando los ingresos proyectados de ATISA para el año en curso bajo auditoría estarían por el orden de los 114 millones (basado en niveles del año 2011), lo que considera clara la adición a un requerimiento que no era necesario para el tipo de auditoría que se estaba solicitando y además deja en evidencia que se trata de una condición meramente para excluir otras firmas de auditoría.

IV. **PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA ENTIDAD ADQUIRIENTE.**

El Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., luego de la solicitud de prórroga, presentó ante la Secretaría General de este tribunal en tiempo procesal oportuno, informe de conducta, destacando lo siguiente: Que en el acto público participaron cuatro (4) propuestas (ERNST & YOUNG LIMITED CORP., BDO. AUDIT, S.A., DELOITTE, INC. y NEXIA AUDITORES PANAMÁ. De las cuales, la empresa NEXIA AUDITORES PANAMÁ fue descalificada de plano por no haber aportado la fianza de propuesta, tal y como lo expone el artículo 14 del Decreto Núm. 21-Leg de 28 de marzo de 2018 y el artículo 113 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006. Decisión que no compartió la proponente y accionó en reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, quien luego de admitir la misma, procedió a confirmar lo decidido por la comisión evaluadora.

Que al momento de verificar las tres restantes ofertas, dos de ellas no cumplieron a cabalidad con el pliego de cargos, siendo éstas ERNST YOUNG LIMITED CORP. y BDO. AUDIT, S.A. En el caso de la empresa ERNST YOUNG LIMITED CORP. sostiene la entidad que incumplió con la declaración jurada de acciones nominativas que exige el artículo 35 del Texto Único de la ley especial de compras públicas, al no encontrarse registrada ni actualizada en el portal electrónico "PanamaCompra". De igual forma indica que de las certificaciones mostradas en el acto público de selección de contratista, no se acredita experiencia de auditorías en empresas, entidades u organizaciones con ingresos mínimos anuales de 300 millones de balboas y activos de 1000 millones durante los últimos cinco años (2015-2019); mientras que BDO. AUDIT, S.A., además

✓



de no satisfacer el punto No.9 de los otros requisitos de la adenda No.2, es decir, acreditar experiencia en auditorías con ingresos mínimos anuales de 300 millones de balboas y activos de 1000 millones durante los últimos cinco (5) años, aportó copia del certificado/resolución emitida por la Junta Técnica de Contabilidad, adscrita al Ministerio de Comercio e Industrias, pero sin las firmas o sellos de autenticación, tal y como lo determinó la entidad a través del punto No.5 de los otros requisitos de los términos de referencia.

En ese sentido, considera que, de acuerdo a la comisión evaluadora, la única oferta que satisfizo las condiciones generales y especiales de los términos de referencia fue la propuesta de DELOITTE INC. Y que a su vez obtuvo un puntaje de 85 en la metodología de ponderación.

En cuanto a la argumentación de la recurrente con respecto a la modificación del pliego de condiciones, específicamente con la adenda No.2 enfatiza que de acuerdo al artículo 49 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, es legal que las entidades puedan modificar los términos de referencia, con la única salvedad de que deben respetarse los términos dependiendo del monto del precio de referencia y del tipo de procedimiento de selección de contratista y que en esta oportunidad así ocurrió, con un período de antelación de no menor de seis (6) días calendario (sic.) a la presentación de las propuestas.

Indica la entidad que la empresa BDO. AUDIT, S.A., presentó su oferta el día 14 de agosto de 2020, por lo que le aplica directamente el contenido del artículo 54 del Decreto Ejecutivo No.40 de 2018, es decir, aceptar el pliego de cargos sin objeciones ni restricciones, lo cual inclusive plasmó en el formulario de propuesta en el margen inferior.

Sigue manifestando la entidad que el Aeropuerto Internacional de Tocumen, en las últimas vigencias fiscales ha alcanzado cifras superiores a los trescientos millones de balboas y que el programa de expansión está conformado por una serie de proyectos dentro de los cuales se encuentra una nueva terminal aérea, cuyo propósito principal es llevar al Aeropuerto Internacional de Tocumen a una capacidad de trece millones de pasajeros a 25 millones de pasajeros, por lo que sí consideran necesario la introducción de la adenda No.2 y no como lo planteó la empresa BDO. AUDIT, S.A., consistente en que no es un requisito que realmente pueda determinar que la firma de auditoría que no cuente con esa experiencia no sea realmente apta para llevar a cabo el servicio.

Considera que la única opción dable, viable y responsable, es la adquisición de servicios de auditoría con vasta y amplia experiencia en el mismo nivel y complejidad que las finanzas, por cuanto se derivan de la prestación de servicios y operaciones de aeronavegabilidad internacional y del cumplimiento riguroso de normas internacionales de la Organización de Aviación Civil Internacional, sumada a las disposiciones locales,

7



de la Superintendencia Mercados de Valores de Panamá, al ser agentes emisores de bonos internacionales.

Siguen exponiendo que la Dirección General de Contrataciones Públicas, luego de realizar el recorrido completo del procedimiento de selección de contratista, no encontró ilegalidades ni arbitrariedades y en cuanto al monto de las cartas de referencias solicitadas en el punto No.9 de los otros requisitos del pliego de cargos, no supone un requisito restricto en atención al objeto del acto público y especialidad de esa empresa internacional.

Que la entidad licitante no exigió que los proponentes sean parte del llamado Big Four, por el contrario, amplió y requirió que las firmas de auditoría estuvieran en el listado de las principales firmas internacionales de auditoría del año 2019, publicado por el Accounting Age 2019, que incluye al proponente BDO. AUDIT, S.A.,

V. **ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O EN INTERÉS PARTICULAR.**

No se evidencia escrito de alegatos de terceros en interés particular ni de la ley, de acuerdo al informe de fecha 20 de octubre de 2020 que reposa a foja 119 del expediente del Tribunal, pese a que es una facultad de los terceros de conformidad al cuarto párrafo del artículo 148 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006.

VI. **ÁNÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.**

Surtidas las etapas procesales que corresponden a estos tipos de procedimientos, el Tribunal se avoca a resolver el fondo de la presente controversia, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 54 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por el artículo 103 de la Ley No. 61 de 2017, que se refiere al procedimiento de Licitación Por Mejor Valor.

Cabe destacar que este tipo de actos públicos se realizan cuando los bienes, servicios u obras que van a ser contratados tienen un alto nivel de complejidad y el monto de la contratación es superior a los cien mil balboas (B/.100,000.00), entendiéndose como alto nivel de complejidad aquellos proyectos que requieran una valoración o ponderación especial (planificación o implementación del diseño del bien, servicio u obra requerido), en el que se ponderarán los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros ofertados por los proponentes, y se adjudicará al ofertante que obtenga el mayor puntaje en la metodología de ponderación especificada en el pliego de cargos, siempre que se cumpla con los requisitos mínimos obligatorios exigidos en los términos de referencia.

También se debe de cumplir con una serie de parámetros, propios del procedimiento especial, consistente en un examen previo para la valoración de la fianza de propuesta,

[Handwritten signature and initials in blue ink]



en el que se rechazará de plano todas aquellas que no sean presentadas o las aportadas con montos inferiores a los establecidos en los términos de referencia.

Las propuestas que hayan cumplido con el tema de la fianza, pasarán a ser examinadas por una comisión denominada evaluadora, la cual deberá estar constituida por un número impar (de tres en adelante, pero siempre desigual) e idóneos al objeto contractual y en la que verificarán en primer lugar los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos. Una vez comprobado el cumplimiento de tales requisitos, se pasará a evaluar los siguientes aspectos (técnicos, económicos, administrativos y financieros) siempre que los proponentes hayan cumplido con los requisitos obligatorios como hemos mencionado; aplicando la metodología de ponderación descrita en los términos de referencia.

Luego del examen de las ofertas, la comisión evaluadora emitirá un informe en el que se detallarán las propuestas descalificadas por el incumplimiento de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de condiciones, si las hubiera, y se describirá cada propuesta con el puntaje obtenido de acuerdo a la metodología de ponderación que debe estar bien detallada en el pliego de cargos, teniendo en cuenta que en ningún caso el precio contará con una ponderación inferior al 40% ni superior al 49% de la totalidad de los puntos que se considerarán para la adjudicación.

El informe de la comisión evaluadora deberá publicarse en el portal electrónico, y desde ese momento los participantes tendrán acceso al expediente, al igual que gozarán de cinco (5) días hábiles para hacer observaciones al dictamen. Transcurrido el plazo en mención, el jefe de la entidad licitante o el servidor público en quien se delegue procederá mediante resolución motivada, a adjudicar el acto público al oferente que haya obtenido el mayor puntaje, o a declararlo desierto, según sea el caso.

En resumen, ese es el procedimiento que debe realizar la entidad licitante y los pasos que deben cumplir los proponentes; no obstante, antes de entrar a resolver lo contencioso, procederemos a realizar una pequeña reflexión en cuanto al origen constitucional acerca de las compras estatales, pues, resulta de gran importancia indicar y comprender que el tema de la contratación pública es una materia que debe resolverse de conformidad a la ley especial y no alejar su contexto ni fundamento con interpretaciones lejos de la realidad, teniendo siempre en mente que dicha materia es uno de los vehículos instrumentales a través de los cuales el Estado atiende la satisfacción del interés general, por lo que el contenido de la normatividad que lo regula tiene que ajustarse al modelo de Estado que perfila la Constitución. Es así que, al analizar la legislación sobre contratación pública, el examen en ningún momento puede pasar por alto las orientaciones y principios que consagra la Constitución Política de la República de Panamá.



Es importante destacar el cumplimiento o satisfacción de los objetivos que se demarcan del texto constitucional (art.266) en el caso de las compras estatales y que no es más que el mayor beneficio para el Estado y la plena justicia en la adjudicación. Lo que significa por un lado, la satisfacción en la compra o contrato a celebrar el Estado panameño, para la consecución de sus objetivos en beneficio de la colectividad, quienes buscan respuestas en sus instituciones, y por la otra, la transparencia y acatamiento de las normas constitucionales y legales en la concesión del procedimiento de selección de contratista a la empresa, persona natural o asociación accidental que haya cumplido de manera completa los requerido dentro de las reglas del juego que suelen y deben ser justas, claras y completas.

Ahora bien, antes de decidir el fondo de un asunto, debemos hacer el estudio correspondiente, a fin de descartar o visualizar algún vicio que pueda provocar la nulidad de todo lo actuado, ya sea de forma relativa o absoluta, que pudiera influir en los documentos de los proponentes y afecte derechos subjetivos.

En ese sentido, vemos que el argumento principal en que se desarrolla la disconformidad planteada, se debe al punto No.9 de los otros requisitos de los términos de referencia, en donde la accionante sustenta que el aviso de convocatoria tuvo su génesis el día 15 de junio de 2020, y en esa oportunidad en el punto No.9 de los otros requisitos del pliego de condiciones se solicitaba las certificaciones de referencias de empresas auditadas, pero no señalaba ingresos mínimos ni activos, y es con la adenda No.2 que se modificó el punto No.9 señalado, destacando las tres (3) certificaciones de auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingresos anuales mínimos de 300 millones y activos de 1,000 millones durante los últimos años, ya que en el anterior no se establecían cifras de ingresos ni de activos, con lo cual considera que esa condición es excluyente y va en contra del principio de transparencia que contempla la ley especial de compras estatales.

El problema jurídico consiste en determinar si la condición estatuida se efectuó o apoyó en cumplimiento de la normativa legal vigente o bajo una justificación propia de ser considerada, para tales efectos procederemos a analizar lo presentado y así dar una decisión dentro del marco de la ley.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, una auditoría es una revisión sistemática para evaluar el cumplimiento de las reglas o criterios objetivos a que aquellas deben someterse. Así, pues, una auditoría puede recaer en una revisión de las cuentas o de la situación económica de una empresa o entidad. En esta oportunidad el Aeropuerto Internacional de Tocumen convocó el presente procedimiento de selección de contratista para realizar una auditoría externa para los años 2020, 2021 y 2022, razón por la cual se requirió de la participación de empresas que se dedicasen a esa actividad y que demuestren cierto grado de experiencia, pero sin caer en exageraciones, que pueda confundirse con discriminación o en favor de un proponente en particular.



Por ello, consideramos que una empresa de auditores es capaz de ~~realizar las~~ auditorías necesarias, sin importar los activos ni los ingresos anuales de una empresa o entidad, ya que se trata en gran escala en examinar de la forma más clara o exacta la realidad de los registros mostrados por una entidad como es el caso en particular, con el propósito de corregir errores, irregularidades y posibles fraudes dentro del funcionamiento de las reglas de la contabilidad, con registros contables que en estos tiempos se encuentran recabados de forma sistemática y no manual como en épocas remotas.

En ese caso la experiencia se mide con el tiempo en escena y las experiencias prácticas de la firma o empresa, sin importar las cifras a auditar, ya que la cantidad no determina la experiencia, sino la constante práctica y la cantidad de personal apto para desarrollarlo, lo cual sería demostrado en virtud del punto No.7 de los otros requisitos de los términos de referencia, que requiere la presentación de un equipo de trabajo en un esquema u organigrama para el desarrollo del servicio requerido por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., constituidos por profesionales en el área de la contabilidad, debidamente autorizados.

En esa línea de pensamiento, este Tribunal considera que la condición observada en el punto No.9 de los otros requisitos del pliego de cargos, transgrede principios fundamentales de la contratación estatal, las cuales se encuentran tipificadas en nuestra legislación positiva y su reglamentación, siendo un deber de los funcionarios públicos al momento de intervenir en una contratación estatal, desarrollarla con fundamento en los principios de transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, publicidad, debido proceso **y de igualdad de los proponentes**, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Claramente se ha establecido en la reglamentación de la ley de contrataciones públicas, que las condiciones especiales, como lo es el caso en debate, la entidad podrá incluir otros elementos utilizando las funcionalidades del Sistema, pero siempre que no se constituyan en **restricciones o limitación a la libre competencia**.

Si partimos de que, el pliego de cargos es el conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratistas, para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas; sin embargo, debe incorporar reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.

Así las cosas, si el trámite de selección de contratista en el ámbito público es la regla de exigencia constitucional, sus excepciones tienen que ser apreciadas en un contexto de estricta rigurosidad, pues, si bien las excepciones están autorizadas en la medida que la ley las consagre, ellas no pueden convertirse en la regla que hagan ineficaz la efectiva aplicación del mandato general. Las excepciones legales al trámite de selección de

91



contratista, gozan de legitimidad constitucional, pero en su aplicación debe imperar una interpretación restrictiva para que se respete el claro criterio señalado por el Constituyente.

El procedimiento de selección de contratista que exige la Constitución en el artículo 266, debe estar orientado a la obtención de dos condiciones fundamentales y concurrentes: el mayor beneficio para el Estado; y la plena justicia en la adjudicación, la cual se logra con el binomio al que hemos hecho referencia en líneas anteriores, sin que ello signifique la vulneración de derechos subjetivos con la inclusión de estipulaciones que restringen en determinada manera la libre participación de un proponente en particular. El mayor beneficio para el Estado no debe confundirse bajo ningún parámetro en desatención de los derechos ni garantías de los proponentes, sino una escogencia justa bajo el amparo de la ley y su reglamentación.

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

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

Ciertamente el principio de eficacia pregona que los sujetos de selección de contratista, así como los que intervienen en la relación contractual, harán prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto de contratación sobre aquellos formalismos, pero cuya realización no incidan en su validez, no determinen aspectos importantes de la decisión final, **no disminuyan las garantías** del procedimiento de selección de contratista **ni causen indefensión a los interesados**. Esto hace referencia a la importancia del procedimiento licitatorio, siempre y cuando no afecte derechos de todo aquel que tiene interés en participar en la compra estatal.

Así mismo, el principio de igualdad de los proponentes tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de

27



la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios, con una serie de parámetros para la aplicación de ese principio, tal es el caso de establecimiento de reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro; así como la igualdad de trato y con las mismas garantías.

Es importante destacar que en cada procedimiento de selección de contratistas, las entidades en la adopción de pliegos de condiciones debe observar como primer punto, que contengan disposiciones generales e impersonales, para así de esa forma evitar tratos discriminatorios respecto de los oferentes u otorguen ventajas a algunos de ellos, con el propósito de permitir la mayor concurrencia y el mayor beneficio para el Estado, dado que, a mayor ofertas participantes, mayores opciones tendría la entidad para escoger propuestas con precios incluso menores al precio de referencia, siempre y cuando satisfagan cada requerimiento. No obstante, con cláusulas como la contenida en el punto No.9 de los otros requisitos del pliego de cargos, resulta imposible mantener la igualdad de los proponentes.

En este sentido, cada requisición que sea regulada en los términos de referencia debe ser de manera concreta para garantizar un acto público realmente objetivo, justo y transparente, ya que esa es una de las formas de cortar el paso a decisiones injustas y discriminatorias en favor de una empresa o proponente en particular, y ante tal eventualidad, en fase de agotamiento de la vía gubernativa, procederemos a anular de pleno derecho el requisito bajo examen por considerarlo una condición contraria a la ley y al interés público.

Ciertamente que las entidades en razón al contenido del artículo 49 del Texto Único de la Ley No.22 de 27 de junio de 2006 pueden hacer uso de las modificaciones al pliego de cargos, siempre y cuando dichas reformas no impliquen vulneración de derechos ni discriminación a la hora de presentar propuestas. La exigencia a la que nos referimos nos parece exagerada, ya que, si partimos de esos activos e ingresos como condición en la escogencia, salta a la realidad que la participación se vería reducida a un grupo en específico, pues, como manifestamos en párrafos anteriores, existen otros medios para demostrar la capacidad o experiencia de los ofertante, para desarrollar un servicio como el requerido por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.

Por eso es la importancia en que las instituciones estatales al momento de realizar la convocatoria del acto público, hagan el esfuerzo necesario para ser cuidadosas al momento de exigir a los participantes del procedimiento de selección de contratista, el cumplimiento de condiciones razonables y proporcionales cuya inobservancia impida una mayor participación.

La aceptación del pliego de cargos a la que se refiere la ley que nos gobierna no implica la introducción de aspectos que contraríen la libre participación ni mucho menos

51



la igualdad en las compras estatales, ni impide a este tribunal pronunciarse sobre aquellos temas, dado que las nulidades pueden decretarse en cualquier momento.

“La contratación pública, es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal, según Enrique Sayagués Laso. Por su parte, Marienhoff precisa que la razón de ser de la licitación pública debe analizarse desde dos aspectos con relación al Estado y con relación a los administrados. En cuanto al primero señala que “ la ratio iuris” no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al cumplimiento del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado, etc) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas. Y en relación con los administrados afirma, “con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este orden de ideas la igualdad entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de ésta favoritismo en beneficio de unos y en perjuicio de otros; tratándose de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos”.

Por las razones antes sustentadas es que procederemos a anular el punto No.9 de los otros requisitos de los términos de referencias, por ser contrario a la ley de contrataciones públicas, es decir, por tratarse de una condición que no garantiza la igualdad de los proponentes, de conformidad al contenido del último párrafo del numeral 37 del artículo 2 del Texto único de la Ley No.22 de 2006 positiva. Y, aplicando el principio de economía, resolveremos el fondo del asunto, sin necesidad de recurrir a la comisión evaluadora, ya que se trata de un tema eminentemente jurídico.

Resuelta la controversia expuesta, nos corresponde verificar que oferta ha cumplido con el pliego de cargos y con la metodología de ponderación, a fin de ser merecedora de la adjudicación pertinente, empezando con la propuesta de la recurrente.

La empresa BDO. AUDIT, S.A., con precio de Quinientos Cinco Mil Quinientos Setenta y Cinco Balboas con 00/100 (B/.505,575.00), luego del estudio de los documentos que fueron adjuntados a su oferta, no incluyó la certificación de proponente a la que se refiere el artículo 27 del Decreto Ejecutivo No.40 de 2018, que señala que la inscripción en el Registro de Proponentes se acreditará en el acto público con la aportación del certificado de proponentes que expida la Dirección General de Contrataciones Públicas.

La reglamentación de la Ley No. 22 de 2006 positiva exige de manera categórica la incorporación del mencionado documento en el propio acto público. El texto de la reglamentación es claro y no admite otro tipo de interpretaciones ilusorias sin fundamento

21



normativo alguno y así lo ha comprendido la entidad encargada de administrar la plataforma de "PanamaCompra". Nos referimos a la Dirección General de Contrataciones Públicas, quien a través de innumerables resoluciones ha reconocido el análisis que estamos realizando y de la cual citamos la Resolución No.DF-225-2020 de 6 de marzo de 2020. La Contratación Pública es exacta, no admite escenarios ficticios infundados, sino verdaderas normativas, la que, junto al principio de estricta legalidad, debe circunscribirse a la norma en sí y no a elucubraciones jurídicas insostenibles. En esta ocasión el documento no fue aportado; por tanto, incumple con un requisito de obligatorio cumplimiento, siendo así, no aplica para ser evaluada de acuerdo a la metodología de ponderación, en los términos del numeral 10 del artículo 54 de la ley de compras estatales.

En lo que respecta a lo exigido en el punto No.5 del pliego de condiciones (otros requisitos), copia autenticada del certificado/resolución, emitida por la Junta Técnica de Contabilidad adscrita al Ministerio de Comercio e Industria, si bien no contamos con el expediente administrativo original; sin embargo, las copias aportadas por la entidad son fiel copia del original, así que, en ese sentido, partimos de la premisa de que la certificación en mención es original, lo cual se apoya con lo argumentado por la representación especial de la empresa BDO AUDIT, S.A. Es claro que el numeral 5 refiere a copia autenticada; empero, la aportación en original no debe ser descartada para su valoración, pues, al tratarse de un documento público de conformidad a los enunciados del artículo 834 y siguientes del Código Judicial, es totalmente válida.

En el caso de la empresa beneficiada con la adjudicación del acto público, DELOITTE, INC. con un monto de Quinientos Treinta y Cuatro Mil Cuatrocientos Balboas con 29/100 (B/.434,400.29). Al evaluar cada uno de los documentos aportados con la oferta, vemos que ha satisfecho cada uno de los requisitos obligatorios del pliego de cargos, lo que permitió ir a la fase de ponderación y obtener la puntuación de 85 de 100.

Esta propuesta cumple con todos los requisitos del pliego de cargos solicitados por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., ya que demostró la existencia de la empresa, aportando la certificación del Registro Público. 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.

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 debidamente firmado por su representación legal, entre otros, por tal razón le asiste la adjudicación realizada.



La oferta de NEIXA AUDITORES PANAMÁ, como lo estableció la comisión evaluadora, no presentó la fianza de propuesta, siendo esa una causal para ser rechazada de plano la propuesta, de acuerdo a los términos del artículo 54 de la Ley No.22 de 2006.

Por su parte, la empresa ERNST & YOUNG LIMITED CORP., no satisfizo el punto No.3 del pliego de cargos, dado que aportó declaración jurada de las acciones nominativas ante la entidad en vez de la Dirección General de Contrataciones Públicas como lo establece la ley y su reglamentación.

Ahora bien, como quiera que nos encontramos ante un procedimiento en la modalidad de Licitación Por Mejor Valor, el cual fue sometido para el escrutinio de las ofertas por parte de una comisión evaluadora, la cual orientó en gran medida la entidad para que arribara a la conclusión final, somos conscientes de ello, por lo que, en virtud del artículo 64 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, que faculta al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para anular o modificar el informe de la comisión evaluadora o verificadora. Por ello, luego de la revisión del expediente administrativo contentivo de la documentación de los proponentes, se optará por anular el informe de la comisión verificadora, sin la necesidad de recurrir a los comisionados, por considerar que se ha realizado en contradicción a lo establecido en el pliego de cargos.

Así las cosas, y tomando en consideración el numeral 5 del artículo 19 de la ley positiva, referente al Principio de Economía, que sostiene que adoptar procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que, con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten, se procederá a resolver el fondo de la controversia administrativa, sin la participación de la comisión verificadora, utilizando el remedio procesal otorgado por el último párrafo del artículo 64 del Texto Único de la Ley N°22 de 2006.

"Artículo 64. Funcionamiento de la comisión evaluadora o verificadora...

...

...

El informe de la comisión no podrá ser modificado ni anulado, salvo que por mandamiento del representante legal de la entidad, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se declare que se hizo en contravención de lo dispuesto en esta Ley o el pliego de cargos. En estos casos, las autoridades antes mencionadas cuando ordenen un nuevo análisis total o parcial de las propuestas, ya sea por parte de la misma comisión o de una nueva comisión, dicho informe total o parcial deberá emitirse en un plazo no mayor de tres días.

Conforme lo anterior, este Tribunal cuenta con la capacidad de anular o modificar los informes de las comisiones evaluadoras o verificadoras y decidir de manera directa, sin necesidad de que tengan que remitir la actuación a los comisionados para que procedan a realizar otro estudio de las propuestas, por ser asuntos estrictamente



jurídicos, el cual puede ser resuelto por los miembros de esta Colegiatura, por tratarse de profesionales idóneos en el mundo del derecho.

Tema adjetivo que se sitúa dentro del marco del debido proceso, puesto que no se usurpa ninguna función en particular, lo cual ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 1 de diciembre de 2015, bajo la ponencia del Magistrado Abel Augusto Zamorano, razón por la cual se procede a decidir el fondo del asunto.

Sumado a lo anterior, el artículo 136 de la ley positiva otorga a este Tribunal la facultad de conocer en única instancia, en los procedimientos de selección de contratista, recurso de impugnación en contra del acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas emitidas por las entidades.

Luego de indicadas las normas jurídicas que sustentan la postura de resolver directamente el recurso de impugnación, sin necesidad de concepto de la comisión evaluadora, es menester exteriorizar que no se comparte en su totalidad el contenido del informe de la comisión evaluadora del presente acto público, cuya publicación ocurrió el día 8 de septiembre de 2020, por considerar que se realizó en contradicción de la ley de contrataciones públicas y el pliego de cargos, por cuanto que la entidad incluyó en los términos de referencia un requisito contrario a la ley especial, y en razón de ello se realizaron valoraciones que no debieron nacer, por ser discriminatorias al resto de las ofertas. Por esa razón procederemos a anular parcialmente el informe de la comisión evaluadora, por las razones motivadas.

Recordemos que la selección del contratista fundado en criterios de favorabilidad para la administración busca conciliar, de un lado, el deber de los servidores públicos de actuar de acuerdo con el interés general, de manera transparente y justa y, de otro, el deber de garantizar a los contratistas igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública.

De manera que la selección del contratista debe ser objetiva, a propósito de la cual precisa que tal finalidad se concreta cuando recae sobre el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad pública y a los fines buscados con la contratación, sin que prevalezcan en dicha escogencia factores de índole subjetiva. Consecuentemente, se vislumbra que la selección objetiva debe estar presente desde el comienzo de la etapa precontractual, ya que desde los pliegos de condiciones se deben establecer las reglas que servirán de fundamento para la selección del contratista, y que deben obedecer a varios factores como; el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de los mismos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos.

Lo anterior implica que el análisis que se debe realizar para la escogencia del proponente, se debe cumplir en primer sentido el orden constitucional, luego la ley especial y las complementarias, y demás disposiciones que de una u otra forma tengan



que ver con el acto público. Por ello, no vale el argumento sostenido por los comisionados, quienes valoraron de forma positiva el punto No.9 de los otros requisitos del pliego de cargos, al igual que no le concedieron valor probatorio suficiente al documento consignado en el punto No.5 de los otros requisitos, también de los términos de referencia, al exigir copia autenticada y descartar el documento en original de la empresa BDO. AUDIT, S.A.,

La constitucionalización del derecho Administrativo, ha puesto en un lugar primordial los principios que rigen las actuaciones de la Administración, en donde propone que la Administración debe observar previo a cualquier actuación, ya que estos consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

Es por ello que la Contratación Estatal no está por fuera de la esfera de los principios, es por esto que en la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 61 de 2017 y su reglamentación, se consagran estos explícitamente en muchos de sus artículos y por tanto se señala que la contratación estatal tiene como fin, "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines". Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deban supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

Dentro de estos principios existen algunos que resaltan por estar señalados desde la Constitución, como lo son; el de Buena Fe o el de Transparencia, este último, tomado como base en la contratación estatal porque impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. Obligación de realizar los procesos de licitación pública, compra menor, entre otros, sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés.

De manera que, de acuerdo a los parámetros que orientan esos principios, concatenados a las normas que regulan la selección del contratista que pregona la concesión del acto público a la propuesta que, además de ofrecer el menor precio, cumpla con todas las condiciones del pliego de cargos y las especificaciones técnicas.

No olvidemos que estamos ante actos públicos y no ante decisiones del derecho común, en donde prima la autonomía de la voluntad, en ese sentido, debemos ajustarnos a las disposiciones jurídicas creadas al efecto, y que las mismas no impliquen transgresiones de derechos subjetivos de ninguno de los participantes. De manera que, en este tipo de actuaciones, estamos ante situaciones eminentemente regladas y

21



principios garantes del derecho a la igualdad de los proponentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esa actividad.

En razón de las fundamentaciones externadas es que este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas procede a confirmar la Resolución de Junta Directiva No.125-JD-20 de 17 de septiembre de 2020, por ser lo que en derecho corresponde, no sin antes anular el punto No.9 de los otros requisitos del pliego de cargos, por ser contrario a derecho.

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver la fianza del recurso de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria ni con propósito de dilatar u ocasionar premeditadamente un daño al Estado o a un tercero en la presentación del presente recurso.

En atención al criterio esgrimido en la presente, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR parcialmente el contenido del informe de Comisión Evaluadora publicado el día 8 de septiembre de 2020, por ser contrario a la ley de contrataciones públicas y al pliego de cargos; así como también se anula el punto No.9 de los otros requisitos de los términos de referencia, por las razones fundamentadas en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la Resolución de Junta Directiva No.125-JD-20 de 17 de septiembre de 2020, proferida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., dentro del procedimiento de selección de contratista No.2020-2-02-0-08-LV-009056, que decidió adjudicar el presente acto público a la empresa DELOITTE, INC., por ser la única que cumplió con todos los requisitos obligatorios y obtuvo 85 puntos en la metodología de ponderación de conformidad a la evaluación que ha establecido los términos de referencia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente administrativo del acto público N°2020-2-02-0-08-LV-009056, al Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., contentivo de cinco (5) tomos, integrados de novecientos noventa y ocho (998) fojas útiles, tal y como se observa en el informe de trámite fechado 20 de octubre de 2020, y que reposa a foja 119 del expediente del Tribunal.

CUARTO: 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.

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: ORDENAR la devolución al impugnante, de la Fianza del recurso de impugnación No.072-001-000030597-000000, fechada 28 de septiembre de 2020, expedido por Cía Internacional de Seguros, S.A., con un límite máximo de responsabilidad de Sesenta y Seis Mil Ochocientos Balboas con 00/100 (B/.66,800.00) que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A./Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a fojas 48 del expediente del Tribunal.

SÉPTIMO: DISPONER la salida y el archivo del expediente 084-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 54, 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 86, 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


Salvamento De Voto


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada





REPÚBLICA DE PANAMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR BDO, AUDIT, S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN DE JUNTA DIRECTIVA No. 125-JD-20 DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2020, PROFERIDA POR EL AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A. EXP. 084-2020, RESOLUCION No. 139-2020 -Pleno/TACP DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2020 (Decisión).

En esta ocasión disiento de la decisión adoptada por la mayoría de mis homólogos, debido a que la notoria y recalcada existencia de vicios en el pliego de cargos, inciden en la declaratoria de nulidad absoluta del procedimiento de selección de contratista.

Lo anterior obedece, a que a lo largo del análisis realizado por el despacho sustanciador, se concatenan una serie de hechos que claramente apuntan a la exigencia de requisitos en el pliego de cargos que vulneran los principios generales de la contratación pública, tales como igualdad de proponentes, legalidad, debido proceso y sobre todo la libertad de concurrencia, por ende, ante actuaciones procesales administrativas viciadas, lo procedente es anular el procedimiento de selección de contratista y no así el contenido del informe de la comisión evaluadora, toda vez que, es jurídicamente contradictorio, anular lo accesorio (informe de comisión evaluadora), cuando el vicio se originó en la confección del pliego de cargos (causa principal).

De manera que se está anulando el efecto, y dejando la causa intacta, con lo cual al anular el informe de la comisión evaluadora mismo que siguió las reglas trazadas en base a vicios de nulidad establecidos en el pliego de cargos se está dando continuidad a un acto de procedimiento de selección de contratista viciado que no solo debió ser extinguido sino que a su vez este Tribunal Colegiado procede a emitir una decisión de fondo, respecto a una valoración que no cuenta con reglas justas, claras, igualitarias para seleccionar a un contratista. Por tanto, no es posible estar de acuerdo con la decisión arribada puesto que esta consiste en una doble actuación contraria a las disposiciones legales, (Anular parcialmente el contenido del informe de comisión evaluadora, por ser contrario a la ley de contrataciones públicas y al pliego de cargos / Confirmar la Resolución de Junta Directiva No. 125-JD-20 de 17 de septiembre de 2017, proferida por el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.), por las razones ya esbozadas, repercutiendo en contra de la administración, los administrados y los principios de la contratación pública.

Por ende, ante la existencia de vicios en el procedimiento de selección de contratista que anulan la consecución de los trámites dimanantes de este, lo procedente no es anular un informe de la comisión evaluadora, sino el acto de selección de contratista per se, ya que la comisión evaluadora ejerció su función en base a los requisitos establecidos en el pliego de cargos que es donde se originó el vicio de nulidad, con lo cual toda actuación llevada a cabo con posterioridad es nula.

No podemos en aras del principio de economía procesal, simplificar procedimientos que vician el debido proceso y con ello la legalidad de este, ya que es en base al Principio de Economía el cual señala en su artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, lo siguiente:

"Artículo 22:

- 1.....
2. Las normas de los procedimientos de selección de contratistas se interpretarán de manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos, para no decidir o proferir providencias inhibitorias.
- 3.....
- 4.....
- 5.....
- 6.....
- 7.....
8. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección de contratista, deberán elaborarse los estudios, los diseños y los proyectos requeridos, así como los términos de referencia y el pliego de cargos, asegurándose de que su elaboración no se realice en forma incompleta, ambigua o confusa.
- 9.....
- 10.....
- 11.....
12. Si en el procedimiento de selección de contratista, quien convoque, presida los actos respectivos o elabore los contratos, advirtiera o se le advirtiera que se ha pretermitido algún requisito exigido por ley, sin que contra tal acto se hubiera interpuesto algún recurso por la vía gubernativa, deberá ordenar el cumplimiento del requisito omitido o la corrección de lo actuado. Efectuada la corrección, la tramitación continuará en la fase subsiguiente a la del acto corregido.
- 13.....
14. La entidad licitante ordenará la realización de trámites omitidos o la corrección de los realizados en contravención al ordenamiento jurídico, de oficio o a petición de parte interesada, si no se hubiera interpuesto recurso por vía gubernativa. Esta potestad saneadora se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12".

Nótese la potestad saneadora que tiene la entidad licitante en la etapa de selección de contratista, aunado al hecho que los integrantes de la comisión de evaluación están obligados a actuar con estricto apego a la ley y a los criterios y metodologías contenidos en el pliego de cargos.

Es evidente, que la entidad licitante omitió el ejercicio de su potestad saneadora en esta etapa del procedimiento de selección de contratista y con ello

llevó a que la comisión evaluadora ejerciera un análisis basado en requisitos contrarios a la ley, por lo que en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional lo procedente es decretar la nulidad del acto, tal como lo establece el artículo 157 y el 155 del Texto Único de la ley 22 de 27 de junio de 2006 de la siguiente manera:

"Artículo 157: Declaratoria de nulidad. La nulidad se decretará cuando ello sea absolutamente indispensable para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para restablecer el curso normal del proceso. No prosperará si es posible reponer el trámite o subsanar la actuación".

"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".

Lo anterior se basa en el requisito exigido dentro del pliego de cargos específicamente en el punto No. 3 respecto a la exigencia de la declaración de acciones nominativas, aún cuando mediante Circular No. DGCP-019-2019 de 12 de septiembre de 2019, establece lo siguiente:

CIRCULAR No.DGCP-DS-019-2019.
Página 2

II. ENTIDAD DONDE SE PRESENTA Y FORMA DE PRESENTACIÓN

A partir de la publicación de la presente circular, las personas jurídicas deberán presentar la declaración jurada de beneficiario final de acciones nominativas, ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, de manera electrónica, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Por lo anterior, las entidades licitantes **no deberán solicitar** en el pliego de cargos esta declaración jurada, toda vez que podrían incurrir en dualidad de documentación, lo cual se aleja de los principios de eficiencia y economía de la contratación pública.

V. VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO EN LOS ACTOS PÚBLICOS.

Las entidades licitantes, podrán verificar en los procedimientos de selección de contratista convocados por éstas, cuya cuantía exceda la suma de quinientos mil balboas (B/.500,000.00), si las personas jurídicas que hayan participado han cumplido con el requisito de presentación de la declaración ante la DGCP, a través del Sistema Electrónico "PanamaCompra" (www.panamacompra.gob.pa).

En este sitio, se podrá verificar el nombre de la persona jurídica, su número de registro único (Ruc) o de identificación correspondiente, fecha de presentación de la declaración y su vigencia.

En ese sentido, la Circular No. DGCP-019-2019 de 12 de septiembre del 2019, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, señala que todas las entidades licitantes tienen el deber de no incluir como requisito en los pliegos de cargos la presentación de la Declaración jurada de Acciones Nominativas, máxime que dicho requerimiento puede ser verificado por todas las personas interesadas como también por las entidades licitantes.

En este punto cabe destacar que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se ha pronunciado anteriormente respecto a la exigibilidad de la declaración de acciones nominativas dentro del pliego de cargos, (tal como se puede observar en la Resolución No. 105-2020-Pleno/TACP de 27 de julio de 2020 y en la Resolución No. 092 Pleno/TACP de 26 de mayo de 2020, ambas emitidas por este Tribunal), acarreado la nulidad del procedimiento de selección de contratista, debido a que existe ambigüedad en la redacción de las cláusulas del pliego de cargo, lo cual lleva a la confusión a los ofertantes de este acto público; puesto que, la entidad licitante señala la necesidad de la presentación de una declaración de acciones nominativas en el punto 3 de la plantilla electrónica, indicando el deber de aportar una certificación para cumplir con este requisito, cuando ya esta información puede hacerse vía electrónica por un trámite diferente ante la Dirección General de Contrataciones Públicas.

De manera que la entidad al mencionar en el pliego de cargos, de forma contradictoria dicha circular restringe la participación de las empresas interesadas al hacerles pensar que no son aptos para presentar ofertas por la confusión existente.

Esto aunado a las transgresiones de los Principios generales de la Contratación Pública, con relación al requisito No.9 del pliego de cargos, que a continuación detallamos:

El Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., publicó el 17 de julio de 2020 la Adenda No.1 con la finalidad de modificar los términos de presentación y apertura de propuestas. Seguidamente, el día 3 de agosto de 2020, a escasos días de la fecha de apertura de la propuesta, se emitió la Adenda No.2 a fin de modificar temas en la plantilla del sistema electrónico "Panama Compra" y en el pliego de cargos, dentro de los cuales se encontraban: la fecha de presentación y de apertura de propuestas, los documentos a presentar con la propuesta, especialmente las condiciones especiales "22. Documentos obligatorios", documentos a presentar en la propuesta, formato de pago, entre otros.

Cabe destacar que, tal como se puede observar en los documentos adjuntos, ambas adendas fueron realizadas con posterioridad a la reunión previa y homologación, de ahí que los temas adendados no contaron con la celebración de una reunión previa y de homologación entre la entidad licitante y quienes tuviesen algún interés de participar en el acto de selección de contratista a fin de absolver alguna consulta y de formular observaciones que pudiesen afectar la participación de los posibles postores en condiciones igualitarias, así como de aclarar cualquier aspecto relacionado con el pliego de cargos u otros documentos entregados, tal como lo establece el artículo 2, numeral 46 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada por la Ley 61 de 2017.

Documentos Adjuntos

Descripción	Tipo	Fecha	
PLIEGO	Pliego de Cargos	15-06-2020 04:05 PM	
Acta- Reunión Previa y Homologación	Actas	03-07-2020 10:01 AM	
Adenda N°1	Adenda	17-07-2020 03:31 PM	
Adenda N°2	Adenda	03-08-2020 04:25 PM	

En ese orden de ideas, nótese que en la Adenda No.2, se establece que en la plantilla del sistema electrónico de PanamaCompra, debe decir en el requisito No. 9, “auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingresos mínimos anuales de **300 millones**”.

Sin embargo, en el pliego de cargos, condiciones especiales debe decir en el requisito No.9 “auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingresos mínimos anuales de **200 millones**”.

Dichas inconsistencias, son materia de consulta y aclaración en una reunión previa y de homologación, así como tampoco se estableció si las auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones, se trataban de empresas, entidades u organizaciones locales o internacionales.

Lo anterior se encuentra claramente establecido en la Adenda No.2 de la siguiente manera:

EN LA PLANTILLA DEL SISTEMA ELECTRONICO PANAMACOMPRA:

DONDE DICE:

Fecha y Hora Presentación de Propuestas: 10-08-2020 08:00 AM - 10:00 AM
 Fecha y Hora de Apertura de Propuestas: 10-08-2020 - 10:01 AM

DEBE DECIR:

Fecha y Hora Presentación de Propuestas: **14-08-2020 08:00 AM - 10:00 AM**
 Fecha y Hora de Apertura de Propuestas: **14-08-2020 - 10:01 AM**

DONDE DICE:

Documentos a Presentar con la propuesta:

- 9 Cartas de Referencia de otras Instituciones o Empresas Auditadas, (mínimo de tres (3). No En los últimos cinco (5) años.

DEBE DECIR:

Documentos a Presentar con la propuesta:

...

Otros Requisitos

- 9 Cartas de Referencia de otras Instituciones o Empresas Auditadas, (mínimo de tres (3). No En los últimos cinco (5) años. El proponente deberá aportar 3 certificaciones emitidas por cliente, en las que se certifique que la firma de auditoría en la República de Panamá, ha realizado 3 o más auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingresos mínimos anuales de 300 millones y activos de 1,000 millones durante los últimos 5 años (2015-2019).

EN EL PLIEGO DE CARGOS, CONDICIONES ESPECIALES:

22. DOCUMENTOS OBLIGATORIOS:

DONDE DICE:

Documentos a Presentar con la propuesta:

...

Otros Requisitos

- 9 Cartas de Referencia de otras Instituciones o Empresas Auditadas, (mínimo de tres (3). No En los últimos cinco (5) años.

DEBE DECIR:

Documentos a Presentar con la propuesta:

...

Otros Requisitos

- 9 Cartas de Referencia de otras Instituciones o Empresas Auditadas, (mínimo de tres (3). No En los últimos cinco (5) años. El proponente deberá aportar 3 certificaciones emitidas por cliente, en las que se certifique que la firma de auditoría en la República de Panamá, ha realizado 3 o más auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingresos mínimos anuales de 200 millones y activos de 1,000 millones durante los últimos 5 años (2015-2019).

En este punto es claro que la adición al requisito No.9, enmarca no solo una limitación a la participación del acto público con relación a todos aquellos proponentes que se encontrasen interesados en presentar sus ofertas, puesto que los coloca en una desigualdad de condiciones que resulta perjudicial tanto para los ofertantes como para el Estado, siendo contrario al principio de igualdad de los proponentes y a la libre concurrencia, sino que también dicho requisito No. 9 en las condiciones de ambigüedad y confusión en que se encuentra elaborado insta a error a los proponentes/ participantes,

esto aunado al hecho que si correlacionamos las circunstancias en que se llevó a cabo la Adenda No. 2, la misma denota cierta arbitrariedad por parte de la entidad licitante, violatoria del principio de legalidad, debido proceso y transparencia, mismos que deben prevalecer en todo acto público, puesto que ni siquiera se dio un margen considerado de tiempo para que los proponentes pudiesen realizar un abordaje mediante una reunión previa antes de someter al carácter de obligatoriedad dicho requisito No.9.

Esto aunado a lo expresado por el recurrente en su escrito de impugnación en cuanto a que resulta contradictorio la exigencia de un requisito de más de \$300 millones de ingresos cuando los ingresos proyectados del AEROPUERTO INTERNACIONAL DE TOCUMEN, S.A, para el año en curso bajo auditoría estarían por el orden de los 114 millones (niveles del año 2011), no llegando siquiera a superar los \$ 200 millones, según información aparecida en recientemente en la Prensa.

Todas estas inconsistencias presentes en las exigencias del pliego de cargos para la realización de este acto público solo permiten acceder a pocos proponentes en la participación, sin ninguna garantía de que dicha restricción suponga un mejor servicio o calidad, llevando a cabo un procedimiento de selección de contratista, carente de igualdad y de garantías para con los proponentes.

Con lo cual de las decisiones proferidas por este Tribunal hemos sido enfáticos, reiterativos, consecuentes con el fin primordial que ostenta los principios de la contratación pública, los deberes y derechos tanto de las entidades licitantes como de los contratistas, y no menos importante la realización del procedimiento de selección de contratista que inicia con la elaboración el pliego de cargos, mismo que debe ser claro, justo, y sobre todo no debe ser restrictivo ni limitante en la libre concurrencia de los proponentes al acto de selección de contratista, de tal manera que con la exigibilidad del requisito No. 9 se desprende una innegable valoración la cual consideramos de suma importancia resaltar:

- **Vulneración del principio de igualdad de los proponentes:** Toda vez que resulta **discriminatorio, excluyente y limitante con relación a la libre y sana competencia que debe prevalecer en todo acto público,** atentando contra el Principio de igualdad de oportunidad de los proponentes, establecido en el artículo 28 del Texto Único de la ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la ley 61 de 2017, el cual manifiesta lo siguiente:

"Artículo 28: Principio de igualdad de los proponentes. Este principio tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro.
2. Las entidades no podrán fijar en los pliegos de cargos cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas comerciales, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.
3. La adjudicación deberá hacerse sobre los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos, no pudiendo después de esta modificar condiciones sobre las que se efectuó el acto público.
4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías”.

Así las cosas, soslayamos el hecho que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se ha pronunciado anteriormente con relación a este tipo de situaciones donde la entidad licitante establecía requisitos que atentaban contra los principios de igualdad y transparencia, así como el incumplimiento del artículo 2 del Texto Único de la ley 22 de 27 de junio de 2006 ordenado mediante Ley 61 de 2017, numeral 37, el cual claramente establece 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 (Resolución No. 136-2019-Pleno/ TACP de 5 de agosto de 2019 / Resolución No. 042-2019-Pleno /TACP de 8 de agosto de 2019).

Y en ese sentido, al hablar de reglas generales e impersonales donde todos los proponentes tengan un trato igualitario, siendo el objeto contractual requerido en este acto en particular la “Auditoría externa para el Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A, para los años 2020,2021 y 2022”, la cual versa sobre aspectos fundamentales como experiencia y competencia, por lo que la efectividad, compromiso, excelencia de una auditoría no se encuentra en los ingresos percibidos en las empresas, organizaciones o instituciones auditadas, sino por el contrario en la experiencia enfatizada por estas empresas privadas o instituciones estatales respecto al desempeño en la ejecución del trabajo de auditoría realizado en cada una de ellas, de ahí que la inclusión correspondiente a carta de referencias de otras instituciones o empresas en los últimos cinco años, **“con ingresos mínimos anuales de 300 millones y activos de 1,000 millones durante los últimos cinco (5) años”**, se aleja de la igualdad que tienen los proponentes para participar en actos de selección de contratista, otorgando así ventajas sobre los pocos que pudiesen aplicar con la exclusividad de este requisito.

El requisito exigido en el numeral No.9 del pliego de cargos, pasó de ser una regla general a una específica limitando la participación de los proponentes, perdiéndose así el objeto de la licitación pública, ya que si bien la entidad licitante puede incluir otros elementos deben ser utilizando las funcionalidades del sistema, y que los mismos no sean restrictivos ni limiten la libre competencia. De manera que, la ‘igualdad’ entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública,

evite de parte de ésta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros, así como tratos preferenciales o injustos.

Por ello la importancia de prestar especial atención a la etapa precontractual, donde en principio se puede crear el escenario para establecer procesos contractuales viciados jurídicamente; en consecuencia, donde por ejemplo se halle la no observancia de la libre competencia, entre otros mandatos legales.

- **La vulneración a la libertad de competencia de los proponentes** en el acto público, limita la participación de empresas que pudiesen haber sido ofertantes dentro de esta licitación.

La Constitución Política de la República de Panamá establece en su artículo 298 lo siguiente:

"Artículo 298: El Estado velará por la libre competencia económica **y la libre competencia** en los mercados. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios". (el subrayado y la negrita es nuestra).

Con lo cual el actuar de las autoridades debe ceñirse a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, de las leyes especiales, y particularmente sobre los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Visto así, se puede en tanto señalar que la libre competencia en la contratación estatal se expresa a modo del mecanismo idóneo para permitir que, en la ejecución de la actividad administrativa, se logre la participación de la mejor idoneidad posible; evitando, en otra manera de expresarlo, que se establezcan límites a quien pueda desarrollar las actividades contractuales que requiere el Estado, para dar el mejor cumplimiento posible a su responsabilidad determinada en sus fines. Esto así, es también la garantía de que la actuación administrativa y de las partes que contratan con estas, se someta para beneficios de los partícipes y de la sociedad en general, al imperio de la ley, por lo tanto, este tipo de requisitos restrictivos van en detrimento entre otros, del principio de libre competencia.

Por su parte el derecho comparado colombiano realizó una reflexión, enfatizando lo siguiente:

"En la lectura aplicada de la libre competencia y competencia, se puede llegar a considerar que la materialización armónica de ambas, en términos de la contratación pública, lleva por efecto al logro constitucional de la igualdad como principio tenor de la administración. Este se trata, pues, de un precepto que se encuentra reiterado no solo en lo preceptuado por parte de la Corte Constitucional, sino también en lo afirmado al respecto por parte del Consejo de Estado, quien en reiterada jurisprudencia ha insistido: La Libre competencia, conlleva, entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este

principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atenta contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. (Consejo de Estado, radicado 35177, 2007)"

Al vulnerar los principios de igualdad, de participación de concurrencia de los proponentes al acto, esto sin duda alguna conlleva una competencia indebida o restringida, puesto que no se encuentran en igualdad de oportunidades aquellos proponentes que hubiesen optado por participar del mismo, no podemos ver las actuaciones administrativas de manera aislada, ya que estaríamos incurriendo en este tipo de yerros jurídicos alejándonos de la correcta aplicabilidad de las normas constitucionales y de carácter administrativo en materia de contrataciones públicas.

La indebida estructuración de un pliego de cargos que vulnera los principios generales del derecho, la falta de subsanación de estos errores por parte de la entidad licitante, conllevó a la participación limitativa debido a condiciones restrictivas en los requisitos del pliego de cargos y a su vez una adjudicación violatoria del debido proceso.

De manera que, ante este esquema procesal administrativo, se concluye lo siguiente:

El vicio de nulidad generado en el pliego de cargos, respecto a la exigencia de un requisito que vulnera el principio de participación, concurrencia de los proponentes e igualdad de estos, no es subsanable, es anulable.

La diferencia entre anular el acto público y anular un informe de comisión evaluadora, radica en la oportunidad de una participación igualitaria de todos los proponentes que deseen concurrir a la celebración de un acto público.

Al anular el informe de comisión evaluadora y el requisito No.9 se mantienen los mismos proponentes que participaron, y de manera inmersa ante un pronunciamiento de fondo se subsanó un error que no es subsanable y se confirma una decisión carente y violatoria de los principios constitucionales y generales de la administración pública.

Los vicios de nulidad no se subsanan, se anulan, se extinguen, dándole la oportunidad a la entidad que convoque un nuevo acto que no cause indefensión o afectación de los derechos de terceros, y en estricto apego al procedimiento legalmente establecido.

En ese orden de ideas, cabe reiterar que, ante la presencia de un vicio de legalidad es deber de este Tribunal anular el acto de selección de contratista, y no así anular el informe de la comisión evaluadora, para que la entidad licitante, si así lo considere pueda convocar un nuevo acto público libre de vicios y apegados a la ley de contrataciones públicas, a fin de no restringir la igualdad de participación que ostentan los proponentes al momento de concurrir en un acto de selección de contratistas.

De esta manera el artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 ordenado mediante Ley 61 de 2017, numeral 37 expone lo siguiente:

"Pliego de cargos: Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en procedimiento 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 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.

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 subrayado y la negrita es nuestro).

Por lo que, la entidad contratante es la responsable de determinar los requisitos para participar en los procedimientos de selección de contratistas, incluyendo los de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes, **y que las reglas incluidas en los correspondientes pliegos de cargos sean objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, siendo esto extensivo a toda la documentación que deben llenar y presentar los proponentes a fin de que lo aportado por cada oferente en el acto público, sea correcto, completo y no arbitrario y discrecional.**

Aunado a lo anterior, el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, señala que la entidad contratante cuando considere conveniente y dependiendo del procedimiento de selección de contratista, **puede incluir otros elementos en las condiciones especiales del pliego de cargos, utilizando las funcionalidades del sistema, siempre que no se constituyan restricciones o limitaciones a la libre competencia.**

Por su parte el autor Roberto Dromi, en su obra "Licitación Pública", manifestó que la innegable significación jurídica del pliego de condiciones en el procedimiento licitatorio, implica una serie de consecuencias jurídicas. Son derechos y deberes de las partes intervinientes, en principio los siguientes. 9.1 obligatoriedad de que el pliego tenga carácter general, impersonal y que **asegure un trato igualitario para los oferentes. Es requisito fundamental que en la licitación ha de colocarse a todos los proponentes en pie de perfecta igualdad siendo las cláusulas generales en que se fijaron las condiciones,**

derechos y obligaciones del contratista de obligada observancia para ellos.

9.2 Obligatoriedad de observar las prescripciones del pliego como a la ley misma. Efectivamente las partes tienen que sujetarse a los pliegos como a la ley misma.

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es importante resaltar lo contenido en el artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la ley 61 de 2017, el cual a la letra reza 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 trabajan, 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".

Luego de haber analizado cada uno de los elementos dentro de este acto de procedimiento de selección de contratista, y ante la existencia de pretermisiones correspondiente a vicios de nulidad presentes en los requisitos exigidos en el pliego de cargos, lo procedente a nuestro criterio es la declaratoria de nulidad absoluta del acto de selección de contratista.

En consecuencia, las decisiones jurisdiccionales de este Tribunal deben orientarse según los parámetros de la buena fe, la razonabilidad, transparencia y economía procesal.

Con fundamento en lo anterior sustentamos el salvamento de voto y dejamos clara nuestra posición respecto de los razonamientos adoptados por el resto de los miembros de este Tribunal.


José Aranda Ríos
Magistrado


Karen Solís
Secretaria General, Encargada

