



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 098-2020

RECURRENTE: ACADIA INTERNATIONAL, INC.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones No.050 de 14 de octubre de 2020, proferido por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario dentro del procedimiento de selección de contratista No.2020-0-10-0-08-CM-029199.

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°147-2020-Pleno/TACP de 17 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 74 de la Ley No.153 de 8 de mayo de 2020, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 146 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, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 238 al 246, 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:

Conforme al principio de transparencia y publicidad, sumado a la necesidad en la adquisición de un bien público para la satisfacción de una necesidad colectiva en el desarrollo de una función pública, el Ministerio de Desarrollo Agropecuario realizó la convocatoria de un procedimiento de selección de contratista para el suministro de un estereomicroscopio trinocular, de acuerdo a lo establecido en el artículo No.47 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006 y con la antelación necesaria conforme a las reglas del

71 42



artículo 48 del mismo texto legal, para que todo el interesado en participar del acto público que nos ocupa presentara su respectivas propuestas de acuerdo a los requisitos que para la contratación menor se requiere. Para ello fijaron como fecha de presentación de ofertas el día 24 de septiembre de 2020 en un horario de 8:00 a 11:00 de la mañana, y el mismo día, pero a partir de las 11:01 de la mañana, se llevara a cabo la apertura de las propuestas y así, mediante un acto transparente, público, confiable y en Derecho, adjudicar el procedimiento señalado, a la empresa, consorcio o persona natural que satisfaga las necesidades indicadas en el pliego de cargos, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, a la ley de contratación pública, y a las leyes complementarias; acto de selección de contratista en el cual se estableció un precio de referencia de Doce Mil Seiscientos Sesenta y Dos Balboas con 29/100 (B/.12,662.29).

En dicho procedimiento público participaron siete (7) proponentes en su orden de oferta: SCM METROLOGÍA PANAMÁ, S.A., BRISIAL CORP, ACADIA INTERNATIONAL, INC., CHEMCORP INTERNATIONAL, INC., IOMEGA-COMPUTADORAS Y SERVICIOS, ALOHA MEDIQ, S.A. y PROMOCIÓN MÉDICA, S.A.

Posteriormente, luego de cumplir con los procedimientos de ley, así como la verificación de cada una de las propuestas por parte de la entidad contratante, el Ministerio de Desarrollo Agropecuario notificó a las partes del Cuadro de Cotizaciones No.050 de 14 de octubre de 2020, cuando el día 14 de octubre de 2020 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la adjudicación del procedimiento de selección de contratista No.2020-0-10-0-08-CM-029199 a la empresa BRISIAL CORP, por considerar que es la que cumple con los términos de referencia y las especificaciones técnicas de la presente contratación;

El Cuadro de Cotizaciones No.050 de 14 de octubre de 2020, fue recurrido en tiempo procesal oportuno por el representante legal de la empresa ACADIA INTERNATIONAL, INC., mediante apoderado especial, licenciado JOAN QUINTERO de la firma forense EJ LEGAL GROUP., alegando lo siguiente: Que la proponente beneficiada con la adjudicación del presente acto público (BRISIAL CORP.) no aportó paz y salvo de la Caja de Seguro Social, y en su lugar lo reemplazó por una certificación de que no está obligado a inscribirse como empleador, pero que dicho documento no tiene idoneidad puesto que fue dirigido a una entidad distinta (Caja de Seguro Social) en vez del Ministerio de Desarrollo Agropecuario como entidad contratante.

En base a lo anterior, consideran que los proponentes deben participar en igualdad de condiciones y ser escogidos de forma justa, por lo que, de beneficiarse a un ofertante con un documento distinto o carente de validez se afecta de esa forma el principio de igualdad de proponentes que desarrolla el artículo 28, numeral 1 de la ley de compras públicas. De lo contrario, estaríamos ante un trato discriminatoria y desigual frente a una propuesta que no ha satisfecho las condiciones.



Argumenta el jurista que las empresas participantes realizan un esfuerzo extraordinario al gestionar la documentación necesaria para participar en los actos públicos y que la entidad dentro de su análisis y parámetro de evaluación debió considerar aspectos importantes como ese, a fin de lograr que el trato sea igualitario al recibir propuestas de la misma índole.

Señala que lo justo hubiera sido que la empresa BRISIAL CORP. se hubiese tomado el tiempo necesario ante la entidad gubernamental para gestionar la certificación de que no está obligada a inscribirse como empleador, pero dirigida al Ministerio de Desarrollo Agropecuario.

Informa que el certificado de paz y salvo es proferido por el sistema de la Caja de Seguro Social y que para obtener una certificación de que no está obligado a inscribirse como patrono se debe llenar un formulario por parte del solicitante indicando en dicha solicitud la entidad a la que va dirigida, el propósito de la solicitud, de manera que la Caja de Seguro Social mantiene el control de ese tipo de documentos para que no sean utilizados de forma arbitraria por quienes la solicitan.

Sostiene también que el requisito de paz y salvo deviene del artículo 99 de la Ley No.51 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y que su espíritu de la norma desprende claramente que debe existir contraprestación por parte de las empresas que licitan con el Estado, ya que no es viable que una empresa que le deba al Estado, o que estando obligada a inscribirse como patrono no lo haga; y a su vez obtenga el beneficio y distribución

Manifiesta que la empresa en mención cuenta con más de dos ubicaciones y que evidentemente se requiere de personal a cargo para darle atención a la oficina corporativa y otro personal para operar la bodega con su respectiva logística, así como una página web que indica que cuentan con personal con más de 20 años de experiencia en el sector, entre otras. Que evidentemente para darle soporte a más de 300 equipos se requiere de personal y más aún si no sólo atiende a Panamá, sino a la región de América y el Caribe.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota No. DCyP-535 de 6 de noviembre de 2020, remitió a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el informe de conducta y dentro del tiempo procesal oportuno, no así el expediente administrativo (a pesar de que el informe haya señalado que sí fue entregado) como lo señala la ley especial (acompañado de toda la documentación correspondiente al acto impugnado). Por eso, procederemos a resolver con lo que conste en el Sistema

21



Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra". Tomando en consideración que las siete ofertas participantes fueron electrónicas.

En dicho informe de conducta hacen un resumen del procedimiento de selección de contratista llevado a cabo. Además de expresar sobre el criterio técnico de la Unidad Ejecutora de la Dirección Nacional de Sanidad Vegetal, que tramitó la adquisición del bien solicitado, en el que señalaron que la ponderación de la empresa BRISIAL CORP. no satisface con las especificaciones técnicas requeridas, y por tal observación decidieron rechazar las propuestas recibidas y, a su vez, cancelar el procedimiento de selección de contratista No.2020-0-10-0-08-CM-029199, para la adquisición de un estereomicroscopio trinocular.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

No constan alegatos en interés de la ley o particular pese a concederse el término por imperio de la ley.

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El acto administrativo que es objeto de impugnación entra al conocimiento de este foro de justicia especial, por tratarse de materia privativa y por la naturaleza del asunto sobre hechos que han surgido por la emisión de una resolución de adjudicación de un acto público derivado de un procedimiento de selección de contratista por contratación menor, emitido por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y de la cual se encuentra disconforme uno de los proponentes participantes.

En ese sentido, este cuerpo colegiado se coloca en estado de emitir un juicio jurídico en razón de los elementos de convicción que han sido presentados para su examen y posterior valoración, los cuales se encuentran recopilados en el portal estatal "PanamaCompra".

Los hechos traídos a este escenario se desprenden del recurso incoado respecto a la resolución objeto de contencioso, la cual procederemos a examinar objetivamente conforme a las reglas que nos demarcan los postulados del artículo 57 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 y su reglamentación, teniendo en mente que tal proceso permite de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los Cincuenta Mil Balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose así con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley especial de adquisición gubernamental.

En la misma normativa y su reglamentación se hace referencia a que, en las contrataciones menores, las entidades deberán seleccionar preferiblemente a las micro y pequeñas empresas, siempre que estas cumplan con los requisitos y exigencias del pliego de cargos y el precio propuesto no sea mayor de un 5% en relación con la propuesta de

91



menor precio presentada por empresa no mipymes; entre las mipymes, se deberá escoger a la que ofrezca el menor precio.

Todos esos aspectos (mipymes, precio y cumplimiento total de los términos de referencia y especificaciones técnicas) se deben evaluar al momento de adjudicar un procedimiento de selección de contratista en su modalidad de contratación menor.

Antes de decidir el fondo del asunto, corresponde resolver el incidente de previo y especial pronunciamiento presentado por la firma forense EJ LEGAL GROUP, en representación de la empresa ACADIA INTERNATIONAL, INC., recibido en la Secretaría General de este Tribunal el día 11 de noviembre de 2020, quienes peticionan la nulidad de lo actuado y retrotraer el acto público a su estado original, por cuanto que la entidad, Ministerio de Desarrollo Agropecuario, decidió rechazar las propuestas, dejar sin efecto el Cuadro de Cotizaciones No.050 de 14 de octubre de 2020 y cancelar al acto de selección de contratista, argumentando el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, el incumplimiento de las especificaciones técnicas por parte de la empresa beneficiada con la adjudicación.

Tomando en consideración el principio de economía, decidiremos en un solo acto administrativo ambas solicitudes, iniciando con la incidencia de previo y especial pronunciamiento. En ese sentido, consideramos que la declaración de rechazo de ofertas resuelta por la entidad a través de la Resolución No. ADM-054-2020 PANAMÁ de 22 de octubre de 2020 no es viable, por cuanto que, de acuerdo al efecto suspensivo que la ley que nos gobierna expresa, el Ministerio de Desarrollo Agropecuario no tenía competencia funcional para decidir nada que pudiera afectar el cuadro de cotizaciones que hoy nos mantiene ocupados.

Por lo anterior, se le hace un llamado de atención al Ministerio de Desarrollo Agropecuario, al no obedecer el procedimiento de impugnación, el cual, en el artículo 157 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No.153 de 2020, manifiesta que ..."Dicho recurso (impugnación) deberá ser interpuesto en un plazo de cinco días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución objeto de la impugnación, que se surtirá en el efecto **suspensivo** para los renglones impugnados **o contra todo el acto si la adjudicación es global**. Tratándose de adjudicación por renglón la entidad continuará con la tramitación de los renglones no impugnados.

En el caso en particular, nos encontramos ante una adjudicación global, por ende, la entidad no debió realizar ninguna gestión que afectara la decisión que se encuentra bajo la competencia de este tribunal, pues, así se desprende del artículo 1138 del Código Judicial, supletoriamente aplicado de conformidad al contenido del artículo 4 de la ley que nos gobierna cuando señala que ..."Los vacíos en el procedimiento de selección de contratista, así como en el desarrollo del contrato hasta su liquidación, se llenarán con la aplicación de las normas de procedimiento administrativo general, y en su defecto, con los principios y las normas del procedimiento civil y comercial.



En ese sentido, el citado artículo del Código Judicial indica que, *"en el suspensivo, caso en el cual la competencia del inferior se suspenderá desde que se ejecutorie la resolución que concede hasta que se dicte el de obediencia a lo resuelto por el Juez Superior"* ... La resolución de admisión, como se observa en el Portal Electrónico, fue publicada el día 26 de octubre de 2020, y si contamos los dos días de notificación, la misma se ejecutorió el día 29 de octubre de 2020. Lo que quiere decir que, ya para el día viernes de noviembre del año que decurre, la entidad únicamente podía presentar el informe de conducta, sin variar la decisión recurrida por encontrarse ya ejecutoriada. Eso es que la competencia de la entidad para el caso en particular no le correspondía, por ser competencia absoluta del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Por esa razón, a pesar de que el Ministerio de Desarrollo Agropecuario haya proferido el rechazo de ofertas y la cancelación del acto público, el mismo se tiene como no válido por imperio de la ley, ya que toda actuación al margen de la normativa no es reconocida, y no nace a la vida jurídica ni mucho menos trae consigo repercusiones jurídicas prácticas. En consecuencia, se procede a rechazar la incidencia presentada por la firma forense EJ LEGAL GROUP, en representación de ACADIA INTERNATIONAL, INC, ya que la Resolución No. ADM-054-2020 PANAMÁ de 22 de octubre de 2020, no es viable por falta de competencia de la entidad, la cual por lógica consecuencia se entenderá así con la emisión de la decisión de fondo producto de la acción recursiva que nos compete de acuerdo al recurso de impugnación presentado y admitido en tiempo oportuno, sin necesidad de un incidente que lo solicite.

Así, pues, luego de descartar actos que pudieran provocar la nulidad de todo lo actuado, procederemos con el análisis correspondiente para este tipo de acto público, tomando en cuenta que en obediencia a la norma que nos gobierna, dentro de las ofertas existe una pequeña empresa, tal es el caso de IOMEGA-COMPUTADORAS Y SERVICIOS; no obstante, su precio se encuentra muy por encima del 5% en razón de la propuesta de menor precio de las no mipymes; por consiguiente, partiremos con el examen de la oferta presentada por SCM METROLOGÍA PANAMÁ, S.A., por ser entre las no mipymes, la de menor precio, con un valor de oferta de Siete Mil Ciento Quince Balboas con 50/100 (B/.7,115.50).

Del examen de los documentos que acompañan la oferta, se observa que no se satisface la declaración jurada sobre incapacidad legal para contratar con el Estado, por cuanto que la misma fue presentada de acuerdo a la Ley No.61 de 2017 en vez de la que se requiere de conformidad a la reciente Ley No.153 de 2020, que reformó la Ley No.22 de 2006. Siendo esta última la que incorpora nuevas situaciones a los proponentes en un acto público de selección de contratista y así determinar si en efecto cumplen o no con el catálogo de circunstancias que la nueva ley ha integrado para poder contratar con el Estado panameño, lo que impide a este tribunal decantarse con la concesión del acto administrativo en favor de la empresa SCM METROLOGÍA PANAMÁ, S.A.

21



En cuanto a las especificaciones técnicas, la empresa en examen aportó catálogo, pero en idioma inglés, desatendiendo así lo dispuesto en el artículo 55 de la ley positiva que impone una condición de obligatoriedad en que la misma sea en idioma español o ser traducida a este idioma y debidamente autenticada por las autoridades correspondientes del país de origen, requisitos que no fueron satisfechos como se ha evidenciado.

Otro incumplimiento es la propuesta alternativa que ha sido presentada, dado que en el formulario de propuesta adjunto refiere un precio de Siete Mil Ciento Quince Balboas con 50/100 (B/.7,115.50); mientras que en el comprobante de ingreso de propuestas se indica un precio de Seis Mil Seiscientos Cincuenta Balboas con 00/100 (B/.6,650.00), Oferta alternativa que el pliego de cargos no admite bajo ningún concepto, pues, es la proponente quien tiene que presentar su oferta de forma pura y simple y la entidad determinar si cumple o no, y no presentar dos precios para que la entidad decida cuál de los dos precio será el examinado. Por tales razones no debe ser beneficiada con la adjudicación del presente acto público.

La siguiente oferta de menor precio es de BRISIAL CORP, con un precio de Nueve Mil Setecientos Noventa Balboas con 50/100 (B/.9,790.50). Al realizar el estudio de la propuesta se aprecia que no aportó la declaración jurada de incapacidad legal para contratar con el Estado que exige el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No.439 de 2020, de acuerdo a los supuestos que enlista el artículo 24 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenado por la Ley No.153 de 2020. En ese sentido, no podemos establecer si la misma se encuentra o no capacitada para contratar con el Estado panameño, al omitirse un requisito de obligatoria observancia por todos los proponentes que requieran contratar. Tampoco consta en la propuesta electrónica la marca, casa productora y país de origen del objeto contractual ofrecido, ni el catálogo o folleto del equipo solicitado.

En cuanto al tema del paz y salvo de la Caja de Seguro Social, en su calidad de "no se encuentra obligado a inscribirse como empleador", siendo esa la inconformidad de la recurrente, tenemos que se trata de un documento emitido por una entidad pública competente, que de acuerdo al artículo 99 de la Ley Orgánica de la caja de Seguro Social ha proferido la certificación pertinente. Nótese que la legislación en mención permite este tipo de documentos pese a tratarse de personas jurídicas, por lo que este tribunal no debe cuestionar su emisión. Sin embargo, pese a ello, no satisface con otras condiciones de los términos de referencia que la alejan de la adjudicación.

Seguimos con el escrutinio de los documentos de la empresa ACADIA INTERNATIONAL, INC. Con una oferta de Once Mil Ochocientos Dos Balboas con 53/100 (B/.11,802.53). Es una oferta electrónica que carece de la declaración jurada sobre medidas de retorsión, de aviso de operación, declaración jurada de incapacidad legal para contratar con el Estado, certificado de existencia del proponente, catálogo o folleto del equipo solicitado, que le impide ser beneficiada con el acto público en examen.



La oferta de CHEMCORP INTERNATIONAL, INC., con valor de Once Mil Novecientos Balboas con 65/100 (B/.11,900.65) es la siguiente de menor precio; no obstante, de acuerdo al artículo 88 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, al ser una empresa no mipymes, quien tiene la prelación es el establecimiento comercial IOMEGA-COMPUTADORAS Y SERVICIOS, cuyo representante legal lo es el señor FÉLIX A. QUIJANO ESCUDERO, dado que es una pequeña empresa.

Así las cosas, IOMEGA-COMPUTADORAS Y SERVICIOS participó proponiendo un precio de Once Mil Novecientos Setenta y Cuatro Balboas con 37/100 (B/.11,974.37); es decir, no mayor al 5% en relación con una no mipymes. Al realizar la evaluación, denotamos el incumplimiento de la incapacidad legal para contratar, al haber presentado deposición de acuerdo con el artículo 19 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenado por la Ley No.61 de 2017, en vez de acuerdo al contenido del artículo 24 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No.61 de 2020.

Ahora bien, como quiera que la persona natural FÉLIX A. QUIJANO ESCUDERO no es merecedora de la adjudicación por desatender un requisito del pliego de cargos, es la oportunidad de la empresa CHEMCORP INTERNATIONAL, INC; empero, presentó la declaración jurada de incapacidad legal para contratar con el Estado de acuerdo con el contenido del artículo 19 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No.61 de 2017, en vez de la que establece la Ley No.153 de 2020.

ALPHA MEDIQ, S.A. con oferta de Doce Mil Seiscientos Sesenta Y Dos Balboas con 29/100 (B/.12,662.29) es la que continua en el orden de prelación, pero, al igual que las dos proponentes que le preceden, erró en la deposición jurada de incapacidad legal para contratar con el Estado.

Por último, PROMOCIÓN MÉDICA, S.A., cuya oferta es de Trece Mil Setecientos Veintidós Balboas con 75/100 (B/.13,722.75) no satisface el tiempo de entrega. El pliego de cargos exige 20 días hábiles; mientras que la proponente en evaluación propuso 30 días hábiles, es decir, 10 días más que el dispuesto por la entidad, sin saber la necesidad del Ministerio de Desarrollo Agropecuario en la consecución del objeto contractual.

Es la entidad la que unilateralmente establece los requisitos en los procedimientos de selección de contratista y los publica con la antelación que establece la propia ley, para que los participantes sepan de antemano las condiciones a las que tienen que obedecer para ser tomados en cuenta en la adjudicación del acto público y no una propuesta de parte de los ofertantes con miras a intentar cambiar de forma apartada el pliego de cargos a su conveniencia. Precisamente, basado en el principio de publicidad y transparencia es que las autoridades se aferran para darles el alcance de divulgación a los términos de referencia y así permitir el más amplio grupo de posibles proponentes y que el público en general se encuentre anuente, y una vez en conocimiento de los proponentes, sepan si

91 B



tienen los objetos contractuales de acuerdo a lo requerido por la institución, para presentar sus ofertas de acuerdo a lo requerido y no conforme a los que consideren.

Así, pues, queda claro que ninguna de las ofertas participantes en el procedimiento de selección de contratista ha cumplido con el pliego de cargos para esta contratación estatal, ubicándose el caso en el numeral 2 del artículo 72 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, ordenada por la Ley No.153 de 2020, razón por la cual este tribunal se avoca a declararlo desierto.

Cabe destacar, que en ningún caso las entidades pueden dejar de observar los requisitos de los términos de referencia, para identificar si un proponente cumple o no con los fines del Estado en la ejecución del objeto a contratar, o sea, que si bien no en todos los casos que existen proponentes, se debe adjudicar, ya que, de acuerdo a la ley especial que nos gobierna, la valoración de la pertinencia de tal escogencia, cualquiera que sea debe ir aparejada de la razonabilidad; misma que podemos verificar con la compatibilidad de los requisitos generales, especiales y las características del bien, servicio u obra requerido por la entidad en concordancia con la motivación que soporte la real convicción de lo que se adjudica, cumpliendo así con cada uno de los principios de la contratación pública, ajustándose a cada criterio sin exageraciones ni mucho menos en beneficio de alguien particular que no haya satisfecho los requerimientos que de manera pública han sido convocados y con la prelación que la ley ha dispuesto.

En obediencia de los principios de igualdad de los proponentes, selección objetiva, transparencia, economía, libre concurrencia, entre otros, la regla general nos enseña que la Administración Pública debe seleccionar al o los contratistas con estricta sujeción a los procedimientos reglados o preestablecidos tanto en las leyes como en los reglamentos, con el propósito de asegurar la consecución de los fines de la contratación pública y en especial la satisfacción del interés general que se encuentra dentro en toda actividad precontractual y contractual desarrolladas por el aparato estatal.

Es de suma importancia recalcar que los procedimientos administrativos de selección de contratista, en principio, deberían concluir con la adopción de una decisión de adjudicación, sería el ideal, el deber ser; sin embargo, ello no significa que la selección debe darse desconociendo las normas, principios y el pliego de condiciones para poder satisfacer a la colectividad, o que siempre deba recaer sobre la oferta más favorable en cuanto a precio. No siempre es así, por cuanto en muchas oportunidades la oferta de menor precio no necesariamente cumple con los parámetros de la contratación. No obstante, lo importante o el deber ser es que la escogencia recaiga obligatoriamente de manera objetiva, no es negociable, para cuyo propósito resulta imperativo que la evaluación comparativa se fragüe de manera que las diferentes propuestas se examinen con estricta y riguroso obedecimiento de los factores o criterios de selección estatuidos en los pliegos de condiciones, es decir, sobre los términos y condiciones previamente establecidos.

21



Luego de realizarse el ejercicio de evaluación, las entidades, de no encontrar satisfacción total en los términos de referencia en las compras menores, deberán declarar desierto el acto público en base a la norma citada previamente, dadas sus importantes implicaciones y los efectos que tal decisión está llamada a generar en el mundo jurídico por ser la declaratoria de desierto una facultad reglada y no discrecional, eso sí, solo de acuerdo a las causales que menciona el contenido del artículo 72 del Texto Único de la Ley No. 22 positiva a momento de su convocatoria.

En cuanto al tema de la fianza de recurso de impugnación, debemos manifestar que denotamos la intención dilatoria tendiente a ocasionar premeditadamente un daño al Estado, al privarlo en realizar una nueva convocatoria para la adquisición del objeto contractual si fuera el caso de aún requerirlo, con la presentación de un recurso de impugnación, cuyas motivaciones fácticas sabía de antemano el recurrente que no era posible lograr una decisión distinta a la arribada, con el afán de lograr una decisión que se ajuste sus intereses sin siquiera haber satisfecho su representada la mayoría de los documentos obligatorios de los términos de referencia y las especificaciones técnicas. Por esa razón ordenaremos su ingreso al Tesoro Nacional, a través del trámite correspondiente que se realizará mediante Secretaría General de este Tribunal.

Decimos lo anterior por cuanto que, la empresa ACADIA INTERNATIONAL, INC., accionó el procedimiento administrativo ante este tribunal, solicitando la adjudicación del acto público a su favor, a sabiendas que tan sólo aportaron dos requisitos de los términos de referencia. El paz y salvo de la Caja de Seguro Social y el de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, tal y como se observa en el Portal Electrónico, tomando en cuenta que la propuesta fue presentada de manera electrónica.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no cumplen con el pliego de cargos, el recurso de impugnación debió ser presentado, pero para demandar la declaratoria de desierto y no la adjudicación a su representada. Por ello, con fundamento en el artículo 246 del Decreto Ejecutivo N°439 de 10 de septiembre de 2020, nos faculta que, en los casos en que la decisión ejecutoriada sea adversa al recurrente, se ordene el ingreso de dicha fianza al Tesoro Nacional, salvo que juicio de este Tribunal se determine que no actuó de forma temeraria ni con el propósito de dilatar ocasionar premeditadamente un daño al Estado o a un tercero, sabiendas que con su actuar ocasionaría el entorpecimiento de la gestión pública de manera injustificada, dilación que no avalaremos y que es discrecional del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, por ende, remitiremos la Fianza No.FI-101571, con un límite máximo de responsabilidad de Mil Doscientos Sesenta y Seis Balboas con 23/100 (B/.1,266.239, fechada 19 de octubre de 2020, que se encuentra orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas/ y como beneficiarios el Ministerio de Desarrollo Agropecuario/Contraloría General de la República.

Por las fundamentaciones externadas es que este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas procede a revocar la decisión venida en impugnación, y en su



lugar declarará desierto el procedimiento de selección de contratista No.2020-0-10-0-08-CM-029199, para el suministro de un estereomicroscopio trinocular, por ser lo que corresponde en derecho.

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

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENTE el incidente de nulidad propuesto por el licenciado JOAN QUINTERO de la firma forense EJ LEGAL GROUP, en representación de la empresa ACADIA INTERNATIONAL, INC., por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la Resolución No. ADM-054-2020 PANAMÁ de 22 de octubre de 2020, por carecer de competencia el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, por el efecto suspensivo que creó la ejecutoria de la admisión del recurso de impugnación presentado por el licenciado JOAN QUINTERO de la firma forense EJ LEGAL GROUP, en representación de ACADIA INTERNATIONAL, INC.

TERCERO: REVOCAR en todas sus partes el Cuadro de Cotizaciones No.050 de 14 de octubre de 2020, convocado por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, y en su lugar se **declara desierto**, debido a que los proponentes participantes no cumplieron a cabalidad con los términos de referencia del presente acto público de selección de contratista, de acuerdo a la fundamentación razonada en la parte motiva del actual acto administrativo.

CUARTO: ORDENAR el ingreso de la fianza de impugnación No. FI-101571, fechada 19 de octubre de 2020 al Tesoro Nacional, por un límite máximo de responsabilidad de Mil Doscientos Sesenta y Seis Balboas con 23/100 (B/.1,266.23) expedida por Seguros Suramericana, S.A., que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios el Ministerio de Desarrollo Agropecuario/Contraloría General de la República, trámite correspondiente que se realizará mediante Secretaría General de este Tribunal, cuya diligencia de consignación reposa a foja 30 del expediente del Tribunal.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles, posteriores a su publicación en el portal electrónico.

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

SÉPTIMO: INCORPORAR el cuadernillo del incidente al expediente principal y realizar la foliatura correspondiente.

OCTAVO: DISPONER la salida y el archivo del expediente No 098-2020/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 57, 156, 157, 158 y 159 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 153 de 8 de mayo de 2020; artículos 87 y siguientes del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, 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





REPUBLICA DE PANAMA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

VOTO CONCURRENTES DEL MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA ACADIA INTERNATIONAL INC., EN CONTRA DEL CUADRO DE COTIZACIONES No. 050 DE 14 DE OCTUBRE DE 2020, EMITIDO POR EL MINISTERIO DE DESARROLLO AGROPECUARIO EXP. 098-2020, RESOLUCION No. 147-2020- Pleno/TACP de 17 de noviembre de 2020 (Decisión)

Me adhiero a la decisión del resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N°147-2020-Pleno/TACP de 17 de noviembre de 2020, disponen revocar el acto impugnado y la declaratoria de desierto del acto de selección de contratistas, empero existen puntos de derecho relacionados al rechazo de plano del incidente incoado por la empresa **ACADIA INTERNATIONAL INC.** que considero plausible repasar y que deberían ser la verdadera *ratio* de la decisión aludida.

Considero principalmente que nos encontramos frente a vicios de nulidad absoluta, que se encuentra taxativamente enumerados de conformidad con los numerales 2 y 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000 los cuales señalan lo siguiente así:

Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos: 1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal; **2. Si se dictan por autoridades incompetentes**; 3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito; 4. **Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal**; 5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado. (lo resaltado en negrita es nuestro)

Como podemos observar estos numerales del artículo *supra* citado establecen cuando se incurre en vicios de nulidad absoluta, siendo una de las causas las alegadas en la parte motiva de la resolución decisión (párrafo 2, f.6), al indicar que la no viabilidad del incidente es basada en la falta de competencia de la entidad. De esta manera resulta incongruente y falto de motivación el rechazar de plano el incidente interpuesto, con fundamento en la existencia de un vicio que nace de una falta de diligencia grave de la actuación de una entidad licitante al dictar una resolución, sin tener potestad legal, la capacidad o competencia funcional administrativa necesaria la cual sobreviene del principio de legalidad del hecho de que la Administración observe una conducta imparcial frente a los ofertantes-contratistas, en las distintas etapas de la actividad procesal. Recordando de esta forma que la *invalidación* o el *dejar sin efecto un acto administrativo* solo puede justificarse en la ilegalidad propiamente del mismo, y su inobservancia frente al derecho de acción en el proceso administrativo podría propiciar fines contrarios a derecho, puesto que, los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, por lo que, de acuerdo a la doctrina administrativa esta actuación de la entidad licitante, debe ser obedecida, "tanto por las autoridades como por los particulares, desde el momento en que comienza su vigencia y **mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción** en lo contencioso administrativo (sic). Quiere decir lo anterior que, **el acto administrativo puede ser expedido viciado por alguna de las causales de nulidad pero se presume legal y conserva su vigencia hasta que no sea declarado nulo por la jurisdicción** contencioso administrativa.¹ De lo in comento, debemos indicar que esta presunción será mantenida a menos que se muestre un vicio notorio o evidente, empero, no observamos que la entidad licitante haya decidido revocar su actuación viciada por lo que, se desplaza la carga de accionar a las empresas ofertantes en este caso la empresa **ACADIA INTERNATIONAL INC.**, la cual trata de lograr con la presentación de su incidente demostrar la ilegalidad del acto emitido por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario al publicar la resolución No. Adm-054-2020 de 22 de octubre del presente año, por la cual se deja sin efecto la adjudicación

¹ RODRÍGUEZ SANTOS, Carlos, "Manual de Derecho Administrativo". Ediciones Librería del Profesional. Colombia, 1996, pág. 53

realizada, se rechazan las ofertas y además se deja en estado de cancelado el acto de selección de contratistas No. 2020-0-10-0-08-CM-029199.

En este mismo orden de ideas señalamos lo dispuesto en los artículos 697 del Código Judicial y 109, 110 de la Ley 38 del 2000, los cuales definen en nuestro ordenamiento jurídico que podemos denominar como *incidencias* de carácter administrativo, y cuáles son las cuestiones de previo y especial pronunciamiento que pueden plantearse, como visualizamos así:

"Artículo 697: *son incidentes las controversias o cuestiones accidentales que la ley dispone que se debatan en el curso de los procesos y que requieren decisión especial.*

Artículo 109. Toda cuestión accesoria a un proceso administrativo, que requiera pronunciamiento especial, se tramitará como incidente y se sujetará a las normas contenidas en este Capítulo, si no tuviese señalada por la ley una tramitación especial.

Artículo 110. Constituyen cuestiones o artículo de previo y especial pronunciamiento que pueden plantearse a través de la vía de incidente, los siguientes: 1. La falta de competencia de la autoridad que aprehendió el conocimiento del proceso; 2. La nulidad de lo actuado; 3. La caducidad de la instancia; 4. La excepción de transacción, cosa juzgada o de desistimiento de la pretensión; 5. La recusación de la autoridad que ha aprehendido el conocimiento del proceso; y 6. Las demás que establezca la ley." (lo subrayado es nuestro)

En este sentido, se observa que la naturaleza de los Incidentes dentro de los Procesos administrativos, va dirigida a que el Juzgador conozca y resuelva cuestiones accidentales o accesorias, lo que presupone que no sean situaciones que ya han sido previamente conocidas, analizadas y falladas dentro del Proceso, salvo que se trate de casos en los que se pretenda poner en conocimiento de hechos nuevos o consecuentes a los pronunciamientos previos que haya hecho el juzgador.

No podemos negar que la existencia del vicio alegado por el incidentista, es una situación posterior a los hechos que tuvieron como basamento para incoar el recurso de impugnación, y por razón de la permanencia y no revocación de este acto administrativo de oficio por parte de la entidad licitante, es una razón máxima por parte de cualquier ofertante para presentar ante este Tribunal, el acaecimiento de la prescindencia en el procedimiento de selección de contratista.

Desde cualquier perspectiva el señalar que se deja sin efecto un acto administrativo, no debe ser lo procesalmente decidido por este Tribunal, luego de haber valorado la trascendencia del vicio alegado por el incidentista en la resolución de fondo, ya que la resolución No. Adm-054-2020 de 22 de octubre del presente año, que deja sin efecto la adjudicación realizada, rechaza las ofertas y además se deja en estado de cancelado el acto público en estudio, incumple las formalidades imprescindibles para la validez de un acto administrativo, y en base a lo antes señalado el incidentista fundamenta su *petitum* con la finalidad de evitar que sus derechos subjetivos o expectativas de los mismos fueran vulnerados.

Los que nos lleva a expresar que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer meros formalismos, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudiera surgir de la desviación de los métodos o procedimientos administrativos, cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes, de acuerdo a la tutela administrativa efectiva. De tal modo, el derecho a la tutela administrativa efectiva, como también a la tutela judicial, presenta una mayor amplitud garantista que el tradicional derecho de defensa, en tanto, además de potenciar sustancialmente el derecho a la audiencia previa, a la prueba y a una decisión fundada, pone en cabeza de las autoridades estatales el deber de organizar un andamiaje jurídico institucional que posibilite a toda persona en forma efectiva la salvaguarda de sus derechos en la esfera administrativa. Ello, además de desconocer que el centro de la acción pública es la persona y sus derechos fundamentales, no se condice con las múltiples funciones y fines que debe cumplir el procedimiento administrativo en el moderno Estado de Derecho, derivados de su condición de instrumento a través del cual la Administración desarrolla su

función servicial o vicarial de gestionar, con objetividad, el bien común.² La tutela administrativa efectiva requiere también la interpretación de las normas reguladoras de los trámites administrativos en forma favorable al ejercicio de los derechos de los administrados, por lo que se debe evitar incurrir en hermenéuticas ritualistas o formalistas.³ La regla interpretativa debe ser siempre el conocido principio *in dubio pro accione*, que se traduce, entre otros ejemplos, en la necesidad de una interpretación flexible de los requisitos de legitimación; de agotamiento de la vía, cómputo de plazos; como así también la posibilidad de subsanación de los defectos de presentación de escritos y documentos, etcétera.⁴

En forma elocuente citamos el caso "Baena, Ricardo y otros c/ Panamá", en el cual el Tribunal sostuvo que: "Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas".

Debido a esta situación jurídica antes expuesta, es que somos del criterio que este Tribunal debió acoger el incidente de la empresa **ACADIA INTERNATIONAL INC.**, ya que a todas luces la presente resolución de decisión tomo como válidos los argumentos del incidentista, y al rechazar de plano el mismo podría aducirse o argüirse que existe una denegación de justicia administrativa, puesto que, se desconoce con esta decisión *prima facie* el principio de economía y de buena fe que rige la contratación pública, lo que da mérito para indicar que la actuación viciada respecto de la emisión de la misma tenga graves vicios de nulidad absoluta, ya que existe certeza no es un hecho especulativo de la empresa incidentista el que a entidad emitió un acto con graves vicios de nulidad.

En razón de lo antes expuesto somos del criterio que de darse el escenario factico jurídico de un posible daño o perjuicio planteado en una causa imputable a una entidad de derecho público (entidad licitantes-contratante), el juzgamiento corresponde a esta jurisdicción, aunque se prediquen otras causas atribuibles a la falta de competencia o a otra jurisdicción como la contenciosa administrativa, en vista que creemos que en este caso somos el juez natural en principio, no el ordinario ni cualquier otra jurisdicción.

En efecto, somos del criterio que la motivación dada en la resolución de la mayoría de este Tribunal permite que se decidiera el incidente incoado basado en que este Tribunal imparte justicia administrativa dirimiendo las causas referentes a los actos precontractuales relativos al rechazo de ofertas, como en el presente caso *sub-judice* conforme lo decidió el legislador, con sustento en que las circunstancias alegadas en las pretensiones del incidentista, se encuentran vinculadas según lo dispone la ley en razón de la jurisdicción y competencia aplicable en los procesos llevados en materia de los distintos procedimientos de selección de contratista; siendo estos aspectos consustanciales lo suficientemente para que esta jurisdicción en sede administrativa, acogiera el incidente presentado, sin que resulte relevante que la decisión final mediante resolución confirme, revoque o anule lo actuado por el ente público.

De acuerdo a lo anteriormente indicado somos del criterio que debió incluirse un llamado de atención para la entidad licitante, puesto que, esta luego de la emisión del acto venido en impugnación ante esta Tribunal, publica posteriormente una resolución que deja sin efecto la adjudicación realizada, rechaza las ofertas y además pone en estado de cancelado el acto público en el portal electrónico "PanamaCompra", lo cual a todas luces es una falta administrativa grave, en base al artículo 28 del texto único de la ley 22 de 2006 el cual reza así:

"Artículo 28. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o

² CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 36.

³ (cfr. Informe N° 105/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 10.194, "Palacios, Narciso – Argentina", emitido el 29-9-1999, en LL, 2000-F, p. 594, con nota de Carlos A. Botassi, "Habilitación de instancia y derechos humanos").

⁴ [SCBA, Causa B.57.576, "Otero, Rosa Noemí c/ Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo) s/ demanda contencioso administrativa", sentencia del 28-12-2010 y sus citas].

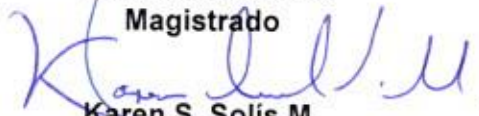
de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte. Los servidores públicos que participen en los 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."

Recordemos el norte programático y de aplicabilidad del derecho del principio de economía (recogido en el artículo 22 de la ley 22 de 2006), el cual nos ordena que no es viable interpretar en forma distinta los defectos de forma o la inobservancia de algunos de los requisitos para los distintos procedimientos de selección de contratista, reduciendo al mínimo los pronunciamientos *inhibitorios*, y que las distintas entidades públicas no exigirán **otras formalidades o exigencias rituales**, ***salvo cuando en forma expresa*** lo exijan el pliego de cargos o las leyes especiales. Una interpretación sistemática nos orillaría inexorablemente a tal conclusión. De esta manera soy del criterio que no podemos crear precedentes administrativos, creando un alto margen de inseguridad jurídica, lo cual pone en riesgo la efectividad del principio de igualdad de los proponentes. Además de implicar que quienes participan en un proceso de selección puedan usar estos mismos pronunciamientos, para basarse según su conveniencia particular. Por tal motivo y en atención a los criterios previamente vertidos por este Despacho ante la necesidad de brindar la correspondiente seguridad jurídica para todos los *proponentes-contratistas*, ya que debemos perseguir el tutelar efectivamente los derechos de los *administrados-contratistas*.

Es por lo anterior que una vez precisadas las consideraciones adicionales que me llevan a respaldar parcialmente la decisión adoptada por la mayoría de mis colegas del Pleno en el proceso *supra* citado, presento mi voto concurrente.



José Aranda Ríos
Magistrado



Karen S. Solís M.
Secretaria General, Encargada

Fecha ut supra.

