



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 101-2020

RECURRENTE: FUMIGADORA DON JORGE, S.A.

ACTO IMPUGNADO: RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN No.02-DC de 16 de octubre de 2020, por la cual se adjudicó el Acto Público de Selección de Contratista para la Contratación Menor No.2020-1-34-134-99-CM-005716, emitida por la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°143-2020-Pleno/TACP de 16 de noviembre de 2020. (Decisión)

CONSIDERANDO QUE:

De conformidad con los artículos 146 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, y 219 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 2006, este Tribunal tiene competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia de los Recursos de Impugnación en contra del acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No.439 de 2020, en sus artículos 238 y 240, establece las condiciones y requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES.

La SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, mediante aviso de convocatoria y el pliego de cargos, publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el 12 de octubre de 2020, convocó a los interesados en participar como proponente en el procedimiento de selección de contratista para la Contratación Menor No.2020-1-34-134-99-CM-005716, para el "Servicio Sanitización de las Sedes Principales, Sedes Regionales y Centro de Protección Amador. (Panama (3), Colon (1), Darién (1) Chorrera (1) Santiago (1) David (1) Bocas del Toro (1)", con precio de referencia de VEINTINUEVE MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.29,000.00); cuya recepción de ofertas se programó para el 16 de octubre de 2020, en horario de 08:00 a.m. a 12:00 p.m., y la apertura a las 12:01 p.m. de ese mismo día.

Conforme al registro electrónico al acto público en mención, participaron dos (2)



proponentes:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
1818349-1-708561-96	Fumipest Inc	16-10-2020 10:32 a.m.	25,500.00
1993126-1-739008-80	FUMIGADORA DON JORGE, S.A.	16-10-2020 11:51 a.m.	25,500.00

Posteriormente, la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, luego del trámite correspondiente a las contrataciones menor y previa verificación de cada una de las ofertas recibidas, decidió adjudicar el Acto Público bajo examen, a la empresa FUMIPEST INC., por la suma de VEINTICINCO MIL QUINIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/.25,500.00), a través de la RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN No.02-DC de 16 de octubre de 2020, publicada en esa misma fecha en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", al considerar que la misma cumplió con todos los requisitos, exigencias del pliego de cargos y con el precio más favorable.

Por su parte, el 27 de octubre de 2020, la licenciada EDITH QUIROS BONETT, en calidad de apoderada especial del proponente FUMIGADORA DON JORGE, S.A., presentó en tiempo procesal oportuno ante la Secretaría General de este Tribunal, el Recurso de Impugnación en contra de la RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN No.02-DC de 16 de octubre de 2020, proferida por la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA; aportando la Fianza de Impugnación constituida en Cheque Certificado No.002307, expedido por el Banco General, por el monto de DOS MIL NOVECIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/.2,900.00); según consta en la diligencia de consignación visible a folio 016 del expediente del Tribunal.

II. PRETENSIONES DEL RECURRENTE.

A través del escrito del recurso de impugnación, la parte actora fundamentó su inconformidad con la adjudicación a la empresa FUMIPEST INC., asegurando que la misma no cumplió con ciertos requisitos, toda vez que no presentó las visitas al campo, sino sólo un documento en Word con un supuesto metraje.

Recalcó además que, a contrario sensu a lo que la entidad indicó en la nota de evaluación, su propuesta si cumplió con todos los requisitos y documentos requeridos, adicional a que ofertó el mismo precio que la empresa adjudicada, considerando entonces que su empresa es la que debió ser beneficiada con la adjudicación del acto público.

Por último, solicitó a este Tribunal se revoque y deje sin efecto la resolución impugnada y en su defecto, que se le adjudique el acto público por considerar que cumplió con todos los requisitos señalados en el pliego de cargos.

III. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Una vez verificado el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma, aplicable al recurso de impugnación, este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la Ley de contrataciones públicas y en sala unitaria admitió el mismo, mediante Resolución N°086-2020/TACP de 28 de octubre de 2020, de la cual se le dio traslado a la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA; así como se



requirió el informe de conducta, acompañado de toda la documentación correspondiente al acto público.

IV. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA.

La SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, el 30 de octubre de 2020, publicó en el portal electrónico la Nota No.0245-2020/DG/SENNIAF fechada 30 de octubre de 2020, contentiva del informe de conducta requerido en la resolución de admisión, en cumplimiento con el procedimiento demandado en la ley de contrataciones públicas.

En dicho informe, la entidad hace un recuento de toda la actuación administrativa llevada a cabo en el presente acto público de selección de contratista, señalando en lo medular que, atendiendo los principios generales que rigen las contrataciones públicas se procedió a evaluar las propuestas y los documentos de las mismas, a fin de constatar que correspondían a lo solicitado en el pliego de cargos, concluyendo así, que la empresa FUMIGADORA DON JORGE, S.A., no cumplió a cabalidad con los requisitos del pliego de cargos, resultando beneficiado con la adjudicación del acto público, el proponente FUMIPEST INC., al considerar que cumplió con todos los requisitos, exigencias del pliego de cargos y con el precio más favorable.

V. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Como quedó indicado previamente, el acto administrativo que es objeto de impugnación lo constituyó la RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN No.02-DC de 16 de octubre de 2020, por la cual la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, adjudicó el presente acto público de selección de contratista, a la empresa FUMIPEST INC., al considerar que ésta cumplió con todos los requisitos, exigencias del pliego de cargos y con el precio más favorable. No obstante, conforme los hechos que sustentó el recurso de impugnación, se apreciaron que el desconcierto del recurrente, se fundamentó en que la empresa adjudicataria, a consideración del actor, no cumplió a cabalidad con el pliego de cargos, estimando que la adjudicación debió recaer sobre su empresa ya que su propuesta si cumplió con todos los requisitos y documentos requeridos.

En tal sentido, este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, siendo competente para conocer de aquellos recursos de impugnación en contra de los actos de adjudicación emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 159 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020, pasará a resolver el presente recurso, tomando en consideración que el mismo versa sobre aspectos estrictamente jurídicos.

Es así como iniciamos nuestro análisis señalando que el procedimiento de selección de contratista adjudicado, versa sobre una contratación menor, consagrada en el artículo 57 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 2020, cuya reglamentación se dispone en el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020; el cual permite de manera expedita, *“la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone esta Ley”*.



La modalidad de adjudicación para este Acto Público No.2020-1-34-134-99-CM-005716, sería global y el criterio de selección establecido fue adjudicar al oferente que ofertara el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Ahora bien, en observancia del Principio de Economía, contemplado como uno de los pilares de la contratación pública, en el artículo 27 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, el Estado tiene el deber de adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten, por lo que nos concierne examinar cada una de las piezas procesales que descansan en el registro electrónico del acto público de marras; no sin antes hacer un estudio previamente del acto público, a fin de descartar o visualizar si dicho acto público quebranta o no con aspectos formales, que pudiesen acontecer en algún vicio de nulidad, que nos impida adentrarnos a valorar la petición del recurrente, así como los actos llevados por la entidad.

En ese sentido, al adentrarnos en el examen de la conformación del pliego de cargos, correspondiente al acto público de selección de contratista que nos ocupa, se observó en el punto 2 de otros requisitos, que la entidad contratante colocó una determinada marca registrada, a saber, **Vital Oxide**, cuando describió que sería el producto a utilizar para la desinfección, tal como se muestra a continuación:

2	Producto a utilizar para la desinfección es <u>Vital Oxide</u> , y se debe adjuntar la Ficha técnica, registro sanitario. Presentar copia de capacitación de los operarios sobre el uso del producto Vital Oxide y capacitación en higiene.	No
---	---	----



Al efecto, hemos de indicar que el artículo 44 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, establece la prohibición de hacer referencia en los pliegos de cargos, a marcas de fábrica, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante. Veamos:

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

Por su parte, el artículo 57 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, reglamentario de la Ley de Contratación Pública, en ejecución de la norma legal claramente advierte como parámetro general, no mencionar marcas comerciales o productos determinados, así también estipula la excepción a la regla, cuando señala que no se exigirán ni se mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productos determinados **“salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, servicios u obras que se han de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras ‘o su equivalente’ u otra expresión similar”**; lo que en el presente proceso no fue acreditado, ni sustentado las razones que motivaron la necesidad de hacer referencia a la marca Vital Oxide, máxime que el producto requerido por la entidad sea posiblemente describible de forma genérica, existiendo en el mercado otras marcas que lo pueden proveer, por lo que el pliego de cargos no debió hacer referencia a una marca en particular.

21



En este punto es de lugar hacer mención, que si bien el procedimiento de selección de contratista para la Contratación Menor debe realizarse cumpliendo con un mínimo de formalidades, empero, no podemos eludir que debe ceñirse a los principios de contratación y ser coherente con la propia Ley 22 de 2006; especialmente cuando en repetidas ocasiones, este Tribunal ha advertido que en los casos en que existan justificadas razones para solicitar marcas determinadas, estas deben formar parte de las constancias procesales y el pliego de cargos o términos de referencia, por cuanto que éstos últimos deben contener las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva, tal como lo señala el artículo 39 de la norma de contrataciones públicas.

En tal sentido, no podemos pasar por alto que la actuación de la entidad contratante, al establecer determinada marca comercial para el producto que requiere utilizar, no se ajustó a los parámetros que demanda la ley que regula las contrataciones públicas, escenario que quebranta al Principio de la Libre Concurrencia y al Principio de igualdad de oportunidades de los proponentes, ya que a las entidades les está vedado 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*. Lo anterior tiene como finalidad permitir a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios, sin discriminar o favorecer a un proponente en perjuicio de otro.

En concordancia con las normas supra citadas, el numeral 36 del artículo 2 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, establece que *"...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"*.

Siguiendo este marco de ideas, esta colegiatura no puede entrar a examinar el fondo de las propuestas que conformaron el presente acto de selección de contratista, siendo que la forma en que se formuló el pliego de cargos, al describir o hacer referencia de una marca determinada, afectó la igualdad de condiciones de los proponentes, lo que trae consigo que la entidad recurrida haya incidido en una causal de nulidad absoluta del acto público, conforme viene descrita en el artículo 166 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 2020:

"Artículo 166. 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".

En virtud de las consideraciones anteriormente señaladas, estima esta colegiatura que lo procedente es anular el acto público de selección de contratista para la Contratación Menor No.2020-1-34-134-99-CM-005716, convocado por la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo No.40 de 10 de abril de 2018, el cual permite anular lo actuado por la entidad contratante.

57



Por otra parte, resulta conveniente incitar a la entidad contratante que, al momento de elaborar sus pliegos de cargos para futuras convocatorias de cualquier acto de selección de contratista, se debe justificar y sustentar debidamente las razones que motiven la necesidad de hacer referencia a una marca determinada, manteniendo en cuenta los parámetros atinentes en los artículos 44 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 y 57 del Decreto Ejecutivo No.439 de 2020; esto a fin de que se conduzca de forma apropiada dicho procedimiento, ya que de lo contrario esta actuación se constituiría en una vulneración al documento rector del acto público y a su vez afectaría directamente el desarrollo igualitario y transparente del procedimiento de selección de contratista. A su vez le recordamos que, en caso de persistir la necesidad del requerimiento del objeto contractual, se insta corregir el pliego de cargos conforme los señalamientos en la norma, para así generar la realización de un nuevo acto público al respecto.

De igual forma, es importante resaltar la responsabilidad que incumbe a quienes participan en los procedimientos de selección de contratistas, conforme al *Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos*, incorporado en el artículo 28 de la Ley 22 de 2006, el cual señala que están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, protegiendo los derechos de la entidad, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros; así como actuar ajustados al ordenamiento jurídico, siendo 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. Por ende, consideramos oportuno orientar a la entidad a conducir los procedimientos de contratación pública, según el ordenamiento jurídico correspondiente.

Respecto a la fianza de Recurso de Impugnación, este Tribunal opina que es apropiada su devolución, considerando que no se ha observado temeridad en la actuación del recurrente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el procedimiento de selección de contratista para la Contratación Menor No.2020-1-34-134-99-CM-005716, celebrado por la SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, referente al *"Servicio Sanitización de las Sedes Principales, Sedes Regionales y Centro de Protección Amador. (Panama (3), Colon (1), Darién (1) Chorrera (1) Santiago (1) David (1) Bocas del Toro (1)";* en virtud que el pliego de cargos hace referencia a una determinada marca, lo cual se encuentra prohibido en nuestra legislación, incurriendo en causal de nulidad.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación constituida en Cheque Certificado No.002307, expedido por el Banco General, por el monto de DOS MIL NOVECIENTOS BALBOAS CON 00/100 (B/.2,900.00); según consta en la diligencia de consignación visible a folio 016 del expediente del Tribunal.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

21

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

QUINTO: ORDENAR la salida y archivo del expediente 101-2020, previa anotación en el registro respectivo.

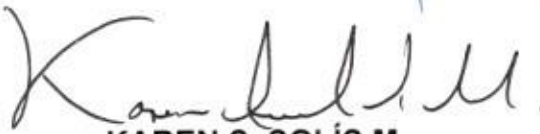
FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 2, 25, 27, 28, 33, 39, 44, 57, 146, 157, 158, 159, 163, 164, 165, 166 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; artículos 14, 57, 85, 94, 219, 238, 240, 241, 244, 245, 253, 254 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 2006. Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General encargada

