



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.: 009-2023

RECURRENTE: SERVICIOS HOSPITALARIOS Y
CONSTRUCCIONES DIVERSAS.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022 de 04 de enero de 2023, emitida por la CAJA DE SEGURO SOCIAL (HOSPITAL DOCTOR RAFAEL HENÁNDEZ L.), por la cual dejó sin efecto la adjudicación del Acto Público de Selección de Contratista para la Licitación Pública No.2022-1-10-0-04-LP-461844.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: LUIS MARISCAL.

RESOLUCIÓN No.032-2023-PLENO/TACP de 15 de febrero de 2023
(Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El 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 (en lo sucesivo Ley 22 de 2006), en su artículo 146, creó al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (el Tribunal), como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia 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.

I. ANTECEDENTES Y CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS RELEVANTES:

1. Convocatoria del Acto Público

El 27 de mayo de 2022, mediante Aviso de Convocatoria y Pliego de Cargos publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" (sistema electrónico o simplemente "PanamaCompra"), la Caja de Seguro Social – Hospital Doctor Rafael Hernández L. (en adelante la entidad o CSS), hizo el llamado a los interesados para que participaran en el Acto Público de Selección de Contratista para la Licitación Pública No. 2022-1-10-0-04-LP-461844, referente al suministro de mano de obra, materiales, herramientas, equipo de protección personal para la adecuación del departamento de compras en el Centro Especializado HRHL y unidad de climatización, cuyo precio de referencia se estableció en ochenta y cuatro mil quinientos treinta y seis balboas con cincuenta y cinco centésimos (B/. 84,536.55).

La presentación de las propuestas se programó para el 10 de junio de 2022, hasta las 9:00 a.m., y la apertura de las propuestas se estableció a partir de las 9:01 a.m.



2. Acta de Apertura de las propuestas

El 15 de junio de 2022, en el departamento de compras de la entidad, se procedió con el Acto de Apertura de las propuestas presentadas, publicada en el sistema electrónico el 21 de junio de 2022, la cual fue presidida por Rosa Yolanda Santos Núñez, en la cual dejó constancia del personal que participó por parte de la entidad y de la revisión de la documentación recibida por los proponentes participantes, que exponemos en el siguiente cuadro:

No.	Proponentes	Hora	Formato [Propuesta Electrónica o Presencial]	Oferta
1	SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS	10-06-2022 08:33 a.m.	PROPUESTA ELECTRONICA	B/. 79,950.00
2	ARTELIZ CONSTRUCCIONES S.A.	10-06-2022 08:37 a.m.	PROPUESTA ELECTRONICA	B/. 92,421.05
3	JHCP PANAMA, S.A.	10-06-2022 08:44 a.m.	PROPUESTA ELECTRONICA	B/. 77,777.00

3. Informe de la Comisión Verificadora

Mediante Resolución No. D.ADM. -34-2022 del 07 de junio de 2022, publicada en el sistema electrónico el 27 de junio de 2022, la entidad designó a los profesionales idóneos para conformar la Comisión Verificadora correspondiente al presente acto público, de la siguiente manera:

Nombre	Cédula	Profesión
<u>Evimael Sanchez</u>	4-718-131	Ing. Civil
<u>Roberto Gonzalez</u>	1-724-290	Arquitecta
<u>Carlos Santamaria</u>	4-700-2252	Ing. Civil

Los miembros de la Comisión Verificadora instalada para este acto público procedieron a verificar la propuesta con el precio más bajo (JHCP Panamá, S.A. – B/. 77,777.00), observándose que no cumplía con los datos técnicos y no presentó pinturas, ni rociadores, por lo que se prosiguió a revisar la segunda propuesta (esto es visible de foja 631-635 tomo II del expediente administrativo de la Entidad) ; y luego de revisar la segunda propuesta: correspondiente a la empresa Servicios y Construcciones Diversas, S.A., y emitir su informe de fecha 22 de junio de 2022, debidamente publicado en el sistema electrónico, su recomendación fue dirigida a la adjudicación de esta empresa aunque sin visualizarse la verificación de los requerimientos exigidos.

4. Resolución de Adjudicación

Mediante Resolución No.1000811192-04-02 del 05 de julio de 2022, publicada en el sistema electrónico, la entidad indicó que la propuesta de menor precio presentada por JHCP Panamá, S.A. – B/. 77,777.00, no cumplía con los datos técnicos, por lo que, al remitirse a la revisión de la segunda propuesta económica, a nombre de Servicios Hospitalarios y Construcciones Diversas, S.A., y verificar que cumplía con los requisitos mínimos y especificaciones técnicas del pliego de cargos, procedió a adjudicarle a esta última el acto público, por el monto de setenta y nueve



mil novecientos cincuenta balboas (B/. 79,950.00). (Ver fojas 008-009 del expediente del Tribunal).

5. Resolución de Cancelación del acto público

El 04 de enero de 2023, mediante Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022, la entidad decide dejar sin efecto la adjudicación a la empresa Servicios Hospitalarios y Construcciones Diversas, S.A., además de rechazar las propuestas presentadas y cancelar la licitación pública, utilizando la facultad conferida en el artículo 74 de la ley de contrataciones públicas.

Una de las argumentaciones fundamentales para dejar sin efecto la adjudicación fue que, el desglose de precios sujeto a revisión no puede ser modificado por el proponente, puesto que el término de subsanación ya venció. (Ver fojas 009 a 016 del expediente del Tribunal).

No obstante, dicha decisión fue objeto de Recurso de Impugnación, tal como se muestra a continuación.

6. Recurso de Impugnación

El 17 de enero de 2023, mediante apoderado legal, Fernando Antonio Alemán Ortega, la empresa adjudicada (Servicios Hospitalarios y Construcciones Diversas, S.A), presentó ante la Secretaría de este Tribunal, Recurso de Impugnación en contra de la referida Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022, del 04 de enero de 2023, por medio del cual deja sin efecto la adjudicación, rechaza las propuestas y cancela la licitación pública. (Ver fojas 018-025 del expediente del Tribunal).

7. Admisión del Recurso de Impugnación

Mediante Resolución No.007-2023/TACP de 18 de enero de 2023 (Admisión), publicada en el sistema electrónico, el magistrado sustanciador una vez verificado el cumplimiento de los presupuestos procesales para la admisibilidad del Recurso de Impugnación presentado por la empresa recurrente, en sala unitaria dio formal admisión a este recurso. (Ver fojas 051-053 del expediente del Tribunal).

8. Informe de Conducta de la entidad

El 26 de enero de 2023, la entidad publicó en el sistema electrónico, a través de la nota ADENL-CH-DC-IC-002-2023, de 24 de enero de 2023, el Informe de Conducta firmado la señora Idaira Maruquel Julio Ortega subdirectora nacional de compras; en el que hizo un recuento de las actuaciones administrativas dentro del presente Acto Público de Selección de Contratista, desde su convocatoria hasta el rechazo de las propuestas y cancelación del acto, atribuyendo en términos generales su decisión a una supuesta subsanación de la contratista hecha de manera extemporánea. (Ver fojas 062-070 del expediente del Tribunal).

II. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE

Del Recurso de Impugnación, el recurrente hace un recuento de las actuaciones surgidas en el acto público bajo estudio, desde su convocatoria hasta la decisión de la entidad de cancelar el acto y rechazar las propuestas, por lo que solicita se



declare la nulidad del acto impugnado. (Ver fojas 018-025 del expediente del Tribunal).

Entre los hechos enumerados por la parte actora, como elementos de convicción, tenemos los siguientes:

1. Mediante correo electrónico, la entidad solicitó aclaración respecto a los renglones 4.1 y 4.3 del desglose de precios presentados por Contratista, ya que estos indicaban materiales y especificaciones que no concordaban con lo solicitado en el pliego de cargo.
2. Debido a lo solicitado, fue formulada la respectiva aclaración, adjuntándose el desglose de actividades actualizado con la información corregida respecto a la descripción de la actividad en el renglón 4.1 y el número o cantidad de psi en el renglón 4.3.

Situación que a todas luces se trató de un error de transcripción, amén de que, en el capítulo tercero del pliego de condiciones, numeral 2.7, hace referencia a que el material de los muro o divisiones será de placas de fibra cemento, cuando el propio pliego indica que será bloque de 4", lo que provocó también tal confusión; sin embargo, dicha aclaración o corrección que se realizó en nada altera el precio u objeto de la propuesta original, tal como lo señala la norma de contrataciones públicas.

3. A través de formulario Num.12314607-2022 del 10 de octubre de 2020, la Oficina de Fiscalización de la Contraloría General de la República, comunicó que no se habían puesto en conocimiento a las autoridades competentes del Hospital, la omisión de la Comisión Técnica verificadora respecto a los aspectos técnicos de la verificación de los renglones 4.1 y 4.3 del desglose de precio.

De la misma manera, se informó que, la Entidad no acogió la recomendación de realizar la consulta a la Dirección General de Contrataciones Públicas, concerniente a si se podía subsanar un documento no subsanable, y que por ello devolvían el expediente sin tramitar, es decir sin el debido refrendo.

4. Quedan evidenciadas las falencias en la tramitación del expediente administrativo por parte de los funcionarios responsables, ya que la Entidad si remitió la consulta, sin embargo, la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), en respuesta a la consulta realizada sobre la viabilidad de modificar un documento no subsanable, luego de la adjudicación y confección de la orden de compras; el 14 de octubre de 2022, respondió que debía aportarse el criterio legal institucional en toda consulta a realizarse, en palabras llanas, la institución no había cumplido con el debido proceso para realizar esta consulta.

Por ende, al no cumplir con los requisitos legales, nunca se llegó obtener respuesta segura de esta duda y en su lugar, la entidad optó por cancelar las propuestas y anular el acto.

5. La entidad basó la Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022, del 04 de enero de 2023, en el supuesto que se realizó una subsanación extemporánea, no obstante, esta acción se trató de una aclaración de la propuesta respecto a los renglones 4.1 y 4.3 del desglose de actividades,



actuación jurídicamente permitida por las normas y principios de las contrataciones públicas en cualquier etapa del proceso, así como también existen pronunciamiento respecto al tema por la propia DGCP.

6. El acto administrativo impugnado, vulnera las normas y principios de la contratación pública, así como la seguridad jurídica del adjudicatario, puesto que el firmante no contaba con facultad para ello.
7. Por último, solicita la nulidad de la resolución que impugna, toda vez que fue confeccionada en contravención a las normas de contrataciones públicas.

III. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

El Magistrado Sustanciador de la causa, profirió Resolución No.007-2023-PLENO/TACP de 1 de febrero de 2023 (Prueba), mediante la cual solicitó a la entidad que remitiría en un término de cinco (5) días hábiles, con el objetivo de valorar los elementos de convicción y la verdad material de los hechos a los que hace alusión la Entidad en la Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022, del 04 de enero de 2023.

Cumpliendo con lo dispuesto la Caja del Seguro Social, Hospital Doctor Rafael Hernández, mediante nota de 02 de febrero de 2023, remitió el expediente administrativo, que contiene las actuaciones del acto público 2022-1-10-0-04-LP-461844. Esta nota fue publicada en el sistema electrónico Panamá Compra el día 8 de febrero de 2023.

En consecuencia, al haber recibió el expediente administrativo, que era la finalidad de la prueba dispuesta, se interrumpe el término del periodo probatorio a partir del día 8 de febrero, para resolver esta causa, en un término de cinco (5) días hábiles, como lo establece la Ley 22 de 2006.

Siendo así, nos abocaremos a pronunciarnos de manera objetiva y estrictamente legal, en cuanto a la controversia suscitada entre la Entidad y el Contratista, recordemos que lo debatido es, la evaluación legal de la Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022.

Así pues, es de suyo reconocer que no todo lo actuado por la entidad, se encuentra publicado en el sistema Panamá Compra; por lo que, si este Tribunal hubiera tenido que fallas con las constancias del sistema, según lo establece la ley, habría tenido que tomar por cierto todo lo afirmado por la entidad, y, por tanto, sin el debido equilibrio procesal y la debida constatación probatoria. Debido a lo dicho, instamos a la entidad para que asuma (cumpla) el mandato legal de publicar, en el sistema electrónico Panamá Compra, todo lo actuado en relación con la selección del contratista y la ejecución contractual.

IV. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En atención a la norma aplicable a este tipo de procedimiento, nos corresponde atender los hechos que dieron origen a esta causa, con miras a examinar las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo y en el registro electrónico del acto público; por lo que en observancia al artículo 159 de la Ley 22 de 2006, este Tribunal pasará a resolver lo que en derecho corresponde, con base a los razonamientos que a continuación se explican:



1. Criterios de interpretación

a. Constitucional

La interpretación de las normas y disposiciones aplicables a los procedimientos de selección de contratista, se deben a la fuente de toda norma, es decir, a las disposiciones constitucionales, de las cuales son resaltables los artículos 215 y 266 de la Carta Fundamental. Veamos:

“Artículo 215. Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios:

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el **reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial**”. (La negrita es del Tribunal).

“Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”.

b. Legal

De conformidad con el artículo 35 de la Ley 22 de 2006, la interpretación de las reglas contractuales se sustenta en los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos. Veamos:

“Artículo 35. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”. (Lo subrayado es del Tribunal).

2. Procedimiento aplicable al Acto Público bajo estudio

El procedimiento de selección de contratista que nos ocupa se desarrolla bajo la modalidad de una Licitación Pública, consagrada en el artículo 58 de la Ley 22 de 2006, el cual fue el sustento de la entidad para solicitar el servicio y dispone lo siguiente:

“Artículo 58. Licitación pública. La licitación pública es el **procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos**. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00). En este procedimiento de selección de contratista, las entidades licitantes no aplicarán el margen de riesgo, a fin de fomentar la competencia entre los proponentes y obtener el mayor beneficio para el Estado.



En la celebración de la licitación pública, se observarán las reglas siguientes:

7. Dentro del término máximo de tres días hábiles, después de la entrega de propuestas se efectuará, cuando proceda, la subsanación de los documentos indicados en el pliego de cargos y se remitirá el expediente que contiene las propuestas de los participantes a una comisión verificadora, que deberá estar constituida por la entidad licitante.

8. Si la comisión verificadora determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, emitirá un informe recomendando la adjudicación de este acto público a ese proponente.

...". (Lo resaltado es del Tribunal).

En cuanto al criterio de selección instaurado para esta licitación pública, se estableció que será adjudicada al oferente que oferte el precio más bajo y que a la vez cumpla con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

Hay que tener presente que, en este tipo de procedimiento, la regla que prevalece es que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos, cuya reglamentación se ubica en el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, donde se señala que la Comisión Verificadora debe ajustar su recomendación de conformidad a los criterios vertidos en el pliego de cargos, y sobre la base de ello, resulta indispensable referirnos al papel de la comisión verificadora o verificadora.

3. El Informe de la Comisión Verificadora

Mediante Informe de la Comisión Verificadora, de fecha 22 de junio de 2022, los comisionados luego de verificar la propuesta con el precio más bajo (JHCP Panamá, S.A. – B/. 77,777.00), se observó que la misma no cumplía con los requisitos mínimos (ver fojas 631-635 tomo II del expediente administrativo de la Entidad). Siendo así, su recomendación fue dirigida a la adjudicación de la empresa Servicios y Construcciones Diversas, S.A., al determinar que cumplió con los requisitos exigidos en el pliego de cargos, sin embargo, hacemos la aclaración que en el informe de la comisión no se logra visualizar la verificación integral de los requerimientos exigidos. Así pues, desde este momento advertimos a la entidad que en todo su actuar, debe regirse por el principio de transparencia, en el sentido de cumplir con la exigencia de ley, en el sentido de motivar sus decisiones, máxime, tratándose de actos de adjudicación, como al que aludimos.

La normativa constituida en el artículo 68 de la Ley de Contrataciones Públicas, que se refiere al funcionamiento de la comisión verificadora o verificadora, señala lo siguiente:

“Artículo 68. Funcionamiento de la comisión verificadora o verificadora. Las comisiones verificadoras o verificadoras, según sea el caso, estarán constituidas por profesionales idóneos en el objeto de la contratación y serán designadas antes del acto de recepción de propuestas, considerando para su conformación, la profesión, especialidad y los años de experiencia, dependiendo del tipo de procedimiento de selección de contratista. Para cada acto público, el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” proporcionará a la entidad contratante una lista aleatoria que triplique la cantidad de profesionales requeridos para la integración o conformación de la comisión.



Una vez la entidad licitante haya seleccionado los miembros de la comisión, esta será nombrada formalmente por el representante legal de la entidad, o por quien este delegue, mediante resolución debidamente motivada, la cual se publicará junto con el informe de verificación o evaluación correspondiente. En la conformación de la comisión, la mayoría de sus miembros no podrán pertenecer a la entidad licitante.

...

...

La comisión verificadora o verificadora deberá aplicar los criterios de evaluación contenidos en el pliego de cargos. En los casos necesarios, podrá solicitar a los proponentes las aclaraciones y las explicaciones que estime indispensables sobre la documentación presentada, así como solicitar, por conducto de la Dirección General de Contrataciones Públicas, el apoyo de especialistas o asesores relacionados con la materia objeto del proceso de selección de contratista.

La comisión presentará su evaluación mediante un informe, debidamente motivado, dirigido al representante legal de la entidad licitante o al funcionario delegado, el cual deberá llevar la firma de los miembros de la comisión. En caso de que alguno de los miembros de las comisiones difiera de la decisión adoptada por la mayoría, deberá sustentar las razones por las que no esté de acuerdo, las que se adjuntarán al informe de la comisión.

...". (Lo resaltado es del Tribunal).

Nótese que de la norma transcrita resalta que nuestra legislación que los informes de comisión, deben contener una debida motivación, que sustente las razones por la cual forja la recomendación, teniendo el deber de aplicar los criterios de evaluación contenido en el pliego de cargos, a fin de indicar en su análisis los razonamientos que lo llevaron a la conclusión de que la propuesta recomendada en su dictamen se ajusta al cumplimiento o no de las exigencias requeridas por la entidad en el pliego de cargos.

Así pues, que la opinión y recomendación técnica de los señores comisionados, es un instrumento utilizado para lograr determinado objetivo de la Administración que, a su vez, redunda en la satisfacción del interés público. Pues en todo caso, los informes de las comisiones tienen por finalidad exigir el cumplimiento de determinados requisitos; es decir que, son preparatorios para la voluntad administrativa y sobre todo facilita el acceso a soluciones de suministros, servicios u obras requeridos por el Estado.

Debido a expuesto y en atención al Principio de Motivación, pasamos al estudio de los hechos discutidos, en torno a las actuaciones efectuadas por la entidad para dejar sin efecto el acto de adjudicación, rechazar las propuestas y cancelar el acto público, ya que las mismas representan el objeto del Recurso de Impugnación tramitado en este despacho.

4. Acto Administrativo Impugnado.

El acto administrativo impugnado lo constituye la Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022, de 4 de enero de 2023, por la cual la entidad decide rechazar las propuestas y cancelar acto público No.2022-1-10-0-04-LP-461844, por motivo que el proveedor no subsanó en tiempo oportuno y además se solicitó aclaración al proveedor por persona no facultada para ello, veamos un extracto:

Que en mérito a las consideraciones anteriores;



PRIMERO: DEJAR SIN EFECTO, la adjudicación a la empresa **SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS S.A.** relacionado con la Requisición No. 1000811192 04-02 correspondiente a la LICITACIÓN PÚBLICA DE MAYOR CUANTIA No. No. 2022-1-10-0-04-LP-461844, para el "SUMINISTRO DE MANO DE OBRA MATERIALES HERRAMIENTAS EQUIPO PROTECCIÓN PERSONAL PARA LA ADECUACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE COMPRAS EN EL CENTRO ESPECIALIZADO HRRHL Y UNIDAD CLIMATIZACIÓN.

SEGUNDO: RECHAZAR LAS PROPUESTAS PRESENTADAS en la LICITACIÓN PÚBLICA DE MAYOR CUANTIA No. No. 2022-1-10-0-04-LP-461844, relacionado con la Requisición No. 1000811192-04-02 para el "SUMINISTRO DE MANO DE OBRA MATERIALES HERRAMIENTAS EQUIPO PROTECCIÓN PERSONAL PARA LA ADECUACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE COMPRAS EN EL CENTRO ESPECIALIZADO HRRHL Y UNIDAD CLIMATIZACIÓN.

TERCERO: CANCELAR la LICITACIÓN PÚBLICA DE MAYOR CUANTIA No. 2022-1-10-0-04-LP-461844, relacionado con la Requisición No. 1000811192-04-02, correspondiente a: "SUMINISTRO DE MANO DE OBRA MATERIALES HERRAMIENTAS EQUIPO PROTECCIÓN PERSONAL PARA LA ADECUACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE COMPRAS EN EL CENTRO ESPECIALIZADO HRRHL Y UNIDAD CLIMATIZACIÓN.

CUARTO: ORDENAR la publicación de la presente Resolución, en el Sistema de Contrataciones Públicas "Panamá Compra", por dos (2) días hábiles para los efectos de su notificación, así como su incorporación al respectivo expediente.

QUINTO: ADVERTIR que contra la presente Resolución, podrá interponerse el Recurso de Impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.

a. Fundamento jurídico y la motivación del acto impugnado.

De la revisión de los elementos de convicción que conforman esta encuesta jurídica, se puede colegir que, el acto administrativo impugnado tuvo su asidero en las observaciones incoadas a través del formulario No.1000811192-04-02 de 29 de agosto de 2022, por la Oficina de Fiscalización de la Contraloría General de la República (en adelante la Contraloría).

En virtud de las observaciones indicadas por Contraloría, la entidad decidió rechazar a través de la controvertida resolución, las propuestas existentes y cancelar el acto público bajo estudio, reforzando su criterio al indicar que era evidente que existían inconsistencias en el desglose de actividades del Contratista; e específicamente en los renglones 4.1 y 4.3.

Lo que produjo las diferencias de criterios, entre la entidad y la Contraloría, ha sido que, la entidad asumió ordenar que se aclarara el desglose (no así la propia propuesta), y a su vez, la Contraloría conceptuó que con dicha aclaración se estaba permitiendo la modificación de la propuesta esto en contravención de la ley, ya que, el término para realizar las subsanaciones ya se había consumado, y esta subsanación se había realizado de manera extemporánea, aunado a que esta aclaración había sido solicitada por una funcionaria no apta para realizar estas funciones.

Por otro lado, señaló la entidad en las conclusiones de la referida resolución, que la facultad de modificar los informes de comisión verificadora, respondiendo a la observación realizada por Contraloría, según el artículo 69 de la Ley 22 de 2006 (Ley 153 de 2020), le corresponde exclusivamente al funcionario que representa legalmente a la Entidad, a la Dirección General de Contrataciones Públicas y al Tribunal de Contrataciones Públicas. En este giro, es dable reconocer que ha sido



la Contraloría quien dejó sentada su posición que, se debería modificar el dictamen de la Comisión.

Siendo así, la Entidad con fundamento en el artículo 74 de la Ley 22 de 2006 decidió ejercer la facultad extraordinaria de rechazó de propuesta, haciendo hincapié en que cuando se utiliza esta figura jurídica, que es una facultad extraordinaria, el acto quedará en estado de cancelado, veamos:

“Artículo 74. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público.
En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, debidamente motivadas, la entidad podrá rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación”.

...

Cuando la entidad ejerza la facultad extraordinaria de rechazo de propuesta, el acto público quedará en estado de cancelado, salvo que el interesado haga uso del derecho de interponer el recurso correspondiente ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas contra el acto administrativo que declara el rechazo de la propuesta”.

En este sentido, el artículo 74 de la Ley 22 de 2006 confiere a las entidades la atribución extraordinaria para rechazar las propuestas después de haberlas recibido y antes de la adjudicación, siempre que esta encuentre su fundamento en causas de orden público o de interés social.

b. Consecuencias procesales de la actuación de la Entidad.

Para este acto público, ya existía una resolución de adjudicación No.1000811192-04-02- del 05-07-22, e incluso un borrador de orden de compra a favor de la empresa hoy recurrente (esta información está contenida en el portal electrónico Panamá Compra), no obstante, el contrato no se llegó refrendar por las inconsistencias planteadas por la Oficina de Fiscalización, y en su lugar, la entidad decidió rechazar, y declarar cancelado el acto.

El acto público de marras se encontraba en una etapa avanzada, es decir se encontraba en la etapa contractual, y la Entidad, en lugar de atender las observaciones realizadas, decidió dar terminación a este acto, echando mano de la figura de rechazo de la propuesta (artículo 74 ley 22 de 2006).

Por su parte, el hoy recurrente manifestó su oposición en contra de la actuación de la Entidad, indicando, en términos generales, que la misma se había dictado, con prescindencia y desconocimiento de los procesos de contratación publicas contenidos en nuestra norma, contrariando con ello los principios y reglas de la contratación pública, así como la seguridad jurídica de los proponentes adjudicados, al cancelar sin mayor análisis jurídico el acto público, ocasionando mayores gastos, a las partes. Igualmente exhortó a la entidad a realizar cambios y adecuaciones a las áreas administrativas del Hospital Rafael Guardia de la Caja del Seguro Social, entre otras declaraciones (ver recurso de impugnación de foja 018-025 expediente jurídico).

5. Decisión del Tribunal de Pleno Derecho.

Es imperativo indicar que, ante la problemática surgida en consecuencia de la actuación emitida por la Entidad, la piedra angular para dilucidar este proceso es delimitar, si lo proferido por Entidad, a través de la Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022, de 4 de enero de 2023, se ciñe al debido proceso. Por ello, corresponde a este Tribunal, abocarse a realizar una valoración jurídica de



pleno derecho, y revisar los elementos de convicción existentes en esta encuesta jurídica, además de tomar en cuenta cada una de las actuaciones realizadas por las partes.

a. Análisis jurídico de las causales de Rechazo de la Propuesta.

Es pertinente, realizarnos la siguiente interrogante ¿Cuáles elementos sustanciales que debe exhibir el acto administrativo, para que tenga fuerza jurídica? En este caso, el acto a evaluar es la "Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022 de 4 de enero 2023", por los que, partimos de la definición otorgada por la Ley 38 de 2000, que en el contenido de su artículo 201, numeral 1, indica que:

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

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

Dicho lo anterior, si nos detenemos a analizar la justificación que brinda la entidad a lo largo de la resolución impugnada, nos producen más dudas que certezas, ya que, si bien es cierto, este acto fue proferido por una autoridad competente, no menos cierto es que, este no se sustenta en argumentaciones jurídica sustancial, que hagan alusión a causas de interés social y orden público, como lo establece en su contenido el artículo 74 de la Ley 22 de 2006.

En el caso específico de la facultad extraordinaria de rechazo de ofertas, uno de los requisitos sine qua non, que debe exhibir para que surja a la vida jurídica y sea válida es que la misma, se sustente en causas de índole social y de orden público, aspectos éstos que se echan en falta en la resolución impugnada. En otras palabras, pudo haberse violado de plano, el debido proceso establecido en el artículo 74 de la ley 22 de 2006.

Es evidente que, la Facultad de Rechazo, es una de las potestades extraordinarias de las que presume la Administración en general, no obstante, la misma no está exenta de la estricta legalidad de la que deben estar revestidos todos los actos de la administración, siendo así, quien haga uso de esta potestad, deberá proferir una actuación con reparo en la norma, sin menoscabo del debido proceso legal y con objetividad.



En este mismo contexto, es indispensable referirnos a los conceptos de interés público y de orden público, según las definiciones que ofrece la Ley 38 de 2000, en los numerales 61 y 70 del artículo 201:

“Interés público. Como finalidad del Estado, es el propio interés colectivo, de la sociedad en su conjunto, en contraposición al interés individual”.

“Orden público. En sentido negativo, es el desarrollo de las actividades sociales de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico y en acatamiento a lo que disponen las autoridades públicas. En sentido positivo, es equivalente a interés público”.

Siguiendo ese orden de ideas, citamos un extracto del fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 22 de febrero de 2008, se expresó:

“El Estado tiene como finalidad principal, conforme a la Ley, establecer las pautas que procuren el prevalecimiento del interés público, sobre el interés privado, es decir, “el estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política, entendiendo que los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”. (MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Teórico y Práctico. Tercera Edición. Grupo Editorial LEYER. Bogotá Colombia 2001. Pág.71); no obstante, de forma alguna, esta prerrogativa debe ser conceptualizada de forma absoluta y sin limitaciones legales; al contrario, debe ser ejercida conforme los parámetros que la propia Ley indica para su existencia y dentro de la objetividad, transparencia y legalidad que están inmerso, como principios rectores, en los procesos de contratación pública”.¹ (El subrayado es nuestro).

De lo anterior se colige que el interés público atiende a la conveniencia o bienestar de la sociedad; y el orden público se refiere al desenvolvimiento de la dinámica social ajustado a las leyes.

Es evidente, que los sustentos vertidos por la Entidad Contratante tienen otros matices, que se alejan de las posibles causales en las que se puedan sustentar un rechazo de propuesta. O al menos, sus razones no han sido explicadas con fundamento a la exigencia de ley.

Ciertamente, parece que la entidad se sustentó en algunos hechos que, a su juicio, la orillaron al rechazo de oferta y por ello mismo, a la cancelación del acto:

1. Que un funcionario, sin competencia suficiente, procuró la subsanación de una oferta, habiendo ya transcurrido el momento para las subsanaciones respectivas.
2. Que esta actuación en modo alguno provino de parte del hoy día impugnante, sino que se originó de un error dentro de la propia Administración.

1. Solicitud de Aclaración de la Propuesta.

Uno de los argumentos jurídicos de la institución, es que, el Contratista realizó una subsanación extemporánea, haciendo alusión a que el proveedor había entregado la actualización del desglose de precio, luego del tiempo de subsanación, esto

¹ Fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 22 de febrero de 2008.



según las tres observaciones realizadas por la Oficina de Fiscalización de Contraloría, veamos:

Luego de verificar y valorar los elementos aportados en el expediente, consideramos salvo mejor criterio, que el documento sujeto a revisión no se puede modificar, toda vez que la subsanación no se efectuó en el término fijado en el Pliego de cargos, que establece que se debe hacer dos (2) días después de la diligencia de apertura de sobres, por tanto el trámite efectuado después de esta

Al respecto, es un hecho cierto que, luego de la revisión de la comisión verificadora, le fuera adjudicado a la empresa Servicio Hospitalarios y Construcciones Diversas S.A., el acto público No. 2022-1-10-0-04-LP-461844, a través de la Resolución No.1000811192-04-02- del 05-07-22, por la suma de setenta y nueve mil novecientos cincuenta balboas (B/.79,950.00).

Sin embargo, para el día 06 de octubre de 2022, la Entidad solicitó al Contratista, que realizará una “aclaración” de los renglones 4.1 y 4.3 del desglose de actividades, presentado con su propuesta inicial, ya que los mismos no concordaban con los exigidos en el pliego de cargo, siendo así, el contratista remitió su aclaración en la que se hizo cargo de sus errores aritméticos y pudo despejar las dudas².

No obstante, en algunos formularios, 12314607-2022-76010 de 28 de septiembre de 2022 y 12314607-2022-76556 de 10 de octubre de 2022, la oficina de Fiscalización solicitaba que se subsanaran los documentos, enfatizando en que, se realizará una consulta a la Dirección General de Contrataciones Públicas, que si se podía subsanar un documento “no subsanable”.

Ahora bien, se realizaron por parte de la Entidad múltiples consultas a la Dirección General de Contrataciones Públicas, no obstante, no se obtuvo la orientación necesaria para absolver las dudas.

Llama la atención la sugerencia explícita, de la Oficina de Fiscalización, en el sentido de formular una pregunta a la DGCP, la que evidentemente era conducente, ya que la redacción va proyectada a que el ente que resuelva esta, manifieste en una respuesta cerrada, si se puede o no, subsanar un documento no subsanable, y esto no aplica para este caso, ya que es claro que estamos hablando de una aclaración de propuesta no de una subsanación.

En otras palabras, la pregunta sugerida por la Contraloría llevaba la semilla de su propia respuesta, amén de estar redactada con inusual ironía.

Nuestra valoración en cuanto a esta petición de la oficina fiscalización, es que esta adolece de una inadecuada interpretación jurídica ya que, las figuras de la aclaración y subsanación son sumamente diferente entre sí, de la misma manera se les da un procedimiento legal diferente a cada una, para el caso que nos atañe, estimamos propicio indicar que, las Entidades están facultadas para solicitar “aclaraciones”, siempre y cuando estas no distorsionen el precio inicialmente ofrecido, al respecto el artículo 84 del Decreto 439 de 2020, indica que:

“Artículo 84. Aclaración o correcciones aritméticas de la propuesta. La entidad licitante podrá solicitar aclaraciones luego de presentada la propuesta. En ningún caso las aclaraciones conllevarán la modificación de documentos previamente aportados que conforman la propuesta, ni la distorsión del precio u objeto ofertado en la propuesta original. También se

² Ver Publicación: Aclaraciones Serv Hospitalarios y Const diversas, de 20 de enero 2023, acto público No. 2022-1-10-0-04-LP-461844.



podrá corregir el formulario de desglose de precios, por existir errores aritméticos, siempre que no se distorsione el precio total ofertado por renglón, si la adjudicación es por renglón, o el precio global, cuando la adjudicación sea global. Cuando el precio total u objeto se distorsione, la propuesta no podrá ser considerada para efecto de la adjudicación”.

Aunado a lo anterior, no podemos perder de vista que, las Entidades tienen esa potestad saneadora de ordenar a la realización de trámites omitidos o correcciones de los realizados en contravención del orden jurídico, esto guarda su basamento en lo preceptuado en el artículo 27 numeral 14 (Principio de Economía).

Siguiendo esta misma cuerda procesal, es pertinente indicar que en informe de conducta que se encuentra publicado en el sistema Panamá Compra, a numeral 48, se observa la discrepancia y contradicción entre los funcionarios del Departamento de Asesoría Legal y los del Departamento de Compras del Hospital Rafael Hernández, ya que la Departamento de Asesoría Legal cuestionó la competencia de la funcionaria que había solicitado al proveedor a realizar la aclaración del desglose de las actividades del proveedor (visible a foja 732 del tomo II del expediente administrativo).

situación motivó que la empresa, CONSTRUCCIONES HOSPITALARIAS DIVERSAS S.A., presentara un nuevo formulario de desglose que diverge con las especificaciones técnicas presentadas en su propuesta original. Por tanto solicitamos mediante Informe secretarial se nos explique quién autorizó a la empresa para presentar el nuevo desglose quién autorizó la incorporación de este documento al expediente, agradecemos su respuesta que requerimos para elaborar el Criterio Legal solicitado.
(Visible a foja 732)

Consecuentemente se aprecia a numeral 49 del Informe de Conducta, que el Departamento de Compras del Hospital Rafael Hernández aclaró que no se había mandado a presentar un nuevo desglose, advirtiendo que solo se había solicitado al Contratista que realizara una aclaración (esto es visible a foja 731 Tomo II del expediente administrativo).

Colegimos por tanto que, los funcionarios del Departamento de Compras, del HRHL, basaron su actuación en la estricta legalidad que reviste a las solicitudes de aclaraciones de las propuestas, por otro lado, es imperante recordar a los funcionarios, que la administración no es a título personal, la Administración le corresponde al Estado, es decir es colectiva, y los funcionarios siempre deben efectuar acciones encaminadas a beneficiar a su institución, Principio que se enmarca en los preceptos del artículo 28 numeral 1 Ley 22 de 2006 (Principio de Responsabilidad e Inhabilidades de los Servidores Públicos).

No obstante, como se puede comprobar al final, no se tomó en cuenta esta acción que fue una adecuada interpretación de la norma y en contravención y en acto violatorio de legalidad, se profirió la “Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022”, que es objeto de estudio el día de hoy, tomando una actuación en contra de los intereses de la institución (la Administración). Fundamentamos este pensamiento en todo lo que anteriormente hemos vertido.

Ahora bien, solo a modo referencial, nos permitimos mencionar algunas decisiones de esta colegiatura en donde se ha señalado lo siguiente³:

³ Ver Resolución No. 236-2022 Pleno/ TACP 17 de noviembre de 2022 (decisión), página 9, cuarto párrafo, acto público No. 2022-0-14-0-99-CM-020960.
Ver Resolución No. 133-2020 Pleno / TACP de 21 de octubre de 2020 (decisión), página 4, acto público No.2020-0-35-0-04-CM-023356.



1. Que las entidades hacen bien pretender la finalidad del acto de selección, en el sentido de en solicitar aclaraciones respecto de los formularios de desglose de actividades, lo que no les está permitido por el ordenamiento legal, es que se modifique el formulario de la oferta principal, o se altere el precio inicialmente ofrecido.
2. Que el desglose de actividades o de servicios o suministros, es una descripción estandarizada de las exigencias del pliego de cargo, por lo que, si un proponente se equivoca en la lista de dichas actividades ya exigidas por el Pliego, ello no es óbice para que se valore sus propuestas, puesto que la ley presume que todo proponente queda obligado a cumplir estrictamente el pliego.

2. Solicitud de Modificación de Informe de la Comisión Técnica Verificadora

Otras de las incidencias, utilizada por la Entidad para activar su facultad extraordinaria de rechazo de propuesta y cancelación del acto, fue la concerniente a que la Oficina de Fiscalización solicitó, a través de informe de subsanación, que se modificara el informe de la comisión verificadora, no obstante la Entidad, manifestó que esto era imposible ya que en el artículo 69 de la ley 22 de 2006, establece que este solo puede ser modificado por el Representante Legal de la Institución, la Dirección de Contratación Pública o el Tribunal de Contrataciones Publica., veamos:

fecha es extemporáneo, por otro lado la facultad de solicitar la modificación del Informe de Comisión, en base a lo que establece el Artículo 69 de la Ley 22 del 27 de junio de 2006, destaca que es facultad del Representante Legal de la entidad licitante, de la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas,

En lo tocante a esta conclusión, somos de la postura que, la Contraloría General de la República como ente superior en cuanto a la fiscalización y buenos manejos de los fondos públicos del Estado, puede en un momento dado, recomendar este tipo de acciones en aras de proteger el erario, no obstante, esta decisión debe estar motivada para que prospere, esto ya que los informes de la comisión verificadora son actos solemnes y solo pueden ser modificado por orden de determinados entes, dentro de los cuales, no se menciona a las unidades de fiscalización de la Contraloría.

Es decir, conllevan un debido proceso legal, por ello antes de modificar un informe de manera directa, el cual ya se encuentra a pasos de formalizarse (etapa contractual), se deben estudiar todas las aristas de cada caso y proceder como en derecho se corresponde, esto es que, para este caso era evidente que la salida era que se le pidiera la simple aclaración de la propuesta que ya había sido adjudicada.

Y es que las observaciones, realizadas por la Oficina de Fiscalización aluden a un elemento que a nuestra consideración, como ya hemos advertido, se pudo haber subsanado utilizando los procedimientos legales establecidos en los procedimientos de contrataciones públicas que permiten que la Entidad solicite aclaraciones a los contratistas de sus propuestas, siempre y cuando estas aclaraciones no distorsionen el precio final, esto sustentado en el artículo 55 Ley 22 de contrataciones públicas vigente.



Es más, en nota DGCP-DJ-109-2021 de 19 de julio de 2021, aducida por el contratista se puede constatar que existe una consulta de la misma entidad Hospital Rafael Hernández L., para un acto que se realizó en el año 2021, en ella se puede observar de manera clara que la Dirección General de Contrataciones Públicas indica que se pueden solicitar aclaraciones aun cuando las propuestas hayan sido presentadas.

La propia norma y los principios de la contratación pública van dirigidos siempre, a que exista un desarrollo expedito, seguro y legalmente estructurado, en el que no solamente salga beneficiada la institución, sino que también los participantes de los distintos actos se sientan seguros y no se sientan en indefensión. Esto va de la mano con lo que en términos generales establece el Principio de Economía, establecido en la Ley 22.

Queremos dejar claro que no estamos desmereciendo los atributos de la Contraloría General de la República, que es responsable de custodiar el manejo de los bienes públicos, sino que, al irnos al detalle de las observaciones incoadas a través del formulario No.1000811192-04-02 de 29 de agosto de 2022, por la Oficina de Fiscalización de la Contraloría General de la República, consideramos que no es necesario instaurar una nueva comisión verificadora, para verificar un elemento que puede ser corregido en estricta legalidad, como ya lo hemos explicado.

Ello, le beneficiaría a la Administración, ya que dilatar más el proceso de nueva adjudicación de este acto, acarrearía meses de demora para formalizarse (actos preparativos, adjudicación, contrato), recordemos que incluso, nuestra carta magna nos conmina a que la Administración realice todas las medias necesarias para asegurar aquellas contrataciones que den buen beneficio al Estado, veamos:

“Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”.
(Destaca el Tribunal).

Para culminar con este apartado, debemos indicar que este informe de comisión verificadora fue elaborado en estricta legalidad, cumpliendo con los requisitos mínimos que hacen legítimas las actuaciones del Estado, no obstante, el tema de discusión de esta encuesta no va dirigida a evaluar de manera minuciosa este informe.

Indicamos que, no se observa en el historial del Sistema Electrónico de Panamá Compra, que haya sido interpuesta por algún proveedor afectado, acción de reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Pública, por la confección de este informe, y también dejar claro que la resolución que adjudica este acto Resolución No.1000811192-04-02- del 05-07-22, no fue tampoco impugnada ante este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Abonado a lo anterior, es visible a fojas 631-635 tomo II del expediente administrativo de la Entidad, que la comisión verificadora instaurada, fue diáfana al indicar que la primera propuesta, no cumplía con los requisitos mínimo, ni con algunos aspectos técnicos de la propuesta, por lo tanto, se debía revisar la segunda



propuesta misma que según lo establece la Comisión si cumple con los requisitos mínimos que requería la contratación. Entonces no surge la interrogante ¿si esto quedó establecido de manera meridana, en que se basa la oficina de Fiscalización para solicitar un nuevo informe? Además, teniendo en consideración que se presenta ante ella (la Contraloría) una adjudicación por ser perfeccionada, vía Orden de Compra.

Al respecto, nos corresponde reproducir lo que dice la norma, en su numeral 7, artículo 27 “Principio de Economía”, veamos:

“Artículo 27. Principio de economía. En cumplimiento de este principio, se aplicarán los siguientes parámetros:

- 1..
- 2...
- 3...

7. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones, variaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos diferentes a los previstos en esta Ley y demás disposiciones aplicables.

...”. (El subrayado es nuestro).

Podemos colegir entonces que, tanto el informe, como la resolución de adjudicación, tienen una apariencia de buen derecho, además de recordar que, todos los actos proferidos por la Administración se entienden legales, es decir, hasta que se demuestre lo contrario vía impugnación o salvo, excepciones señaladas por la ley.

Al respecto, los juristas Eduardo García Enterría y Tomas Ramón Fernández en su obra titulada Curso de Derecho Administrativo primer Tomo, señalan que *“al respecto, los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. El precepto citado establece pues, una presunción iuris tantum de validez, que permite desplegar todos sus posibles efectos en tanto no se demuestre su invalidez y que trasladada, en consecuencia, al particular la carga de impugnarlo, en la vía administrativa o contencioso administrativa”*.⁴

Por su parte el numeral 7 artículo 27 de la ley 22 de 2006, establece que los actos no serán sometidos a aprobaciones a valores administrativas posteriores, claramente salvo excepciones.

Dicho esto, es claro que invocar en la resolución de rechazo que hoy se debate como causal la conformación de una nueva comisión, no constituye de ninguna manera un facto de intereses social, ni de orden público. Por ello, es claro que esta resolución, aunado a lo que ya hemos desarrollado fue proferida en contravención de lo establecido en la norma.

Y es que como ya hemos advertido, las causales invocadas por la institución son el resultado de interpretaciones subjetivas y erróneas de la norma, tanto de la institución como del propio fiscalizador, dando como resultado, la dilación en este proceso que claramente era susceptible de ser corregido, con la aplicación de preceptos legales que se encuentran vigente en la norma de contratación pública y que contemplan las situaciones que hemos expuesto en esta decisión.

⁴ García de Enterría Eduardo, Ramón Tomas Franco Fernández, Catedráticos de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, página. 561.



Es pertinente recordar que, el proceso de contratación pública es un medio para lograr un beneficio para el Estado, no un fin, es decir que, estos procedimientos no pueden ser interpretados de manera subjetiva, de manera que puedan ocasionar tramites distintos a los previamente establecidos, esto está recogido el numeral 2 del artículo 27 de la ley de Contrataciones Públicas Principio de Economía.

En este punto, es importante resaltar igualmente 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 echar de lado a los particulares), 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.

b. Análisis deliberativo y disposición final.

Es claro que, al culminar con el examen exhaustivo y estrictamente legal, del fundamento legal de la Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022 de 4 de enero de 2023 (acto hoy impugnado), se puede sentenciar que, ninguna de las causales utilizadas como punta de lanza para erigir esta decisión de rechazar y cancelar el acto público, constituye una causal de interés social o de orden público.

Esto nos lleva pues a confirmar que esta resolución fue propalada con prescindencia tota del debido proceso que deben tener como atributos estos actos (artículo 74, Rechazo de Propuestas), es de suma importancia acotar que, las argumentaciones y motivaciones, que cimientan esta resolución, evidencian un desapego y una displicencia en los procesos de contratación pública, además de adolecer en gran medida de interpretaciones erróneas y malas aplicaciones procesales a nivel tanto de la Entidad como de la oficina de Fiscalización.

En cuanto al tema de la motivación, es muy relevante reproducir los que ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante Fallo de fecha 3 de mayo de 2016:

“El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serian decisiones arbitrarias”.

Ha quedado claro entonces, que la actuación emitida por la Entidad, a través de la Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022 de 4 de enero de 2023, vulnera la estructura legal establecida para ejercer la facultad del rechazo de propuestas, ello, además, lacerando el Principio de Legalidad establecido en el artículo 32 de la ley 22 de 2006, y tratando a su vez de preservar la seguridad jurídica de las partes:

“Artículo 32. Principio del debido proceso. Todas las personas tienen derecho a que se les brinden las garantías esenciales tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo en los procedimientos de selección de contratista y, en las demás etapas de la contratación pública, a ser oídas y hacer valer sus derechos ante la entidad contratante, la Dirección General de Contrataciones



Públicas y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

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

1. Los servidores públicos observarán las reglas del debido proceso en todas las etapas del procedimiento de la contratación pública y durante la ejecución del contrato hasta su liquidación.
2.". (Destaca el Tribunal).

En ese mismo sentido, la Sala Tercera en reiteradas ocasiones se ha referido al principio de legalidad como piedra angular del Estado de Derecho, criterios que para lo cual consideramos oportuno citar el fallo de 20 de mayo de 2010, que, en lo medular, señala lo siguiente:

"...

Efectivamente desde la perspectiva jurídica, el principio de legalidad (en sentido estricto) se enuncia de la siguiente manera: "todo acto de los Órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado en el derecho en vigor". Es decir que todo acto de la autoridad pública debe tener fundamento en una norma jurídica vigente y, más allá, dicha norma jurídica debe encontrar su propio sustento en una norma superior. Este principio tiene un origen histórico antiguo y se ha venido enriqueciendo durante el desarrollo del pensamiento político y jurídico". (Subrayamos).

Igual no podemos perder de vista que, cada persona tiene derecho a obtener una tutela judicial efectiva en cuanto a sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso se produzca una indefensión, esto es que, como Tribunal, nos corresponde siempre que los actos proferidos en contra de los sujetos procesales tengan esa legitimidad y estricta legalidad de la que nos hacemos eco.

En esa misma vertiente establece el jurista José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, en su obra *Derecho fundamental al Proceso Debido y Tribunal Constitucional que,* *la función garantista del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución, como medio, con sustantividad propia y definida, de servir de protección de los derechos y libertades, alcanzando por fin relieve en nuestro sistema jurídico las palabras de Calamandrei sobre la necesidad de un proceso equitativo respetuoso con la persona humana como cauce de defensa de las libertades*⁵.

Antes de culminar esta decisión, es importante señalar que, este Tribunal en sendas decisiones se ha pronunciado a este actuar, evidenciando una mala praxis y utilización de la figura jurídica procesal de "Rechazo de Propuestas", veamos un ejemplo:

Ponencia del Magistrado José Aranda, en la Resolución No.008-2023-Pleno/TACP de 10 de enero de 2023 (Decisión):

"La Facultad discrecional de rechazo de propuestas y cancelación del acto público según el artículo 74 del Texto Único de la ley 22 de 2006, ordenada por la ley 153 de 2020, debe ser desplegada sobre el sustento de una sólida motivación, la cual evidencia que su activación es producto de hechos ocurridos posteriores a la convocatoria y celebración del acto público; cuyo propósito es preservar un valor superior". (Subrayamos).

Atendiendo al análisis realizado, este Tribunal Colegiado considera que lo procedente entonces es **revocar** los efectos del acto administrativo impugnado dentro del procedimiento selección de contratista por Licitación Pública N°2022-1-10-0-04-LP-461844 Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022 de 4 de enero de 2023 y restablecer el derecho vulnerado, que es el de seguir el curso de la adjudicación al proveedor seleccionado, sobre la base del artículo 244 del Decreto

⁵ Sánchez-Cruzat Bandrés, José Manuel, *Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi, pagina 35.



Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, que al tenor apunta a las facultades del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas:

“Artículo 244. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar o revocar restableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista o anular lo actuado por la entidad contratante”.

De igual forma, reproducimos el artículo 164 del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 164. Cumplimiento de las decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. Las resoluciones emitidas por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas mediante las cuales se deciden o resuelven los recursos de impugnación y apelación son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes.

La entidad contratante deberá acatar lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas en un plazo no mayor de quince días hábiles, contado a partir de la notificación de la resolución que resuelve el recurso”.

Respecto a la fianza del recurso de impugnación, este Tribunal ordenará su devolución, de conformidad con lo establecido el artículo 245 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020:

“Artículo 245. Devolución de la fianza de recurso de impugnación. En la resolución que decida el recurso de impugnación a favor del recurrente, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ordenará la devolución inmediata de la fianza consignada. En los casos en que transcurra el término máximo establecido sin pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, procederá igualmente la devolución de la fianza a favor del recurrente”.

6. Conclusiones Generales

En el presente caso hemos visto que un oficial de compras (llamados cotizadores), ha pedido una aclaración específica al proponente con la mejor oferta y que la vez, cumple con las exigencias técnicas del pliego de cargos; quizás con la finalidad de que las actuaciones o actividades de la propuesta fueran en línea directa con las exigencias del pliego.

Así mismo, el reproche de la entidad de control: la Contraloría General de la República y los Asesores Legales de la entidad; sustentado en que dicha aclaración se estaría convirtiendo en una presunta modificación de su oferta, en momentos en donde ya no cabía la subsanación de ella (de la propuesta).

Dicho reproche se tradujo en la exigencia de una consulta a la DGCP, que de por sí, insulta el sentido lógico y de armónica colaboración del actuar de la Administración. La Contraloría concretamente solicitó a la entidad que consultara a la DGCP, si una determinada documentación podía ser subsanada, luego del periodo de subsanación.

Este Tribunal ha adoptado múltiples decisiones en las que se ha establecido que, el formulario de desglose (generalmente el segundo formulario), puede ser aclarado,



en tanto no se varíe el monto de la propuesta original (generalmente en el primer formulario), y que dicha solicitud de especificación se dirija a que el proponente declare, expresamente, que conoce y reconoce que debe cumplir con todas las actividades y suministros exigidos en el pliego. En otras palabras, que la oferta describa las exigencias concretas de la obra, servicio o los bienes del suministro.

Ahora bien, a sabiendas que la acción de procurar el esclarecimiento del desglose provino de la propia administración, no le es dable a ella (comprendiendo a la entidad de fiscalización dentro de la Administración), desde su actuación, para reprocharle al particular algo que el mismo (el proponente en el caso concreto), no propicio. Esto se define en la doctrina administrativa y, sobre todo, entre nosotros los panameños, en la jurisprudencia reiterada y constante de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como la prohibición de actuar en contra de los propios actos.

En este mismo giro conceptual, para este Tribunal al probarse que el proponente no realizó en verdad una modificación de su propuesta, sino más bien, una aclaración de sus obligaciones, respetando el debido proceso, y al identificar que su propuesta, no varía su precio y su cantidad, lo que corresponde es revocar la resolución propalada por la entidad, y que siga el curso su adjudicación y formal refrendo, por parte de Fiscalización, ya que como hemos explicado, estos tópicos que fueron solicitados como subsanaciones, fueron superados de manera contundente y son legalmente legítimos.

Y para finalizar es de suyo llamar la atención sobre dos acciones del ente de fiscalización: pedir que se modifique el informe de la comisión, cuando en la Ley 22 de 2006, establece que esa competencia taxativas y exclusiva, es de determinadas entidades, dentro de las cuales no está la Contraloría, y sugerir la consulta jurídica a la DGCP, con elementos que en sí mismo, se constituían en semilla de repuesta, faltando de este modo a la mínima inteligencia de la Administración y por tanto, al debido respeto que nos debemos todos los servidores del Estado.

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: REVOCAR en todas sus partes la Resolución No. D-ADM-CH-HRDRRHL-DC-153-2022, del 04 de enero de 2022 mediante la cual la Caja de Seguro Social, Hospital Doctor Rafael Hernández L., dejó sin efecto la adjudicación, se rechazaron todas las propuestas y se canceló en su totalidad el Acto Público de Selección de Contratista para la Licitación Pública No.2022-1-10-0-04-LP-461844.

SEGUNDO: RESTABLECER EL DERECHO VULNERADO, en el sentido de mantener los efectos de la **ADJUDICACIÓN** el acto público de selección de contratista por Licitación Pública No. 2022-1-10-0-04-LP-461844, mediante la ya proferida de adjudicación, a través de la Resolución No.1000811192-04-02- del 05-07-22 al proponente Servicios Hospitalarios y Construcciones Diversas, por la suma de setenta y nueve mil novecientos cincuenta balboas (B/. 79,950.00) y seguir con el proceso correspondiente, de orden de compra.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la Fianza constituida en cheque de gerencia No.000971310, expedido por el Banco Banistmo S.A., el 17 de enero de 2023, por la suma de doce mil seiscientos ochenta balboas con cuarenta y ocho

centésimos (B/.12,680.48), según Diligencia de Consignación N°007-2023 de 17 de enero de 2023, visible a folio 042 del expediente jurídico de este Tribunal.

CUARTO: DEVOLVER a la Caja del Seguro Social, Hospital Doctor Rafael Hernández L., el expediente administrativo contentivo de las actuaciones surtidas del acto público de selección de contratista por Contratación Menor No. 2022-1-10-0-04-LP-461844, el cual consta de dos (2) tomos integrados por un total de ochocientas treinta y seis (836) fojas útiles, según informe secretarial que reposa a foja 087 del expediente jurídico.

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

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.

SEPTIMO: DISPONER la salida y archivo del expediente N°009-2023, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: artículos 215 y 266 de la Constitución Política de la República de Panamá; Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020; y la Ley 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


A la lo el voto


MANUEL BECKFORD
Secretario General.





REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MARTÍN WILSON CHEN, EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE SERVICIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A., TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No.D-ADM-CH-HRDRHL-DC-153-2022 DE 4 DE ENERO DE 2022 (SIC.) DICTADA POR EL HOSPITAL REGIONAL DOCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ L. DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL.

Con todo respeto y consideración me veo en la necesidad de reiterar mi desacuerdo con la resolución suscrita por el resto de mis homólogos (Resolución No.032-2023-Pleno/TACP de 15 de febrero de 2023) la cual fundamento de acuerdo al artículo 115 del Código Judicial, norma supletoriamente aplicable de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, positiva al momento de la convocatoria del presente procedimiento de selección de contratista por Licitación Pública No.2022-1-10-0-04-LP-461844, llevada a cabo para el “Suministro de mano de obra materiales equipo protección personal para la adecuación del Departamento de Compras en el Centro Especializado HRHL. Y Unidad Climatización”, y que fundamento de la siguiente manera:

El presente caso en primera instancia fue adjudicado a la empresa **SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES DIVERSAS, S.A.**, por considerar en esa oportunidad la entidad que cumplía a cabalidad con el pliego de cargos, decisión que venía respaldada por la recomendación de la Comisión Verificadora conformada para este acto público.

No obstante, luego de los trámites consiguientes para intentar lograr el refrendo de la orden de compra del presente acto público, la Contraloría General de la República, ente fiscalizador que por mandato constitucional mantiene la función de regular mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, con el propósito de que se realicen con corrección, según establecido en la ley, entre otras cosas, realizó observaciones y sugerencias, por encontrar inconsistencias técnicas en la propuesta beneficiada con la adjudicación.

“

No.	OBSERVACIONES
1	SUGERIMOS SE CONFORME UNA NUEVA COMISIÓN EVALUADORA PARA LAS VERIFICACIONES TÉCNICAS DE ESTA CONTRATACIÓN YA QUE LA MEJOR OFERTA FUE DESCALIFICADA POR DATOS TÉCNICOS COMO LO ESTABLECE EL PLIEGO DE CARGOS EN REQUISITOS ESPECIALES, FOJA NO. 23 Y LUEGO FUE ADJUDICADA A LA SEGUNDA MEJOR OFERTA, DE LA CUAL TAMBIÉN TIENE DEFECTOS TÉCNICOS DESCRITOS EN EL DESGLOSE DE ACTIVIDADES, DONDE LA EMPRESA PROPONE MATERIALES Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS QUE NO CONCUERDAN CON LO SOLICITADO POR LA ENTIDAD CONTRATANTE EN LA EVALUACIÓN TÉCNICA “DESGLOSE DE ACTIVIDADES”.
2	SE SOLICITA LA VERIFICACIÓN DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS EN LAS FOJAS NO. 19 CONTRA LA FOJA NO. 662 LOS RENGLONES 4.1 Y 4.3.

”.



Cuando nos adentramos a las profundidades del caso, que de paso no vemos atendido en la decisión mayoritaria, nos encontramos con que el examen que realizó la Contraloría General de la República se encuentra dentro de sus funciones y para nada constituye falta de competencia como se menciona, por el respaldo constitucional citado, las facultades que le concede la Ley Orgánica de la entidad en mención (Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984) y la Ley No. 248 de 29 de noviembre de 2021, que Dicta el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal 2022.

No se trata de un tema pueril, sino de gran importancia, tomando en cuenta que la característica del objeto contractual no compagina con las dictadas en el pliego de condiciones, el cual es la base de la presente contratación, porque es allí en que la entidad pormenoriza lo que requiere para satisfacer una necesidad pública de conformidad a la descripción, y que de acuerdo a la advertencia que apunta la Contraloría General de la República, mantiene una apariencia de incumplimiento que requiere ser probada por personal técnico, específicamente concerniente al punto No. 4.1 que se refleja en el Informe Técnico.

“

4. Paredes

4.1. Suministro y construcción de paredes internas con bloques de 4". Altura 2.60 m acabado por arriba del nivel de cielo raso.



(Condición del pliego de cargos).

4	Paredes				
4.1	Suministro y construcción de paredes internas con láminas de fibrocemento (plyrock) con entramado de metal (incluye estructura de fijación y soporte), altura 2.60 m en departamento de compras, según planos y especificaciones. Casa Fabricante (Estructura, perfil , selladores, cinta) Plycem , Marca Plycem , Modelo Plyrock , País de Fabricación Colombia	m2	47.5	B/.46.00	B/.2,185.00

”



(Desglose de precios del proponente Servicios Hospitalarios y Construcciones Diversas, S.A.).

De la simple observación, pareciera que se tratan de características distintas y que para mejor comprensión se hacía necesario la intervención de personal técnico idóneo en la materia, para que nos diera luces del cumplimiento o no de los términos de referencia (especificaciones técnicas). Esa es la inquietud del ente de control y que me transmite como persona, asaltándome la duda y por eso, en el mismo hilo conductor, y aplicando principios fundamentales de las compras públicas como lo es la transparencia y la responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos, es que me vi en la necesidad



de manifestar mi opinión; misma que no fue tomada en cuenta y es la razón por la cual fundamento mi postura.

Al no realizarse el examen como indicamos, queda en el aire un vacío de incertidumbre que no será remediado y que probablemente la Contraloría seguirá en su negativa con justo juicio, porque aparentemente existe una adjudicación sin que se haya cumplido los requisitos en su entera totalidad, denotando incluso una modificación del cartel por una de las partes que por mandato legal no tiene facultad para hacerlo, obviando así las reglas sobre propuesta alternativa que la Doctrina y los antecedentes de este Tribunal han descartado, rompiéndose así la armonía de la que se gozaba y que se respetaba en el tema de la seguridad jurídica, de la que existe copiosa jurisprudencia de parte de nuestra más alta Corporación de Justicia.

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, que a mi concepto han sido olvidados.

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, que en esta oportunidad lamentablemente no vemos clarificado.

Este era el escenario propicio para enmendar el presunto error de la Administración dentro del entorno jurídico-fáctico que se nos presentó y así mantener mayores elementos de convicción para una decisión final que gozara de la satisfacción general y disipando cualquiera duda que hubiere surgido en este escenario, obedeciendo las normativas y sin apartarnos de su tenor literal.

Otro tema de importancia a destacar lo constituye el Informe de la Comisión Verificadora, el cual transgrede la ley, ya que no se aprecia el análisis de la oferta de menor precio, en donde se recomienda la adjudicación de la segunda oferta de menor precio, cual recae en la empresa **SERVICIOS HOSPITALARIOS Y CONSTRUCCIONES**



DIVERSAS, S.A., sin que repose el análisis pertinente que nos indique en dónde recayo su inconsistencia (de la de menor precio).

Una de las funciones constitucionales que la Carta Fundamental le concede al ente fiscalizador de los fondos públicos es precisamente el de velar que el sistema de compras públicas se realice con tal transparencia para proceder con el refrendo, es una facultad intrínseca que no podemos esconder ni desconocer, así se encuentra redactado en el artículo 280 constitucional, y en esa misma cuerda se deprenden una serie de observaciones que la entidad con humildad meridiana debe asimilar, pues no tendría sentido cumplir ese rol de control sin facultades mínimas, ello no implica irrespeto ni ningún otro adjetivo calificativo similar, tampoco la sugerencia se encuentra redactada con inusual ironía y sarcasmo, como refiere la decisión mayoritaria, es una facultad que tiene por conducto constitucional, y que se encuentra desarrollada en el artículo 48 de la Ley orgánica y la Ley del Presupuesto General de la Nación para la vigencia Fiscal 2022.

Pues, contribuir a la escogencia justa en beneficio del Estado no es atrevido ni insultante a la inteligencia, sino más bien un enfoque concreto en aras a la selección objetiva. De manera que la observación es válida y totalmente legal; entonces, corresponde a la entidad ajustarla o no, está dentro de su rol, pero de allí afirmar la falta de competencia de la Contraloría no es justa, toda vez que, como bien apunta el fallo de mayoría, la Administración de justicia no es tarea de un funcionario per sé, sino que se encuentra revestido de un engranaje colectivo que se va fortaleciendo con otros actores, cuyo rol es secundario, pero que contribuyen a la armónica colaboración que refiere nuestra Carta Magna. Y si por el contrario los plazos se encuentran agotados, este Tribunal tiene la oportunidad procesal de enderezar el acto público, en búsqueda de la verdad material y de la justicia en la adjudicación, utilizando los mecanismos que la ley le concede, así sea que conlleve más tiempo y de esclarecer de paso la duda que ha surgido en cabeza de quien está facultado para refrendar, así estaríamos garantizando en Derecho lo que corresponda, sin ningún tipo de duda que pueda entorpecer la labor por la cual juramos el cargo y administrando justicia en nombre de la República de Panamá.

Se señala en el fallo mayoritario que el Informe de la Comisión Verificadora se realizó con apego a la ley, pero no explican cómo se concluyó la recomendación de la segunda oferta de menor precio, sin que exista el escrutinio de la oferta de menor precio, cuando dicho estudio se desprende del contenido del artículo 58 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, vigente al momento de la convocatoria del acto, que trata sobre el procedimiento en las licitaciones públicas, cual es del siguiente tenor:

“

Artículo 58. Licitación pública. La licitación pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/.50 000.00). En este procedimiento de selección de contratista, las entidades licitantes no aplicarán el margen de riesgo, a fin de fomentar la competencia entre los proponentes y obtener el mayor beneficio para el Estado.



1. En la celebración de la licitación pública, se observarán las reglas siguientes:
Se anunciará mediante publicación, en la forma y con la antelación establecidas en los artículos 47 y 48, de acuerdo con la cuantía del acto público.
2. Los proponentes entregarán su oferta, la cual contendrá el precio ofertado con su correspondiente fianza de propuesta y la propuesta técnica ajustada a las exigencias del pliego de cargos.
3. La oferta de los proponentes será entregada por ellos en la fecha, la hora y el lugar señalados en el pliego de cargos.
4. La entidad licitante antes del acto de apertura de ofertas designará la comisión verificadora, la cual será conformada por profesionales idóneos en el objeto de la contratación.

5. En los actos públicos cuyo precio de referencia sea superior a los quinientos mil balboas (B/.500 000.00), quien presida el acto rechazará de plano las propuestas que no estén acompañadas de la fianza de propuesta. Igualmente, se rechazarán las propuestas acompañadas por fianzas con montos o vigencias inferiores a los establecidos en el pliego de cargos.

La presente disposición es de carácter restrictivo, por lo que en ningún caso podrán ser rechazadas propuestas por causas distintas a las aquí señaladas.

- Contra el acto de rechazo, el agraviado podrá reclamar hasta el siguiente día hábil ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, que tendrá un plazo máximo de tres días hábiles para resolver el reclamo.
6. Una vez conocidas las propuestas, quien presida el acto preparará un acta que se adjuntará al expediente, en la que se dejará constancia de todas las propuestas admitidas o rechazadas en el orden en que hayan sido presentadas, con expresión del precio propuesto, del nombre de los participantes, de los proponentes rechazados que hayan solicitado la devolución de la fianza de propuesta, del nombre y el cargo de los servidores públicos que hayan participado en el acto de selección de contratista, así como de los particulares que hayan intervenido en representación de los proponentes, y de los reclamos o las incidencias ocurridos en el desarrollo del acto. El acta será de conocimiento inmediato de los presentes en el acto y será publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".
 7. Dentro del término máximo de tres días hábiles, después de la entrega de propuestas se efectuará, cuando proceda, la subsanación de los documentos indicados en el pliego de cargos y se remitirá el expediente que contiene las propuestas de los participantes a una comisión verificadora, que deberá estar constituida por la entidad licitante.
 8. Si la comisión verificadora determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, emitirá un informe recomendando la adjudicación de este acto público a ese proponente.
 9. Si la comisión verificadora determina que quien ofertó el precio más bajo no cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, procederá inmediatamente a evaluar la siguiente propuesta con el precio más bajo y así sucesivamente, utilizando el mismo procedimiento empleado en la evaluación de la propuesta anterior, hasta emitir un informe recomendando la adjudicación del acto o que se declare desierto por incumplimiento de los requisitos y las exigencias del pliego de cargos por parte de todos los proponentes.
 10. El plazo para emitir el informe de la comisión verificadora no será superior a dos días hábiles, contado a partir del día hábil siguiente a la publicación del acta de apertura, salvo que se haya establecido en el pliego de cargos un periodo de subsanación, en cuyo caso el plazo para emitir el informe de la comisión será contado a partir de la publicación del informe de subsanación.
Si la complejidad del acto lo amerita, la comisión contará con una única prórroga que no será superior a cinco días hábiles.
 11. Una vez emitido el informe, este será publicado obligatoriamente en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y estará disponible, ese mismo día, una copia impresa de este para los participantes en el acto que la deseen.
 12. A partir de la fecha de la publicación descrita en el numeral anterior, los participantes de este acto público tendrán acceso al expediente, incluyendo las propuestas de los participantes en el acto, y tendrán tres días hábiles para hacer observaciones a dicho informe.

13. Transcurrido este término, la entidad tendrá dos días hábiles para decidir si ordena un nuevo informe parcial o total a la misma comisión. Si transcurrido este término la entidad no emite pronunciamiento alguno, se entenderá que el informe de la comisión ha sido aceptado por esta, pudiendo adjudicar o declarar desierto el acto de selección de contratista en un término de dos días.

En caso contrario, la entidad, dentro de este término, deberá emitir una resolución motivada ordenando un nuevo análisis parcial o total del informe.

Contra el nuevo informe de la comisión cabe la acción de reclamo, la cual será tramitada conforme a lo establecido en el artículo 153.

En los casos en que se presente un solo proponente y este cumpla con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, la recomendación de la adjudicación podrá recaer en él, siempre que el precio ofertado sea conveniente para el Estado.

La contribución de la Contraloría no es un acto que afecta el procedimiento, todo lo contrario, contribuye a una escogencia justa o por lo menos alerta sobre una posible transgresión a la ley respecto a un tema técnico que debemos someter al control de los



expertos, a fin de buscar una solución lógica en que el Tribunal no tiene una experticia, y que las disposiciones jurídicas nos conceden una solución en casos concretos, el cual deben ser utilizados como instrumentos auxiliares del foro.

Todo lo anteriormente descrito trajo en consecuencia, como medida de precaución y de cuidado de protección en relación a los intereses del Estado, la observación de la Contraloría, como una sugerencia que a mi criterio debió ser acogida, porque no se trata de un capricho sino de un hecho real que pone en dudas la adjudicación; pronunciamiento que considero totalmente válido, tomando en cuenta que, ante una duda, las entidades públicas del Estado deben de caracterizarse por tener una conducta de transparencia, claridad y adecuada gestión en su actuación; situación tal que se vio vislumbrada en la etapa del refrendo y que consideramos debió ser aclarada mediante una resolución anterior a la decisión, hechos que no resultan ser simples, sino que requieren de mayor atención, como es el caso de las especificaciones técnicas, cuales no quedan clarificadas y el procedimiento debido en casos de licitación pública que tampoco vemos satisfecho, al no encontrarse el análisis correspondiente de la oferta de menor precio, en donde el precio es el factor determinante como primera premisa y en donde tampoco encontramos respuestas en cuanto al tema en debate como lo es las características ofrecidas por la adjudicataria versus los términos del pliego.

Coincido con la Contraloría General en que existe dudas en cuanto a las características del objeto contractual ofrecido por la proponente beneficiada, y al no encontrar gestión o actuación de mis homólogos en tratar de enderezar el procedimiento en búsqueda de la verdad material, que a mi criterio, no ha quedado probado, es la razón que me impide acompañarlos en esta oportunidad, pues, a mi criterio, el fin de la prueba no ha sido instrumentado, con el propósito de lograr mi convencimiento, quedando abiertamente la duda y el problema que generó el no refrendo, por ende, el remedio procesal que ha sido dirigido no ha contribuido en esclarecer esa duda que se materializó en la institución de control y que a mi concepto, al no desaparecer, persistirá la negación que en nada contribuirá con el acto público.

Es evidente y tal como lo ha indicado la Contraloría General de la República; que una vez se subsanen de forma íntegra y completa la información que generó lo contencioso, entonces esta última entidad pública procederá a efectuar el correspondiente refrendo de la Orden de Compra que ha sido por el momento negada, al no adecuarse ésta al pliego sino a la propuesta.

La motivación que ha servido de sustento en la decisión de mayoría contrasta con los pronunciamientos recientes que hemos enfocado en los casos de alimentos llevados por el Ministerio de Educación, en donde en igual postura, la Contraloría se negó a refrendar el acto administrativo, y que en búsqueda de la razón este Tribunal practicó pruebas que sirvieran de argumento para sostener una decisión y llama la atención que en aquella

oportunidad de manera unánime no se motivó en absoluto lo que hoy se relata sobre la falta de competencia ni de insulto intelectual o académico tenue, por observaciones del ente de control, sino un trabajo en aras de la verdad, que se desprende de diferentes normativas ya citadas. La observación es válida y apunta un hecho cierto, que son las diferentes dudas, por consiguiente, se encuentra revestida del principio de legalidad o Primacía de la ley, regla fundamental del derecho público, conforme al cual, todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley.

De manera que, al no compartir la decisión de mayoría, éstas son las razones por la cual no avalo el fallo mayoritario, por ende, en vista de los razonamientos expuestos, y como quiera que la mayoría tiene un criterio cual no comparto, respetuosamente, Salvo mi Voto.


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

