



REPÚBLICA DE PANAMÁ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 007-2021

RECORRENTE: PETROLERA NACIONAL, S.A.,

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. DGCP-DS-141-2020 de 28 de diciembre de 2020, proferida por la Dirección General de Contrataciones Públicas dentro del procedimiento de selección de contratista por Convenio Marco No.2020-1-27-0-99-LM-002294.

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

Resolución No. 027-2021-Pleno/TACP de 1 de marzo de 2021 (Decisión).

CONSIDERANDO:

Que la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, mediante el Texto Único ordenado por el artículo 74 de la Ley No.153 de 8 de mayo de 2020, regula la Contratación Pública en Panamá, en su artículo 146 crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República, el cual tiene competencia privativa para conocer en única instancia del Recurso de Impugnación contra cualquier acto de adjudicación, deserción o rechazo de propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 238 al 246, establece el procedimiento para la tramitación del Recurso de Impugnación y reglamenta la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra"; ambas disposiciones legales amparadas en el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Panamá.

I. ANTECEDENTES:

El presente procedimiento de selección de contratista para el "Suministro de combustible para las entidades del Estado", tuvo su origen el día 25 de septiembre de 2020, cuando la Dirección General de Contrataciones Públicas, transmitió en el Portal Electrónico de Contrataciones Públicas el procedimiento de selección de contratista No.2020-1-27-0-99-LM-002294, con la indicación del día y hora de la presentación de las propuestas, el día, lugar y hora de inicio del acto público, la descripción del objeto

21



contractual, la partida presupuestaria, entre otros, en obediencia al contenido del artículo 41 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006.

En razón de lo anterior, se señaló como fecha de presentación de las ofertas el día 28 de octubre de 2020, desde las 9:00 hasta las 10:00 de la mañana, y para el mismo día, pero en horario de 10:01 de la mañana como fecha y hora para la apertura de las ofertas, tomando en consideración que estamos ante un acto público por Convenio Marco, cuyo precio de referencia es indeterminado.

La entidad, una vez valoradas las ofertas de los dos únicos proponentes: PETRÒLEOS DELTA, S.A. y PETROLERA NACIONAL, S.A., decidió adjudicar los dos (2) renglones entre los proponentes, lo cual hizo efectivo a través de la Resolución No. DGCP-DS-141-2020 de 28 de diciembre de 2020, por estimar que cada una cumplió con los requisitos expuestos en el pliego de cargos en los correspondientes renglones.

La Resolución No. DGCP-DS-141-2020 de 28 de diciembre de 2020, fue recurrido en tiempo procesal oportuno por la representación especial de la empresa PETROLERA NACIONAL, S.A., alegando no estar de acuerdo con la decisión tomada por la entidad en el renglón No. 2 por las siguientes razones jurídicas:

Que la Dirección General de Contrataciones Públicas, divulgó el informe de la Comisión Verificadora el día 3 de diciembre de 2020 y que su representada presentó observaciones al informe el día 7 de diciembre del mismo año, sin que hasta el momento exista un pronunciamiento por la mencionada entidad.

Indica que al no ver respuesta de la Dirección General de Contrataciones Públicas, decidieron presentar acción de reclamo el día 11 de diciembre de 2020, la cual fue subida al Sistema Electrónico el mismo día, pero a las 4:02 de la tarde por la entidad y que a las 4:01 del día 11 de diciembre la Dirección General de Contrataciones Públicas publicó la respuesta a las aclaraciones aportadas el 7 de diciembre, hecho que considera contrario al principio de transparencia que debe regir en todo acto público.

Otro hecho demandado por la firma forense SANJUR & ASOCIADOS es que el Informe de la Comisión Verificadora fue confirmado por la Dirección General de Contrataciones Públicas, informe que fue proferido de forma extemporánea sin que existiera resolución de prórroga. Que además la misma mantiene errores de identificación de los proponentes, ya que no coinciden la inversión de los oferentes, no coincidiendo la verificación de las propuestas presentadas con los eventos sucedidos en la apertura de las ofertas, y que la propuesta de su mandante aparece



en el informe como si fuese presentado electrónicamente habiéndose presentado presencialmente.

Sostienen que en cuanto al error manifiesto profirieron nota de aclaración en vez de una resolución de conformidad a lo establecido en el artículo 69 de la ley especial.

En cuanto al punto No.8 de los otros requisitos de los términos de referencia que se refiere al permiso de usuario de zona libre de petróleo, indican que la Comisión Verificadora no se percató del incumplimiento por parte del proponente PETRÒLEOS DELTA, S.A. Que a pesar que el pliego dice que se aporta cuando aplique; considera que ambas propuestas aplican y que PETRÒLEOS DELTAS, S.A., incumplió con esa condición.

Argumenta la firma forense que la condición mencionada en líneas anteriores, aplica a PETRÒLEOS DELTA, S.A., por cuanto que es importador de combustible y usuario de Zona Libre de Petróleo, tal y como lo indican las disposiciones legales que regulan el tema.

Que a pesar de que la Comisión Verificadora señaló que el requisito mencionado no aplica a PETRÒLEOS DELTA, S.A.; sin embargo, en el informe no se justifican cuáles son las motivaciones para determinar su no aplicación para este acto público. Recuerdan que en el procedimiento de selección de contratista No.2017-1-27-0-99-LM-001713, la Dirección General de Contrataciones Públicas requirió la misma condición y que en esa ocasión el proponente cumplió con la obligación.

En cuanto el punto No.2 de los otros requisitos de los términos de referencia, considera que si bien la propuesta de PETRÒLEOS DELTA, S.A, de acuerdo con la fórmula establecida en el pliego de cargos representa el menor margen de contribución, no es la más conveniente para los intereses del Estado por las siguientes razones: el precio propuesto con valores negativos (margen + flete) en zonas en donde no hay relevancia del consumo es subvencionado por el precio propuesto para la Provincia de Panamá y así vender más caro al Estado. Considera importante el jurista señalar que un flete negativo vicia el objeto de la MOE, ya que no tiene sentido que lugares más alejados y/o remotos paguen un menor flete, lo que traería como consecuencia que busquen compensarlo haciendo una oferta más alta en las zonas de mayor consumo como es el caso de la Ciudad de Panamá.

Que de acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que el mayor consumo del renglón No.2 se requiere en la Ciudad de Panamá, de tal manera que las entidades del Estado establecidas en la ciudad, tales como Mi Bus, y la Autoridad de Aseo pagarán más por el combustible en comparación a lo que pagarán con la oferta hecha por PETROLERA, NACIONAL, S.A., y las mismas se verán seriamente perjudicadas, ya que obtendrán el mejor precio y pagarían más en ese convenio marco, lo cual es contradictorio para la finalidad de ese procedimiento de selección de contratista.



Considera que una oferta con margen + flete negativo en las zonas más alejadas y con menor consumo, buscarían una compensación haciendo una oferta más alta en zonas de mayor consumo, logrando así una MOE muy baja, pero vendiendo a mayor precio a las entidades de las regiones en donde el margen + precio es positivo y mayor al ofertado por PETROLERA NACIONAL, S.A.

Manifiesta que el flete es un costo que refleja el valor a pagar por el servicio de transporte, de tal manera que no se entiende que en la región a menor distancia del punto de suministro (Zona Libre de Petróleo) el valor del margen + flete sea mayor que para las regiones en donde se requiere un flete por recorrer mayores distancias (margen + flete, negativos) el requerimiento de transporte con margen negativo es una práctica poco eficiente y que conlleva pérdidas, y en este caso, tratándose del suministro de combustible para las entidades del Estado, el mismo no puede permitir que esta supuesta mejor oferta económica se sustente en una práctica que no garantiza que el valor a pagar del combustible sea el mejor para el Estado panameño, ya que esa es el resultado de la suma simple de margen y precio de cada zona; de manera que se podría presentar la MOE más baja, pero no así el mejor precio.

Volviendo con la temática del permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo tipo A y B como lo son PETRÒLEOS DELTA, S.A., y PETROLERA NACIONAL, S.A., era de obligatorio cumplimiento la presentación de ese permiso junto con su oferta, tal como lo reconoce la Dirección General de Contrataciones Públicas en la Resolución de Fondo No. DF-780 de 22 de diciembre de 2020 y no así para los concesionarios de estaciones de combustibles, esto con el fin de no limitar la participación de proponentes en ese acto público.

Indican que para sustentar su decisión la DGCP se fundamentó en una solicitud de aclaración a la Secretaría Nacional de Energía, pero considera que la consulta debió ser dirigida a fin de determinar si PETRÒLEOS DELTA, S.A., es usuario de Zona Libre de Petróleo, ya que, de realizar la pregunta de manera correcta, muy posiblemente hubiesen descalificado al proponente PETRÒLEOS DELTA, S.A.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad remitió a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el informe de conducta respectivo, argumentando lo siguiente:

En primer lugar, se realiza un recuento de toda la actividad procesal llevada a cabo por la entidad (Dirección General de Contrataciones Públicas). En cuanto a lo argumentado por la recurrente indican que, las observaciones proferidas por PETROLERA NACIONAL, S.A., consta contestación en la publicación del día 11 de diciembre de 2020



y en tiempo procesal oportuno, ya que el informe de la Comisión Verificadora fue divulgado el día 3 de diciembre de 2020, por lo que consideran que los tres días hábiles para hacer observaciones venció el día 7 de diciembre de 2020; siendo así, los dos días hábiles con los que contaba la entidad para responder vencían el día 11 de diciembre de 2020, fecha en que la Dirección General de Contrataciones Públicas publicó la referida contestación, basado en los numerales 11, 12 y 13 del artículo 58 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006.

En cuanto a la acción de reclamo, la misma indican que fue admitida y resuelta en el fondo por la Dirección de Fiscalización de la Dirección General de Contrataciones Pública, concediéndose así el derecho a controvertir el contenido del informe de comisión, cuya decisión no le resultó favorable.

Con respecto a los errores alegados por PETROLERA NACIONAL, S.A. en la identificación de los proponentes, la Dirección General de Contrataciones Públicas reiteró que el día 7 de diciembre de 2020, la Comisión Verificadora profirió una nota aclaratoria que fue publicada el día 11 de diciembre de 2020 y en la que indicó que en el informe de la Comisión Verificadora se colocaron de forma incorrecta los nombres de los proponentes, aclarándose que en el primer cuadro de verificación corresponde a la empresa PETRÓLEOS DELTA, S.A., cuya oferta fue presentada electrónicamente y el segundo cuadro de verificación corresponde a la empresa PETROLERA NACIONAL, S.A., con propuesta presentada de forma física.

En ese sentido, difiere con lo planteado por la accionante por cuanto que, no considera que la aclaración debió realizarse mediante resolución de conformidad al artículo 69 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006 positiva al momento de la convocatoria, toda vez que no se trata de una modificación al informe, sino de una corrección de un error por parte de la misma comisión en su informe.

Concerniente a la extemporaneidad en la emisión del informe de la Comisión Verificadora, sustentan que el día 3 de diciembre de 2020, la Comisión Verificadora emitió, dentro del término de 20 días hábiles establecidos en el segundo párrafo del numeral 4 del artículo 61 de la ley especial, sumado a que el artículo 128 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, se establece que, instalada la comisión, comenzará a correr el término para la emisión del informe y que en obediencia a la norma citada, la instalación de la comisión ocurrió el día 2 de noviembre de 2020 de acuerdo a acta publicada en el portal electrónico.

Sobre los temas de fondo que se refieren al requisito del permiso de usuario de zona libre de petróleo y que la propuesta de PETRÓLEOS DELTA, S.A. no es la más conveniente para el Estado, ya que el precio propuesto con valores negativos (margen + flete) en zonas donde no hay relevancia del consumo es subvencionado por el precio propuesto para la Provincia de Panamá y así vender más caro al Estado, sostiene que, en



relación al requisito de permiso de usuario de la Zona Libre de Petróleo, la Dirección General de Contrataciones Públicas determinó en el pliego de cargos que tal condición era exigible siempre y cuando el proponente fuese usuario de la Zona Libre de Petróleo y que en caso contrario, esa requisición no aplicaba y por tanto, no era exigible su aportación por parte de PETRÓLEOS DELTA, S.A.

Indican que de acuerdo a lo expuesto en los numerales 24 y 25 del artículo 3 del Decreto de Gabinete No.36 de 17 de septiembre de 2003 es preciso manifestar que el pliego de condiciones evoca un tipo de permiso en específico que los oferentes debían aportar obligatoriamente en su oferta y es el permiso de importador encontrado en el punto No.5 de los otros requisitos de los términos de referencia y que de acuerdo a lo planteado, PETRÓLEOS DELTA, S.A., aportó la Resolución No.3659 de 2 de marzo de 2018, emitida por la Secretaría Nacional de Energía que extiende permiso de importador-distribuidor de combustibles, fósiles, sus derivados y biocombustibles para la venta en el mercado doméstico.

Por otro lado, consideran que el pliego de cargos no contiene prohibición de ofertar valores negativos para las regiones que componen el renglón No.2 y que en ese sentido, resulta oportuno apuntar que los montos ofertados para el mencionado renglón, constituye un margen de contribución, el cual se agrega al precio de paridad que pagará el Estado, al establecerse un margen de contribución negativo, y que ese se le resta del precio de paridad, lo cual resulta cónsono con la respuesta dada por el proponente PETRÓLEOS DELTA, S.A., ante la consulta formulada por la Comisión Verificadora... "al ser un número negativo en efecto restará del precio de paridad".

En cuanto al que un flete negativo constituye una manipulación del MOE por parte del proponente, argumentan que son del concepto de que no resulta contrario al pliego de cargos ofertar valores negativos bajo el entendimiento que constituyen un margen de contribución y que se restan del precio de paridad para los renglones en que se ofertaron dichos valores. En ese sentido, vale señalar que el pliego de cargos estableció una distribución de la ponderación del consumo histórico de los productos a ser suministrados (75.37% para diésel bajo azufre en bombas de patio, 3.34% para gasolina 91 octanos en bombas de patio y 21.29% para diésel bajo azufre en instalaciones para consumo propio) y no en función de regiones específicas independiente del consumo de cada una, como sucede con la región de la Ciudad de Panamá, según lo subrayado por el accionante en su escrito.

Que en su escrito el accionante sostiene que "establecer precios negativos (margen + flete) podría constituir un dumping, ya que el precio es artificiosamente más bajo para eliminar la competencia" la DGCP estima que los valores ofertados por los proponentes se ajustan a las exigencias de los términos de referencia, dado que no se oferta el costo por litro de combustible sino un margen de contribución por cada producto en cada región.



En ese sentido, sostienen que no se evidencia que haya operado la figura del dumping ni los presupuestos que la constituyen, tal como fuera definida en el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y sus anexos.

De igual forma, indica la entidad en su informe que para esclarecer los cuestionamientos de la impugnante, realizaron consulta a la Secretaría Nacional de Energía, y que los mismos señalaron que los competentes en esa materia es la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO); sin embargo, la Secretaría Nacional de Energía concluyeron que en relación a la fórmula establecida en los términos de referencia no se considera que exista evidencia que lleve a la Secretaría a presentar alguna denuncia por conducta o condición de mercado que disminuya la competencia en la cadena de comercialización.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

De la revisión del Portal Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", vemos la presentación en tiempo oportuno de alegatos en interés particular y de la ley.

Alegatos en interés de la ley de parte del licenciado Ricardo Pérez Ledezma. En su libelo afirma que la adjudicación del segundo renglón del presente acto público de selección de contratista no ha sido en beneficio del Estado por cuanto que, de la propuesta de la empresa PETRÒLEOS DELTA, S.A. le preocupa que las entidades con bombas de patio en la Provincia de Panamá, que son las que más consumen combustible pagarán más, ya que su precio estará subvencionado a las otras provincias, lo que genera la duda razonable si se ha buscado el mayor beneficio económico para el Estado

Sostiene que le resulta claro que no le conviene al Estado adjudicar el acto público a un proponente que no cumplió requisito solicitados por la entidad en los términos de referencia, por lo que a su entender no existió plena justicia en la adjudicación como lo dispone la Constitución Nacional.

Indica que es de suma preocupación que la Dirección General de Contrataciones Públicas, como ente encargado de las contrataciones públicas haya obviado lo dispuesto en su propio pliego de condiciones, ya que PETRÒLEOS DELTA, S.A. debió cumplir con la aportación del permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo; sin embargo, no lo presentó con su propuesta, y la comisión y la entidad convalidaron el incumplimiento, por ello se pregunta ¿para que existen reglas claras, si el ente encargado no las aplica equivalentemente a los proponentes y en ese sentido las acciones de reclamo deben ser revisadas por el tribunal por su independencia e imparcialidad.

Alegaciones en interés de la ley aportado por la licenciada Estefany Escobar. Que de acuerdo a la Comisión Verificadora ambos proponentes cumplieron con el pliego de



cargos, pero a su criterio el mismo se realizó en contravención a lo dispuesto en los términos de referencia y a la ley especial de contrataciones públicas. Particularmente señala que PETRÓLEOS DELTA, S.A., para el renglón No.2 cotizó los precios en negativo, lo que le genera suspicacia al no entender las razones para proponer un flete negativo a regiones apartadas cuando su lógica indica que el flete deberá ser más oneroso en esos lugares.

Que el Estado está arriesgando mucho, puesto que las condiciones propuestas podrían acarrear un mayor costo a largo plazo, así como un mayor costo para la Provincia de Panamá, en donde el volumen de compras es mucho mayor que en las demás provincias en comparación con el proponente que no fue beneficiado con la adjudicación, a pesar de cumplir con todos los requisitos del pliego de condiciones, lo que considera como un hecho injusto.

Alegaciones en interés particular aportado por la firma forense ROACH LAW FIRM, en representación de PETRÓLEOS DELTA, S.A. En cuanto al Informe de la Comisión Verificadora manifiesta que el impugnante, con el propósito de beneficiarse del efecto suspensivo del recurso, y de dilatar el inicio del goce de mejores condiciones económicas para el Estado de las que actualmente recibe para la adquisición de combustible (diésel bajo azufre y gasolina sin plomo de 91 octanos) para las entidades del Estado descritas en las regiones/provincias del país producto de la adjudicación, en el hecho décimo de la acción recursiva recurre a aseveraciones que considera infundadas, como por ejemplo, alegando que el Informe de la Comisión Verificadora fue presentado de manera extemporánea, afirmación que considera falsa, ya que a todas luces se puede determinar en el portal electrónico que las ofertas fueron presentadas el día 28 de octubre y el mencionado informe fue emitido y publicado el día 3 de diciembre de 2020, es decir, dentro del plazo de 20 días hábiles que determina la ley, sumado a ello la fase de subsanación y los días festivos del mes de noviembre.

Que la accionante apunta que la Comisión Evaluadora (sic) debió corregir el informe emitido el día 3 de diciembre de 2020 y presentar uno nuevo corregido al tenor del artículo 69 de la Ley No.22, por haberse colocado erróneamente el nombre de los proponentes en el cuadro de verificación de cumplimiento de requisitos mínimos obligatorios en lugar de haber presentado nota aclaratoria el 11 de diciembre de 2020. Contrario a lo mencionado, el artículo 69 de la ley especial es claro al sostener que la corrección o la modificación de un informe de verificación únicamente debe ocurrir cuando se produce la contravención de un requisito incluido en la ley o en el pliego de cargos.

Indica que la impugnante ha incurrido en múltiples aseveraciones infundadas por falsas y que además, son totalmente temerarias, ya que conoce perfectamente que no son ciertas, al querer confundir de que PETRÓLEOS DELTA, S.A., tenía la obligación de



presentar con su propuesta un permiso de usuario para poder suministrarle al Estado combustible (diésel bajo azufre y gasolina sin plomo de 91 octanos) para las entidades estatales descritas en las regiones/provincias del país incluidas en la licitación.

Que el punto No. 8 de los otros requisitos del pliego de cargos solicita el permiso de usuario de zona libre de petróleo, pero cuando aplique y que en razón a ello su representada no tiene un Permiso de Usuario de Zona Libre de Petróleo para poder suministrarle al Estado combustible (diésel bajo azufre y gasolina sin plomo de 91 octanos) para las entidades estatales descritas en las provincias y regiones del país incluidas en la licitación que nos ocupa, porque no le aplica dicho requisito y que tampoco tenía la obligación de aportarlo.

También señala que no es cierta la afirmación que en el acto público por Convenio Marco No.2017-1-27-0-99-LM-001713 la empresa PATRÒLEOS DELTA, S.A. cumplió con tal requerimiento y que el mismo se puede verificar en el mismo acto público, toda vez que el requisito de presentar el Permiso de Usuario de Zona Libre de Petróleo fue eliminado, por lo que mal pudo haberlo aportado su mandante.

Otra afirmación falsa y temeraria lo es haber sostenido que el Permiso de Usuario de Zona Libre de Petróleo constituye un requisito obligatorio para PETRÒLEOS DELTA, S.A., por ser importador de combustible y usuario de Zona Libre de Petróleo, conforme lo establecen la Ley No.43 de 011 y varios decretos de gabinete expedidos entre 2003 y 2011 y que al examinar la ley mencionada regula la firma electrónica y no tiene nada que ver con la condición en debate, y que solamente los Decretos de Gabinete No.36 de 2003 y el 28 de 2010 guardan relación con un Permiso de Usuario de Zona Libre de Petróleo o de un permiso de importador.

Que el Decreto de Gabinete No.36 de 2003, modificado por el Decreto de Gabinete No.28 de 2010 definen claramente quién es usuario de Zona Libre de Petróleo Tipo A y Tipo B, así como quién es un importador-distribuidor de combustibles fósiles, sus derivados y biocombustibles para la venta en el mercado doméstico.

Menciona que el numeral 7 del artículo tercero del Decreto de Gabinete No.36 de 2003 modificado por el Decreto de Gabinete No.28 de 2010 define al importador-distribuidor de combustibles fósiles, sus derivados y biocombustibles para la venta en el mercado doméstico como una persona natural o jurídica autorizada por la Secretaría Nacional de Energía para la importación y distribución de combustibles fósiles, sus derivados y biocombustibles.

Así mismo el numeral 24 del artículo tercero del Decreto de Gabinete No. 36 de 2003 define al Usuario de Zona Libre de Petróleo Tipo A como una persona natural o jurídica



autorizada por la Dirección General de Hidrocarburos para introducir, almacenar, transportar, manejar, secar, mezclar, disponer para el mercado doméstico, exportar, reexportar, vender o entregar a naves en tránsito o a otros usuarios, petróleo crudo, semiprocesado y productos derivados del petróleo y otros insumos.

Por su parte, el numeral 25 del artículo tercero del Decreto de Gabinete No.36 de 2003, define al Usuario de Zona Libre de Petróleo Tipo B como una persona natural o jurídica autorizada por la Dirección General de Hidrocarburos para introducir, almacenar, secar, mezclar, exportar y reexportar petróleo crudo, semiprocesado y productos derivados del petróleo y otros insumos.

Arguyen que las actividades que se pueden realizar con cada una de las autorizaciones son distintas, siendo evidente que la autorización para importador-distribuidor de combustibles fósiles, sus derivados y biocombustibles para la venta en el mercado doméstico es la que guarda relación con la adquisición de combustible (diésel bajo azufre y gasolina sin plomo de 91 octanos) para las entidades estatales descritas en las regiones/provincias del país producto de la licitación.

Manifiestan que en una correcta aplicación del Derecho y de los fines de la licitación, lo anteriormente expuesto fue establecido por la Dirección General de Contrataciones Públicas en la adjudicación cuando explicó que con base al Decreto de Gabinete No.36 de 2003 existen diferentes categorías de autorizaciones en una Zona Libre de Petróleo, al tiempo que el pliego de cargos de la licitación sólo estableció como requisito obligatorio presentar uno: el permiso de importador, para lo cual en cumplimiento de dicho requisito PETRÓLEOS DELTA, S.A., presentó oportunamente en su oferta la Resolución No.3659 de 2 de marzo de 2018, proferida por la Secretaría General de Energía donde les otorga el Permiso de Importador-Distribución de Combustibles fósiles, sus derivados y biocombustible para la venta del mercado doméstico.

Reitera que su representada no tiene un permiso de usuario para poder suministrarle al Estado combustible (diésel bajo azufre y gasolina sin plomo de 91 octanos) para las entidades estatales descritas en las regiones/provincias del país incluidas en la licitación, sino una autorización de importador-distribuidor de combustibles fósiles, sus derivados y biocombustibles para la venta en el mercado doméstico, por lo que cumplió con la presentación del requisito que le era obligatorio presentar.

Sostiene que desde el año 2008 se vienen realizando licitaciones bajo convenio marco para el suministro de combustibles al Estado, utilizando la fórmula que fue incluida dentro del renglón No.2 (suministro de combustibles en instalaciones para consumo propio y/o bombas de patio) de las especificaciones técnicas de los términos de referencia de la licitación, para determinar objetivamente la oferta que represente la mejor oferta económica para el Estado (M.O.E.) es decir, aquella que contenga el menor margen de



contribución. Que se considerará como mejor oferta económica el menor resultado de la sumatoria del margen de contribución para cada uno de los productos para todas las regiones.

Fundamenta que la determinación de la oferta económica más beneficiosa para el renglón No.2 se obtiene de la sumatoria de las ofertas realizadas a todas las regiones del país descritas en la licitación en cuanto a ofrecer la mejor sumatoria del menor margen de contribución; es decir, de su total y no por la oferta realizada en una región en específico y que para los efectos de la licitación, lo relevante no era si un proponente ofertó un margen de contribución negativo o uno positivo, sino que su oferta no puede incluir un margen de contribución mayor al margen máximo de referencia permitido e indicado en el pliego de condiciones para cada una de las regiones y productos.

IV. DECISIÓN DE ESTE CUERPO COLEGIADO.

Entra el tribunal en conocimiento del recurso de impugnación que fue sustentado en tiempo procesal oportuno por parte de la proponente PETROLERA NACIONAL, S.A., quienes a través de su representación especial argumentan no estar de acuerdo con la selección del contratista PETRÓLEOS DELTA, S.A., para el acto público No.2020-1-27-0-99-LM-002294, promovido por la Dirección General de Contrataciones Públicas, como ente competente exclusivo de los procedimientos de selección de contratista para Convenios Marco.

En ese sentido, nos avocamos a las reglas estatuidas en el artículo 61 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, vigente al momento de la convocatoria del presente acto público (Ley No.153 de 2020) que nos indica que la licitación para convenio marco es el procedimiento de selección de contratista en el que se seleccionará uno o más proponentes, con los cuales se firmará un contrato llamado convenio marco, y se establecerán precios y condiciones determinados para bienes y servicios, durante un período definido.

Allí se establece que el criterio de selección será definido por la Dirección General de Contrataciones Públicas en los respectivos pliegos de cargos, atendiendo la particularidad de las necesidades del Estado.

Cabe destacar que la Dirección General de Contrataciones Públicas de conformidad a la ley citada, tomará en cuenta la relación costo-beneficio del bien o servicio para establecer los criterios de selección de los proponentes, cuya relación costo-beneficio (valor por el dinero) es el factor de calidad con respecto al precio ofertado. En este tipo de acto público el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en los términos de referencia; sin embargo, en casos debidamente fundados se podrá considerar los aspectos técnicos, económicos, administrativos, financieros y la localización de los proponentes y se adjudicará de



acuerdo con los criterios establecidos previamente por el pliego de cargos, previo cumplimiento de requisitos mínimos, en la cual el precio será el factor determinante para ser seleccionado dentro de la tienda virtual.

De manera tal que, de acuerdo a la normativa transcrita, y de la disposición legal que regenta las compras estatales en general, se puede concluir que el sistema de contratación pública en Panamá es abierto y garantista en cuanto a la competencia, dado que cualquiera persona natural, jurídica o consorcio puede participar sin ningún tipo de restricción, con el fin de cumplir con cada uno de los requisitos que deben contener los diferentes pliegos de condiciones.

Reglas éstas que deben ser abiertas y que provoquen la competitividad de los proponentes para de esa forma lograr la mejor oferta para el Estado, sin que ello implique desmejoramiento de la calidad del bien o servicio a ofrecer, descartándose aquellos requisitos que limiten la competencia del mercado.

Por eso, los funcionarios encargados de llevar a cabo el procedimiento de escogencia, tienen la responsabilidad de incluir en los términos de referencia, toda condición o requisito necesario dependiendo de cada acto público y del objeto contractual, siempre y cuando no sea contrario a las disposiciones jurídicas y principios que rigen las contrataciones estatales, con la finalidad latente de salvaguardar los intereses del Estado, asegurando que la adquisición tenga su respaldo, ya que en muchas oportunidades se han visto la requisición de un bien, sin tener el menor conocimiento de lo que se peticiona, dejando por fuera aquellos aspectos técnicos que son importantes para el mejor desempeño.

La finalidad de este sistema de contratación es la inclusión de aquellos proponentes que han satisfecho las condiciones generales y especiales del pliego de cargos, así como las especificaciones técnicas, para la adquisición de bienes y el suministro de servicios, atendiendo siempre la particularidad de las necesidades del Estado en la compra de objetos masivos o servicios para todas las instituciones para lograr el mejor desempeño de sus funciones cotidianas.

Una de las particularidades del convenio marco es precisamente su indeterminación, dado a que se adjudican o incluyen proveedores de bienes y servicios para satisfacer necesidades indeterminadas, por eso que en muchas oportunidades el monto que se transará a través de ellos es también desconocido al momento de su inclusión, y un ejemplo de ellos es precisamente el procedimiento de selección de contratista que nos ocupa, que es el del suministro de combustible para las entidades del Estado 2020-2022, en donde el precio de referencia no se establece de forma total y concreta, sino más bien por la cantidad de litros de combustibles que serán utilizados por las diferentes instituciones.

Ya entrando al contenido de lo contencioso, debemos expresar que son dos los aspectos destacables por la cual la recurrente ha accionado ante esta colegiatura. La



primera se debe a la no aportación del permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo (sic) por parte de la proponente PETRÓLEOS DELTA, S.A., la que, según PETROLERA NACIONAL, S.A., debió presentar al presente acto público, por ser un documento exigible para la adjudicación del procedimiento de selección de contratista según los términos de referencia por Convenio Marco.

Considera la impugnante que con el sólo hecho de ser un usuario de Zona Libre de Petróleo, lo obliga a aportar el documento en mención y como quiera que así no sucedió, entonces debió ser descalificada por incumplir un requisito obligatorio en el pliego de cargos

En ese sentido, de la observación y análisis del punto No.8 de los otros requisitos del pliego de condiciones, se desprende lo siguiente: "permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo: los proponentes deberán presentar (cuando aplique) el permiso de Usuario de Zona Libre de Petróleo, expedido por el Ministerio de Comercio e Industrias". Esto nos lleva a realizar una serie de reflexiones de la forma más justa y apegada a Derecho para garantizar la transparencia y justicia en la escogencia.

Si bien la Dirección General de Contrataciones Públicas requirió el documento bajo examen; sin embargo, dejó claro que el mismo será aportado "cuando aplique". El término cuando aplique resulta ser un tema opcional, no necesariamente implica que el poseerlo lo convierte en obligatorio, sino más bien para el tipo de actividad.

Al existir algunos temas de suma importancia y que requerían del concepto del ente competente para su mayor comprensión, nos apoyamos de los servicios de la Secretaría General de Energía, los cuales se hicieron efectivos a través de la Resolución No.004-2021-Pruebas/TACP de 28 de enero de 2021, respondiendo lo siguiente:

1. ¿Si la empresa PETRÓLEOS DELTA, S.A., de acuerdo a sus archivos es o no usuario de Zona Libre de Petróleo?

Respuesta: De acuerdo a nuestros archivos, la sociedad Petróleos Delta, S.A. si es Usuario de Zona Libre de Combustible (antes llamado Zona Libre de Petróleo).

2. ¿Si PETRÓLEOS DELTA, S.A., posee permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo?

Respuesta: En efecto la sociedad Petróleos Delta, S.A. posee con esta Secretaría un Permiso de Usuario de Zona Libre de Combustible Tipo A, para operar en la Zona Libre de Combustible administrada por la sociedad CLH Panamá, S.A., dentro del Aeropuerto Internacional de Tocumen.

3. De ser afirmativa su repuesta, ¿desde cuándo se encuentra vigente el mencionado permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo y cuando es su fecha de vencimiento?

Respuesta: La sociedad Petróleos Delta, S.A. se le otorgó el Permiso de Usuario de Zona Libre de Combustible Tipo A mediante Resolución No.1581 de 1 de agosto de 2013, para operar en la Zona Libre de Combustible administrada anteriormente por la sociedad Asig Panamá, S.A., ahora por la sociedad CLH Panamá, S.A. La última prórroga ha dicho Permiso se emitió mediante Resolución No.4176 de 14 de febrero de 2019, cuya vigencia es hasta el 31 de agosto de 2023.

4. Si por la actividad que desarrolla PETRÓLEOS DELTA, S.A., ¿es



indispensable o no poseer permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo?

Respuesta: Dependiendo de la actividad que realice la sociedad Petróleos Delta, S.A. puede requerir o no un Permiso de Usuario de Zona Libre de Combustible.

5. ¿Puede PETRÓLEOS DELTA u otra empresa tener un permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo y a la vez ser importador – distribuidor de combustibles fósiles, sus derivados y biocombustibles para la venta en el mercado doméstico?

Respuesta: Si, una empresa puede tener un Permiso de Usuario de Zona Libre de Combustible y a la vez tener un Permiso de Importador- Distribuidor de Combustibles Fósiles, sus derivados y Biocombustible para la venta en el mercado doméstico.

6. ¿Para proveer al Estado de diésel bajo azufre, gasolina sin plomo de 91 octanos y gasolina sin plomo de 95 octanos en instalaciones para consumo propio y/o bombas de patio se requiere o no un permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo?

Respuesta: No se requiere tener un Permiso de Usuario de Zona Libre de Combustible.

Partiendo del requisito “cuando aplique”, entendemos entonces que como quiera que, para abastecer al Estado de diésel bajo azufre, gasolina sin plomo de 91 octanos y gasolina sin plomo de 95 octanos en instalaciones para consumo propio y/o bombas de patio, no aplica la aportación del permiso de usuario de Zona Libre de Petróleo, tal y como lo ha señalado la Secretaría General de Energía a pregunta realizada, sólo el permiso de Importador-Distribuidor de combustibles, fósiles, sus derivados y biocombustibles para la venta en el mercado doméstico, mismo que fue entregado con la propuesta de PETRÓLEOS DELTA, S.A.

El Decreto de Gabinete No.36 de 17 de septiembre de 2003 y sus modificaciones no refiere en ninguno de sus articulados la necesidad de obtener un permiso de usuario de Zona Libre de Combustible para suministrar gasolina y diésel a las entidades del Estado, sumado que la condición que se reporta en los términos de referencia resulta ser opcional y no obligatorio (“cuando aplique”) entendiendo que el documento en mención lo expide la Secretaría General de Energía y no el Ministerio de Comercio e Industria como aparece en el texto del pliego de cargos.

El documento contenido en el punto No. 8 de los otros requisitos del pliego de condiciones no es absoluto o indefectible por la ley de compras estatales, la Constitución Política, las leyes complementarias ni por el propio pliego de cargos.

Tampoco es un documento exigible de forma rotunda para llenar una formalidad o solemnidad de un requisito, sino una condición aplicable en caso de ser determinante, que como hemos visto para el acto que nos ocupa, no es funcional, como sí lo es el permiso de importador-distribuidor de derivados del petróleo para la venta en el mercado doméstico que se requiere en el punto No.5 de las otras estipulaciones de los términos de referencia.

Como apreciamos, la empresa PETRÓLEOS DELTA, S.A., posee el permiso de usuario de Zona Libre de Combustible tipo A mediante Resolución No.1581 de 1 de agosto de 2013, cuya última prórroga fue concedida desde el día 14 de febrero de 2019 hasta el día 31 de agosto de 2023, para operar dentro del Aeropuerto Internacional de Tocumen; sin embargo, tal permiso no aportado no es un impedimento para realizar las actividades cotidianas de suministro de combustible, como ha sido informado en la práctica de prueba realizada y menos para proveer al Estado de diésel bajo azufre, gasolina sin plomo de 91 octanos y gasolina sin plomo



de 95 octanos en instalaciones para consumo propio y/o bombas de patio. Por eso, consideramos que se ajusta a lo solicitado en el pliego de condiciones, dado que el mismo es suficientemente claro en requerirlo de ser aplicable, pero para la actividad contractual requerida esa condición no aplica o simplemente no es necesaria.

Contrario a lo anterior sería que el documento en contencioso fuese de obligatorio acompañamiento por la actividad desprendida o si la Dirección General de Contrataciones Públicas en vez de indicar "cuando aplique" hubiera manifestado que toda empresa de petróleo que sea usuario de Zona Libre de Combustible, deberá aportar el mencionado permiso como requisito indispensable para participar del procedimiento de selección de contratista que nos ocupa.

No obstante, esa no fue la condición, por ende, como autoridades encargadas de velar por el fiel cumplimiento de los actos públicos iniciados bajo la normativa de la Ley N.22 de 2006, no podemos exigir lo que la entidad no ha requerido taxativamente y tampoco es un tema de ley, pues, debemos enfocarnos sobre los términos y condiciones que han sido previamente establecidos y no sobre meras suposiciones o elucubraciones abstractas que pueda trastocar la eficacia del acto público con requisitos ajenos al procedimiento en concreto.

El otro tema de inconformidad se refiere al precio propuesto por PETRÓLEOS DELTA, S.A., con valores negativos (margen+flete) en zonas en donde no hay relevancia del consumo, al considerarlo subvencionado por el precio propuesto para la Provincia de Panamá y así vender más caro al Estado.

Sobre ese aspecto, consta en el expediente electrónico la consulta realizada por la Dirección General de Contrataciones Públicas a la Secretaría Nacional de Energía, a pregunta si de acuerdo a la fórmula establecida en el pliego de cargos de la licitación por convenio marco, el ofertar márgenes de contribución negativo (margen+flete) podría configurar la figura del "dumping" dentro del mercado de combustible, quienes respondieron que no consideran que exista evidencia que disminuya la competencia en la cadena de comercialización de los combustibles, reflexión que señalaron previamente sosteniendo que la competente para esa opinión es la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Mediante prueba No.004-2021 de 28 de enero de 2021, se solicitó a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia que nos indicara si ofertar márgenes de contribución negativo por parte de PETRÓLEOS DELTA, S.A., como se evidencia en la propuesta económica podría provocar o no "dumping" dentro del mercado de combustible, siendo la contestación que dicha entidad no se encuentra facultada para conocer de asuntos relacionados con el "dumping" por no tratarse de un tema de libre competencia contemplado en la Ley No.45 de 31 de octubre de 2007, siendo el Ministerio de Comercio e Industrias el idóneo; empero, que en cuanto a la competencia de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la



Competencia, según la ley citada, corresponde investigar la posible comisión de prácticas anticompetitivas conocidas como precios predarios, definiendo precios predarios aquellos que constituyen prácticas monopolísticas relativas, consistentes en vender un producto o servicio de forma sistemática por debajo de costo variable promedio, siempre y cuando quien vende a precio predario ostente poder sustancial en el mercado pertinente. Siendo así, concluyeron que la propuesta de PETRÓLEOS DELTA, S.A., al tener un margen de contribución por litro de combustible del Estado no implica que el oferente se encuentre vendiendo el producto a pérdida, por ende, se puede entender que no estaríamos ante un caso de precios predarios.

Por definición, precios predarios es una estrategia de precios que puede ser utilizada por una firma predominante en el mercado, con el fin de eliminar a sus competidores y así asegurarse el monopolio del mercado. Se trata de reducir precios por debajo del coste.

Desde ese punto de vista, se aclara la duda en que la propuesta bajo estudio no genera ningún tipo de monopolio en cuanto al servicio a ofrecer ni mucho menos competencia desleal, sino más bien la utilización de una fórmula para todas las regiones proporcionada por la entidad. Ahora bien, con respecto al “dumping”, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 que forma parte de la Organización Mundial de Comercio se ha acordado lo siguiente:

Parte I, artículo 2. Determinación de la existencia de dumping.

2.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.

2.2 Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador o cuando, a causa de una situación especial del mercado o del bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportado, tales ventas no permitan una comparación adecuada, el margen de dumping se determinará mediante comparación con un precio comparable del producto similar cuando éste se exporte a un tercer país apropiado, a condición de que este precio sea representativo, o con el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general así como por concepto de beneficios.

2.2.1 Las ventas del producto similar en el mercado interno del país exportador o las ventas a un tercer país a precios inferiores a los costos unitarios (fijos y variables) de producción más los gastos administrativos, de



venta y de carácter general podrán considerarse no realizadas en el curso de operaciones comerciales normales por razones de precio y podrán no tomarse en cuenta en el cálculo del valor normal únicamente si las autoridades determinan que esas ventas se han efectuado durante un período prolongado en cantidades sustanciales y a precios que no permiten recuperar todos los costos dentro de un plazo razonable. Si los precios inferiores a los costos unitarios en el momento de la venta son superiores a los costos unitarios medios ponderados correspondientes al período objeto de investigación, se considerará que esos precios permiten recuperar los costos dentro de un plazo razonable.

2.2.1.1 A los efectos del párrafo 2, los costos se calcularán normalmente sobre la base de los registros que lleve el exportador o productor objeto de investigación, siempre que tales registros estén en conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados del país exportador y reflejen razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado. Las autoridades tomarán en consideración todas las pruebas disponibles de que la imputación de los costos ha sido la adecuada, incluidas las que presente el exportador o productor en el curso de la investigación, siempre que esas imputaciones hayan sido utilizadas tradicionalmente por el exportador o productor, sobre todo en relación con el establecimiento de períodos de amortización y depreciación adecuados y deducciones por concepto de gastos de capital y otros costos de desarrollo. A menos que se reflejen ya en las imputaciones de los costos a que se refiere este apartado, los costos se ajustarán debidamente para tener en cuenta las partidas de gastos no recurrentes que beneficien a la producción futura y/o actual, o para tener en cuenta las circunstancias en que los costos correspondientes al período objeto de investigación han resultado afectados por operaciones de puesta en marcha.

2.2.2 A los efectos del párrafo 2, las cantidades por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general, así como por concepto de beneficios, se basarán en datos reales relacionados con la producción y ventas del producto similar en el curso de operaciones comerciales normales, realizadas por el exportador o el productor objeto de investigación. Cuando esas cantidades no puedan determinarse sobre esta base, podrán determinarse sobre la base de:

- i) las cantidades reales gastadas y obtenidas por el exportador o productor en cuestión en relación con la producción y las ventas en el mercado interno del país de origen de la misma categoría general de productos;*
- ii) la media ponderada de las cantidades reales gastadas y obtenidas por otros exportadores o productores sometidos a investigación en relación con la producción y las ventas del producto similar en el mercado interno del país de*



origen;

iii) cualquier otro método razonable, siempre que la cantidad por concepto de beneficios establecida de este modo no exceda del beneficio obtenido normalmente por otros exportadores o productores en las ventas de productos de la misma categoría general en el mercado interno del país de origen.

2.3 Cuando no exista precio de exportación, o cuando, a juicio de la autoridad competente, el precio de exportación no sea fiable por existir una asociación o un arreglo compensatorio entre el exportador y el importador o un tercero, el precio de exportación podrá reconstruirse sobre la base del precio al que los productos importados se revendan por vez primera a un comprador independiente o, si los productos no se revendiesen a un comprador independiente o no lo fueran en el mismo estado en que se importaron, sobre una base razonable que la autoridad determine.

2.4 Se realizará una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal. Esta comparación se hará en el mismo nivel comercial, normalmente el nivel "ex fábrica", y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posible. Se tendrán debidamente en cuenta en cada caso, según sus circunstancias particulares, las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios, entre otras las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación, las diferencias en los niveles comerciales, en las cantidades y en las características físicas, y cualesquiera otras diferencias de las que también se demuestre que influyen en la comparabilidad de los precios. En los casos previstos en el párrafo 3, se deberán tener en cuenta también n los gastos, con inclusión de los derechos e impuestos, en que se incurra entre la importación y la reventa, así como los beneficios correspondientes. Cuando, en esos casos, haya resultado afectada la comparabilidad de los precios, las autoridades establecerán el valor normal en un nivel comercial equivalente al correspondiente al precio de exportación reconstruido o tendrán debidamente en cuenta los elementos que el presente párrafo permite tomar en consideración. Las autoridades indicarán a las partes afectadas qué información se necesita para garantizar una comparación equitativa y no les impondrán una carga probatoria que no sea razonable.

2.4.1 Cuando la comparación con arreglo al párrafo 4 exija una conversión de monedas, ésta deberá efectuarse utilizando el tipo de cambio de la fecha de venta, con la salvedad de que cuando una venta de divisas en los mercados a término esté directamente relacionada con la venta de exportación de que se trate, se utilizará el tipo de cambio de la venta a término. No se tendrán en cuenta las fluctuaciones de los tipos de cambio y, en una investigación, las autoridades concederán a los exportadores un plazo de 60 días, como mínimo, para que ajusten sus precios de exportación de manera que reflejen movimientos sostenidos de los tipos de cambio durante el período objeto de



investigación.

2.4.2 A reserva de las disposiciones del párrafo 4 que rigen la comparación equitativa, la existencia de márgenes de dumping durante la etapa de investigación se establecerá normalmente sobre la base de una comparación entre un promedio ponderado del valor normal y un promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables o mediante una comparación entre el valor normal y los precios de exportación transacción por transacción. Un valor normal establecido sobre la base del promedio ponderado podrá compararse con los precios de transacciones de exportación individuales si las autoridades constatan una pauta de precios de exportación significativamente diferentes según los distintos compradores, regiones o períodos, y si se presenta una explicación de por qué esas diferencias no pueden ser tomadas debidamente en cuenta mediante una comparación entre promedios ponderados o transacción por transacción.

2.5 En caso de que los productos no se importen directamente del país de origen, sino que se exporten al Miembro importador desde un tercer país, el precio a que se vendan los productos desde el país de exportación al Miembro importador se comparará, normalmente, con el precio comparable en el país de exportación. Sin embargo, podrá hacerse la comparación con el precio del país de origen cuando, por ejemplo, los productos transiten simplemente por el país de exportación, o cuando esos productos no se produzcan o no exista un precio comparable para ellos en el país de exportación.

2.6 En todo el presente Acuerdo se entenderá que la expresión “producto similar” (“like product”) significa un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.

2.7 El presente artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la segunda disposición suplementaria del párrafo 1 del artículo VI del GATT de 1994, contenida en su Anexo I.

De acuerdo a lo anteriormente plasmado, el “dumping” ocurre cuando la transacción que se desea realizar involucra a empresas de mercado extranjero, lo cual no aplica al caso en particular, primero porque PETRÓLEOS DELTA, S.A., es una empresa panameña, siendo así, la figura del “dumping” no es funcional, lo que da paso a ser observada bajo las normas de la Autoridad de Protección de Competencia y Asuntos del Consumidor, entidad que ha sostenido su punto y concluido que la oferta no está vendiendo a precios predatorios. Es una figura de carácter internacional que en todo caso discrimina al producto nacional y que busca fomentar la competencia desleal (dumping).



Otro tema importante a destacar es que nos encontramos ante un acto público de selección de contratista en su modalidad de convenio marco, en donde se tomará en cuenta la relación costo-beneficio del bien o servicio para establecer los criterios de selección de los proponentes, lo que implica que la escogencia se dará tomando en cuenta el precio como factor determinante, en donde la entidad fijó una fórmula la cual ha sido aplicada de la forma más conveniente para la proponente que resultó beneficiada, que para ser beneficiada con la adjudicación se debió presentar un menor margen de contribución como la mejor oferta económica, utilizando la siguiente fórmula:

Mejor Oferta Económica (M.O.E) =
$\Sigma (CDBA\% \times MCCDBA) + (CGSP91\% \times MCCGSP91) + (CDBAT\% \times MCCDBAT)$

La mejor oferta económica resulta luego de ponderar las variables correspondientes, y el resultado final será de la sumatoria del margen de contribución para cada uno de los productos para todas las regiones, de acuerdo a la ecuación descrita en líneas anteriores. Eso fue lo que en resumen requirió el pliego de cargos y a eso fue lo que se ajustó el proponente PETRÓLEOS DELTA, S.A., por lo que no podríamos alterar la fórmula que cada parte mejor haya planteado.

Recordemos que es el resultado final lo que va a arrojar la mejor oferta económica y no las regiones de forma individual, por esa razón, desvirtuamos los argumentos sostenidos por la recurrente y por los terceros en interés de la ley, por las consideraciones que hemos vertido.

Debemos recordar que mediante la Ley No.45 de 31 de octubre de 2007, se protege la libre competencia económica, entendiéndose como tal, la participación de distintos agentes económicos en el mismo mercado pertinente, actuando sin restricciones ilícitas en el proceso de producción, compra, venta, fijación de precios y otras condiciones inherentes a su actividad económica. Ante lo expuesto, no denotamos prácticas monopolísticas absolutas ni competencia desleal, sino más bien libre oferta y demanda como consecuencia de la competencia económica imperante.

Es importante destacar que la República de Panamá es miembro pleno de la OMC, habiéndose incorporado el 15 de julio de 1997, según la Ley No. 23 con sus acuerdos multilaterales anexos, entre ellos, el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercios de 1947 (GATT), cuya finalidad primordial es de obtener la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio en materia de comercio internacional, que reconoce la necesidad de herramientas que contrarresten la existencia de prácticas desleales o restrictivas de la competencia que afecten a los mercados.

Así, uno de los principales dispositivos de tutela de la competencia en el orden internacional es la introducción de derechos “antidumping”, que restablezcan el



equilibrio económico que se ha perdido con ocasión de una práctica de competencia desleal por parte de exportadores que ingresan sus productos al país con precios inferiores a los que comercializan en el lugar de origen. Si traspolamos lo anterior a la realidad práctica del caso en concreto, vemos que la situación que se refleja no es lo que sucede, sino que dentro de la libre competencia, PETRÓLEOS DELTA, S.A., ha hecho uso de la fórmula proporcionada por el Estado para presentar su oferta económica, la cual se calculó, de acuerdo al pliego como el resultado de la sumatoria de todas la regiones, fijar precios negativos en regiones de menor demanda, quizás podría ocasionar pagar más en los lugares de mayor concentración y demanda como en el caso de la provincia de Panamá, Panamá Oeste y San Miguelito, pero que podría compensarse con los valores negativos en el resto de las regiones. Es decir, matemáticamente se debe nivelar los valores negativos de nueve (9) regiones respecto a los otros valores de dos (2) regiones de mayor consumo. Precisamente por esa razón se determinó para la adjudicación los valores de todas las regiones y no por rubro individual.

Esa sección (el acuerdo) ha indicado que el “dumping” se considera una práctica desleal de comercio, ya que su finalidad es acceder o dominar los mercados extranjeros, con la consecuencia de afectar negativamente al sector producción que opera en el país importador. Como indicamos con en otros párrafos, el pliego de cargo ideó la fórmula para captar la adjudicación del segundo renglón, cual fue cumplir con todos los requisitos de los términos de referencia establecidos en el capítulo III y presentar el menor margen de contribución como mejor oferta económica para el Estado, haciéndose la salvedad que se considerará como mejor oferta económica el menor resultado de la sumatoria del margen de contribución para cada uno de los productos para todas las regiones. Fue una fórmula dada desde el inicio de la convocatoria y que es la resultante de una sumatoria en base a las diferentes regiones y no por región de forma individual como han querido plantear por el accionante y los terceros en interés de la ley. Por ello, no podemos establecer criterios fuera del alcance del pliego de cargos, que es el documento rector que contiene las reglas del juego, de forma transparente y con la publicidad oportuna.

Si el método hubiese sido el cálculo por región sin sumatoria; entonces el planteamiento de este acto administrativo giraría en torno a otros criterios, pero así no ha sido, por ello, debemos ajustarnos a los condicionantes que han sido introducido por la entidad y avalados por los participantes, quienes el momento de la homologación no hicieron comentarios al respecto, por el contrario, se obligaron a aceptar los términos de referencia sin objeciones ni restricciones.

Tampoco podemos perder de vista que la contratación estatal es un procedimiento que busca la menor oferta para el Estado, así las cosas, el hablar de competencia desleal no tendría sentido cuando se supone que al Estado le conviene la menor propuesta y que a la vez brinde un servicio eficiente y de calidad, ajustado



siempre a los términos de referencia que han sido dispuestos desde el nacimiento del acto público que nos ocupa, el cual ha sido satisfecho con el resultado de la mejor oferta económica formulada por la entidad (M.O.E.) y que no ha sido un tema escondido, sino público para todo participante; cumpliendo así con los principios de transparencia, publicidad e igualdad de los proponentes que nos demarca la ley que nos gobierna.

Si a las propuestas más bajas en los procedimientos de selección de contratista le aplicamos “dumping”, entonces sería mejor eliminar la Ley No. 22 de 2006 y simplemente hacer un estudio de mercado para adjudicar a los proveedores que en el instante se muestren con los precios reales más bajos y así el Estado disminuiría tiempo en la adquisición del bien, servicio u obra a contratar para darle respuesta a la colectividad como primer beneficiario de la actividad contractual requerida.

Las razones motivadas son las que nos permiten concluir que lo procesalmente aplicable sería la confirmación en todas sus partes, de la decisión venida en impugnación, por haberse desvirtuado los argumentos de la impugnante, y como actividad siguiente procederemos a dar respuesta al resto de argumentaciones de forma expuestas en el libelo de la demanda.

En cuanto a que la Dirección General de Contrataciones Públicas subió la acción de reclamo presentada por PETROLERA NACIONAL, S.A., a las 4:02 de la tarde, debemos indicar que en efecto, la misma fue publicada el día 11 de diciembre de 2020 a las 4:02 de la tarde, es decir, pasada la hora oficial para realizar las publicaciones, sin contar con ningún reporte que demuestre la suspensión del servicio del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” para de esa forma tener un fundamento en la hora de la divulgación de la acción de reclamo como constancia de entrega; sin embargo, ello conlleva una inconsistencia, pero que en ninguna forma interviene en la decisión ni mucho menos provoca ningún tipo de nulidad, pero sí nos permite realizar un llamado de atención para que las distintas informaciones se lleven a cabo dentro de la hora oficial que la ley invoca en el artículo 258 del Decreto Ejecutivo No.439 de 2020 o si no, al día hábil siguiente, a la misma hora, siempre que exista suspensión del servicio, se interrumpa o se limite su accesibilidad o que se presente fallas en el suministro del servicio necesarios para la utilización del sistema, conforme lo establece el artículo 256 del texto reglamentario citado. Igual situación ocurrió con las respuestas a observaciones de PETROLERA NACIONAL, S.A.

Tampoco el informe de la comisión verificadora fue publicado de forma extemporánea como sostiene el accionante, ya que la fecha de examinar las ofertas ocurrió el día 28 de octubre de 2020. Siendo así, la comisión contaba con un término de veinte (20) días hábiles para rendir su informe de acuerdo al contenido del numeral 4 del artículo 61 de la ley especial, pero tomando en consideración también la fecha de instalación de la comisión que nos recuerda el artículo 128 del Decreto Ejecutivo



No.439 de 2020 que manifiesta que “cumplida la fase de subsanación de documentos, si la hubiere, la entidad convocará a los miembros de la comisión que corresponda, dándole acceso al expediente de la contratación y la instruirá sobre las reglas del procedimiento de selección de contratista de que se trate, advirtiéndole sobre la necesidad de anunciar oportunamente sobre los conflictos de intereses reales o aparentes, lo cual se hará constar en el acta de instalación de la comisión”

Es decir, el tiempo para que la comisión entregara el informe no se computa automáticamente a partir del día hábil siguiente de la apertura de las ofertas, sino posterior al tiempo de subsanación, de existir, y que en este caso fue de dos días hábiles después de la fecha de apertura. Por ello, si a la apertura de propuestas (28 de octubre) le contamos dos días hábiles siguientes para el plazo de la subsanación de documentos según el pliego de cargos, significa que la comisión verificadora se instaló el día 2 de noviembre de 2020, siendo a partir del día 6 de noviembre de 2020 que se cuenta el primer día hábil para la publicación del informe (recordar que se trata de días hábiles); teniendo como fecha límite el día 4 de diciembre de 2020. De manera que, al haberse divulgado el 3 de diciembre se encontraba aún en tiempo procesal oportuno.

Otro aspecto valorado por la recurrente se relaciona con la nota aclaratoria de la comisión verificadora, en donde exponen el error cometido al invertir el cuadro de verificación de ofertas, considerando que tal falla debió ser subsanada de conformidad a las reglas del artículo 69 de la Ley No.22 de 2006. Sobre ese particular debemos motivar que, la nota aclaratoria proferida por la comisión era la vía idónea para enmendar la falta y no la que sugirió la proponente PETROLERA NACIONAL, S.A., por cuanto que el artículo versa sobre la modificación del informe de la comisión verificadora y/o evaluadora, la cual recae exclusivamente en el representante legal de la entidad, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas cuando consideren que el mismo se ha realizado en contravención de lo dispuesto en la ley o el pliego de cargos, para lo cual deberán indicar en la respectiva resolución los incumplimientos de los requisitos legales y/o formales del pliego de cargos y de la ley que han sido infringidos por la comisión.

Como observamos, el error consistió en la inversión de las ofertas, es decir, que en donde decía PETRÓLEOS DELTA, S.A., correspondía a PETROLERA NACIONAL, S.A. y viceversa, error que fue subsanado por la comisión, sin necesidad de aplicar lo que la norma establece en el artículo citado en líneas anteriores. Primero porque dicha facultad no corresponde a los comisionados, y por otra, es una herramienta utilizada cuando se ha valorado un documento de forma satisfactoria cuando en realidad no merecía. En esa oportunidad sólo era necesario enderezar los cuadros de verificación, porque era un error manifiesto de nombres y no de los requisitos legales o formales de los términos de referencia.



La norma es clara en cuanto al momento procesal para mediante resolución motivada declarar la nulidad o modificación del informe, con la señalización de los sujetos procesales correspondiente en cada oportunidad, dejando claro que en ningún instante podrán los comisionados realizar modificación alguna al informe y menos si el yerro es sobre aspectos meramente formales, lo que de haberse realizado en la forma expuesta por la recurrente sí que estaríamos ante un vicio de nulidad.

Consentimos que la selección del contratista debe ser objetiva, a propósito de la cual precisa que tal finalidad se concreta cuando recae sobre el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad pública y a los fines buscados con la contratación, sin que prevalezcan en dicha escogencia factores de índole subjetiva.

Consecuentemente, se vislumbra que la selección objetiva debe estar presente desde el comienzo de la etapa precontractual, ya que desde los pliegos de condiciones se deben establecer las reglas que servirán de fundamento para la selección del contratista, y que deben obedecer a varios factores como; el cumplimiento, la experiencia, la organización, los equipos ofrecidos, los plazos propuestos, el precio y la ponderación detallada y concreta de los mismos, sin que la favorabilidad pueda resultar de factores no previstos en los pliegos, advirtiendo que la contratación Estatal no está por fuera de la esfera de los principios, es por esto que en la Ley No. 22 de 2006 y su reglamentación, se consagran estos explícitamente en muchos de sus artículos y por tanto se señala que la contratación estatal tiene como fin, "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines". Al efecto, el legislador dispuso que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deban supeditarse al cumplimiento de los principios de la contratación estatal, desarrollándose con fundamento a la transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, eficiencia, publicidad, debido proceso e igualdad de los proponentes; así como las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho, las normas del derecho administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a la Ley No.22 de 2006 y sus modificaciones.

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



En síntesis, consideramos que en efecto lo procesalmente aplicable es la confirmación en todas sus partes de la decisión venida en impugnación, por las fundamentaciones expuestas.

Por último, esta colegiatura considera prudente devolver las fianzas de impugnación a la empresa recurrente, considerando que su actuación no ha sido temeraria en la presentación del presente recurso.

Que en atención a todo lo anteriormente valorado, y la debida motivación, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. DGCP-DS-141-2020 de 28 de diciembre de 2020, proferida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución a la impugnante, la Fianza de recurso de impugnación No.FI-102966, emitida por Seguros Suramericana, S.A., por un límite máximo de responsabilidad de Un Millón de Balboas con 00/100, fechada 6 de enero de 2021, que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios la Dirección General de Contrataciones Públicas/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 43 del expediente del Tribunal.

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

CUARTO: 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.

QUINTO: DISPONER la salida y el archivo de los expedientes acumulados 007-2021/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política. Artículos 61, 69, 156, 157, 158 y 159 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 153 de 2020, artículos 100, 238, 244, 245 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercios de 1947 (GATT) Ley No.45 de 31 de octubre de 2007.

Notifíquese y Cúmplase,

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador

ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado

JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado

KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada



21 MAR- 1 PM 2:01

TACP

RECIBIDO