



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE N°: 008-2022

RECURRENTE: ODYSSEY INTERNATIONAL S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución DPC-01-2022 de 6 de enero de 2022, por el cual el **MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA** rechazó las propuestas recibidas para del acto público de selección de contratista por Licitación Pública N°2021-0-03-0-08-LP-044776.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS MARISCAL

Resolución N°018-2022-Pleno/TACP de 3 de febrero de 2022. (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 (Ley 22 de 2006), crea en su artículo 146 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Tribunal), como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República de Panamá, el cual tiene competencia para conocer en única instancia de los recursos de impugnación contra el 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.

En el Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020 (Decreto Ejecutivo 439 de 2020), que reglamenta la Ley 22 de 27 de junio de 2006, en sus artículos 238 a 246, se ubica el procedimiento para la tramitación del recurso de impugnación y la implementación vía electrónica de los procedimientos de selección de contratista en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra* (sistema electrónico o *PanamaCompra*).

I. ANTECEDENTES

1. El 9 de agosto de 2021, el Departamento de Actos Públicos del Ministerio de la Presidencia (en adelante, la entidad), realizó la convocatoria a todos los interesados en participar en el acto público de selección de contratista por Licitación Pública N° 2021-0-03-0-08-LP-044776, referente al *"Suministro de implementos deportivos (balones) varios para los programas de prevención de la delincuencia juvenil – Plan Colmena"*, a través de *PanamaCompra*.
2. El precio de referencia del acto público en mención fue establecido en ciento sesenta y ocho mil novecientos ochenta y cinco balboas con cincuenta centésimos (B/. 168,985.50).
3. El acto público se celebró el 20 de agosto de 2021, con la apertura de propuestas a las 10:01 a. m.



4. El mismo 20 de agosto de 2021, la entidad publicó el Acta de Recepción y Apertura de Propuestas en *PanamaCompra*, en la cual se dejó constancia de la participación de tres (3) proponentes, a saber:

Propuestas Recibidas

Nombre Proponente	Descripción General	Fecha y Hora Ingreso Propuesta	Precio Propuesto
ODYSSEY INTERNATIONAL, S.A.	Ver Propuesta	20-08-2021 07:14 a.m.	114,222.50
MADECARO, S.A.	Ver Propuesta	20-08-2021 09:56 a.m.	114,222.50
DEPORTES JIMMY, S.A	Ver Propuesta	19-08-2021 04:02 p.m.	95,444.00

5. Posteriormente, la Comisión Verificadora, en su Informe de 6 de septiembre de 2021, recomendó adjudicar el acto público a la hoy recurrente, Odyssey International, S.A., debido a que su propuesta cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos.
6. Ante el resultado de dicho Informe, el 8 de septiembre de 2021, Deportes Jimmy, S.A., presentó observaciones; y, posteriormente, una Acción de Reclamo ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, cuya Resolución N°1064-2021 de 24 de septiembre de 2021, no entró a resolver el fondo de lo planteado por la accionante, sino que anuló totalmente el Informe de la Comisión Verificadora, porque este se elaboró sin que previamente la entidad aplicara las reglas de desempate que ameritaba el caso.
7. En cumplimiento a la orden emanada del referido ente de control, el Ministerio de la Presidencia subsanó el procedimiento; y, el 6 de octubre de 2021 expidió el Acta de Recepción de Sobres Cerrados con Mejora de Precio, en el cual se dejó constancia de que la proponente Madecaro, S.A., mejoró el valor de su oferta, fijándolo en ciento trece mil doscientos cincuenta y nueve balboas con cincuenta centésimos (B/. 113,259.50).
8. Luego, el 1 de noviembre de 2021, la Nueva Comisión expidió el Segundo Informe de Comisión Verificadora, en el cual recomendó la adjudicación del acto público al proponente Deportes Jimmy, S.A.
9. Por su parte, Odyssey International, S.A., presentó observaciones y Acción de Reclamo contra dicho Informe, ante la Dirección General de Contrataciones Públicas quien, mediante Resolución N°1324-2021 de 25 de noviembre de 2021, anuló parcialmente el Segundo Informe de Comisión Verificadora y ordenó a la entidad realizar un nuevo análisis parcial de la propuesta de Deportes Jimmy, S.A.
10. La Comisión Verificadora emitió su dictamen, por medio del Tercer Informe de Comisión Verificadora, fechado 3 de diciembre de 2021, en que recomendó adjudicar el acto público a Odyssey International, S.A.
11. El último Informe de Comisión fue observado por Deportes Jimmy, S.A., quien presentó la respectiva Acción de Reclamo, resuelta por la DGCP mediante la Resolución N°1424-2021 de 27 de diciembre de 2021, que anuló parcialmente el citado Informe y ordenó a la entidad licitante realizar un análisis parcial de la propuesta de Odyssey International, S.A.
12. El Ministerio de la Presidencia profirió la Resolución N°DPC-01-2022 de 6 de enero de 2022, publicada en igual fecha, por la cual rechazó las propuestas recibidas para el acto público de selección de contratista por Licitación Pública N° 2021-0-03-0-08-LP-044776, por causas de orden público e interés social.
13. La licenciada Adriana Serrano Herbruger, actuando en calidad de apoderada especial de la empresa Odyssey International, S.A., presentó Recurso de



Impugnación (visible de foja 012 a foja 021 del expediente jurídico del Tribunal) el 18 de enero de 2022, ante la Secretaría General de este Tribunal, en contra del aludido acto administrativo.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN

El Tribunal, por medio del Magistrado Sustanciador, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos de ley, procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la ley y su reglamento, admitiendo el recurso de impugnación a través de la Resolución N°006-2022/TACP de 19 de enero de 2022 (Admisión), publicada en *PanamaCompra* en igual fecha.

III. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECORRENTE

La parte actora impugnó el acto administrativo, fundamentándose en lo siguiente:

1. Con motivo de la anulación del primer informe de verificación de propuestas por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas, la empresa Madecaro, S.A. presentó una mejora de precio, que la posicionó en segundo lugar, en cuanto a oferta económica.
2. El segundo informe de verificación de propuestas, elaborado por una nueva Comisión, recomendó la adjudicación a favor de Deportes Jimmy, S.A., al determinar que esta cumplió a cabalidad con todos los requerimientos solicitados en el pliego de cargos; obviando así, *“las claras falencias que esta empresa mantuvo en su propuesta”*.
3. Debido a tal criterio por parte la Comisión, Odyssey International, S.A. presentó observaciones a dicho informe; y, posteriormente, una acción de reclamo ante la DGCP, en la que sustentó que Deportes Jimmy, S.A. incumplió con el “Otro Requisito 2”, toda vez que las cartas que acreditan su experiencia no señalan que el servicio brindado se recibió a satisfacción, así como tampoco la fecha de celebración de la contratación; y con el “Otro Requisito 4” porque la carta que aportó solo es de referencia bancaria, y el requisito exigía carta de intención de financiamiento.
4. Atendiendo a las observaciones formuladas, la DGCP anuló parcialmente dicho informe de comisión y ordenó, a la misma Comisión, realizar un análisis parcial de la propuesta de Deportes Jimmy, S.A.
5. El 3 de diciembre de 2021, la entidad publicó el tercer informe de verificación de propuestas, en el que se recomendó la adjudicación a Odyssey International, S.A., por haber cumplido con todos los requisitos del pliego de cargos.
6. Deportes Jimmy, S.A., presentó ante la DGCP una acción de reclamo, alegando que su carta de referencia bancaria debe considerarse como una carta de intención de financiamiento; y añadió que Odyssey International, S.A., no cumplió a satisfacción con el “Otro Requisito 2”, porque una de las cartas que acreditan su experiencia no indica la fecha en que se ejecutó el suministro ni detalla el servicio brindado.
7. En la resolución de fondo de dicha acción de reclamo, la DGCP anuló parcialmente el tercer informe y ordenó a realizar un análisis parcial de la propuesta de Odyssey International, S.A.
8. El 6 de enero de 2022, *“haciendo caso omiso a lo ordenado por la DGCP, la entidad decide rechazar todas las propuestas recibidas y cancelar el acto público”*, por razones de orden público e interés social.



9. En atención a tales motivaciones de la entidad, la parte actora señala que *“los argumentos utilizados por la institución carecen de una coherente explicación y motivación adecuada, toda vez que el hecho de que la comisión verificadora se haya reunido hasta en tres ocasiones y que, a pesar de que hayan pasado cinco meses desde la publicación del acto, sin que se pudiese lograr su adjudicación, son motivos que no obedecen a una motivación que sustente las causales de orden público o interés social...”*.
10. A su juicio, el argumento de que la entidad licitante debe revisar los requisitos y especificaciones técnicas no tiene justificación, ya que la revisión técnica debe realizarse en la etapa precontractual, previo a la publicación del acto público, durante la confección del pliego de cargos.
11. Considera que la actuación de la entidad transgrede los artículos 21, 26 y 74 de la Ley de Contrataciones Públicas, además de vulnerar el debido proceso.

La apoderada especial de la actora finalizó su escrito solicitando al Tribunal que revoque la Resolución DPC-01-2022 de 6 de enero de 2022, que determina la cancelación de la Licitación Pública 2021-0-03-0-08-LP-044776, se restablezca el derecho vulnerado a su representada, en el sentido de que se le adjudique el acto público de marras y ordene al Ministerio de la Presidencia a celebrar el contrato resultante de tal adjudicación.

IV. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD

El 27 de enero de 2022, el Ministerio de la Presidencia publicó en *PanamaCompra*, el Informe de Conducta suscrito por la Jefa del Departamento de Proveeduría y Compras, Encargada, escrito que también reposa de foja 040 a 057 del expediente jurídico. En su Informe de Conducta, la entidad realizó un recuento de sus actuaciones, desde la convocatoria hasta la expedición del acto administrativo que rechazó las propuestas.

Igualmente, la entidad aprovechó la ocasión para referirse a los argumentos de la recurrente, en aras de aclarar los motivos del rechazo de las propuestas, expresando lo siguiente:

«En el caso en particular, el Acto Público de marras, ha sufrido tal cual como se desprende el portal electrónico de PanamaCompras, y este informe de conducta una serie de acciones de reclamo que han impedido adjudicar o declarar desierto el presente acto.

En general este acto fue convocado el 9 de agosto y a la fecha no ha podido ser adjudicado. Contrario a lo que sustenta el impugnante en el punto séptimo de su recurso, los motivos de esta institución para cancelar el acto público No.2021-0-03-0-08-LP-044776, NO SON ni faltos de coherencia, ni tampoco carentes de motivación. Sobre el particular, las condiciones bajo las cuales esta entidad iba a realizar “suministro de implementos deportivos...”, han variado. De salida este acto está pautado para ejecutarse en la vigencia fiscal 2021, que evidentemente ha culminado. Las actividades y programas para las cuales iban a utilizarse los bienes objeto del acto público supra comentado, han variado. De igual forma la unidad administrativa que impulsaba la presente licitación pública manifestó en el mes de enero la necesidad (*sic*) de una cantidad aun mayor de implementos deportivos. A fin de no incurrir en división de materia y toda vez que el presente acto público no ha sido adjudicado, consideramos que lo más prudente era hacer un nuevo acto público, en el cual se incrementen las cantidades a solicitar y en el cual se aclaren de mejor forma aquellos puntos que han sido permanentemente controvertidos en el presente acto público, a saber, las referencias de experiencia previa y las cartas de intención de financiamiento.



Contrario a lo alegado por la apoderada legal de la empresa ODYSSEY INTERNATIONAL, S.A., este accionar de nuestra entidad se ajusta a los principios de igualdad de proponentes, de economía, y de transparencia.

De igual forma, y pese haber ordenado la Dirección General de Contrataciones Públicas una nueva convocatoria de la Comisión Verificadora (hubiese sido la cuarta), esta entidad se encontraba en su derecho de cancelar el Acto Público que nos atañe, toda vez que el mismo no había sido adjudicado» (sic).

La entidad licitante añadió que, luego de tener conocimiento de la orden de la DGCP, tal como quedó plasmada en la Resolución 1424-2021 de 27 de diciembre de 2021, procedió a analizar el pliego de cargos y las propuestas presentadas, concluyendo que deben reformularse los Requisitos 2 (referencias de experiencia previa) y 4 (carta de intención de financiamiento). Además, determinó que ninguna de las empresas participantes cumple a cabalidad con todos los requisitos del pliego.

Por lo anterior, el Ministerio de la Presidencia estima que es *“innecesario continuar con un acto público que en última instancia debía ser declarado desierto, máxime cuando la unidad gestora está planificando realizar una compra por una cantidad de implementos deportivos superior a los solicitados a través del acto público No.2021-0-03-0-08-LP-044776”*.

En adición, invocó a su favor el numeral 14 del artículo 27 de la Ley 22 de 2006, referente a la facultad que este concede a las entidades licitantes para ordenar la realización de trámites omitidos o la corrección de los realizados en contravención al ordenamiento jurídico, ya sea de oficio o a petición de parte interesada, siempre que no se hubiera interpuesto recurso por la vía gubernativa. Con esto, sustenta su decisión de cancelar el acto público.

Para finalizar, el Ministerio de la Presidencia manifestó que la interposición del presente recurso de impugnación entorpece el proceso de reestructuración del pliego de cargos y la convocatoria a un nuevo acto público. Asimismo, señaló que el recurso incoado representa un *“accionar temerario”*, toda vez que la impugnante no cumple o cumple de forma imperfecta con los requisitos; por lo tanto, considera que *“el honorable tribunal de la causa debe ejecutar la fianza de impugnación que acompaña el presente recurso”*.

V. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

1. Tipología del procedimiento de selección de contratista de marras

Cumpliendo con lo establecido en el artículo 159 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, procedemos a resolver el presente recurso, con base en los criterios que seguidamente se exponen y teniendo en cuenta que el procedimiento de selección de contratista que nos ocupa se desarrolla bajo la modalidad de Licitación Pública, regulado en el artículo 58 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, que señala las reglas de verificación y evaluación de las propuestas frente a estos procedimientos. Veamos:

“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:

1. ...

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.

...". (El subrayado es del Tribunal).

Esta instancia administrativa tiene la obligación de examinar las diversas condiciones de índole jurídica, por lo que nos corresponde dilucidar los hechos que dieron origen a esta causa, en virtud del análisis de las piezas procesales que reposan en el registro electrónico del acto público.

2. Criterios de interpretación

a. Criterios constitucionales

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". (El subrayado 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. Criterios legales

Según lo establece la propia ley, 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, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 22 de 2006.



“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”.

El debate de la presente encuesta jurídica se centra en determinar si la entidad actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico cuando decidió cancelar el acto público de marras, luego de haber recibido las propuestas. Así, en atención al Principio de Motivación, pasamos a analizar las piezas procesales en contraste con los hechos sobre los cuales la recurrente fundamentó sus pretensiones.

3. Análisis de las actuaciones administrativas relevantes

3.1. Ante los pronunciamientos de la Dirección General de Contrataciones Públicas

Al estudiar el registro electrónico del expediente, se aprecia que, mediante Resolución N°80 de 19 de agosto de 2021, el Ministerio de la Presidencia designó a los miembros de la Comisión Verificadora del acto público de selección de contratista por Licitación Pública N°2021-0-03-0-08-LP-044776; quienes en su Informe de Comisión Verificadora fechado 6 de septiembre de 2021, recomendaron adjudicar el acto público a Odyssey International, S.A., debido a que cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de cargos.

Luego de la presentación de observaciones e interposición de Acción de Reclamo por parte del proponente Deportes Jimmy, S.A., la Dirección General de Contrataciones Públicas emitió la Resolución N°1064-2021 de 24 de septiembre de 2021, en la cual no se pronunció sobre los puntos controvertidos por el accionante; en cambio, advirtió que dos de las empresas participantes presentaron propuestas por el mismo monto, por lo cual la entidad licitante debió aplicar las reglas de desempate antes de remitir el expediente a la Comisión Verificadora. Como ello no ocurrió, la DGCP decidió anular totalmente el Informe de Comisión y ordenó a la entidad la realización de los trámites que se omitieron o la corrección de los realizados en contravención al ordenamiento jurídico, a efectos de aplicar las reglas de desempate, tal como lo establece el artículo 53 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020. Además, ordenó a que, luego de la subsanación del procedimiento se realice un nuevo análisis de las propuestas, a través de una nueva comisión.

En acatamiento a lo ordenado por el ente de control, el Ministerio de la Presidencia hizo los ajustes pertinentes, de los cuales resultó que la proponente Madecaro, S.A. mejoró el valor de su oferta inicial, misma que se posicionó como el segundo mejor precio dentro del acto público de marras, por la suma de ciento trece mil doscientos cincuenta y nueve balboas con cincuenta centésimos (B/.113,259.50). Así lo comunicó la entidad, a través del Acta de Recepción de Sobres con Mejora de Precio, calendado 6 de octubre de 2021 y publicado en *PanamaCompra* el 7 de octubre de ese mismo año.

Concluido el proceso de subsanación, con apego a lo que dicta la Ley de Contrataciones Públicas y su reglamento, la entidad designó a una nueva Comisión Verificadora, mediante Resolución N°112 de 18 de octubre de 2021, la cual elaboró el Segundo



Informe de Comisión Verificadora, fechado 1 de noviembre de 2021, y recomendó adjudicar el acto público al proponente Deportes Jimmy, S.A., debido a que cumple con todos los requisitos establecidos en el pliego de Cargos.

Luego, la hoy recurrente, ante su disconformidad con el resultado de dicho Segundo Informe, presentó observaciones y la respectiva Acción de Reclamo, misma que fue admitida por la DGCP; y cuyo fondo se resolvió mediante Resolución N°1324-2021 de 25 de noviembre de 2021, que anuló parcialmente del Segundo Informe de Comisión Verificadora y ordenó, a la entidad para que, por conducto de la misma Comisión, realice el análisis parcial de la propuesta de Deportes Jimmy, S.A.

El Ministerio de la Presidencia, en obediencia a lo ordenado, convocó a los Comisionados, quienes levantaron el Tercer Informe de Comisión Verificadora, calendado 3 de diciembre de 2021, en el que estos cambiaron su postura y recomendaron adjudicar el acto público a Odyssey International, S.A.

Posteriormente, Deportes Jimmy, S.A., realizó observaciones y presentó una Acción de Reclamo contra el Tercer Informe, la cual fue admitida por la DGCP y decidida por medio de la Resolución N°1424-2021 de 27 de diciembre de 2021, que anuló parcialmente dicho Tercer Informe y ordenó a la entidad para que, a través de la misma Comisión, realice un análisis parcial de la propuesta de Odyssey International, S.A.

No obstante, en esta ocasión, el Ministerio de la Presidencia decidió ignorar el dictamen del ente de control y expidió la Resolución N°DPC-01-2022 de 6 de enero de 2022, por la cual rechazó las propuestas recibidas para del acto público de selección de contratista por Licitación Pública N°2021-0-03-0-08-LP-044776, la cual se fundamenta en la facultad discrecional que concede el artículo 74 de la Ley 22 de 2006 a las entidades licitantes, por causas de orden público o de interés social.

Para este Tribunal Colegiado es relevante el hecho de que, la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante Resolución N°1424-2021 de 27 de diciembre de 2021, emitió una orden específica, la cual fue desatendida por el Ministerio de la Presidencia. Esto nos lleva a reflexionar sobre el significado, para el sistema de justicia administrativa contractual del Estado, el abierto desacato a las decisiones de control dictadas en ejercicio de competencias legalmente establecidas.

En otras palabras, cabría preguntarse si el uso de la facultad extraordinaria de rechazo de todas las propuestas, por parte de la Administración Activa (el Ministerio de la Presidencia en el caso), se puede cimentar sobre el incumplimiento de la orden expresa de la DGCP, como la de “que proceda a través de la MISMA COMISIÓN VERIFICADORA a realizar un análisis parcial a la propuesta del proponente Resolución N°1424-2021 de veintisiete (27) de diciembre de 2021 Página 5 de 5 ODYSSEY INTERNATIONAL, S.A., a efectos de determinar si la misma cumple o no con el punto 2 (Referencias de Experiencia Previa) de la Sección de “Otros Requisitos” del Pliego de Cargos y se emita un análisis parcial debidamente motivado, atendiendo a las normas que regulan el procedimiento de selección de contratista denominado “Licitación Pública”, bajo la regulación emanada del Artículo 69 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020”? O, en otras palabras ¿el ejercicio de la facultad extraordinaria de rechazo, exige a las instituciones contratante del cumplimiento de las regulaciones de



los entes de control? ¿La competencia establecida en el artículo 74 de la Ley 22 de 2006 es una eximente, a favor de las entidades públicas, para incumplir el numeral 1 del artículo 21 de la misma ley, en donde se establece la obligación de éstas, el “Acatar instrucciones y los dictámenes emanados de la Dirección General de Contrataciones Públicas”?

Al respecto, es menester indicar que la Ley de Contrataciones Públicas confiere atribuciones de regulación o control a la Dirección General de Contrataciones Públicas y a este Tribunal, con el propósito de que ambos garanticen que los procedimientos de selección de contratista se lleven a cabo de acuerdo con lo establecido en el pliego de cargos y la Ley.

Cada ente de control interviene en distintas etapas del procedimiento. La DGCP actúa en aquella previa a la adjudicación y gira directrices a efectos de sanearlo para que logre su objetivo. Entre sus competencias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 15 de la Ley 22 de 2006, está: *“Ordenar la realización de trámites fijados por los distintos procedimientos de selección de contratista que hayan sido omitidos, así como la corrección o suspensión de aquellos realizados en contravención a esta Ley o su reglamento, de oficio o a petición de cualquiera de los participantes en tales procedimientos”*. De igual forma, dicha excerta legal dispone, en el numeral 1 del artículo 21, que es obligación de las entidades contratantes: *“Acatar instrucciones y los dictámenes emanados de la Dirección General de Contrataciones Públicas”*.

Las disposiciones mencionadas hallan respaldo en el propio concepto de procedimiento administrativo, que es una secuencia ordenada de actos mediante los cuales se desarrolla la actividad de la Administración para lograr determinado fin, con sujeción a las disposiciones de ley; y en el de vía gubernativa, tal como lo consagra la Ley de Procedimiento Administrativo General, en el numeral 112 del artículo 201:

“Vía gubernativa o administrativa. Mecanismo de control de legalidad de las decisiones administrativas, ejercido por la propia Administración Pública, y que está conformado por los recursos que los afectados pueden proponer contra ellas, para lograr que la Administración las revise y, en consecuencia, las confirme, modifique, revoque, aclare o anule”.

Una vez el administrado ejerce su derecho, mediante la interposición de la acción respectiva, y el órgano de control se pronuncia sobre el mismo, la entidad licitante está obligada a acatar la instrucción. Por lo tanto, cuando se ignora un dictamen emanado de estos entes, se fractura el orden del proceso, conculcando así el *Principio de Responsabilidad e Inhabilidades de los Servidores Públicos*, estatuido en el artículo 28 de la Ley 22 de 2006, que señala que las actuaciones de los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos “estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico, y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta”. Igualmente, contraviene el *Principio de Debido Proceso*, ubicado en el artículo 32 de la misma excerta legal, el cual expresa que “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”, toda vez que se exhibe una conducta arbitraria, apartada de la legalidad, y se coloca en una posición de indefensión a los participantes del acto público.



En igual orden de ideas, la entidad actuó en contravención al *Principio de Transparencia*, consagrado en la Ley 22 de 2006:

“Artículo 26. Principio de transparencia. En cumplimiento de este principio, se observarán las siguientes reglas:

1. Las contrataciones que celebre el Gobierno Central, las entidades autónomas o semiautónomas, los municipios, las juntas comunales y locales, los intermediarios financieros, las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51 % o más de sus acciones o patrimonio y, en general, las que se efectúen con fondos públicos se harán, salvo las excepciones que determine la ley, mediante los procedimientos de selección de contratista.
2. En los procesos de selección de contratista, los proponentes tendrán oportunidad de conocer los informes, los conceptos y las decisiones que se rindan o adopten, al acceder, a través de Internet, al Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, o a través de los tableros de información que debe tener cada institución gubernamental, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones o controvertirlas.
3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los procesos de selección de contratista estarán abiertos a cualquier persona interesada. Para lo anterior se utilizarán los medios que, para tal efecto, indican esta Ley y sus reglamentos.
4. Las autoridades expedirán, a costa de los participantes en el acto público o cualquier persona interesada, copias de los documentos que reposan en los expedientes de los respectivos procedimientos de selección de contratista, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes y los privilegios.
5. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto.
6. Las autoridades no actuarán con desviación de poder o abuso de autoridad y ejercerán su competencia exclusivamente para los fines previstos en la ley; además, les será prohibido eludir procedimientos de selección de contratista y los demás requisitos previstos en la presente Ley”. (Subraya el Tribunal)

Para concluir a este respecto afirmamos que al encontrarnos frente a un procedimiento continuo, que no permite la omisión de fases, no es dable a las entidades licitantes desatender los dictámenes de la DGCP ni de este Tribunal; es decir, las órdenes giradas por los dos entes son de obligatorio cumplimiento.

3.2. Sobre el fundamento jurídico y la motivación del acto administrativo impugnado

Observa el Tribunal que el acto acusado, la Resolución No. Dpc-01-2022, no explica las razones del ejercicio de la potestad de rechazo de propuestas. Lo que sí queda claro es que la referida decisión fue producto de una serie sucesiva de acciones de reclamo que, según la entidad, vulneraron el principio de economía y por tanto, ocasionó el retrasos en la satisfacción de los intereses de la entidad.

Así mismo, al parecer para la entidad, la forma de corregir los trámites realizados en contravención al ordenamiento jurídico, era echar mano de la facultad extraordinaria de rechazo de todas las propuestas.



En este sentido, el artículo 72 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:

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". (Subraya el Tribunal).

En este mismo orden de ideas, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, norma supletoria dentro del proceso que nos ocupa, señala:

"Artículo 155. Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, los siguientes actos:

1. Los que afecten derechos subjetivos;
2. Los que resuelvan recursos;
3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos; y
4. Cuando así se disponga expresamente por la ley". (Subraya el Tribunal).

Pues bien, en el '*Considerando*' del acto administrativo recurrido, la entidad manifestó:

"Que dos comisiones distintas, ya se han reunido hasta en tres ocasiones, en fechas distintas, para analizar las propuestas aceptadas para el presente Acto Público, y que el mismo a más de cinco meses de su publicación (9 de agosto de 2021), no ha sido adjudicado;

...

Que esta entidad licitante consciente de su responsabilidad y de la importancia que conlleva apegarse estrictamente al cumplimiento de los preceptos y principios que regulan la Contratación Pública en la República de Panamá, considera necesario cancelar el Acto Público previamente citado, en virtud de realizar una revisión exhaustiva a los requisitos y especificaciones técnicas citadas en el Pliego de Cargos del proceso licitatorio que nos ocupa;

...

Que sobre la base de los hechos señalados, lo correspondiente en función de preservar el orden público y el interés social, es aplicar lo estipulado en el artículo 74...". (El subrayado es del Tribunal).

Lejos de justificar cómo es que continuar con el procedimiento en mención perturba el orden público y perjudica al interés social, los hechos señalados por el Ministerio de la Presidencia sugieren que prefiere desistir de la adquisición, porque esta ha tomado más tiempo del estimado.

Recordemos que el acto administrativo es la manifestación de la voluntad de la Administración y que, para constituirse como tal, debe atender a ciertos requisitos subjetivos, objetivos, causales y formales. Sobre el particular, destaca la motivación, elemento que, pese a ser una exigencia formal, su contenido es causal, porque expresa las justificaciones o los razonamientos de dicha voluntad. De manera que el medio establecido para sustentar las razones de la decisión es el acto administrativo.



Al respecto, el Dr. Sanz Rubiales (2015) explica: *«La motivación, como se señaló antes constituye un requisito formal cuyo contenido alude a la causa y consiste en la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a adoptar el acto en cuestión. Sólo hay que motivar los actos que así determine la ley; sin embargo, la motivación alcanza, al menos, a los actos restrictivos de derechos, a los que impliquen un juicio previo (p. ej., resolutorios de recursos) y a los actos discrecionales. Tiene como función facilitar el control de legalidad (judicial, en su caso) de la actuación administrativa. Por eso la motivación está estrechamente vinculada con los derechos de defensa»*¹.

En el caso de marras, estamos frente a una potestad discrecional que la Ley de Contrataciones Públicas concede a las entidades licitantes, empero no está exenta de la obligación de desarrollar los motivos de su decisión. Es más, la norma que invoca la entidad como fundamento así lo exige cuando señala que estos deben aludir a causas de orden público o interés social.

Como ya lo ha externado esta instancia administrativa en ocasiones anteriores, la motivación es la justificación de la emisión del acto administrativo; componente indispensable que garantiza el debido proceso y la defensa de los administrados, y resguarda la transparencia de la actividad pública. En consecuencia, los motivos no se circunscriben a expresar la base legal; al contrario, abarcan las razones de hecho que sustentan la voluntad de la Administración; especialmente, cuando se ejerce una atribución discrecional.

En este mismo contexto, es imperativo 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”.

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.

En virtud de lo desarrollado en los párrafos que anteceden, el Tribunal estima propicio manifestar que la atribución extraordinaria para rechazar propuestas conlleva la obligación de sustentar el ejercicio de la misma, señalando cuáles son las causales fácticas y cómo estas repercuten en el interés de la colectividad o el orden público. Por lo tanto, no basta con que el acto administrativo cite la norma, sino que resulta indispensable cumplir con lo que esta dispone.

¹ Rodríguez-Arana, Jaime et al. 2015. Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano. “El Acto Administrativo”. Íñigo Sanz Rubiales. Instituto Nacional de Administración Pública. Editorial Comares, S.L., Granada (págs. 222-223).



Por otro lado, es de resaltar que la entidad utilizó el Informe de Conducta como medio para explicar en detalle el porqué de su decisión; sin embargo, este instrumento no es la vía idónea para ello, dado que la debida motivación en esencia, no va dirigida a los entes de control, sino a los administrados que pudieran ser afectados en sus derechos por el actuar público

Y es que, una vez se expliquen las razones del proceder público, los administrados o, para el caso, los participantes del acto de selección de contratista, podrán valerse de los recursos y acciones que el ordenamiento jurídico les ofrece en su defensa.

En el indicado Informe, se detallaron los eventos que dieron origen a su decisión, siendo ellas que:

- (i) El procedimiento de selección de contratista tomó más tiempo del esperado;
- (ii) Variaron sustancialmente las necesidades de la unidad gestora, por lo que ahora se requieren más implementos deportivos;
- (iii) Era importante reformular los puntos 2 y 4 de "Otros Requisitos" del pliego de cargos; y,
- (iv) Ninguno de los proponentes cumple a cabalidad con el pliego.
- (v) También invocó el numeral 14 del artículo 27 de la Ley 22 de 2006, que guarda relación con la facultad de las entidades licitantes para ordenar la realización de trámites omitidos o la corrección de los realizados en contravención al ordenamiento jurídico, ya sea de oficio o a petición de parte interesada, siempre que no se hubiera interpuesto recurso por la vía gubernativa.

En síntesis, la entidad licitante está utilizando una facultad discrecional para cancelar el acto público con motivaciones y fines distintos a los que exige la ley, situación que se enmarca en la figura denominada *Desviación de Poder*.

Para una mejor ilustración sobre dicho concepto, seguidamente, transcribimos un fragmento de sentencia de la Sala Tercera de la Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia:

«En cuanto al argumento que expone la recurrente, en relación a que la Superintendencia del Mercado de Valores al emitir el acto impugnado actuó con desviación de poder, debemos preliminarmente señalar que se entenderá dicho fenómeno jurídico como un vicio del acto administrativo, el cual consiste en el ejercicio de parte de un ente de la Administración Pública de sus competencias para fines u objetivos distintos a los señalados por la Ley, pero amparándose en la legalidad formal del acto administrativo que emitió.

Cabe agregar lo que nos señala el ilustre jurista colombiano, Doctor Jaime Orlando Santofimio, al referirse a la desviación de poder, el cual nos indica que *"se estructura el vicio de desviación de poder en aquellos eventos en los que la administración, al utilizar sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general, o a dicha autoridad en particular."* (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 4ª Edición. Página 410) ...»² (El subrayado es del Tribunal).

² Órgano Judicial de la República de Panamá. 2017. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Ana Raquel Cheung Ah Chu vs. Superintendencia del Mercado de Valores.



Todas las atribuciones de la Administración están encaminadas a la satisfacción material de los fines estatales, por tanto, durante la construcción de sus decisiones, esta goza de una variedad de alternativas, siempre sujetas al ordenamiento jurídico, sin excepciones. Entonces, ejercitar el derecho de la entidad con motivaciones y objetivos fuera de los parámetros establecidos, tal como acontece en el caso que nos ocupa, configura el vicio de desviación de poder.

Al haber omitido exponer apropiada y oportunamente las razones de hecho que indujeron a la adopción de su decisión; y al utilizar la potestad discrecional para fines distintos a los establecidos en la norma, el Tribunal considera que la Resolución N°DPC-01-2022 de 6 de enero de 2022 no se ciñe a los presupuestos de ley en lo relacionado con el rechazo de propuestas, lo que se traduce en una transgresión al Principio de Transparencia, desarrollado en el artículo 26 de la Ley 22 de 2006, que señala en su numeral 5: “Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto”.

Igualmente, su actuación deviene en infracción al *Principio de Responsabilidad e Inhabilidades de los Servidores Públicos* y el *Principio de Debido Proceso*, contenidos en los artículos 28 y 32, respectivamente, de la Ley de Contrataciones Públicas, y que también fueron citados en el apartado que antecede.

Antes de finalizar, es válido precisar que el retraso significativo en la conclusión del presente proceso de selección de contratista se debe, en gran medida, a la negligencia de la entidad licitante. Primeramente, al omitir la aplicación de las reglas de desempate antes de remitir el expediente a la Comisión Verificadora, luego, tardando en la tramitación de dicho desempate; y también omitir el cumplimiento de una orden de la DGCP, profiriendo un acto administrativo que, a todas luces, es contrario al ordenamiento jurídico.

Sobre lo indicado habría que recordar que, los proponentes, al presentar acciones de reclamo o impugnar las decisiones de las entidades, están ejerciendo su derecho a controvertir las actuaciones administrativas que ellos consideran que les afectan; por lo tanto, no se puede calificar como un accionar temerario, por el simple hecho de que este interfiere con los intereses de la entidad.

Atendiendo al análisis realizado, este Tribunal Colegiado considera que lo procedente es *anular* el acto administrativo impugnado dentro del procedimiento selección de contratista por por Licitación Pública N°2021-0-03-0-08-LP-044776, sobre la base del artículo 244 del Decreto 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”.
(El subrayado es del Tribunal).

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”.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR la Resolución N°DPC-01-2022 de 6 de enero de 2022, por la cual el **MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA** rechazó las propuestas recibidas para del acto público de selección de contratista por Licitación Pública N°2021-0-03-0-08-LP-044776, referente al *“Suministro de implementos deportivos (balones) varios para los programas de prevención de la delincuencia juvenil – Plan Colmena”*, con precio de referencia establecido en ciento sesenta y ocho mil novecientos ochenta y cinco balboas con cincuenta centésimos (B/. 168,985.50).

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación N°89B75993, de 14 de enero de 2022, expedida por ASSA Compañía de Seguros, S.A., por un límite máximo de responsabilidad de dieciséis mil ochocientos noventa y ocho balboas con cincuenta y cinco centésimos (B/.16,898.55), según Diligencia de Consignación N°008-2022 de 18 de enero de 2022, visible a folio 026 del expediente jurídico de este Tribunal.

TERCERO: 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.

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 archivo del expediente N°008-2022, 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,


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


LUIS MARISCAL
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

