



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 025-2021

RECURRENTE: INVERSIONES PANAMERICANA, INC.

ACTO IMPUGNADO: Cuadro de Cotizaciones N°04 de 15 de marzo de 2021 proferido por la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá dentro del acto de selección de contratista N°2021-1-26-0-0-15-CM-005818.

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°044-2021-Pleno/TACP de 28 de abril 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

En atención a los principios de transparencia y publicidad, y conforme a las disposiciones legales existentes en torno a la adquisición de bienes públicos por parte de las entidades estatales, la ARAP-Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá, llevó a cabo el acto de selección de contratista para la *"Compra de contenedor usado de 40 pies refrigerado, incluye preparación de terreno, instalación de formaleta de acero, cubos de concreto para soporte del contenedor"*, de acuerdo a lo establecido en el artículo No.47 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006 y con la antelación necesaria conforme a las



reglas del artículo 48 del mismo texto legal, para que todo el interesado en participar del acto público que nos ocupa presentara su respectivas propuestas de acuerdo a los requisitos que para la contratación menor se requiere, por un precio de referencia de B/.30,000.00.

Con tal propósito se fijó el día 1 de marzo de 2021 como fecha de presentación de ofertas en un horario de 9:00 a.m. a 11:00 a.m. y el mismo día, a partir de las 11:01 de la mañana, se llevó a cabo la apertura de las propuestas, para posteriormente proceder con la adjudicación, según las exigencias del pliego de cargos, en apego a la Constitución Política, a la ley de contratación pública, y a las leyes complementarias.

En dicho procedimiento público participaron las siguientes empresas:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
1836612-1-711208-17	inversiones panamericana inc	01-03-2021 12:37 a.m.	21,260.90
2325206-1-793655-46	Smartbrix Centroamerica S.A	01-03-2021 09:16 a.m.	27,000.00
155630518-2-2016-82	Inversiones G&C S A	01-03-2021 09:55 a.m.	25,573.00
1279112-1-600106-25	arquitainer, .s.a	01-03-2021 10:32 a.m.	24,600.00

Posteriormente, luego de la apertura de las propuestas, en la fecha y hora indicadas, la entidad procedió a adjudicar el acto de selección de contratista por contratación menor a la proponente INVERSIONES G & C, S.A., por el monto de B/25,573.00, mediante Cuadro de Cotizaciones N°04 de 15 de marzo de 2021, el cual fue objeto de recurso de impugnación por parte de la licenciada Karla Virginia Batista Ulate, actuando en representación de la empresa INVERSIONES PANAMERICANA, INC.

En lo medular de su escrito, la licenciada Batista Ulate indicó que, en el cuadro de evaluación, la ARAP señaló que, en la propuesta de INVERSIONES PANAMERICANA, la temperatura interna del contenedor debe ser regulada por un termostato de control; siendo, según la impugnante, una evaluación errada, ya que, los equipos de refrigeración cuentan con reguladores de temperatura.

Añade que, de acuerdo con el pliego de cargos electrónico, se solicitó enviar catálogo o folleto con la descripción del bien a ofertar. Que la empresa SRG SOLUCIONES, S.A., presentó solo fotografías sin descripciones del bien ofertado, por ende, está incompleto.

Indica que el pliego de cargos solicitó agregar marca, modelo, casa productora, país de origen y garantía, condición que omitió por completo la empresa adjudicada y por ende ARAP no tiene conocimiento del bien que va a adquirir.



Finalizó solicitando que se revoque y deje sin efecto la actuación de la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá publicada el 17 de marzo de 2017, se revise la propuesta y se adjudique a la empresa INVERSIONES PANAMERICANA, INC.

II. INFORME DE CONDUCTA

Dentro del término establecido por Ley, la entidad ARAP-Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá contestó en su informe de conducta que, en cuanto a lo manifestado por la impugnante, en el documento aportado de descripción técnica del bien, consta, de manera expresa, que el contenedor ofertado está diseñado para mantener la temperatura del producto que ingresa al mismo, no para bajarla", lo cual va en contra de la necesidad apremiante que mantiene esta Autoridad, de adquirir un bien de este tipo, para el almacenamiento de productos perecederos, como son los productos pesqueros, los cuales deben almacenarse a temperaturas muy por debajo de la temperatura normal del producto.

Expresó que se descartó la propuesta de INVERSIONES PANAMERICANA, INC, al no llenar con (sic) este requerimiento principal e indispensable para el uso y fin que se dará al contenedor, a pesar de haber sido la oferta más baja.

III. ALEGATOS EN INTERÉS DE LA LEY O PARTICULAR.

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

IV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en atención a la competencia que nos concede la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 153 de 2020, conoce del recurso de impugnación presentado por la licenciada Karla Virginia Batista Ulate, en contra del cuadro de cotizaciones N°04 de 15 de marzo de 2021, proferido por la ARAP-Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá dentro del acto de selección de contratista por compra menor el cual versa sobre *"Compra de contenedor usado de 40 pies refrigerado, incluye preparación de terreno, instalación de formaleta de acero, cubos de concreto para soporte del contenedor"*, por un precio de referencia de B/.30,000.00. Por lo que, procedemos al examen riguroso de los elementos de convicción con los que se cuenta para efectos de determinar, con base en las normas aplicables y los juicios de valor a los que arribemos, si le asiste o no la razón al recurrente.

En primera instancia, debemos señalar que al presente caso le es aplicable la Ley de contrataciones públicas vigente según fue ordenada por la Ley 153 de 2020, que entró en vigencia el día 8 de septiembre de 2020 para todos los actos de selección de contratista iniciados a partir de esa fecha, siendo que el acto fue publicado en el



sistema electrónico de “panamacompra” el día 22 de febrero de 2021, es por lo que, se fija la competencia del referido texto legal.

Por definición, la contratación menor es *“el procedimiento que permitirá, de manera expedita, la adquisición de bienes, servicios u obras que no excedan los cincuenta mil balboas (B/. 50,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la ley. (Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada por la ley 153 de 2020, artículo 2 numeral 12).*

Antes de comenzar con el análisis de las propuestas, debemos verificar que el acto de selección de contratista se haya realizado cumpliendo con el procedimiento establecidos en la ley de 22 de 2006, que no mantiene vicios que generen la nulidad de lo actuado y que se le haya permitido a todo aquel interesado, participar en igualdad de condiciones. En virtud de ello, realizamos una revisión minuciosa del aviso de convocatoria y pliego de cargos electrónico, dentro del cual se observa una inconsistencia relacionada con el margen de onerosidad que se ha fijado para la presentación de las propuestas. Primero, porque hay duplicidad en cuanto a la directriz que presenta la entidad y, por otro lado, porque establece un criterio que es de imposible cumplimiento, en atención a que es contrario a lo que dispone la ley de contrataciones públicas.

Primeramente, observamos en los criterios de selección que, en cuanto al porcentaje de onerosidad, el pliego de cargos indica que este *“no aplica”*; no obstante, más adelante, al pretender establecer las causales de resolución administrativa del contrato, en lugar de referirse a ello, el pliego plantea otras condiciones; siendo que en la Condición 2 se indica lo siguiente:

Otra Condición 2:	SU PROPUESTA NO SERÁ MAYOR AL PRECIO DE REFERENCIA O SE TOMARÁ POR ONEROSO. NO EXISTE PORCENTAJE DE RIESGOSIDAD.
-------------------	--

Lo anterior se reitera en el capítulo II de las condiciones especiales de los términos de referencias.

5. PROPUESTAS ONEROSAS

Se considerará onerosa toda propuesta que esté por encima de la suma de B/. 30,000.00

En este orden de ideas, pasamos a fundamentar las razones por las cuales estas afirmaciones vician el pliego de cargos y motivan la decisión a la que arribaremos.

Debemos partir por señalar que, la onerosidad de las propuestas, es un tema que fue objeto de variación con las reformas que se introdujeron en la Ley de Contrataciones Públicas actualmente vigente y en el Decreto Ejecutivo N°439 de 2020. Haciendo una relación de las normas que rigen la materia, el artículo 72 de la ley 22 de 2006, en su numeral 3 expresa, refiriéndose a los actos desiertos expresa lo siguiente:



La entidad licitante, mediante resolución motivada, declarará desierto el acto de selección contratista por las siguientes causas:

3. Si las propuestas presentadas se consideran riesgosas, onerosas o gravosas.

Desde ese contexto, parece que la onerosidad efectivamente es un criterio determinante en la selección de las propuestas que se presenten para un acto público; no obstante, esta norma no puede analizarse aislada del resto que guarda relación con la materia, y en ese sentido, traemos a colación lo que expresa el artículo 59 numeral 1 ibídem, que desarrolla la licitación por mejor valor y en cuyo párrafo segundo refiere:

En la celebración de la licitación por mejor valor, se observarán las reglas siguientes:

1. ...

La entidad licitante establecerá en el pliego de cargos el porcentaje de onerosidad, que en ningún caso excederá del 20% del precio estimado por la entidad licitante.

Si bien es cierto, no es el caso que nos ocupa, pues nos encontramos frente a una contratación menor, el artículo precitado adquiere relevancia al traer al debate jurídico lo que se señala en el artículo 51 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020 en el siguiente sentido:

*Artículo 51. Margen de onerosidad. De conformidad con lo establecido en la Ley 22 de 2006, **solamente se podrá establecer porcentaje de onerosidad en las licitaciones por mejor valor**, el cual no podrá exceder el 20% del precio de referencia.*

Esta norma reviste una trascendencia significativa al momento de interpretar la figura de la onerosidad de las propuestas, ya que, por descarte, está indicando que no hay porcentaje de onerosidad en el resto de los actos de selección de contratista, al menos no lo precisa basándose en un número, toda vez que, más adelante, el texto legal bajo estudio, refiriéndose al mismo tema, en el artículo 80 manifiesta que *se consideran onerosas o gravosas, las propuestas que ofrezcan un precio alejado del rango aceptado como valor de mercado del bien, servicio u obra objeto del acto de selección de contratista que se trate*.

Si nos referimos al artículo 51 del Decreto Ejecutivo, tenemos que manifestar que para los efectos legales y prácticos, no es viable establecer en el pliego de cargos de una contratación menor, porcentaje de onerosidad, pues según se lee, solamente en licitaciones por mejor valor se podrá exigir este requisito, el cual está limitado al 20%; por lo que, la redacción que ofrece el pliego de cargos en otras condiciones y en los términos



de referencia, es imposible de cumplir, pues según se desprende de la misma, si la propuesta fuese de treinta mil balboas con 01/100 B/.30,000.01, debe considerarse onerosa, lo cual es contrario a lo dispuesto en nuestra legislación vigente. He aquí el primer motivo por el cual no procede esta limitante impuesta por la entidad contratante.

En ese mismo orden, debemos señalar que, ante el grado de subjetividad que reviste la expresión que hemos subrayado del artículo 80 del Decreto Ejecutivo citado, conviene definir qué se considera por "*alejado*", para poder proceder con una decisión en derecho.

Según el diccionario virtual de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra **alejado**, se define como: **lejano o distante**. Por lo tanto, si tuviésemos que esbozar un criterio para determinar qué hace que el monto de una propuesta sea onerosa, definitivamente, debemos considerar qué tan lejano está el monto de la propuesta del precio de referencia y partir de allí para llegar a una conclusión lo más apegada a derecho, pues obviamente queda a discreción del administrador fijar ese límite, por cuanto la norma lo ha planteado de una manera que resulta intangible determinar un valor exacto para establecer este criterio. Analizando el caso que nos ocupa, la redacción que nos ofrece el pliego de cargos, aparte de ser ambigua, pues tiene dos directrices, es imposible de cumplir, ya que, decir que la propuesta mayor al precio de referencia es onerosa, es lo mismo que afirmar que toda propuesta cuya suma sea igual o mayor a B/30,000.01, debe considerarse como onerosa, lo cual a todas luces no encaja con lo que debemos entender como un monto *alejado del rango aceptado del valor de mercado del bien*. Incluso pudiésemos tomar como una referencia, el margen de onerosidad que se establece en las licitaciones por mejor valor que es el del 20%, lo cual tendría mayor sentido al momento de valorarse, pues es una manera de comprender al legislador cuando se refiere al precio alejado del rango del valor de mercado.

En ese orden, consideramos que esta imprecisión de la entidad al confeccionar el pliego de cargos, no solo genera confusión respecto de un tema que debe ser lo más claro y determinado posible, puesto que se trata de un presupuesto de ley, sino que además es *contra legem*, ya que, según hemos expuesto, al tenor literal del artículo 51 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, **solamente se podrá establecer porcentaje de onerosidad en las licitaciones por mejor valor**, lo cual por exclusión, deja por fuera la contratación menor, caso particular en el que nos encontramos.

Lo anterior, nos lleva a concluir que el pliego de cargos para este acto de selección de contratista no incluyó **reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones**.

Por otro lado, se contravino el artículo 39 de la ley de Contrataciones Públicas, relativo a la **estructuración del pliego de cargos**, numerales 3, 5 y 8; lo que nos lleva a considerar la necesidad de declarar la nulidad del presente acto público de selección de



contratista por contratación menor, lo cual es indispensable para evitar la indefensión de las partes.

Así las cosas, consideramos que se incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, por lo que, nos acogemos a lo dispuesto en el artículo 166 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 166. Causales de nulidad absoluta. Son causales de nulidad absoluta, los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia para adjudicar el acto público, o los que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Las causales de nulidad podrán plantearse en cualquier momento y por cualquier persona.

En virtud de las consideraciones señaladas, estima esta colegiatura que lo prudente es anular el procedimiento de selección de contratista N°2021-1-26-0-0-15-CM-005818, convocado por la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá con base en la facultad que nos concede el artículo 244 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, el cual dispone que:

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 (el subrayado es nuestro).

En lo que atañe a la certificación de Ampyme exigida para las contrataciones menores en el artículo 57 de la ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 153 de 2020, y al paz y salvo para acreditar que la empresa no se encuentra morosa con el municipio requerido por el artículo 70 ibídem, debemos indicar que, no se requiere la práctica de pruebas en este sentido, puesto que la decisión a la que arribamos está dirigida a la declaratoria de nulidad del acto público de selección de contratista, con lo cual resultaría innecesaria la prueba.

En lo referente al destino del afianzamiento de la actividad recursiva, mediante su representatividad dentro del expediente administrativo, al no evidenciarse temeridad ni dilación alguna de la parte actora, se ordena su devolución, a través del procedimiento fiscalizado por la Contraloría General de la República.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes el Acto de selección de contratista N°2021-1-26-0-0-15-CM-005818 proferido por la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución al impugnante de la Fianza de recurso de impugnación N°89B7563 presentada mediante afianzadora ASSA Compañía de Seguros, S.A. por la suma de B/. 4,500.00, a orden de Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios ARAP Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá/Contraloría General de la República; cuya diligencia de consignación reposa a foja 39 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.

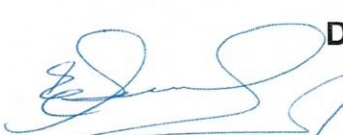
CUARTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: DISPONER la salida y el archivo del expediente No.025-2021/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 57, 156, 157, 158 y 159 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 153 de 8 de mayo de 2020; artículos 87 y siguientes del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, y la Ley No. 38 de 2000, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado Sustanciador


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


Karen Solís

Secretaria General, Encargada

