



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE 040-2021

RECORRENTE: ANALÍTICA DE PANAMÁ, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.043 de 21 de abril de 2021, proferida por el Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá dentro del procedimiento de selección de contratista No.2021-1-25-0-06-LP-028975.

MAGISTRADO: DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS

RESOLUCIÓN N°051-2021-Pleno/TACP de 14 de mayo 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:

Conforme al principio de transparencia y publicidad que regula la Ley No.22 de 2006 positiva y presente en todos los contratos públicos, el Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá, para resolver las necesidades de los ciudadanos de la localidad por la función pública que ejerce, convocó el presente procedimiento de selección de contratista, para la adquisición de "Espectrómetro de emisión atómica de planta por microondas, calidad ISO9001", estableciendo como fecha de presentación de las ofertas, el día 16 de abril de 2021, desde las 9:00 hasta las 10:00 de la mañana, y para la apertura de propuestas el mismo día, pero a partir de las 10:01 de la mañana, 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 licitación pública se requieran, y así, mediante un acto público, transparente, confiable y en Derecho, adjudicar el procedimiento señalado, a la persona jurídica, natural o consorcio que satisfaga los requerimientos indicados en el pliego de cargos; siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución Política, a la ley de contratación pública, y a las leyes complementarias. Acto de selección de contratista en el cual se estableció un precio de referencia de Ciento Diecisiete Mil Ciento Treinta Balboas con 90/100 (B/.117,130.90).

En dicho procedimiento público participaron tres (3) proponentes en su orden de oferta: ANALYTICAL TECHNOLOGIES, S.A., ANALÍTICA DE PANAMÁ, S.A., y MJ ANALYTICAL SERVICES, S.A.

Posteriormente, luego de cumplir con los procedimientos de ley, así como la verificación de cada una de las propuestas por parte de la entidad contratante, el Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá notificó a las partes de la Resolución No.43 de 21 de abril de 2021, cuando el día 21 de abril de 2021 publicó en el portal electrónico "PanamaCompra" la declaratoria de desierto del procedimiento de selección de contratista No.2021-1-25-0-06-LP-028975, por considerar que ninguna de las ofertas participantes cumplió con el pliego de cargos para esta contratación.

La Resolución No.43 de 21 de abril de 2021, fue recurrida en tiempo procesal oportuno por el representante legal de la empresa ANALÍTICA DE PANAMÁ, S.A., mediante apoderado especial, licenciada ODALYS TROUDART; alegando lo siguiente:

Que su representada satisface el pliego de cargos, y que la entidad ha declarado desierto vulnerando los principios de igualdad de oportunidad y eficiencia, basándose en ambigüedades para provocar el descarte de su oferta.

Que en el caso de MJ ANALYTICAL no aportó prueba que cumpliera con 32 renglones de los 46 que presentaba la entidad en su pliego de cargos y la entidad buscó dentro del portal de la marca del competidor suplir esas carencias.

Sostiene que dicho proponente no cumplió con la presentación de documentos no subsanables como lo eran las cartas de referencia. Indica que la entidad ignoró la facultad que concede el artículo 55 de la ley especial, para solicitar aclaraciones de los renglones No.11, 12 y 37 de la oferta de ANALÍTICA DE PANAMÁ, S.A. y así aclarar cualquier requerimiento que tuviese y lograr la adquisición del bien licitado, protegiendo los intereses del Estado y respetando los principios de economía y eficiencia en la contratación pública.

II. INFORME DE CONDUCTA

En obediencia al trámite ordenado por la ley especial y reforzado en la decisión de admisión, la entidad a través de la Nota fechada DG-374-04-21 de 29 de abril de 2021,

21



remitió a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el informe de conducta respectivo y el expediente administrativo, argumentando lo siguiente:

Que la empresa ANALÍTICA DE PANAMÁ, S.A., incumplió con una serie de requisitos del pliego de cargos, tales como: Renglón 1, condiciones especiales, otros requisitos, la empresa impugnante aportó un documento supuestamente proveniente del extranjero, pero es una impresión o copia simple, no es un documento debidamente legalizado o apostillado, por ende, carece de autenticidad y validez legal.

En cuanto al documento de criterios técnicos, específicamente en el renglón No.9, la impugnante no especificó la exactitud la longitud de la onda. Tampoco detalló la intensidad de los segundos del renglón No.11. en cuanto al renglón No.33, no se satisface con las normas de seguridad, entre otros incumplimientos más.

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 acto administrativo que es objeto de impugnación entra al conocimiento de este foro de justicia especial, por tratarse de materia privativa y por la naturaleza del asunto sobre hechos que han surgido por la emisión de una resolución de declaratoria de desierto derivado de un procedimiento de selección de contratista por licitación pública, emitido por el Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá y de la cual se encuentra disconforme uno de los proponentes participantes.

En ese sentido, este cuerpo colegiado se coloca en estado de emitir un juicio jurídico en razón de los elementos de convicción que han sido presentado para su examen y posterior valoración, los cuales se encuentran recopilados en el portal estatal "PanamaCompra".

Los hechos traídos a este escenario se desprenden del recurso incoado respecto a la resolución objeto de contencioso, la cual procederemos a examinar objetivamente conforme a las reglas que nos demarcan los postulados del artículo 58 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006 y su reglamentación, teniendo en cuenta que en este tipo de procedimiento de selección de contratista el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos.

También se utilizará este tipo de procedimiento cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00) y con la novedad de la reciente reforma (Ley No.153 de 2020) de que las entidades no aplicarán el margen de riesgo, a fin de garantizar la competencia entre los proponentes y obtener el mayor beneficio para el Estado.


2



Así, pues, los proponentes que desean participar entregarán su oferta con su respectivo precio ofertado con su correspondiente fianza de propuesta (numeral 2 del artículo 58 de la ley especial, excepto los actos menores de B/.500,000.00) y la oferta técnica ajustada a las exigencias del pliego de cargos. En los actos públicos cuyo precio de referencia sea superior a los quinientos mil balboas (B/.500,000.00), quien presida el acto rechazará las propuestas acompañadas por fianzas con montos o vigencias inferiores a los establecidos en los términos de referencia y por el carácter restrictivo de la disposición en mención, en ningún caso podrán rechazarse propuestas por causas distintas a las señaladas.

Una vez conocidas las propuestas, quien presida el acto preparará un acta que se adjuntará al expediente, en la que se dejará constancia de todas las propuestas admitidas o rechazadas en el orden en que hayan sido presentadas, con expresión del precio propuesto, entre otros datos más. Ya en el análisis de los documentos, 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 del procedimiento de selección de contratista. Pero si la oferta más baja no satisface los términos de referencia, entonces 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 la declaratoria de desierto.

Conocida las reglas del juego desde la convocatoria del acto público, lo siguiente sería la verificación de la oferta de menor precio, a fin de determinar si satisface o no el pliego de cargos, de lo contrario, seguir con el examen hasta lograr la adjudicación o la declaratoria de desierto. Sin embargo, antes de entrar en el análisis de fondo, nos corresponde estudiar el procedimiento legalmente establecido por la ley No.153 de 2020, y así establecer si se ha llevado a cabo en debida forma y en ese mismo sentido establecer si no se ha ocasionado vulneración de derechos al momento de tomarse una decisión.

Así las cosas, lo primero que salta a la vista es la publicación del informe de la comisión, hecho ocurrido según el Portal Electrónico de Contrataciones Públicas el día 21 de abril de 2021, y a la misma vez se difundió la decisión No.43 de 21 de abril de 2021, con lo cual se transgredió la normativa positiva de compras estatales, por cuanto que, de acuerdo a los numerales 11 y 12 del artículo 58 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006 positiva *"una vez emitido el informe, este será publicado obligatoriamente en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y estará disponible, ese mismo día, una copia impresa de este para los participantes en el acto que la deseen. Y a partir de la fecha de la publicación descrita en el numeral anterior, los participantes en este acto público tendrán acceso al expediente, incluyendo las propuestas de los participantes en el acto, **y tendrán tres días hábiles para hacer observaciones a dicho informe**"*.

91



Como hemos transcrito, la disposición legal ordena que a partir de la fecha de la publicación los participantes tendrán la oportunidad para realizar observaciones al informe de la comisión, oportunidad que en esta ocasión resulta imposible al notificarse el informe de la comisión el mismo día en que se realizó la decisión que declaró desierto el acto público de selección de contratista. En ese sentido, vemos un menoscabo de los derechos de los proponentes, al vedársele esa oportunidad de confrontarlo y así exponer el contradictorio que de forma expresa ordena la ley especial.

Una vez publicado el informe de la comisión, la entidad tendrá dos días hábiles para decidir si ordena un nuevo informe parcial o total a la misma comisión o adjudicar, declarar desierto en el término que el ordenamiento jurídico dispuso. En esta oportunidad se irrespetó lo ordenado por la ley, al publicar el informe de la comisión y la decisión de desierto el mismo día. Negándose así el derecho de los proponentes de confrontar el informe en el plazo de ley, con lo cual se vulneran sus derechos de forma directa.

Lo anterior menoscaba de manera rotunda el principio de economía al no cumplirse los procedimientos y las etapas estrictamente necesaria, a fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más ventajosa para el Estado, ignorándose con ello los términos en las diferentes etapas de selección. Además, vemos que las normas contenidas en la ley han sido interpretadas con trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, desconsiderándose con esa actividad las reglas y los procedimientos como mecanismos de la actividad contractual que en nada sirve a la función contractual ni a los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos ni se ha protegido la garantía ni los derechos de los administrados.

El Artículo 32 Constitucional reconoce que nadie será juzgado sino por autoridad competente **y conforme a los trámites legales**, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria.

Este principio constitucional ha sido objeto de amplios estudios por la doctrina patria y objeto de copiosa jurisprudencia que ha contribuido a moldear y precisar su contenido. Basta ojear las colecciones de recensiones jurisprudenciales para confirmar este aserto, concluyendo en que, la protección de garantías que debe recibir quien acude a la Administración en procura del reconocimiento de su derecho sin ningún tipo de distinción, tomando en consideración los factores objetivos de la adjudicación como lo es el de la oferta de menor precio y la plena justicia en la adjudicación, principios constitucionalmente reconocidos, **deben ser dirigidos desde la perspectiva del administrado**, sobre todo si el procedimiento tiene por objeto el reconocimiento o la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo digno de protección, como es el caso de controvertir el informe de la comisión verificadora dentro del término de ley.

Otra inconsistencia lo es la no incorporación del Pacto de Integridad y de la Carta de Adhesión a Principios de Sostenibilidad que sostiene los numerales 5 y 19 del artículo 15

51



de la ley 22 de 2006 (modelos) como lo es la elaboración de un pacto de integridad por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas, pero que deberá ser anexo a toda contratación pública y será parte integrante del pliego de cargos y de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes. Manual de uso que de acuerdo a los documentos estandarizados deberá ser anexo en el capítulo IV del pliego de cargos, el cual se refiere a los formularios.

A propósito de los formularios, el artículo 45 de la ley especial indica que las entidades incluirán, dentro del pliego de cargos, los modelos o los formularios que necesariamente garanticen la prestación de ofertas en igualdad de oportunidades. Estarán comprendidos dentro de estos, el de propuesta, en caso de que la institución lo estime conveniente, los modelos de las fianzas, las cartas, el proyecto de contrato y el modelo del convenio de asociación accidental, entre otros, de los cuales está también el pacto de integridad y la carta de adhesión de principios de sostenibilidad, siendo esos formularios un mínimo y no excluyentes del resto. Igual mención hacen referencia los artículos 52 y 58 del Decreto Ejecutivo No.439 de 2020.

El artículo 46 de la reglamentación reitera que, en la elaboración del pliego de cargos, la entidad contratante elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista, el pliego de cargos, utilizando los documentos estandarizados aprobados por la Dirección General de Contrataciones Públicas y en atención a los modelos, resoluciones y las circulares generales que emanen de esta dirección...

Todas esas situaciones de forma deben ser ventiladas antes de entrar en el razonamiento de fondo, para evitar la transgresión de la ley y de la transparencia del acto público iniciado por el Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá, pero esa realización no puede ser llevada de cualquier manera, sino conforme lo establece el ordenamiento jurídico como parámetro de actuación para todo ciudadano y en especial del servidor público, quien debe regirse bajo esos lineamientos que son inherentes al ejercicio de la actividad administrativa; es decir, desarrollada conforme a la ley, como una de las manifestaciones del poder público estatal y que de igual forma debe someterse a ella (la ley). Y es que precisamente es esa adaptación en que se circunscribe una de las bases del Estado de Derecho sin la cual sería posible el logro de sus objetivos, por ser ese un mecanismo de control de la actividad pública y garantía presente del administrado en la justicia frente a la Administración.

Todo lo anterior deviene ante la potencial vulneración de derechos que hemos observado, por una parte, al ignorarse términos para la realización de las observaciones pertinentes al informe de la comisión verificadora, y a la no inclusión de los diferentes formatos en los términos de referencia tal y como lo exige la legislación respectiva

Esas inconsistencias como mencionamos, indudablemente contrarían la ley, al no ser observadas las reglas del debido proceso en todas las etapas, desde la confección de las

9



condiciones generales y especiales hasta la fase de examen de las propuestas, y a la vez nos orilla como Tribunal encargado de resolver la controversia en un escenario de agotamiento de la vía gubernativa, a tomar una decisión acertada, precisamente por la vulneración al proceso debido. Sobre ese particular, en Argentina, el administrativista Héctor Escola sostiene que:

*El procedimiento administrativo, por ende, debe reconocer y admitir la garantía del debido proceso legal, no ya por aplicación de preceptos constitucionales que la administración pública no puede desconocer, **sino incluso como exigencia de una mejor administración, ya que el administrado, como se sabe, con sus peticiones y reclamaciones es coadyuvante importante en el logro de una actividad administrativa legítima y eficaz.** Este último concepto no siempre es tenido en cuenta, no obstante, su importancia. Si la Administración pública debe reconocer las garantías del debido proceso legal, si al administrado le corresponde exigir esa garantía, no es sólo por su situación subjetiva, jurídicamente amparada, sino porque en el campo del derecho administrativo se suma a esa consideración la de que el particular debe gozar de esa prerrogativa para poder cumplir últimamente su rol de gestor indirecto del interés público.*

Según el Dr. Bartolomé Fiorini, también de la escuela Argentina, cuna de grandes administrativistas, el procedimiento administrativo, que "sistematiza principios, normas, órganos e instituciones que rigen el proceso funcional de toda la administración pública", en el caso en que intervenga un interesado, un administrado, sin dejar de percibir esos mismos fines, **tiende a garantizar las relaciones jurídicas con el administrado.**

Expresa el citado autor en torno al tema analizado, lo siguiente:

Aceptado que hay dentro de la administración pública distintos procedimientos administrativos, pero que el referido a la justicia administrativa dentro de la administración responde a un fin particularizado, también se comprueba que hay una técnica específica para este procedimiento que tiende, por, sobre todo, a aplicar el derecho de defensa y la realización de lo que en ciencia jurídica se distingue como debido proceso. Esta técnica procesal tiende a consagrar: garantías para la defensa del administrado, competencia específica de ciertos órganos administrativos; valor de las pruebas; vías de impugnación contra las decisiones. Estas normas y principios presupuestan la seguridad de buena justicia a favor del administrado.

Los pliegos de cargos, como lo establece la ley y la Doctrina, deben ser justos claros y objetivos, y deben abarcar todo lo concerniente para la concesión del acto público, y garantizando todo lo concerniente a la sustanciación del proceso hasta su finalización, respetando todas las garantías que la ley le concede a los participantes y no debe dejarse a la extensiva interpretación; de lo contrario, nos veríamos en la necesidad de anularlos con el fin de garantizar el debido proceso y la tutela administrativa efectiva que se encuentra intrínsecamente vinculada con toda toma de decisión por parte del poder del Estado.

2



En esta oportunidad lo importante es examinar que las condiciones que ofrecen los términos de referencia no vulneren Derechos subjetivos, por eso, nuestro interés redunda en enfocarnos que el procedimiento no se haya desarrollado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, entre otras razones más que puedan provocar la nulidad absoluta del mismo.

Las bases de todo procedimiento de selección de contratista deben ser muy claros, a fin de evitar cualquier tipo de inconsistencia que pueda frustrarlo, pues lo que se quiere conseguir en un acto público es la adjudicación de un bien para el Estado a servicio de la colectividad. Y en ese sentido no debe verse el mismo empañado por actuaciones alejadas de la ley, ya sea por la complejidad del acto público o la nulidad del acto mismo por ser contradictorio. Lo que implica pérdida de dinero para los participantes y tiempo para la entidad; así como también la espera en la solución de una necesidad que quizás sea urgente. Bases puras y simples es lo que se requiere.

De este modo, la actuación realizada por la entidad contratante, vulnera lo establecido en la Ley No. 22 de 2006, por lo que incurre en una causal de nulidad absoluta del acto público, las cuales se encuentran descritas en el artículo 166 del Texto Único de la Ley 22 de 2006:

“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 No. 2021-1-25-0-06-LP-028975, convocado por el Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá, en base a lo dispuesto en el artículo 244 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, el cual dispone que:

“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).

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

[Handwritten signature]

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 público de selección de contratista No. 2021-1-25-0-06-LP-028975, emitido por el Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá, de acuerdo a lo ensayado en la parte motiva de este acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la fianza de impugnación No.FI-105012, expedida por Seguros Suramericana, S.A., fechada 26 de abril de 2021, por un monto de Once Mil Setecientos Trece Balboas con 09/100 (B/.11,713.09) a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios el Instituto de Innovación Agropecuaria de Panamá/Contraloría General de la República, cuya diligencia de consignación reposa a foja 21 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.040-2021/TACP, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículos 58, 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 95 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 S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

