



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No.: 147-2022

RECURRENTE: MANTENIMIENTO, DISEÑO Y
CONSTRUCCIÓN, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No.006-2022 de 7 de julio de 2022, emitida por la alcaldesa del Municipio de Remedio por la cual ejerció la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y canceló el Acto Público de Selección de Contratista para la Contratación Menor No.2022-5-33-0-04-CM-000397.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: LUIS MARISCAL.

RESOLUCIÓN No.146-2022-PLENO/TACP de 08 de agosto de 2022 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 (en lo sucesivo Ley 22 de 2006), en su artículo 146 creó al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (el Tribunal), como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia de los Recursos de Impugnación en contra del acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, en sus artículos 238 y 240, establece las condiciones y requisitos para la presentación del Recurso de Impugnación con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES

Cronología de los hechos relevantes:

1. El 24 de mayo de 2022, el Municipio de Remedios, en adelante la entidad o el Municipio, mediante aviso de convocatoria publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" (sistema electrónico o, simplemente, "PanamaCompra"), hizo el llamado a los interesados en participar como proponentes al Acto Público de Selección de Contratista para la Contratación Menor No.2022-5-33-0-04-CM-000397, referente al mejoramiento al parque de Santa Lucía. (Ver fojas 002-006 del expediente del Tribunal).
2. El precio de referencia para el acto público se estableció de treinta y ocho mil balboas (B/.38,000.00).



3. La presentación de las propuestas del referido acto público, se programó para el 30 de mayo de 2022, hasta las 11:00 a.m., y la apertura de las mismas se programó hasta las 11:01 a.m., de ese mismo día, al cual participaron de forma electrónica, tres propuestas detalladas a continuación:

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
1923846-1-726744-76	INVERSIONES CINDY XIN S.A	27-05-2022 04:52 p.m.	36,000.00
155622010-2-2016-65	Materiales San Miguel Arcangel SA	30-05-2022 10:36 a.m.	33,063.00
155609279-2-2015-75	MANTENIMIENTO, DISEÑO Y CONSTRUCCION, S.A.	30-05-2022 10:39 a.m.	35,412.72

4. Mediante el Cuadro de Cotizaciones No.01-2022 del 01 de junio de 2022, la entidad adjudicó el Acto Público de Selección de Contratista, al proponente Mantenimiento, Diseño y Construcción, S.A, por el monto de treinta y cinco mil cuatrocientos doce balboas con setenta y dos centésimos (B/.35,412.72), al considerar que cumplió con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.
5. Mediante Resolución No.006-2022 de 7 de julio de 2022, emitida por la alcaldesa del Distrito de Remedios, ejerció la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y canceló el Acto Público de Selección de Contratista para la Contratación Menor No.2022-5-33-0-04-CM-000397, aduciendo que la Contraloría General de la República realizó observaciones de índole jurídicas al acto público y a la propuesta adjudicada. (Ver fojas 007-010 del expediente del Tribunal).
6. El 19 de julio de 2022, la empresa adjudicada Mantenimiento, Diseño y Construcción S.A., en adelante la recurrente o impugnante, mediante apoderado especial, licenciado Eduardo Enrique Miranda Pitti, conforme poder visible a foja 011 del expediente jurídico, presentó ante la Secretaría General de este Tribunal, en tiempo oportuno, Recurso de Impugnación, en contra de la referida Resolución No.006-2022 de 7 de julio de 2022. (Ver fojas 012-070 del expediente del Tribunal).

II. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURRENTE

De los argumentos señalados por la empresa recurrente (Mantenimiento, Diseño y Construcción, S.A.), en su escrito del Recurso de Impugnación, alegó medularmente lo siguiente:

1. La entidad está faltando al debido proceso en las etapas de dicha contratación y al principio de igualdad de oportunidades consagrados en las normas de contratación pública.
2. El requisito 9 del pliego de cargos, estableció la presentación de estados financieros debidamente auditados de los últimos 2 años y debidamente notariados 2020-2021, pero en ningún momento la entidad realizó el llamado formal en que el estado financiero debía ser apegados a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), considerando que dichas normas son solo una guía, las cuales cada entidad gubernamental o privada la adaptará, según las necesidades de evaluación que requiera en su defecto o condición. Máxime que en el pliego de cargos no se incluyó formulario señalando la forma de presentación de los estados financieros.



3. La entidad decidió cancelar el acto público luego que se dio la adjudicación basándose en requerimientos solicitados posterior a ello, por parte del departamento de fiscalización de la Contraloría General de la República, cambiando las reglas y requerimientos ya establecidos en el llamado a la convocatoria, actuación que vulneró los principios y normas que regulan la contratación pública, haciendo mención a ellos.
4. Su propuesta fue la única que se ajustó a las necesidades y requerimientos señalados en el pliego de cargos.
5. En investigaciones realizadas sobre las normas NIIF, se concluyó que ciertamente las mismas son parte del funcionamiento financiero de nuestro país, sin embargo, dichas normas son utilizadas y requeridas según las necesidades de cada institución, y en el caso de ésta propuesta se presentó el estado financiero que se somete todos los años en 3 bancos de la República de Panamá, donde la empresa mantiene línea bancaria y, nunca le habían solicitado lo ocurrido en este acto público, dejando de manifiesto la promulgación de la Ley Mo.280 de 30 de diciembre de 2021, publicada en Gaceta Oficial No.2945-E, que deroga la Ley 57 de 1 de septiembre de 1978 y el Decreto No.68 de 29 de octubre de 1986.
6. Por último, solicitó al Tribunal revocar el acto impugnado y se restablezca el derecho vulnerado en el sentido de que se le adjudique el acto público, al considerar que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos.

III. ADMISIÓN DEL RECURSO

Una vez verificado el cumplimiento de los presupuestos procesales para la admisibilidad del Recurso de Impugnación presentado, este Tribunal procedió a darle curso y en Sala Unitaria mediante Resolución No.113-2022/TACP de 20 de julio de 2022, publicada en el sistema electrónico esa misma fecha, admitió el mismo y se le dio traslado a la entidad, así como se le requirió el informe de conducta acompañado de toda la documentación correspondiente al acto público impugnado. (Ver fojas 080-083 del expediente del Tribunal).

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD

El 25 de julio de 2022, se publicó en el sistema electrónico el Informe de Conducta de la entidad, suscrito por Vielka Gálvez Ballesteros, como alcaldesa del Distrito de Remedios, donde hace un recuento de las actuaciones administrativas que tuvieron relación con el presente Acto Público de Selección de Contratista, iniciando con la publicación del acto hasta la adjudicación del mismo. (Ver fojas 68-87 del expediente del Tribunal).

En dicho informe, la entidad señaló que escogió a la empresa que presentó la segunda mejor propuesta, debido a que cumplió con todas las condiciones del pliego de cargos; pero que, sin embargo, cuando se remitió a la Contraloría General de la República, ésta observó que los estados financieros que aportó dicha empresa estaban incompletos y los mismos no se ajustaron a lo establecido en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIF), criterio que fue aceptado por la entidad.



V. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

En cumplimiento del artículo 159 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, este Tribunal pasará a resolver lo que en derecho corresponde, analizando cada una de las piezas procesales que se encuentran en el expediente electrónico.

1. Procedimiento aplicable

En nuestro estudio se advierte que el procedimiento de selección de contratista que atendemos, se trata de una Contratación Menor, para el mejoramiento del parque de Santa Lucia, ubicado en el distrito de Remedios, provincia de Chiriquí.

En este sentido, se conoce que este tipo de procedimiento de selección de contratista (contratación menor), se encuentra respaldada en el artículo 57 de la Ley 22 de 2006, cuya reglamentación se ubica en el Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 57. Contratación menor. El procedimiento para la contratación menor 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 esta Ley.

En la contratación menor no se exigirá fianza de propuesta. Tampoco se exigirá fianza de cumplimiento, salvo que la entidad licitante lo considere necesario; no obstante, los contratistas seleccionados deberán garantizar a la entidad que se obligan a responder por los defectos de construcción de la obra, por vicios de las cosas o por el cumplimiento de las condiciones pactadas, en los términos que se establezcan en el reglamento de esta Ley.

En las contrataciones menores que no superen los diez mil balboas (B/.10,000.00), se aplicará un procedimiento expedito por cotizaciones, que será reglamentado por el Órgano Ejecutivo.
...”. (Lo resaltado es del Tribunal).

Igualmente se deben seguir las reglas contenidas en los artículos 88, 89 y 90 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, y en su defecto, adjudicar al oferente que oferte el precio más bajo y que a la vez cumpla con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

2. Criterios de interpretación

a. Criterio Constitucional

La interpretación de las normas y disposiciones aplicables a los procedimientos de selección de contratista, se deben a la fuente de toda norma, por lo que resaltamos el artículo 215 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”.

“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. Criterio Legal

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”. (Lo subrayado es del Tribunal).

3. Acto Administrativo impugnado

El acto administrativo impugnado, lo instituye Resolución No.006-2022 de 7 de julio de 2022, emitida por la alcaldesa del Municipio de Remedios, por la cual ejerció la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y canceló el Acto Público de Selección de Contratista para la Contratación Menor No.2022-5-33-0-04-CM-000397. Veamos:

RESOLUCIÓN N°006-2022
de 7 de julio de 2022

Por la cual se ejerce la **FACULTAD EXTRAORDINARIA DE RECHAZO DE PROPUESTA**, dentro de la **CONTRATACIÓN MENOR N° 2022-5-33-0-04-CM-000397**, para la **“MEJORAMIENTO DEL PARQUE DE SANTA LUCÍA”**, ubicado en el Corregimiento de Santa Lucía, Distrito de Remedios, Provincia de Chiriquí.

La Honorable Alcaldesa del Distrito de Remedios
En uso de sus facultades legales,

CONSIDERANDO:

...

RESUELVE:

PRIMERO: Ejercer la **FACULTAD EXTRAORDINARIA DE RECHAZO DE PROPUESTAS** presentadas dentro de la **CONTRATACIÓN MENOR N°2022-5-33-0-04-CM-000397** para la **“MEJORAMIENTO DEL PARQUE DE SANTA LUCÍA”**, ubicado en el Distrito de Remedios, Provincia de Chiriquí, debido a las incongruencias por parte del Municipio de Remedios al publicar validez la propuesta de un (1) día hábil y como término de pago ciento veinte (120) días, al momento de realizar la publicación de la contratación menor, en el portal Panamacompra.

SEGUNDO: **CANCELAR** la contratación menor del proyecto N°2022-5-33-0-04-CM-000397, para la **“MEJORAMIENTO DEL PARQUE DE SANTA LUCÍA”**, ubicado en el Distrito de Remedios, Provincia de Chiriquí.

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

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



De la lectura del acto administrativo impugnado, observamos que la entidad se refirió a la facultad extraordinaria contenida en el artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 2020, para el rechazo de las propuestas recibidas en el presente acto público, motivando sus razones, básicamente por la necesidad de efectuar cambios en la plantilla electrónica del pliego de cargos, debido a la incongruencia en el término de 1 día hábiles señalado como validez de la propuesta y en el término de pago de 120 días hábiles, tal situación que fue observada por la Contraloría General de la República, al momento de la verificación de los documentos para el refrendo del correspondiente contrato de obra, tal como lo dejó dicho la entidad.

En observancia del *Principio de Economía*, contemplado como uno de los pilares de la contratación pública, en el artículo 27 de la Ley 22 de 2006, el cual señala que el Estado tiene el deber de adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que, con motivo de la celebración y ejecución del contrato que se presenten, así pues, nos compete atender las pretensiones plasmadas en el presente recurso.

Leitmotiv

El tema central será analizar la actuación que llevó a cabo la entidad, a fin de determinar si obró acorde al ordenamiento jurídico al momento del rechazo de las propuestas y la cancelación del acto público.

4. La Facultad de Rechazo, competencia extraordinaria

Respecto a la figura de la facultad extraordinaria para rechazar las propuestas, el artículo 74 de la Ley 22 de 2006, establece que debe ser sostenida en el orden público o interés social, veamos:

"Artículo 74. Facultad de la entidad licitante. La entidad licitante podrá, antes de recibir propuestas, cancelar la convocatoria del acto público.

En caso de que se hubieran recibido propuestas, por causas de orden público o de interés social, debidamente motivadas, la entidad podrá rechazar todas las propuestas, sin que hubiera recaído adjudicación.

Ejecutoriada la adjudicación del acto público, esta obliga a la entidad licitante y al adjudicatario; en consecuencia, el adjudicatario o contratista, según sea el caso, tendrá derecho a la formalización del contrato correspondiente, o a recibir compensación por los gastos incurridos, si la entidad licitante decidiera ejercer la facultad de rechazo de su oferta, sin haber formalizado el contrato.

El adjudicatario está obligado a mantener su propuesta y a firmar el contrato respectivo; de no hacerlo dentro del tiempo establecido en el pliego de cargos por causas imputables al proponente, la entidad licitante ejecutará la fianza de propuesta y se le inhabilitará por un periodo de seis meses. Igualmente, para los actos públicos donde no se exige la fianza de propuesta, se le inhabilitará por un periodo de un año.

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". (El subrayado es nuestro).



En esta oportunidad y atendiendo al contenido del acto administrativo impugnado, cobran relevancia las definiciones que nos brinda la Ley de Procedimiento Administrativo General, en su glosario:

“**Interés público.** Como finalidad del Estado, es el propio interés colectivo, de la sociedad en su conjunto, en contraposición al interés individual”.¹

“**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”.²

Frente a lo expuesto, es oportuno mencionar que está colegiatura en repetidas ocasiones ha considerado que el rechazo de propuestas constituye una de las pocas atribuciones legales en donde se le autoriza a la entidad actuar con cierto margen de discrecionalidad, en el ejercicio de las competencias de selección objetiva del contratista. No obstante, hemos indicado anteriormente, que el rechazo de propuestas, procederá solamente cuando la decisión esté fundada sobre aspectos de orden público e interés social; es decir, siempre que se origine en razones posteriores a la recepción, sin que hubiera recaído adjudicación.

De las constancias procesales dentro del portal electrónico de contrataciones públicas, se desprende que las propuestas para dicho acto público fueron recibidas entre 27 y 30 de mayo de 2022; seguidamente el 01 de junio de 2022, la entidad adjudicó el acto público a la empresa Mantenimiento, Diseño y Construcción, S.A., mediante el Cuadro de Cotizaciones No.01-2022, tal como se muestra a continuación:

Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
1923846-1-726744-76	INVERSIONES CINDY XIN S.A	27-05-2022 04:52 p.m.	36,000.00
195622010-2-2016-65	Materiales San Miguel Arcangel SA	30-05-2022 10:36 a.m.	33,063.00
195609279-2-2015-75	MANTENIMIENTO, DISEÑO Y CONSTRUCCION, S.A.	30-05-2022 10:39 a.m.	35,412.72

Otros Considerando

Que en esta entidad con previa verificación de la oferta recibida ha determinado que la empresa MANTENIMIENTO, DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN, S.A. es la empresa en ofrecer el segundo precio mas bajo , cumpliendo con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos correspondientes, ya que la primera empresa no cumplía con el pliego de cargo.

Resuelve:

Adjudicar el acto publico N° 2022-5-33-0-04-CM-000397 a la empresa MANTENIMIENTO, DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN, S.A. por la suma de 87.35,412.72 (treinta y cinco mil cuatrocientos doce con 72/100) por ser la empresa en cumplir con todos los requisitos en el pliego de cargos.

En atención a las observaciones realizadas por la Contraloría General de la República, posteriormente, el 11 de julio de 2022, publicó la Resolución No.1006-2022 del 7 de julio de 2022, por la cual resolvió rechazar todas las propuestas, motivando las razones que la llevaron a adoptar tal decisión, precisando las inconsistencias observadas al pliego de cargos que origina la necesidad de efectuar modificaciones, justificación que encontramos insuficiente para sustentar

¹ Legislación de Procedimiento Administrativo. Ley 38 / 2000 de 31 de julio de 2000. Página 107.

² Legislación de Procedimiento Administrativo. Ley 38 / 2000 de 31 de julio de 2000. Página 109.



la decisión de la entidad, máxime que, como nos hemos referido en el concepto que, el orden público salvaguarda los intereses generales sobre los particulares, acorde a la interpretación del artículo 74 de la norma de contrataciones públicas.

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

“El Estado tiene como finalidad principal, conforme a la Ley, establecer las pautas que procuren el prevalecimiento del interés público, sobre el interés privado, es decir, “el estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política, entendiendo que los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”. (MORA CAICEDO, Esteban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Teórico y Práctico. Tercera Edición. Grupo Editorial LEYER. Bogotá Colombia 2001. Pág.71); no obstante, de forma alguna, esta prerrogativa debe ser conceptualizada de forma absoluta y sin limitaciones legales; al contrario, debe ser ejercida conforme los parámetros que la propia Ley indica para su existencia y dentro de la objetividad, transparencia y legalidad que están inmerso, como principios rectores, en los procesos de contratación pública”.³ (El subrayado es nuestro).

Esta colegiatura considera importante examinar la actuación que llevó a cabo la entidad, a fin de determinar si obró acorde al ordenamiento jurídico para el rechazo de las propuestas, conforme la potestad ya descrita.

5. Consideraciones argumentativa-jurídica sobre la actuación de la entidad

Según se ha visto, para el recurrente: la entidad canceló el acto público luego que se dio la adjudicación, cambiando las reglas y requerimientos ya establecidos en el llamado a la convocatoria, actuación que vulneró los principios y normas que regulan la contratación pública.

Por su parte la entidad indica que la razón de la emisión de su acto es “Que luego que adjudicó el acto público, se remitió el contrato a la Contraloría General de la República para su refrendo, y ésta realizó ciertas observaciones que hacen necesarias realizar cambios al pliego de cargos”. (El subrayado es nuestro).

Concretamente, en su Informe de Conducta la entidad alude a que la Contraloría se opuso a acceder al refrendo de la Orden de Compra, en razón de que:

1. Los estados financieros presentados por la empresa adjudicada, estaban incompletos. (Ver el punto 9 de los “otros requisitos” del pliego de cargos).
2. En el pliego se produjo una discrepancia al referir a que el tiempo de validez de las ofertas, que era de un (1) día hábil, mientras que el tiempo para el pago era de ciento veinte (120) días.

Al respecto, se entiende que la entidad motivó sus razones sobre las observaciones de la Contraloría General de la República, sin antes atender las potenciales subsanaciones que demandada el ente de control (la Contraloría), a objeto de procurar la continuidad de la actuación contractual.

³ fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 22 de febrero de 2008.



Además, que la actuación de la entidad careció de motivación suficiente a cerca de las condiciones que deshabilitaban la propuesta de la adjudicataria, esto teniendo presente que, en parte, las razones de la Contraloría para objetar su refrendo, se circunscribían a esa etapa: la de la selección objetiva.

A este respecto cabría preguntarse si, conforme a sus competencias de control, ¿la Contraloría está endilgando a la entidad alguna deficiencia económica? Esto ya que, a nuestro entender la objeción propiamente, no se dirige hacia la capacidad financiero-presupuestaria de la entidad, sino más bien, a un reproche hacia la propuesta de la empresa adjudicada, específicamente, si aportó estados financieros incompletos.

En otras palabras, las observaciones de la fiscalizadora se orientan más bien al proponente adjudicado. Así las cosas, reiteramos que, ante tales valoraciones realizadas, la situación nos conduce esta pregunta, ¿la fiscalizadora en este caso, ha asumido “competencias legales” de examinadora de las propuestas?

a. Argumentos legales (debida motivación) del acto de rechazo de propuesta.

En este orden de ideas, se echa en falta que el acto acusado no se haya referido a las causales de orden público o interés social, conforme lo exige la norma vigente, actuación también sustentada en el *Principio de Transparencia*, contemplado en el artículo 26 de la Ley 22 de 2006, cuyos postulados señalan que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, a excepción de los de mero trámite, deben motivarse de forma detallada y precisa.

Por su parte, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, aplicable de manera supletoria al presente proceso, al referirse a la motivación de los actos indica lo siguiente:

“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;
4. Cuando así se disponga expresamente por la ley”.

En este sentido, la pregunta obligada es ¿si el acto acusado se dictó “sin motivación ni fundamento alguno”? O, en sentido más específico podríamos agregar esta pregunta: el hecho que se aportara los estados financieros incompletos o las incongruencias en el término de validez de la propuesta y el término de pago señalado en el pliego de cargos; ¿es motivación suficiente para que se rechazaran todas las propuestas recibidas en el presente Acto Público referente al mejoramiento al parque de Santa Lucia, ubicado en la provincia de Chiriquí, distrito de remedios?

b. Actuación administrativa que se debió ejercer a efecto de superar las razonables observaciones del fiscalizador.

Ciertamente, nos parece que la entidad pudo haber intentado superar las objeciones de la Contraloría, en lo tocante a la documentación relativa al contrato, en el sentido de hacer prevalecer entre otras cosas que:



1. Son explícitas las disposiciones del pliego en el punto 9 de otros requisitos, en donde se exigió: "Estados financieros debidamente auditados de los últimos 2 años, debidamente notariados 2020-2021":

Sobre este punto, la entidad pudo recordarle al ente de fiscalización (la Contraloría) que, en lo que respecta al incumplimiento de normas de contabilidad internacionales, si bien éstas son exigibles dentro de las actuaciones gubernamentales, a los particulares (proponentes y a sus propuestas), a tenor de lo establecido en el artículo 18 constitucional y el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 22 de 2006, solo se les puede exigir lo que expresamente dispuesto en las normas jurídicas, como lo fue el punto 9 del pliego de condiciones.

En este orden de ideas, si la oferta del adjudicado cumplió con las exigencias del pliego, según fue afirmado por la propia entidad, ella (la entidad) debió recordarle a la entidad fiscalizadora que el numeral 14 del artículo 21 de la Ley 22 de 2006, establece la advertencia que: "...En ningún caso podrá condicionarse la adjudicación, la adición o la modificación de contratos, la cancelación de las sumas adeudadas, la renuncia, el desistimiento o el abandono de peticiones, las acciones, las demandas y las reclamaciones por parte de este a requisitos y condiciones previamente establecidos para el acto".

Para concluir sobre este asunto, digamos que, en el caso específico, la entidad requirió en el pliego de cargos estados financieros auditados de los últimos dos años, debidamente notariados 202-2021 (punto 9 de Otros requisitos), tal cual fue aportado por la empresa beneficiada con la adjudicación del acto público y así mismo fue valorado como válido por la entidad; sin embargo, en el supuesto señalado por la Contraloría, pese a ser un requisito del pliego catalogado como no subsanable, la entidad puede valerse de lo preceptuado en el artículo 55 de la Ley de contrataciones públicas, en concordancia con el artículo 84 de la reglamentación, el cual facultan a la entidad la posibilidad de solicitar aclaraciones luego de presentada la propuesta y, además, solicitar que se acompañe documentación aclaratoria, siempre que esta no tenga por objetivo distorsionar el precio u objeto ofertado ni tampoco modificar la propuesta original; máxime que dicho requerimiento fue ya valorado por la entidad.

2. La segunda objeción de la Contraloría se sustenta en la evidente incongruencia entre el tiempo de validez de la propuesta de la adjudicada, quien, inducida por un error en el pliego de cargos, indicó que sería de "1 días hábiles" (sic); en contraste con el término de pago, que según el pliego sería de 120 días hábiles. (Ver las condiciones de la contratación del pliego).

En el mismo orden de ideas, también se pudo haber indicado a la fiscalizadora que con todo y que la proponente adjudicada se equivocó al indicar que su oferta se sostenía en tan solo un (1) día, era igualmente verdadero que se estableció en las Especificaciones Técnicas, que el tiempo de entrega es de noventa (90) días calendario. (Ver las Condiciones Especiales / Punto 2-Tiempo de Entrega y Especificaciones Técnicas del Proyecto / Punto 1.7 en el Programa de Trabajo).

En otras palabras, era propicio suponer que se trataba de un error y que, en todo caso, al obligarse el proponente en aceptar el pliego en todas sus partes, debe cumplir con el tiempo de vigencia de la orden de compra y en los términos de entrega establecidos.



Igualmente, en la plantilla del sistema *PanamaCompra*, se deja ver con claridad que el tiempo de entrega y la vigencia del contrato era de 90 días calendario, además que el tiempo de pago era de 120 días hábiles.

Así las cosas, se observa que la Contraloría General reprochó a la entidad sobre un tema jurídico, al revelar cierta incongruencia en el término de validez de la propuesta, además que cuestionó sobre un tema económico, al señalar que la adjudicataria aportó sus estados financieros incompletos, no obstante, ninguno de los reproches se encuadra sobre la base del orden público o interés social, amparados constitucionalmente en nuestra Carta Política y conforme lo exige la norma vigente de contratación pública.

Por lo indicado, con independencia del simple error de tener la entidad, al señalar en la plantilla del pliego de cargos el término de 1 día hábiles para la validez de la propuesta, en nada tiene congruencia con los 90 días calendario requeridos como vigencia del contrato, puesto que a todas luces demanda que se trata más bien de un error en la estructuración del pliego de cargos al momento que se señaló el término de validez de la propuesta, por lo que mal puede constituirse el rechazo de propuestas como una salida para enderezar deficiencias que desde inicio cometió precisamente la entidad.

Importante destacar que dicho error conlleva la responsabilidad de parte de los funcionarios públicos involucrados en la convocatoria del acto público, sin dejar de lado la importancia jurídica del pliego de condiciones, que indudablemente implica una serie de consecuencias jurídicas de importancia, que no sólo establece derechos y obligaciones para los oferentes, sino también para el ente público que convoca la contratación.

c. Un medio para solventar problemas de contratación: la convalidación.

Una pregunta de suyo indispensable: ¿Dicho plazo lo puede convalidar con lo señalado dentro de las condiciones generales del pliego de cargos? Condiciones que forman parte del pliego de cargos y las mismas son elaboradas por la propia Dirección General de Contrataciones Públicas donde se estableció que el plazo de validez de las propuestas no podrá ser por un término mayor de ciento veinte días, salvo que por el monto y la complejidad requiera un plazo mayor que no podrá exceder de ciento ochenta días; condiciones que son de obligatorio cumplimiento en todos los actos de contratación pública que celebren las entidades contratantes, conforme el artículo 42 de la Ley 22 de 2006.

Con respecto a la figura de la convalidación de los actos administrativos, veamos la siguiente disposición de ley 22 de 2006:

"Artículo 169. Convalidación de los actos anulables. La administración podrá convalidar los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan".

Frente a este escenario, este Tribunal es de la opinión que sería aplicable en este caso, en aras del principio de la buena fe, el cual hace que las relaciones entre la administración y el administrado tengan un grado de confianza al emitir un acto administrativo que no adopte una conducta confusa que con posterioridad no permita tergiversar las responsabilidades inherentes al ejercicio de las prerrogativas dadas a ella para el desarrollo de las necesidades públicas y sociales de la población.



Al respecto el artículo 4 de la Ley de Contrataciones Públicas, señala que en los procedimientos de selección de contratistas y en las contrataciones públicas en general, *se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de esta Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos.*

6. Conclusión General del caso

Estamos seguro que, sin ánimo de limitar la potestad de la Contraloría General, en caso que la entidad le hubiese planteado a la Contraloría sobre las repercusiones jurídicas relativas al plazo de validez de los contratos, la Contraloría podría haber absuelto tales divergencias.

En otras palabras, la entidad está en su derecho de exaltar o cumplir con una solicitud respetuosa o razonadamente sobre los intereses de la Administración, de continuar con el refrendo, a fin de que se pueda encontrar una solución que no afecte los derechos de terceras personas, y proseguir con el trámite respectivo, con la obligación expresa que será responsable del cumplimiento con el término de validez de la propuesta. De esta forma, la entidad puede establecer, de forma contractual una cláusula sobre esta condición.

Esto claro está, frente a la imperante necesidad de la entidad en procurar satisfacer las necesidades de la ciudadanía, siendo consecuente en conducir a organizar el procedimiento con esta finalidad, con el deber de superar estas formalidades para lograr el perfeccionamiento del contrato.

Esto sin dejar de lado que cada acto de selección de contratista, con independencia de su precio de referencia establecido, conlleva tiempo y preparación, lo que representa gasto y esfuerzo por parte de todos los participantes y de la propia administración, por cuanto que en la medida que se cometan errores, se compromete la ejecución presupuestaria, así como la expectativa de los administrados quienes aspiran a ser seleccionados en la contratación pública convocada, y en este caso los particulares no tienen por qué soportar la falta causada por la misma administración en el presente acto público.

Así las cosas, esta Colegiatura estima oportuno orientar a la entidad, a conducir los futuros procedimientos de selección de contratista, según el ordenamiento jurídico correspondiente, cumpliendo los principios que rigen la contratación pública, sin afectar derechos subjetivos de los proponentes, en aras de salvaguardar la transparencia del acto público y honrar la imagen de responsabilidad y justicia contractual del Estado.

7. Decisión del Tribunal

Tomando la conceptualización del Orden público, debemos entender que el mismo se viola cuando se contrarían los principios fundamentales de interés de la colectividad que garantizan la convivencia en sociedad y, por otro lado, el interés social, procura precisamente la protección de los intereses de la sociedad en general, y en virtud del artículo 74 de la ley de contrataciones públicas, si bien la entidad explicó que su decisión se debió a incongruencias en el pliego de cargos, ello no es sustentación debidamente motivada para justificar el rechazo de propuesta, que nos oriente a considerar la adecuada aplicación en derecho.



Ahora bien, teniendo en cuenta la justificación para el rechazo de las propuestas, advierte este Tribunal que los razonamientos expuestos por la entidad en el acto administrativo no se acreditan para valorarlas como contundentes causas de orden público o interés social, que efectivamente nos lleve a considerar la adecuada aplicación de la facultad de rechazo de propuestas; puesto que a todas luces demanda que se trata más bien de una falta en la estructuración del pliego de cargos al momento que se señaló el término de validez de la propuesta.

En este punto, es importante resaltar la responsabilidad que incumbe a quienes participan en los procedimientos de selección de contratistas, conforme al *Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos*, incorporado en el artículo 28 de la Ley 22 de 2006, el cual señala que están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, protegiendo los derechos de la entidad, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros, así como actuar ajustados al ordenamiento jurídico, siendo responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.

Sobre la base de los planteamientos anteriores, esta Colegiatura estima que lo procedente es *anular lo actuado por la entidad contratante*, conforme al artículo 244 del Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, por carecer de motivación, lo cual violenta los principios rectores de la Contratación Pública, así como por no cumplir con los presupuestos para el ejercicio de la facultad extraordinaria de rechazo propuestas; esto con el ánimo de enderezar el curso normal del proceso.

En un Estado de Derecho, la Administración se somete a un orden que debe cumplir y hacer cumplir, sin criterios subjetivos, con el único propósito de evitar la discrecionalidad o, peor aún, la arbitrariedad; en este sentido, este Tribunal actúa en resguardo del artículo 266 de la Constitución panameña, de asegurar el mayor beneficio para el Estado en las compras que este efectúe y plena justicia en la adjudicación.

Reproducimos el artículo 164 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020:

“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”.

En lo referente a la Fianza de Recurso de Impugnación, consignada por el recurrente, este Tribunal estima procedente su devolución, ya que no se ha observado temeridad en la actuación del recurrente con la interposición del recurso de impugnación.

En atención a los razonamientos anteriormente expuestos, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes la Resolución No.006-2022 de 7 de julio de 2022, emitida por la alcaldesa del Municipio de Remedio por la cual ejerció la facultad extraordinaria de rechazo de propuestas y canceló el Acto Público de Selección de Contratista para la Contratación Menor No.2022-5-33-0-04-CM-000397.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación constituida en Cheque de Gerencia No.000085130, expedido por Canal Bank, el 16 de julio de 2022, por la suma de cinco mil setecientos balboas (B/.5,700.00), según consta en la diligencia que reposa a folio 071 del expediente del Tribunal.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes la presente resolución para los efectos legales pertinentes, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido 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 esta resolución no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponde ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

QUINTO: DISPONER la salida y archivo del expediente 147-2022, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo No.439 de 10 de septiembre de 2020, Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable y demás normas concordantes.

Notifíquese y Cúmplase,


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


LUIS MARISCAL
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Secretario General

