



REPÚBLICA DE PANAMÁ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 167-2021

RECURRENTE: CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución No. 059 de 11 de noviembre de 2021, por el cual se rechazaron las propuestas dentro del procedimiento de selección de contratista No.2021-0-18-01-99-LP-052552, proferido por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**.

Magistrado Ponente: MARTÍN WILSON CHEN.

RESOLUCIÓN No.181-2021 Pleno/TACP de 16 de diciembre de 2021 (Decisión).

Por la cual se resuelve el Recurso de Impugnación interpuesto por el impugnante **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, en contra de la Resolución No.059 de 11 de noviembre de 2021, que decidió rechazar las propuestas dentro del procedimiento de selección de contratista No.2021-0-18-01-99-lp-052552, proferido por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**.

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, así como cualquier acto que afecte la selección objetiva del contratista, de conformidad al contenido del artículo 157 de la citada ley; 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:

Que el día 16 de abril de 2021, el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, publicó en el portal electrónico de Contrataciones Públicas denominado “PanamaCompra”, el Aviso de Convocatoria y el Pliego de Cargos, para el acto de recibo de propuestas en el procedimiento de selección de contratista N°2021-0-18-01-99-LP-052552, realizado el día 25 de agosto del año en curso, a partir de la 10:00 a.m., y seguidamente el mismo día, el Acto de Apertura de Propuestas, desde las 10:01 a.m., para la “Adq. De comida para proporcionar alimentación a las und. Pol. De serv., en aislamiento por haber resultado + al covid-19, Esc., de Oficiales de la Pol. Y nec. Optvas por un per de 12 meses” (sic.), con un precio de referencia de **Tres Millones Ochocientos Ochenta y Ocho Mil Setecientos Sesenta y Nueve Balboas con 28/100 (B/.3,888,769.28)**.

Que el día 12 de noviembre de 2021, se publicó dentro del icono de “Resolución de Cancelación”, la Resolución No. 059 de 11 de noviembre de 2021, proferido por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, por el cual se rechazaron las propuestas y canceló el Acto Público N°2021-0-18-01-99-LP-052552, para la “Adq. de comida para proporcionar alimentación a las und. Pol. De serv., en aislamiento por haber resultado + al covid-19, Esc., de Oficiales de la Pol. Y nec. Optvas por un per de 12 meses” (Verificada por esta Instancia en la página del Portal Electrónico “PanamaCompra” y visible a foja 012 a la 013 del Expediente del Tribunal).

II. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN:

Que el día 19 de noviembre de 2021, la licenciada Zulim Bouche de Carles, de la firma forense Fuentes & Rodríguez, abogada en ejercicio, en nombre y representación del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, interpuso ante la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el Recurso de Impugnación en contra de la Resolución No. 059 de 11 de noviembre de 2021, por la cual se rechazaron las propuestas y por consiguiente se canceló el Acto Público N°2021-0-18-01-99-LP-052552 (Poder y Recurso de Impugnación visibles de foja 014 a la 022 del Expediente del Tribunal, respectivamente).

Que el recurrente adjuntó al libelo de su Recurso de Impugnación fianza No.89B76060 de 18 de noviembre de 2021, expedido por Assa Compañía de Seguros, S.A., a orden del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS y como beneficiarios el MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA/CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por un límite máximo de responsabilidad de Trescientos Ochenta y Ocho Mil Ochocientos Setenta y Seis Balboas con 93/100 (B/.388,876.93); monto que representa su equivalente al 10% del valor del precio de referencia. Copia visible a folio



029; diligencia de consignación que reposa a folio 028 del Expediente del Tribunal, respectivamente.

Que el día 19 de noviembre de 2021, la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, emitió la Certificación de interposición del Recurso de Impugnación, (Visible a folio 030 del Expediente del Tribunal y en el Portal Electrónico "PanamaCompra", dentro del Icono "Interposición del Recurso de TACP", a fecha 19 de noviembre de 2021, a las 03:44 p.m.).

Que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TACP), mediante la Resolución N°151-2021/TACP de 22 de noviembre de 2021, admitió el Recurso de Impugnación interpuesto por la licenciada Zulim Bouche de Carles, de la firma forense Fuentes & Rodríguez, abogada en ejercicio, actuando en nombre y representación del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, publicándola el día 23 de noviembre de 2021, en el Portal Electrónico denominado "PanamaCompra," corriéndole traslado del recurso presentado a la entidad **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, para que, dentro del término no mayor de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta resolución, presentara el informe de conducta acompañado de toda la documentación correspondiente al acto público impugnado, el cual debió remitirse a través del Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" (Visible de fojas 041 a la 043 del Expediente del Tribunal y en el Portal electrónico "PanamaCompra", dentro del icono denominado "Resolución de Admisión TACP" a fecha 23-11-2021, a la 1:47 p.m.).

Que el día 01 de diciembre de 2021, el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, publicó el Informe de Conducta en el Portal Electrónico, referente al Acto Público N°2021-0-18-01-99-LP-052552 (Visible a folios 052 al 059 del expediente del Tribunal).

III. CONTENIDO DEL ACTO IMPUGNADO:

El Acto impugnado lo constituye la Resolución No.059 de 11 de noviembre de 2021, que rechazó las propuestas dentro del Acto Público N°2021-0-18-01-99-LP-052552, dado que la diferencia de la propuesta del precio más bajo se sitúa 35% por debajo de la propuesta recomendada para la adjudicación del acto público, y que las dos comisiones que han verificado las propuestas ofertadas no han considerado la oferta de **HOTELERA PANAMÁ, S.A.**, como una propuesta riesgosa, se hace imperante que la entidad realice un estudio de mercado detallado, fin de establecer un precio de referencia cónsono con el precio del mercado, utilizando como herramienta la Guía Práctica de Elaboración de Estudios Previos y Consultas al Mercado para entidades licitantes 1.0, diseñada para ese fin por la Dirección General de Contrataciones Públicas (Visible en la página del Portal Electrónico "PanamaCompra", dentro del icono de



“Resoluciones”, publicado el 12-11-2021, y a fojas 012 a la 013 del Expediente del Tribunal) que en lo medular detalla lo siguiente:

“



MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA
Despacho del Ministro

MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA
Resolución de Rechazo de Propuestas

Resolución No. 59 de 11 de noviembre de 2021

Por medio de la cual se rechazan propuestas recibidas para el Acto Público No. 2021-0-18-01-99-LP-052552, concerniente a la “ADQUISICIÓN DE COMIDA PREPARADA PARA PROPORCIONAR ALIMENTACIÓN A LAS UNIDADES POLICIALES DE SERVICIO, EN AISLAMIENTO POR HABER RESULTADO POSITIVO AL COVID-19, ESCUELA DE OFICIALES DE LA POLICÍA Y NECESIDADES OPERATIVAS POR UN PERÍODO DE 12 MESES”, por motivo de orden público o interés social.

El Ministro de Seguridad Pública, en ejercicio de sus facultades legales,

CONSIDERANDO:

Que esta entidad publicó el día 16 de abril de 2021, el Acto de Licitación Pública No. 2021-0-18-01-99-LP-052552, para la “ADQUISICIÓN DE COMIDA PREPARADA PARA PROPORCIONAR ALIMENTACIÓN A LAS UNIDADES POLICIALES DE SERVICIO, EN AISLAMIENTO POR HABER RESULTADO POSITIVO AL COVID-19, ESCUELA DE OFICIALES DE LA POLICÍA Y NECESIDADES OPERATIVAS POR UN PERÍODO DE 12 MESES”, con un precio de referencia de B/. 3,888,769.28.

Que el día 25 de agosto de 2021, se llevó a cabo la apertura de propuestas para este acto público, en el cual se recibieron las propuestas descritas en el siguiente cuadro:

No.	Proponente	Precio Propuesto
1	HOTELERA EL PANAMA S.A.	B/. 2,842,944.43
2	NIKO/PROCESADORA, S.A.	B/. 3,888,769.28

Que posteriormente las propuestas presentadas en el acto público fueron remitidas a la Comisión Verificadora, con el propósito de que las mismas fueran verificadas conforme a lo establecido en el pliego de cargos.

Que la Comisión al verificar la propuesta del precio más bajo, correspondiente a HOTELERA EL PANAMA, S.A., determinó que no cumplió con los requisitos y exigencias del pliego de cargos, por lo tanto, pasó a verificar la propuesta del Consorcio NIKO/PROCESADORA, S.A., concluyendo que este cumplió con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos y recomendó que se le adjudicara el acto público de marraz.

Que la empresa HOTELERA EL PANAMA, S.A., interpuso formal Acción de Reclamo, publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” el 16 de septiembre de 2021, contra el Informe de la Comisión Verificadora, la cual fue resuelta por la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante Resolución N°1074-2021 del 27 de septiembre de 2021, anulando totalmente el Informe de la Comisión Verificadora y ordenando a la Entidad Licitante que proceda a través de una nueva Comisión Verificadora a realizar un nuevo análisis de todas las propuestas.

Que la nueva Comisión Verificadora, determinó que debido a que la propuesta del precio más bajo, correspondiente a HOTELERA EL PANAMA, S.A., no cumplió con los requisitos establecidos en el pliego de cargos, pasó a verificar la propuesta del Consorcio NIKO/PROCESADORA, S.A. y recomendó que se le adjudicara el acto público, debido a que cumple con los requisitos exigidos en el pliego de cargos.

Que la empresa HOTELERA EL PANAMA, S.A., interpuso nuevamente Acción de Reclamo, publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” el 18 de octubre de 2021, contra el nuevo Informe de la Comisión Verificadora, resuelta mediante Resolución N°1213-2021 del 27 de octubre de 2021, en la que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas anuló parcialmente el Informe de la Comisión Verificadora y ordenó mediante la misma comisión un análisis parcial de la propuesta de HOTELERA EL PANAMA, S.A. a efectos de determinar si la misma cumple o no con las exigencias contenidas en el Pliego de Cargos, de acuerdo a los criterios expuestos en la Resolución supra citada.

Que la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante la Resolución antes citada, tomando en consideración la diferencia de precios entre las propuestas ofertadas, considera prudente exhortar a la Entidad Licitante a que reevalúe el procedimiento empleado para determinar el precio de referencia y revisar el estudio de precios de mercado utilizado para realizar su estimación; asimismo, revalorizar la viabilidad de la contratación con tal diferencia entre precios, en función de los alcances de la contratación y en aras de obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público.

Que la Dirección General de Contrataciones Públicas publicó el 25 de octubre de 2021 en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” la “Guía Práctica de Elaboración de Estudios Previos y Consultas al Mercado para Entidades Licitantes 1.0”, la cual está enfocada en brindar a las entidades licitantes directrices, recomendaciones y buenas prácticas que les permitan establecer mecanismos para obtener la información necesaria sobre la capacidad y realidad del mercado, a fin de preparar los procedimientos de selección de contratista o el procedimiento excepcional de contratación.

Que es una obligación de esta Entidad obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones establecidas en las normas de contrataciones públicas y el pliego de

cargos, por lo tanto, considerando que la diferencia de la propuesta del precio más bajo (Hotelera el Panamá, S.A.) se sitúa en B/. 1,045,824.85, por debajo de la propuesta recomendada para la adjudicación del acto público (Consorcio NIKO/PROCESADORA), y que las dos comisiones que han verificado las propuestas ofertadas no han considerado la propuesta de Hotelera el Panamá, S.A., como una propuesta riesgosa, se hace imperante que la Entidad Licitante realice un estudio de mercado detallado a fin de establecer un precio de referencia consono con el precio del mercado utilizando como herramienta la Guía Práctica de Elaboración de Estudios Previos y Consultas al Mercado para Entidades Licitantes 1.0, diseñada para este fin por la Dirección General de Contrataciones Públicas.

Que sobre la base de los hechos señalados y en cumplimiento del artículo 74 del Texto Único la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, se hace necesario rechazar las propuestas presentadas para el Acto Público No. 2021-0-18-01-99-LP-052552, concerniente a la “ADQUISICIÓN DE COMIDA PREPARADA PARA PROPORCIONAR ALIMENTACIÓN A LAS UNIDADES POLICIALES DE SERVICIO, EN AISLAMIENTO POR HABER RESULTADO POSITIVO AL COVID-19, ESCUELA DE OFICIALES DE LA POLICÍA Y NECESIDADES OPERATIVAS POR UN PERÍODO DE 12 MESES”.

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR todas las propuestas recibidas para el Acto Público No. 2021-0-18-01-99-LP-052552, para la “ADQUISICIÓN DE COMIDA PREPARADA PARA PROPORCIONAR ALIMENTACIÓN A LAS UNIDADES POLICIALES DE SERVICIO, EN AISLAMIENTO POR HABER RESULTADO POSITIVO AL COVID-19, ESCUELA DE OFICIALES DE LA POLICÍA Y NECESIDADES OPERATIVAS POR UN PERÍODO DE 12 MESES”.

SEGUNDO: ADVERTIR que el Acto Público No. 2021-0-18-01-99-LP-052552 quedará en estado de CANCELADO.

TERCERO: ORDENAR la publicación de la presente Resolución, en el Sistema de Contrataciones Públicas “Panama 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.

FUNDAMENTO DE DERECHO: Artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JUAN MANUEL PINO F.
Ministro



IV. PRETENSIONES DE LA EMPRESA RECURRENTE:

La licenciada Zulim Bouche de Carles, de la firma forense Fuentes & Rodríguez, abogada en ejercicio, en su calidad de apoderada especial del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, formuló su recurso argumentando lo siguiente:

“

SEGUNDO: El Ministerio de Seguridad Pública sustentó su rechazo de propuestas, en que el precio de referencia no es cónsono con el precio de mercado; así quedó consignado en la Resolución No. 059 del 11 de noviembre de 2021, que hoy atacamos y, en la que, además, se indica que es imperante que la entidad haga un estudio de mercado. Para nosotros, los motivos de la decisión de la entidad de rechazar las propuestas resultan improcedentes e impertinentes. Haremos un resumen de lo actuado administrativamente para colocar en contexto nuestro planteamiento.

Se trata de la Licitación Pública 2021-0-18-01-99-LP-052552 para la “Adquisición de comida preparada para proporcionar la alimentación a las Unidades de Policía en servicio en aislamiento por haber resultado positivo al Covid 19 escuela de oficiales de la Policía y necesidades operativas por un periodo de 12 meses”, convocada por el Ministerio de Seguridad Pública. La reunión de homologación programada para el 26 de abril de 2021, se llevó a cabo conforme lo previsto y con la participación de varios interesados en brindar el servicio licitado; vale indicar, que no hubo objeciones, ni consultas, ni señalamientos al Pliego de Cargos de parte de ningún participante.

No obstante, lo anterior, la Dirección General de Contrataciones Públicas en ejercicio de su función fiscalizadora interviene el acto público, previo a la apertura de propuestas y ordena a la entidad la aplicación de medidas correctivas al Pliego de Cargos; motiva su actuar el director general, en que *“se han encontrado dentro de los criterios de selección, cantidad de elementos y repetición de requisitos dentro de “Otras Condiciones” que causan confusión(sic) en la información suministrada dado que no cumple con los criterios establecidos en los principios economía, eficacia y publicidad que rigen la contratación pública...”* Así quedó consignado, en la Resolución No. 423-2021 del 21 de mayo de 2021 que también ordenó, la suspensión del acto público hasta tanto fueran corregidos los defectos señalados. En el mismo acto administrativo, la Dirección General solicita a la entidad el Estudio de Mercado. Cumplido el trámite, la Dirección General de Contrataciones Públicas levanta la suspensión del acto público, mediante la Resolución No.703-2021 del 20 de julio de 2021, sustentando su parte motiva en *“que la entidad ha remitido a esta Dirección, la Adenda No1 que modifica el Pliego de Cargos del acto Público citado, incluyendo las medidas correctivas expuestas en la parte motiva de la Resolución No. 423-2021 del 21 de mayo de 2021”*. (lo resaltado es nuestro)

Antes de la apertura de propuestas, se interpone una Acción de Reclamo contra el Pliego de Cargos que no es admitida por la Dirección, por considerar no procedente el entrar a conocer aspectos previamente dilucidados por el director en ejercicio de su facultad fiscalizadora. Lo anterior, fue expresado mediante la Resolución No. 752-2021 del 30 de julio de 2021, en la que también se explica *que la Dirección General, había realizado una fiscalización integral del Pliego de Cargos*. No podemos dejar de mencionar nuestra inconformidad con lo planteado en dicho acto administrativo, puesto que la Adenda No. 1 introdujo condiciones y aspectos no homologados en la reunión previa.

Ahora bien, luego de la apertura y verificación de propuestas, la Comisión verificadora emite un primer informe de verificación fechado 7 de septiembre de 2021, que recomendó la adjudicación al **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA SA**; dicho informe, fue objeto de observaciones y de una Acción de Reclamo que fue admitida mediante la Resolución 1032-2021 del 20 de septiembre de 2021, y sustanciada mediante Resolución No. 1074-2021 del 27 de septiembre de 2021, que resolvió la anulación del informe de la Comisión Verificadora, y ordenó una nueva verificación por parte de una nueva Comisión Verificadora.

En el segundo Informe de Verificación de fecha 7 de octubre de 2021 y que puede ser consultado en el expediente electrónico, los nuevos comisionados al igual que la comisión anterior, recomiendan la adjudicación del acto público al **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA SA**; este segundo informe, también fue objeto de observaciones y de Acción de Reclamo. Cabe mencionar, que esta acción de reclamo fue admitida mediante Resolución No.1184-2021 del 20 de octubre de 2021, *sin que el reclamante haya aportado la fianza de reclamo ni califique dentro del supuesto de excepción, como lo indica el artículo 126 y 153 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020 (no consta su aportación en el portal electrónico, ni en la resolución de admisión)*; no solo no aportó la fianza de Reclamo, sino, que trajo similares argumentos y aspectos que utilizó con anterioridad. Pese a la omisión, la acción de reclamo fue sustanciada por la Dirección General de Contrataciones Públicas mediante Resolución No.1213-21 del 27 de octubre de 2021, que ordena la anulación parcial del segundo informe y el análisis parcial de las propuestas por la misma Comisión Verificadora.

Surtida la verificación por parte de la misma Comisión Verificadora, se publica un tercer informe de verificación de fecha 8 de noviembre de 2021; el nuevo informe de verificación, al igual que los dos anteriores, recomendó la adjudicación al **Consortio NIKOS/PROCESADORA SA**, quedando el acto público es estado de adjudicar. Y, como ya se sabe, la entidad **RECHAZA** las propuestas mediante la Resolución No. 059 del 11 de noviembre de 2021, que es el objeto de la presente impugnación, por considerar que hubo diferencias de precios entre las propuestas presentadas, indicando además, que se hace necesario la realización un nuevo estudio de mercado, para establecer un precio de referencia mas cónsono con el precio de mercado. Criterio del que discrepamos.

TERCERO: Concluido el recuento de lo actuado administrativamente, retomamos nuestra argumentación. En primer lugar, queremos insistir que en que el proceso de selección de contratista ya se encontraba en estado de adjudicar, y si bien, entendemos que la Facultad de Rechazo puede ser ejercida luego de recibida las propuestas en cualquier etapa del proceso de selección, conforme lo señala el artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020, ésta debe ser debidamente motivada y, son precisamente estas motivaciones las que nos llevan a recurrir, ante el Augusto Tribunal. Y ello es así, pues no es aceptable a nuestro entender, que los motivos estén fundamentados en defectos en el estudio de mercado y el consecuente establecimiento del Precio de Referencia, cuando este



aspecto fue determinado por la entidad y revisado por el ente Rector, antes de la apertura de las propuestas. Algunas consideraciones previas:

Como sabemos, el precio de referencia forma parte del Pliego de Cargos y su estimación debe ser el resultado de una investigación de mercado y de los antecedentes de compras, entre otras consideraciones; así lo dice el artículo 2 numeral 38 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020, el cual para mayor referencia citamos:

Artículo 2. Glosario: Para los fines de la presente Ley, los términos siguientes se entenderán así:

...
38. Precio de Referencia: Aquel precio establecido por las entidades licitantes, después de hacer una investigación del mercado del bien, servicio u obra que se requiera adquirir, antes de la celebración del acto del acto público. La Dirección de Contrataciones Públicas podrá exigirles a las entidades licitantes la sustentación del cómo logró el precio de referencia antes de la celebración del acto público.
..." (lo resaltado es nuestro)

En concordancia con la norma citada, el artículo 15 numeral 16 de la misma excerta legal, dice:

Artículo 15. Competencia. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

...
16. Exigir a las entidades licitantes, cuando así lo crea oportuno, la sustentación de cómo logró el precio de referencia para el acto selección de contratista. En aquellos casos en que la entidad no pueda sustentar adecuadamente el precio de referencia, la Dirección ordenará la suspensión antes de la celebración del acto público con la finalidad de evitar un perjuicio al Estado..."

Por su parte el reglamento de la ley de contrataciones públicas al referirse al precio de referencia señala; Decreto Ejecutivo 439 del 10 de septiembre de 2020, artículo 21:

Artículo 21. Sustentación del Precio de Referencia en los procesos de selección de contratista. La Dirección General de Contrataciones Públicas podrá solicitar a la entidad, cuando lo considere oportuno, el estudio de mercado y las explicaciones que sirvieran para establecer el precio de referencia en el acto de selección de contratista. Cuando la entidad licitante no pueda sustentar el precio de referencia, la Dirección General de Contrataciones Públicas, a través de la Dirección de Fiscalización, ordenará la suspensión del acto, antes de la apertura de propuestas. La suspensión del acto se mantendrá hasta que se realicen las correcciones correspondientes por parte de la entidad licitante.
..." (lo resaltado es nuestro).

Toda la normativa es clara y consecuente en establecer que la etapa oportuna para una intervención de la Dirección General de Contrataciones Públicas, en lo relativo al Precio de Referencia, lo es antes de la apertura de propuestas y, en cuanto a la entidad lo es previo de la celebración del acto público, que es cuando debe realizar todo el proceso de investigación de mercado y antecedentes de compra para la estimación de precio de referencia; es decir, que no es aceptable que el "precio de referencia" sea el argumento utilizado para el Rechazo de Propuestas, cuando el acto de selección de contratista se encuentra en "estado de adjudicar". Eso, por un lado.

CUARTO: En otro orden, y en cuanto al Estudio de Mercado; la Dirección General de Contrataciones Públicas, solicitó de la entidad el estudio de mercado -Resolución No. 423-2021 del 21 de mayo de 2021-y nunca mencionó en sus actuaciones posteriores, la omisión ni el desacato a tan importante requerimiento, que hubiese sido motivo suficiente para que la

IBD FUENTES & ASOCIADOS

aspecto fue determinado por la entidad y revisado por el ente Rector, antes de la apertura de las propuestas. Algunas consideraciones previas:

Como sabemos, el precio de referencia forma parte del Pliego de Cargos y su estimación debe ser el resultado de una investigación de mercado y de los antecedentes de compras, entre otras consideraciones; así lo dice el artículo 2 numeral 38 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020, el cual para mayor referencia citamos:

Artículo 2. Glosario: Para los fines de la presente Ley, los términos siguientes se entenderán así:

...
38. Precio de Referencia: Aquel precio establecido por las entidades licitantes, después de hacer una investigación del mercado del bien, servicio u obra que se requiera adquirir, antes de la celebración del acto del acto público. La Dirección de Contrataciones Públicas podrá exigirles a las entidades licitantes la sustentación del cómo logró el precio de referencia antes de la celebración del acto público.
..." (lo resaltado es nuestro)

En concordancia con la norma citada, el artículo 15 numeral 16 de la misma excerta legal, dice:

Artículo 15. Competencia. Son funciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas las siguientes:

...
16. Exigir a las entidades licitantes, cuando así lo crea oportuno, la sustentación de cómo logró el precio de referencia para el acto selección de contratista. En aquellos casos en que la entidad no pueda sustentar adecuadamente el precio de referencia, la Dirección ordenará la suspensión antes de la celebración del acto público con la finalidad de evitar un perjuicio al Estado..."

Por su parte el reglamento de la ley de contrataciones públicas al referirse al precio de referencia señala; Decreto Ejecutivo 439 del 10 de septiembre de 2020, artículo 21:

Artículo 21. Sustentación del Precio de Referencia en los procesos de selección de contratista. La Dirección General de Contrataciones Públicas podrá solicitar a la entidad, cuando lo considere oportuno, el estudio de mercado y las explicaciones que sirvieran para establecer el precio de referencia en el acto de selección de contratista. Cuando la entidad licitante no pueda sustentar el precio de referencia, la Dirección General de Contrataciones Públicas, a través de la Dirección de Fiscalización, ordenará la suspensión del acto, antes de la apertura de propuestas. La suspensión del acto se mantendrá hasta que se realicen las correcciones correspondientes por parte de la entidad licitante.
..." (lo resaltado es nuestro).

Toda la normativa es clara y consecuente en establecer que la etapa oportuna para una intervención de la Dirección General de Contrataciones Públicas, en lo relativo al Precio de Referencia, lo es antes de la apertura de propuestas y, en cuanto a la entidad lo es previo de la celebración del acto público, que es cuando debe realizar todo el proceso de investigación de mercado y antecedentes de compra para la estimación de precio de referencia; es decir, que no es aceptable que el "precio de referencia" sea el argumento utilizado para el Rechazo de Propuestas, cuando el acto de selección de contratista se encuentra en "estado de adjudicar". Eso, por un lado.

CUARTO: En otro orden, y en cuanto al Estudio de Mercado; la Dirección General de Contrataciones Públicas, solicitó de la entidad el estudio de mercado -Resolución No. 423-2021 del 21 de mayo de 2021-y nunca mencionó en sus actuaciones posteriores, la omisión ni el desacato a tan importante requerimiento, que hubiese sido motivo suficiente para que la

IBD FUENTES & ASOCIADOS



Dirección General de Contrataciones Públicas, mantuviera la suspensión del acto público hasta tanto no fuera aportada una sustentación aceptable del como se llegó al precio de referencia; así lo dice el artículo 21 ya citado. Igual ocurre, si el evento fuese que estaba deficiente o mal estructurado.

Aunado a lo anterior, el Pliego de Cargos de Cargos de la Licitación Pública No. 2021-0-18-01-99-LP-052552, fue objeto de una "Fiscalización Integral" por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas, así quedó consignado en la Resolución No. 752- 2021 del 30 de julio de 2021 proferida por el propio el Ente Rector y que puede ser consultada en el expediente electrónico del acto público. Recordemos que el precio de Referencia forma parte del Pliego de Cargos, así lo dice el artículo 43 de la ley de contrataciones publicas, citamos:

Artículo 43. Condiciones Especiales. Las condiciones especiales son las estipulaciones elaboradas por la entidad licitante, aplicables a un procedimiento de selección de contratista determinado, en atención a sus elementos específicos.

Dentro de estas condiciones se incluirán necesariamente, la forma de adjudicación, si esta se realizará de manera global o por renglón; el método de evaluación cuando proceda y los criterios de ponderación, la determinación del precio de referencia por rubro y total; ..."

Es decir, que no puede la Dirección General de Contrataciones Públicas, ni la entidad, señalar que el Precio de Referencia no fue revisado, cuando éste forma parte de un Pliego de Cargos que fue objeto de una "fiscalización Integral" por parte de la Dirección General. No esta de más el señalar, que, en la reunión de homologación, ninguno de los asistentes hizo algún señalamiento al precio de referencia, ni hubo pronunciamiento de la entidad en ese sentido, contrario a ello, el Pliego de Cargos quedó homologado luego de que los asistentes firmaran el acta.

QUINTO: Como ha quedado evidenciado Señores Magistrados, no hay lugar para un RECHAZO DE PROPUESTAS sustentado en los argumentos expuestos por la entidad licitante en la resolución atacada; y ello es así, pues de las actuaciones de la propia Dirección General de Contrataciones Públicas se infiere que hubo una revisión integral del Pliego de Cargos realizado por el ente rector, que incluyó la revisión de Precio de Referencia a través del requerimiento del estudio de mercado; es menester recordar, que fue la propia Dirección General de Contrataciones, la que manifestó que el Ministerio de Seguridad Pública había aplicado las medidas correctivas al pliego de cargos, a través de la Resolución No. No. 703-21 del 20 de julio de 2021. A esto le tenemos que agregar la conducta de la entidad, que luego de emitida la resolución de levantamiento, citada en las líneas anteriores, adopta lo resuelto y reanuda el curso normal del acto público, desarrollándolo hasta llegar al estado de adjudicar, luego de tres (3) informes de verificación.

SEXTO: El Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenado por la Ley 153 de 2020, en su artículo 74 es claro es señalar, que si bien, la entidad puede ejercer facultad de rechazo, la misma norma establece que tal actuación debe estar debidamente motivada. Dice el texto comentado:

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

En caso de que hubiera 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 de Contrataciones Públicas contra el acto administrativo que declara el rechazo de propuestas."

Quiere decir, que si bien, el rechazo es una facultad de la entidad licitante, ésta no puede ser antojadiza ni arbitraria, sino que debe estar sustentada en motivaciones válidas y ajustadas a los parámetros de la ley; además, la propia norma establece un control de legalidad, para que esa actuación administrativa sea revisada, a través del recurso de Impugnación.

SEPTIMO: Que el artículo 146 núm. 1 del Texto Único de la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 153 de 2020, establece la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para revisar las actuaciones de las entidades públicas en los procesos de selección de contratista. Dice el artículo citado:

Artículo 146. Creación. Se crea el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como ente independiente e imparcial, que tendrá jurisdicción en todo el territorio de la República. Este Tribunal tendrá competencia privativa, por naturaleza del asunto, para conocer en única instancia:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto que o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.
2. ... (lo resaltado es nuestro).

Es decir que estamos ante un acto administrativo, que es atacable ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.



Artículo 157. Recurso de Impugnación. Todos los proponentes que se consideren agraviados por una resolución que adjudique, o declare desierto un acto de selección de contratista o por una resolución administrativa en el que se rechacen las propuestas o cualquier acto que afecte la selección objetiva del contratista, en el que se consideren que se han cometido acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, podrán presentar recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas acompañando las pruebas y anunciándolas al momento de formalizar la impugnación, si las hubiere.

NOVENO: Que el artículo 244 del Decreto Ejecutivo 439 del 10 de septiembre de 2020, establece lo siguiente:

Artículo 244. Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y de las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar o revocar estableciendo el derecho vulnerado a través de la adjudicación del acto de selección de contratista o anular lo actuado por la entidad contratante." (lo resaltado es nuestro).

Señores Magistrados, no hay lugar para el Rechazo de Propuestas para este acto público sustentado en los motivos de la Resolución 059-2021 del 11 de noviembre de 2021, y ello es así, porque el Precio de Referencia establecido por la entidad licitante forma parte de un Pliego de Cargos homologado y que fue revisado de manera integral por el ente rector, además, que la Dirección de Contrataciones Públicas requirió al Ministerio de Seguridad Pública el estudio de mercado, por lo que se infiere de sus actuaciones posteriores, que el mismo se encontraba conforme; así las cosas, corresponde a nuestros representados la adjudicación del acto público, dado que dos Comisiones Verificadoras distintas, en tres informes de verificación diferentes, han concluido que cumple con todos los requisitos establecidos en el Pliego de Cargos, por lo que, solicitamos se proceda en consecuencia y se le adjudique el Acto Público.

Por último, no podemos dejar de comentar el hecho de que la entidad incluya dentro de su argumentación para el Rechazo de Propuestas, la “riesgosidad no estimada” de la propuesta mas baja por parte de la Comisión Verificadora. Es menester recordar, que el concepto de riesgosidad ya no es un criterio a valorar dentro del proceso de evaluación o verificación de propuestas, que deba ser calificado por los comisionados; por otro lado, tampoco es admisible, el argumento de que debe realizarse un estudio de mercado utilizando la herramienta de las “Guía Práctica para la elaboración de Estudios Previos y Consultas al Mercado para Entidades Licitantes” diseñado por la Dirección General de Contrataciones Públicas, y ello es así, pues la guía comentada data del mes de octubre de 2021 y el acto

SOLICITUD; Señores Magistrados, luego de haber demostrado que en efecto no son válidas las motivaciones contenidas en la Resolución No. 059-2021 del 11 de noviembre de 2021, proferida por el Ministerio de Seguridad Pública para el Rechazo de Propuestas de la Licitación Pública 2021-0-18-01-99-LP-052552 para el “Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unidades de la Policía en servicio en aislamiento por haber resultado positivo al COVID-19; escuela de oficiales de la Policía y necesidades optativas por un periodo de 12 meses”, SOLICITAMOS se REVOQUE la Resolución No. 059-2021 del 11 de noviembre de 2021 por medio de la cual se RECHAZAN las propuestas recibidas para el acto público Licitación Pública 2021-0-18-01-99-LP-052552 para el “Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unidades de la Policía en servicio en aislamiento por haber resultado positivo al COVID-19; escuela de oficiales de la Policía y necesidades optativas por un periodo de 12 meses” y en su lugar, se ADJUDIQUE al CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA SA la Licitación Pública 2021-0-18-01-99-LP-052552 para el “Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unidades de la Policía en servicio en aislamiento por



V. EXPOSICIONES VERTIDAS EN EL INFORME DE CONDUCTA POR EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA.

Que el día 1 de diciembre de 2021, quedó publicado en el portal electrónico de contrataciones públicas, el Informe de Conducta proferido por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, firmado por el señor Ministro Juan Manuel Pino F. (Ver informa de conducta de folios 052-059 del expediente del Tribunal) quien en principio realizó un recuento de la actividad procesal llevada a cabo por dicha entidad, y respecto al fondo señaló lo siguiente:

“

g. Consideraciones:

Luego de haber resumido los antecedentes de la Licitación Pública No. 2021-0-18-01-99-LP-052552, concernientes a la **“ADQ. DE COMIDA PREPARADA PARA PROPORCIONAR ALIMENTACIÓN A LAS UND. POL. DE SERV., EN AISLAMIENTO POR HABER RESULTADO + AL COVID-19, ESC. DE OFICIALES DE LA POL. Y NEC. OPTVAS POR UN PER. DE 12 MESES”**, así como los principales argumentos del Recurso de Impugnación presentado por el



MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA
Oficina de Asesoría Legal

CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S. A., ante vuestro Tribunal, emitiremos nuestros consideraciones con relación a la solicitud de revocatoria y posterior adjudicación del presente acto público.

En este orden de ideas, en primer lugar, nos permitimos indicar que a la parte actora, a saber, el **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S. A.**, no le asiste razón cuando refiere que este Ministerio se encontraba impedido para proceder con el rechazo de las propuestas presentadas dentro de la Licitación Pública No. 2021-0-18-01-99-LP-052552, porque el mismo, según lo manifestado, se encontraba en etapa de adjudicación, toda vez que dicha medida, forma parte de facultades conferidas a las entidades públicas por el artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020.

Para los efectos del presente Informe de Conducta, nos permitimos indicar que la disposición legal citada *ut supra*, esto es, el artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, condiciona el ejercicio de la atribución de rechazo de propuestas a la concurrencia de circunstancias de interés público e interés social que hagan imperativa su adopción por parte de la entidad licitante, siendo que a criterio de este Ministerio, los hechos suscitados en el marco del presente acto público relacionados al procedimiento adoptado para la realización del estudio de mercado y la determinación del precio de referencia, sobre los cuales la **DGCP** hizo una serie de observaciones y advertencias a través de la Resolución No. 1213-2021 de 27 de octubre de 2021, son elementos que deben ser objeto de un nuevo análisis por este Ministerio, para poder establecer un precio de referencia cónsono con el precio de mercado, utilizando como referencia lo dispuesto en la Guía Práctica de Elaboración de Estudios Previos y Consultas al Mercado para las Entidades 1.0.

Siendo esto así, discrepamos con el **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S. A.**, cuando refiere que la decisión de rechazo de propuestas contenida en la Resolución No. 059 de 11 de noviembre de 2021, deviene en antojadiza o arbitraria, ya que la misma, tal como fue indicado anteriormente, ha sido adoptada por este Ministerio para garantizar los mejores intereses para el Estado, a través de un nuevo estudio de mercado y la determinación de un precio de referencia que se ajuste al precio de mercado correspondiente al servicio objeto del acto público de selección de contratista No. 2021-0-18-01-99-LP-052552.

Aunado a lo anterior, a nuestro criterio, la solicitud efectuada por la parte actora, concerniente a la revocatoria de la Resolución No. 059 de 11 de noviembre de 2021, es improcedente a la luz de lo dispuesto en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 de 2020, puesto que ese acto administrativo se encuentra debidamente motivado, fue adoptado con plena observación de los presupuestos contemplados en la Ley de contrataciones pública, a la vez que fue emitido por la autoridad competente, constituida en el presente caso por el representante legal de este Ministerio.

Todo lo anterior, a nuestro criterio, pone en evidencia que la solicitud efectuada por la parte actora, es improcedente, puesto que la facultad de rechazo de propuestas ejercida por este Ministerio, fue adoptada con apego a la Ley, cumpliendo a tales efectos con los presupuestos contemplados en la norma aplicable al presente caso, a saber, el artículo 74 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, que regula las facultades de las entidades licitantes.

En virtud de lo anterior, solicitamos, muy respetuosamente que previo agotamiento de los trámites de rigor, vuestro Tribunal desestime la petición formulada por el **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S. A.**, mediante el Recurso de Impugnación presentado contra la Resolución No. 059 de 11 de noviembre de 2021, emitida por este Ministerio de Seguridad Pública.

”



VI. ALEGACIONES DE TERCEROS:

Que de acuerdo con lo dispuesto en el informe de trámite de 2 de diciembre de 2021, transcurrió el término para la presentación de alegaciones de terceros, el cual venció el día 1 de diciembre de 2021, sin que se presentara escrito alguno. (Ver folio 68 del Expediente del Tribunal).

VII. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS:

El Tribunal se adentra ahora a la valoración de la presente encuesta administrativa del sub-júdice, atendiendo primariamente los presupuestos procesales indispensables para su análisis y valoración, dentro de los cuales anteponemos los siguientes:

A. Implementación del procedimiento a seguir por el Tribunal para la tramitación de su valoración:

Del contenido sustentatorio propuesto con el libelo del recurso de impugnación interpuesto por la licenciada Zulim Bouche de Carles, de la firma forense Fuentes & Rodríguez, en su calidad de Apoderada Especial del **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, tanto por el contexto del petitum, así como del recuento de los hechos declarados por éste, sobre el presente Acto Público N°2021-0-18-01-99-LP-052552, publicado y descritos en el portal electrónico "PanamaCompra", que confrontándolos con las actuaciones administrativas del **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, tanto de las indicadas por ésta dentro del contexto de su Informe de Conducta; así como de las propias actuaciones externadas en el portal electrónico "PanamaCompra"; evidencian que su tratamiento debe ejercerse mediante una valoración conforme a derecho, según lo plasmado por el artículo 159 de la Ley de Contrataciones Públicas, así como por el artículo 244 del Decreto Ejecutivo N°439 de 10 de septiembre de 2020. Esto ya que, el reflejo de la litis se evidencia y encuadra en la necesidad de escrutarla bajo la interrogante de **¿si la entidad contratante, aplicó los conceptos de orden público e interés social para el rechazo de las ofertas, y se respetó las reglas del debido proceso como garantía constitucional?**

B. Incorporación del Caudal probatorio aportado por las partes:

En atención a los efectos de los artículos precitados en la Legislación de Contrataciones Públicas, así como la publicación del Informe de Conducta, que respalda lo actuado dentro del Expediente Administrativo, éste, y las piezas que conforman el expediente del Tribunal, sobre la valoración a efectuarse por nuestra colegiatura tribunalicia, se anexa de igual manera, la aportada por la recurrente, consistente en:



“

PRUEBAS:

1. Poder ✓
2. Copia del Certificado de Registro Público de la Sociedad Nikos S.A ✓
3. Copia del Certificado de Registro Público de la Sociedad Procesadora Monte Azul SA ✓
4. Copia del Convenio de Consorcio, cuyo original reposa en el expediente administrativo del Ministerio de Seguridad Pública y en el expediente electrónico de la Licitación Pública 2021-0-18-01-99-LP-052552 para el “Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unidades de la Policía en servicio en aislamiento por haber resultado positivo al COVID-19; escuela de oficiales de la Policía y necesidades optativas por un periodo de 12 meses” ✓
5. Expediente electrónico de la Licitación Pública 2021-0-18-01-99-LP-052552 para el “Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unidades de la Policía en servicio en aislamiento por haber resultado positivo al COVID-19; escuela de oficiales de la Policía y necesidades optativas por un periodo de 12 meses”, disponible en el Portal Electrónico PanamáCompra.
6. Fianza de Impugnación No. 89B76060 emitida por ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA. ✓

”.

A tales documentos nos referimos en el siguiente sentido:

En lo tocante al Poder Especial y la fianza del recurso de impugnación, constituyen presupuestos procesales para la admisión de la acción recursiva; por lo tanto, se dan por descontados con la admisión al no admitirse como prueba.

Respecto a las copias del Certificado de Registro Público de la Sociedad Procesadora Monte Azul, S.A., de la Sociedad Nikos, S.A., copia del convenio de consorcio y el expediente electrónico aducido del acto público No.2021-0-18-01-99-LP-052552, se admiten porque se tratan de piezas procesales objeto de análisis por parte de este colegio tribunalicio y que mantienen su respaldo en el expediente electrónico.

Anotados los presupuestos procesales descritos, el Tribunal se adentra ahora a la valoración de la causa de conformidad al siguiente análisis:

C. Valoración de la litis en cuanto al Fondo:

La presente encuesta administrativa tiene su génesis como producto de un requerimiento para la **“Adq. de comida para proporcionar alimentación a las und. Pol. De serv., en aislamiento por haber resultado + al covid-19, Esc., de Oficiales de la Pol. Y nec. Optvas por un per de 12 meses”**, por lo cual, el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, a través de la convocatoria para la selectividad del Contratista, regentó su proceso mediante el método



de una Licitación Pública, al tenor de lo establecido por el artículo 58 del Texto Único de la Ley de Contrataciones Públicas, cual sustenta dicha selectividad en que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos y cuya contratación sea superior a los B/.50,000.00.

“

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.

...”

Centrada la materia del debate, procede el Tribunal a analizar los cargos en que se fundamenta la censura en el orden expuesto, no sin antes realizar una breve lectura del procedimiento legalmente establecido, con el fin principal de descartar o corroborar actos que vulneren el derecho subjetivo de los participantes o que puedan perjudicar a la entidad dentro del presente procedimiento de selección de contratista, que de ser así esto último, procederíamos a señalar las razones con las que se cuentan para anular el acto público, o si se cumplen los presupuestos para la cancelación del acto, o por el contrario, seguir con la revisión del procedimiento, para decidir el fondo del negocio jurídico administrativo especial, previo a la valoración de la comisión verificadora, que ha llegado a nuestro conocimiento de conformidad a la competencia funcional que nos concede la ley aplicable, cuando se trate de adquisiciones de bienes por parte del Estado, y que en esta ocasión, lo es la “Adquisición de comida preparada para proporcionar alimentación a las unid. Pol. de servicio en aislamiento por haber resultado + al Covid-19, Esc. De oficiales de la Pol. Y Nec. optativas por un per de 12 meses” (sic.), previa valoración mediante recurso de impugnación, de acuerdo a la competencia privativa por naturaleza del asunto, contra la resolución por la que se rechazan las propuestas; competencia que ha sido activada por el recurrente **CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A.**, conformada por las empresas **PROCESADORA MONTE AZUL, S.A.**, y **NIKOS CAFÉ, S.A.**, luego de notificarse de una decisión de rechazo de ofertas, lo cual va en contra de sus intereses como proponente.

Así las cosas, estamos ante un recurso de impugnación, sustentado en contra de la Resolución No.059 de 11 de noviembre de 2021, por medio de la cual se rechazaron las propuestas presentadas dentro del procedimiento de selección de contratista



No.2021-0-18-01-99-LP-052552, iniciado por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, y en el que evaluaremos, por una parte, si el acto administrativo es susceptible de rechazo, y si los conceptos de orden público e interés social son aplicables al caso en concreto, de conformidad a los lineamientos que nos demarca el contenido del artículo 74 del Texto Único de la Ley No.22 de 2006, positiva al momento de la convocatoria del acto público que nos mantiene en análisis. Para ello, procederemos en primera instancia a citar el artículo 74 del texto jurídico mencionado y así comenzar con el examen.

“

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.

”.

La norma impresa hace referencia a que, en caso de que se hubieran recibido propuestas (tal y como ocurrió en el presente caso), por causas de orden público o de interés social, debidamente motivadas, la entidad podrá rechazar todas las ofertas, sin que hubiera recaído adjudicación.

La normativa plantea varios escenarios, pero el caso en concreto es que se refiere al segundo párrafo, por cuanto que se habían recibido ofertas y aún no había recaído adjudicación, ya que el procedimiento se encontraba en la etapa de examen por parte de la Comisión Verificadora, lo que implica que aún la Administración no había realizado su manifestación de decidir el fondo del asunto jurídico iniciado por ella, por considerar que existían unos factores que le impedían, los cuales eran sobrevinientes y podría ocasionar una lesión económica al Estado, dado lo exorbitante por la disparidad desproporcionada entre la oferta de menor precio y el precio de referencia, y en el que consta un llamado de atención por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas, precisamente por ese aspecto (precio), y la posible valoración de la inexistencia o inconsistencia en el estudio previo.



El argumento principal en el que se concentró el acto administrativo impugnado es en base al sustento oficioso que generó uno de los principales entes de control en los actos públicos de selección de contratista, es decir, la Dirección General de Contrataciones Públicas, cuya competencia nace del artículo 15 de la ley especial de compras públicas que nos regenta, que en Resolución No.1213-2021 de 27 de octubre de 2021, señaló lo siguiente:

“

Que en el ejercicio oficioso de la función fiscalizadora que nos atribuye la Ley de Contrataciones Públicas, se observa que existe una diferencia de B/. 1,045,824.85, entre la propuesta de menor de precio (B/.2,842,944.43) y el precio de referencia estimado por la Entidad Licitante (B/.3,888,769.28), el cual coincide con el precio ofertado por el proponente que ofertó el segundo menor precio. La situación advertida, nos permite hacer un llamado de atención a la Entidad Licitante, en lo que respecta a la obligación de realizar un estudio de precio de mercado y la metodología para llevarlo a cabo y sustentarlo, tomando en consideración que dos comisiones verificadoras distintas han analizado la propuesta de menor precio y no han determinado que la misma presenta carácter riesgoso, en los términos establecidos en el Artículo 80 del Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020. En este sentido, considera prudente este Despacho exhortar a la Entidad Licitante a que reevalúe el procedimiento empleado para determinar el precio de referencia y revise el estudio de precio de mercado utilizado para realizar su estimación; así mismos, revalorizar la viabilidad de la contratación con tal diferencia entre precios, en función de los alcances de la contratación y en aras de obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público”.

Lo anterior es la base fundamental del acto de rechazo de ofertas y, por consiguiente, de la cancelación del acto público No.2021-0-18-01-99-LP-052552, que la entidad utilizó para ponerle fin al proceso de licitación pública iniciado para la “ADQ. DE COMIDA PREPARADA PARA PROPORCIONAR ALIMENTACIÓN A LAS UND. POL. DE SERV., EN AISLAMIENTO POR HABER RESULTADO + AL COVID-19, ESC. DE OFICIALES DE LA POL. Y NEC. OPTVAS POR UN PER. DE 12 MESES, por parte del **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA.**

Observando las piezas que dan origen al rechazo de ofertas, el cual se expone sobre la base de una diferencia monetaria de B/.1,045,824.85 entre la oferta de menor precio y la segunda, existiendo un margen de más del 36% entre una y la otra, y que en gran medida podría provocar un detrimento en las finanzas del Estado, al no tenerse certeza de un estudio de mercado sobre ese aspecto, o estudio previo que sustentara el precio referenciado, fue lo que provocó, por una parte, la actuación oficiosa de la DGCP, y por la otra, el rechazo de ofertas, por parte de la entidad licitante.

Analizado el núcleo del asunto, encontramos que la decisión de la Administración se dirigió en torno a no provocar una afectación al Estado y, por consiguiente, salvaguardar el interés general, que como diría León Duguit, “es la expresión del interés de la



sociedad, de todos y cada uno de sus componentes” y más reciente los profesores Arana-Muñoz y Rivero Ysern lo definen como: “conducir a la Administración hacia los caminos de un actuar más humano y social”. Es el interés general lo que justifica cada paso que la Administración avanza y que le recuerda que su actuación, cualquiera que sea, tiene un propósito público y no particular y, por ende, lo que lo llevará a la aplicación del Derecho Fundamental de la Buena Administración, es precisamente cada decisión, ajustada a Derecho y que no implique ningún tipo de perjuicio.

Así las cosas, existe una evidencia palpable, que como indicamos, no fue visualizada por la entidad iniciadora del procedimiento de selección de contratista, sino de un ente de control, sobre un aspecto que debió ser atendido en su momento, pero también tenemos que tomar en cuenta que, la advertencia que se generó fue en la parte incipiente del procedimiento, es decir, cuando aún no había propuestas presentadas (ver Resolución No.423-2021 de 21 de mayo de 2021). Esa hipótesis planteada al inicio cobró fuerza cuando ya fueron aportadas las ofertas y se observó la diferencia superlativa entre una propuesta y otra y que de seguir adelante con el acto público, generaría consecuencias económicas importantes para el Estado.

Esa fue la razón por la que la entidad decidió rechazar las propuestas, siendo suficientes motivos de orden público e interés social, ya que el carácter jurídico del concepto de orden público e interés social, emerge de las disposiciones legales, quienes le dan ese tamiz para definir la importancia y el propósito de una ley o concepto de obligatorio cumplimiento con el fin principal de regular una actividad social, que el ordenamiento jurídico a dispuesto en cabeza de las autoridades públicas para el beneficio de la colectividad y que tiene prelación sobre cualquier otra decisión.

Lo que queremos decir es que, para que las ofertas sean rechazadas, la resolución debe valerse sobre algo superior que las orille a tomar una decisión diferente a lo que el procedimiento regularmente le indique, que el único freno para adjudicar un acto público sea un hecho sobreviniente que cobre mayor importancia sobre la decisión a tomar. Se han configurado todos los puntos que la ley considera, pues, como mencionamos en líneas anteriores, adjudicar y no rechazar, pese a la advertencia de la DGCP, sería consentir un acto contra la ley, no conveniente, siendo a su vez, desproporcional e inoportuno.

La facultad de rechazo es una potestad de la Administración, es una facultad intrínseca que nace con ella y que puede ser utilizada cuando considere que la decisión a tomar puede ser perjudicial, sobre ese tema la Doctrina Administrativa ha indicado lo siguiente:

“Cuando la Administración revoca un acto administrativo, lo que está haciendo en realidad es declarando que el mismo es inoportuno o ilegal, declaración que está facultada para hacer en la medida en que la revocación se materializa en un acto administrativo que goza



de privilegio de la ejecutoriedad que, a su vez permite a la Administración declarar derechos a su favor y obligaciones a cargo del administrado sin previa intervención judicial" (Santos Rodríguez, Jorge Enrique. Construcción Doctrinaria de la Revocación del Acto Administrativo Ilegal. Universidad Externado de Colombia. Pág 82).

Quien detenta la representación de la entidad, tiene la facultad de poder revocar sus propios actos, y ellos así por cuanto que, sus acciones no solo lo perjudicarán a él, sino a un sin números de usuarios del sistema que pueden verse afectados por una decisión contraria a la generada. Estamos ante actos públicos y no privados y de fondos estatales y no particulares, por lo que el cuidado en la administración del mismo debe ser enfocado como un buen pater familias.

Y como quiera que puede eliminar sus propios actos, sin la necesidad de la intervención de otro ente de control, no se verían inconvenientes para avalar la decisión nacida del **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, siempre que no adolezca de vicios o pretermisiones, que no solamente encuentra su asidero jurídico en el artículo 62 de la Ley No.38 de 2000, sino también en la Doctrina y la Ley No.22 de 2006.

"La Administración pública, donde quiera eliminar los propios actos que resulten viciados de tales vicios no tiene necesidad de dirigirse a otras autoridades, pero proceder ella misma a la anulación, a la corrección y a la revocación. Tal poder, que puede decirse de autotutela de los derechos e intereses de la administración pública, tiene el mismo fundamento de la ejecutoriedad de los actos mismos. La voluntad del Estado, como se impone por fuerza propia, cuando asevera la legitimidad de los propios actos y pretende su ejecución, así se impone igualmente en modo unilateral, cuando declara ilegítimo alguno de tales actos y hace caer su eficacia" (Ibídem, pág.82).

El artículo 62 de la Ley No.38 de 2000, Título III, refiere a la Revocatoria de los Actos Administrativos en cuatro supuestos, siendo el cuarto del tenor siguiente:

Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos.

1...

2...

3...

4. Cuando así lo disponga una norma especial (el resalto es nuestro).

Así, pues, vemos que el cuarto supuesto indica, cuando lo disponga una norma especial. Esa norma, en el caso de las contrataciones públicas, es el artículo 74, sobre las facultades de la entidad licitante, que permite el rechazo de ofertas cuando



existe ofertas, pero sin que haya recaído adjudicación, que fue lo que perfectamente realizó la entidad.

Ese es uno de los supuestos de un ejemplo aplicable de lo que doctrinal y legalmente en sus efectos se denomina la revocatoria de los actos administrativos, y como quiera que la advertencia realizada por la DGCP al **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA** fue cuando aún no había participantes, sino interesados, lo que, entre otras cosas provocó la suspensión del mismo, para posteriormente volverlo a levantar, ya con otras características, tal es el caso de la existencia de dos ofertas que hacía palpable la diferencia de precios en un casi 36% respecto a la propuesta de menor precio, es por esa razón que no resulta válida de parte del recurrente la tesis del pronunciamiento previo por la entidad sobre el tema en particular.

De manera que la entidad o la Administración, puede corregir o enmendar sus errores sobre un hecho que la pueda afectar, es totalmente lógico ese actuar con el propósito de poner los intereses del Estado en buen recaudo frente a intereses particulares, por lo que, frente al alcance de la revocabilidad del acto administrativo, sostiene la esencia de su naturaleza revocable.

La Sala Tercera, a través de vasta jurisprudencia se ha referido al principio de irrevocabilidad de los actos administrativos (Sentencia de 15 de noviembre de 2000, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia), pero también ha sostenido que ese principio no es absoluto y que la Doctrina y diversas legislaciones admiten la posibilidad de que la Administración, ante supuestos fácticos excepcionales, revoque de oficio sus propias decisiones y ha citado algunos autores, como, por ejemplo:

El tratadista Miguel Marienhoff, por ejemplo, alude a uno de estos supuestos fácticos al indicar que los actos administrativos pueden ser revocados por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es decir, para satisfacer requerimientos del interés público, lo cual, en principio, constituye actividad propia de la Administración Pública y así lo acepta la doctrina. El mismo autor define la revocación como "la extinción de un acto administrativo dispuesta por la propia Administración Pública, para satisfacer actuales exigencias del interés público o para restablecer el imperio de la legitimidad" (Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. 4ª Ed. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993. pág. 576).

El autor Sánchez Torres, siguiendo la legislación colombiana, alude a las diversas causas de revocación directa de los actos administrativos y entre ellas menciona la revocación por disconformidad del acto con el interés público o por atentar aquél contra éste. Afirma, que de lo que se trata aquí es del retiro de un acto legalmente válido por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia frente al interés social; la revocación se vincula de esta forma a la cuestión de mérito del acto (SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Teoría General del Acto Administrativo. Biblioteca Jurídica. Biblioteca Diké. 1995. Medellín. pág. 251).



Debemos también referirnos que la oportunidad que tuvo la entidad de rechazar las ofertas y que la Doctrina ha manifestado que es uno de los pilares fundamentales para construir un rechazo y, por consiguiente, cancelación, es el caso de los actos onerosos, el cual es el principal ingrediente con el que se cosió el acto administrativo impugnado, por tratarse de dos ofertas y que la diferencia entre una y la otra está por alrededor del 36%.

“Respecto a la posición doctrinal que se acaba de exponer, debe notarse que no obstante, la aparente contundencia de la misma, sin excepción, todos sus expositores reconocen que sea revocabilidad por esencia de los actos administrativos no es ilimitada sino que se circunscribe a los actos onerosos, ya que existen determinadas situaciones en las cuales los actos resultan inmutables, tales como los actos que han conferido derechos o situaciones jurídicas subjetivas de ventaja a los administrados, derechos y situaciones que deben ser respetadas”
(Santos Rodríguez, Jorge Enrique, Ob. Cit. Pág.86).

Si partimos de que, el pliego de cargos es el conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en los procedimientos de selección de contratistas, para el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas, con reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, pero resulta que ese cartel de condiciones olvida un paso importante dentro de la confección del mismo, tales como: las consultas al mercado y los estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que requieran satisfacer, como lo son las reuniones con proveedores, mediante llamados públicos y abiertos, a través de medios electrónicos, para obtener una información completa acerca de los precios, costos asociados, características de los bienes, servicios u obras requeridos, de conformidad a la última reforma a la ley de contrataciones públicas y que ha quedado evidente en los artículos 47 y 48 del Decreto Ejecutivo No.439 de 2020; entonces, diríamos que se ha de transgredir el debido proceso, al saltarse un paso de suma importancia como lo es la obligatoriedad de los estudios previos, como un acto responsable de cada entidad y que al no realizarse en forma correcta, estaríamos ante un posible perjuicio en las arcas del Estado, pagando por un servicio, un precio excesivamente elevado, con una diferencia de más del 36% del que podría ser el precio real versus el de referencia, es decir, por un orden de B/.1,045,842.85.

Hay que ser prudentes al momento de fijar el precio de referencia, sobre todo cuando el Estado viene sufriendo el desgaste producido en el aspecto económico por el tema de la pandemia, teniendo que redirigir sus finanzas hacia aquellos puntos vulnerables que han padecido de forma directa el embate social de salud; por lo cual ha tenido que reestructurar la política económica, trastocándola para satisfacer otros enfoques,



recordando que los recursos no son ilimitados y en ese sentido cobra mayor relevancia el estudio previo, con el ánimo principal de producir una selección, objetiva y eficiente. Por esa razón, además de realizar el procedimiento de selección de contratista de acuerdo a la norma especial, los responsables de estructurar el pliego de base, debieron incorporar o fijar el precio de referencia en razón de un estudio previo que es de obligatorio cumplimiento, para que por el acto público se pague un precio justo y no uno desproporcional, lo cual no es conveniente para el Estado, inconveniencia que provocó el rechazo de las ofertas.

De manera que, analizado el concepto que hemos viniendo desarrollando, no vemos cabida para la aplicación del rechazo de propuestas por un error de la administración, pues, ello no constituye causas de orden público y de interés social sobrevinientes, sino que su falencia está en la incorrecta estructuración del requerimiento por la Administración. Pues, si bien de adoptar los factores de orden público e interés social, el Tribunal sopesa que no se puede sostener un acto administrativo trastocando elementos fundamentales de nuestro sistema democrático del Estado moderno de Derecho, cual regenta nuestra Constitución Política, por lo que, induce vicios en el debido proceso.

Así las cosas, estamos ante un acto público que ha rechazado las propuestas y, por consiguiente, cancelado. Por eso, repasando el contenido del artículo 74 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, ordenado por la Ley No. 153 de 2020, podemos entender que la facultad de rechazo de ofertas aplica en caso de que se hayan recibido propuestas y por causas de orden público e interés social, sin que hubiera recaído adjudicación, y en otros casos, ejecutoriada la adjudicación, sin haber formalizado el contrato.

De manera que, vemos que se configuró a menos una de las condiciones que la ley regula, como lo es la recepción de ofertas, más no se motivó la misma en razones de orden público e interés social, ya que los argumentos sostenidos por la entidad son situaciones más en la falta de planificación que no pueden ser permitidas bajo ningún argumento, por no haber realizado las consultas al mercado y el estudio previo que la reglamentación dispone.

En esta oportunidad, el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, decidió rechazar el acto público en debate, sin siquiera motivar las razones de orden público e interés social que orillaron a la entidad a rechazar el procedimiento de selección de contratista, sino más bien, para mejorar el pliego de cargos, que no constituyen los presupuestos para ejercer la facultad de rechazo.



Recordemos que la entidad no es la única a la que debe velárseles sus intereses, pues, el recurrente también los tiene, y es responsabilidad de la Administración otorgarle las explicaciones a detalle del porqué se le rechaza o cancela su oferta y no únicamente indicar que se rechaza para restablecer el curso normal del acto administrativo.

Ante la imposibilidad de valorar el motivo que señala la entidad adquirente, por la inexistencia de un documento o explicación real que avale lo externado, no podemos menos que concluir que existe una falta motivación al no existir congruencia entre los elementos existenciales y los argumentados al tiempo, pues, el argumento utilizado para rechazar el acto público no puede ser utilizado como una salida para enderezar el error que ha cometido la entidad adquirente, ya sea que se tratase de un error procedimental o bien sea para corregir errores de calidad, ni cantidad económica del objeto a contratar, este hecho finalmente conlleva una adecuada atención de los funcionarios públicos involucrados en la convocatoria del acto público, tomando como norte el principio de transparencia que conduce con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección de contratista, por el cual deberán elaborarse los estudios, los diseños y los proyectos requeridos, así como los términos de referencia y el pliego de cargos, asegurándose de que su elaboración no se realice en forma incompleta proporcional, ambigua o confusa.

Insistimos, cada acto de selección de contratista por minúsculo que sea su precio de referencia, cuesta dinero y tiempo a los proponentes que incurren en gastos para su participación y al propio Estado por cuanto en la medida que se cometen desatinos, se compromete la ejecución presupuestaria y finalmente la esperanza de los administrados, pues, los particulares no tienen por qué soportar el error de la Administración, entonces deberá encontrar una medida racional, coherente y justa para ambas partes.

No adjudicar un acto público por haberse anulado genera sin lugar a dudas un resultado malogrado, tanto para el interés general, como para las necesidades que pretendían satisfacerse con la celebración y ejecución del contrato estatal trazado; resultando desilusionante no sólo para la entidad estatal que fue la que confeccionó, impulsó y llevó hasta su finalización el respectivo procedimiento de selección administrativa al que, por tanto, le dedicó tiempo, recurso humano y presupuestales, como frustrante también para los oferentes que atendieron la voz de llamado de la convocatoria que se hizo efectiva desde el día 16 de abril de 2021, y quienes realizaron el esfuerzo de elaborar y estructurar sus ofertas para el acto público, sin olvidar los costos que surgen en toda clase de procedimiento, los cuales también pueden terminar de una manera que naturalmente no era la que ninguno de los sujetos procesales esperaba desde el instante preciso de su ideación; particularidad que se concretiza o materializa cuando no resulta posible realizar una selección objetiva en la que la finalización del procedimiento administrativo corresponderá a la terminación del acto en sí, en cuya



virtud se adoptará la determinación de no concederlo a ninguno de los participantes, simplemente porque la entidad obvió un requisito indispensable según la propia ley.

La entidad estatal contratante, en razón a su condición de directora del procedimiento de selección de contratista que nos ocupa, se encuentra revestida de cierto margen de autonomía en la elaboración del pliego de condiciones, y en desarrollo de esa actividad ostenta la facultad para introducir las exigencias y los requisitos que deben observar y reunir los oferentes. En la misma línea, se ha encargado de destacar que la potestad configuradora, lejos de comportar un poder ilimitado, encuentra su lindero en el apego y sujeción a las reglas y principios de orden constitucional y legal que orientan la contratación estatal, premisa que se concreta en la definición de requisitos y exigencias que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo futuro contrato.

De la lectura del artículo 74 de la ley especial de contrataciones públicas, ha sido entendido por la jurisprudencia de esta corporación de justicia especial administrativa que, para rechazar una propuesta, la entidad pública debe fundamentarlo en situaciones de orden público o interés social, siendo esas dos las únicas condiciones para motivar el acto administrativo que decida un rechazo, no encontrando en este caso algo similar, sino más bien, un descuido de la entidad al momento de elaborar los términos de referencia, que, de acuerdo a lo revisado y su aceptación tácita, no realizó el estudio previo; por consiguiente, que no puede ser analizada, ni ajustada al contenido del artículo 74 de la ley positiva que nos gobierna.

El rechazo de propuesta debe encontrar una respuesta razonable y proporcionada dentro de los parámetros anteriormente advertidos, encontrando en la norma su justificación, sin que ello involucre aspectos distintos en la ley.

No es posible avalar la cancelación de ofertas, por cuanto no se encuentra respaldado en el único medio de prueba que es el expediente administrativo electrónico de la entidad, y a pesar de que es una facultad discrecional del servidor público en el ejercicio de la adquisición de compras y suministros a través de la normativa de los contratos públicos, esta debe ejercerse sobre la base de una adecuada, veraz, congruente y sólida motivación, que evidencie en su causa u objeto, que su activación surge como producto del devenir acaecido por hechos sobrevinientes a la convocatoria en la selección de un contratista, con la finalidad de preservar **“un valor superior”** que hace imposible la continuidad de dicha escogencia del contratista.

Cabe recordar que la facultad de rechazo no responde a la corrección de deficiencias procedimentales, ni debe ser utilizada para resolver cuestiones de invalidez del acto público, ya que, si ese fuere el caso, el acto (resolución) no tendría una correcta



motivación, ni mucho menos para enmendar condiciones dentro de los términos de referencia.

Ciertamente, las consideraciones en referencia encuentran su fundamento legal en los dictados del mismo Estatuto de Contratación, que en este caso sería la Ley No. 22 de 2006, ordenada por la Ley No. 153 de 2020. En efecto, en desarrollo del principio de transparencia, a la entidad le asiste el deber definir con precisión las condiciones que requiere para que la finalidad del acto sea funcional y es precisamente a través de los términos de referencia que la entidad tiene la oportunidad de petitionar los requisitos en base a su necesidad y así conseguir los bienes o servicios correspondientes para la ejecución del objeto, dentro de un precio razonable, por ser un dinero estatal y no privado, a lo cual se impone agregar que una de las expresiones del principio de igualdad de oportunidad de los proponentes que apunta a los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos, no pudiendo después de esta modificar condiciones sobre la que se efectuó el acto público, lo que se traduce a evaluar las ofertas conforme a las reglas del juego previamente definidas y que estas sean objetivas, justas, claras, congruentes, proporcionales, completas y no sobre supuestos de hechos o simplemente dejarlo a la conciencia de los oferentes.

Volviendo con el tema principal, y como complemento a lo arriba explicado, encontramos el momento propicio de explicar que si bien, los términos Orden Público e Interés Social son términos jurídicamente indeterminados, están constitucionalmente amparados en nuestra Carta Política, y en tanto demandan una interpretación coherente y conforme con la realidad, de manera tal que, en términos de las contrataciones públicas, se hace precisa la manifestación de problemas que realmente obedezcan a situaciones concretas con las respectivas pruebas que las respalden. Así, a manera de ejemplo, tendríamos las de índole presupuestarias que comprometan y lesionen seriamente a las entidades adquirente, pero no para corregir las falencias generadas por aquellas en el trámite de contratar.

Aunado a lo expuesto, resulta importante agregar que no podemos avalar un concepto basado, en que las entidades tengan la potestad de invocar indiscriminadamente, un rechazo, en virtud de la atención para la cual fueron creados, sino que va más allá, por cuanto la contraparte, que en este caso son los proponentes también cuentan con derechos a la prudencia de la administración, al igual que debe gozar de una convincente motivación.

La motivación dada al acto administrativo en estudio no aplica, por cuanto a las razones que hemos sostenido, por ello, lo jurídicamente aplicable es decidir la nulidad absoluta del presente acto público, por considerar que estamos ante un caso cuyo contenido es evidente una afectación al erario público por pretermittir el debido proceso, al celebrar el acto con la prescindencia absoluta al procedimiento, al omitir los estudios previos



indispensables para la confección de los pliegos de cargo, contemplado en el artículo 165 y 166 del cuerpo normativo que nos gobierna, al carecer el procedimiento de un estudio previo y consulta de mercado que genere la satisfacción en el dinero a invertir por parte de la Administración, un precio justo y libre de especulación.

Aprovechamos el escenario para motivar que una de las razones por la cual se modificó la ley de contrataciones públicas, y que podemos apreciar en la exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 010 de 2019, es la *“carencia de mecanismos de análisis de precio e investigaciones de mercado de la ley anterior (61 de 2017), y en ese sentido, la realidad nacional demandaba un robustecimiento de la legislación de compras públicas en aras de construir mayor eficiencia, transparencia y modernizar la institucionalidad en esa materia, para lo cual se realizó una revisión integral de la normativa, atendiendo a los cambios estructurales que necesitaba el sistema para brindar mejores mecanismos de control, eficiencias y transparencia, con el ideal de crear un sistema más justo, que propicie un ambiente de negocios tal que se incremente el número de proponentes en los actos públicos y se generen mayores beneficios para el Estado”*.

Traspolado ese concepto a la realidad que se evidencia en el expediente electrónico y la decisión venida en impugnación, avalar una adjudicación sin un estudio previo, sería desconocer las intenciones fundamentales que produjo el estudio y debate de lo que hoy conocemos como el Texto Único de la Ley No. 22 de 2006. Si uno de los objetivos principales de la reforma era el de crear mecanismos de precios e investigaciones de mercado, para provocar un precio de referencia justo conforme a la realidad, desatender el tenor literal de la disposición legal citada sería contradictorio. Sería volver a lo que en teoría se superó con la entrada en vigencia de la Ley No.153 de 2020.

La motivación del acto administrativo es una garantía inserta en el derecho al debido proceso previsto en el artículo 32 de la Constitución Política de la República de Panamá, cuando señala que el juzgamiento debe ser conforme a los trámites legales; en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 2000, sobre procedimiento administrativo, que señalan que las actuaciones administrativas de todas las entidades públicas deben efectuarse con arreglo al debido proceso y que la motivación del acto administrativo como uno de los aspectos fundamentales para la emisión de un acto administrativo.

Los actos administrativos deben ser motivados congruentemente con sucinta referencia a los hechos y fundamento de derecho. Por tanto, a la vista de las normas aludidas, no puede dársele validez al acto administrativo que adolece de una debida motivación. Como indicamos, esta garantía prevalece indistintamente de que se trate de un acto discrecional; así se deduce no solo de la normativa constitucional y legal señalada, sino que también lo expresa la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes



del Ciudadano en relación con la Administración Pública (viva manifestación de la voluntad de los países firmantes, entre ellos, Panamá).

Dice la Carta en su Capítulo Segundo, numeral 4:

El principio de racionalidad se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas actuaciones administrativas, especialmente en el marco de las potestades discrecionales (Capítulo Segundo, numeral 4).

Para Alsina, la nulidad “es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello” (Alsina Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV. Ed. Ediar. Bs.As. Argentina Pág. 627).

Este Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo del procedimiento de selección de contratista, si se ha vulnerado la garantía del debido proceso legal, siendo un tema de gran importancia. Así, el numeral 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, establece que los actos administrativos son nulos “si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal”, al igual que el artículo 166 de la ley de contrataciones públicas.

Nuestra legislación de Contrataciones Públicas configura como una causal de nulidad absoluta de los actos, aquellos que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido. Así, lo establece el artículo 166 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, que a la letra dice:

“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” (el resalto es nuestro).

La nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de contratista de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación. Esto, con el propósito de lograr una escogencia transparente y con todas las garantías previstas en la normativa, sin beneficiar a una propuesta en particular ni descartar a otras. No obstante, como quiera que el vicio afecta el procedimiento administrativo en general, lo importante es anular todo el acto público, por tratarse de una nulidad absoluta y si la entidad aún requiere del objeto contractual, entonces podrá realizar otro acto público, pero esta vez sin menoscabar la ley y tomando las medidas correspondientes.



Para que una adjudicación cumpla con el objetivo constitucional de asegurar el mayor beneficio para el Estado y la plena justicia en la adjudicación, sólo se hará tangible cumpliéndose con las disposiciones de la ley que nos gobierna, su reglamento y el pliego de cargos, pero un pliego de condiciones verdaderamente estructurado siguiendo las pautas que la legislación ordena y en otras recomienda, por encontramos bajo reglas del juego definidas por la ley, lo que conocemos como el principio de estricta legalidad, que nos orienta a actuar dentro del margen de la misma y no rebasando dicho mandato con interpretaciones extensivas, para así no reñir con las normas de interpretación que nos recuerda el artículo 9 del Código Civil, al señalarnos que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, pues, la Ley No. 22 de 2006, mantiene una serie de principios, reglas y disposiciones de carácter jurídico, de los cuales no nos podemos separar, sino atenderlos en su justa dimensión.

En razón a todo lo anterior, nos corresponde anular el procedimiento de selección de contratista No.2021-0-18-01-99-LP-052552, por ser lo que en Derecho corresponde. Decisión que se ajusta a las normas de uniformidad, imparcialidad, celeridad, economía y con apego al principio de estricta legalidad que demanda el contenido del primer párrafo del artículo 161 de la ley especial de compras públicas; garantizando así la seguridad jurídica por cuanto que se ha mantenido la línea jurisprudencial que hemos venido emitiendo en casos similares, tal es el caso de las Resoluciones No.135-2021-Pleno/TACP de 14 de octubre de 2021, y Resolución No.146-2021/Pleno/TACP de 26 de octubre de 2021.

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

En atención al examen esgrimido y en virtud de sus facultades legales, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas:

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR en todas sus partes, el procedimiento de selección de contratista No.2021-0-18-01-99-LP-052552, iniciado por el **MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA**, por las consideraciones indicadas en la parte motiva del presente acto administrativo.

SEGUNDO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Recurso de Impugnación No. 89B76060 de 18 de noviembre de 2021, expedido por Assa Compañía de Seguros,

S.A., que se encuentra a orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y como beneficiarios el MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA/Contraloría General de la República, por un límite máximo de responsabilidad de Ocho Mil Ochocientos Setenta y Seis Mil Balboas con 93/100 (B/.388,876.93), equivalente al diez por ciento (10%) del precio de referencia, presentado ante la Secretaria General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, de conformidad al procedimiento instituido al respecto por la Contraloría General de la República.

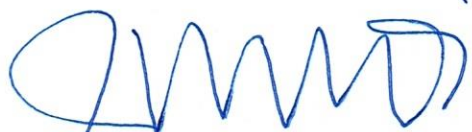
TERCERO: NOTIFICAR a las partes, la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico "PanamaCompra", notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el portal.

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 No.167-2021 previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO; Artículo 2 numeral 32, artículo 59,68,156 de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenada la Ley No.153 de 8 de mayo de 2020. Decreto Ejecutivo No. 439 de 10 de septiembre de 2020, por el cual se reglamenta Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre Procedimiento Administrativo General, en lo aplicable.

Notifíquese y Cúmplase,


José Aranda Ríos
Magistrado
Salvamento De Voto


Martín Wilson Chen
Magistrado


Luis Mariscal
Magistrado


Manuel Beckford
Secretario General





REPÚBLICA DE PANAMÁ



1

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

SALVAMENTO DE VOTO: MAGISTRADO JOSÉ ARANDA RÍOS, EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR LA FIRMA FUENTES Y RODRÍGUEZ LAW FIRM, EN CALIDAD DE APODERADO ESPECIAL DEL CONSORCIO NIKOS/PROCESADORA, S.A., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN N° 059-DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2021, EMITIDA POR EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA EXP. 167-2021. RESOLUCION No.181-2021-Pleno/TACP de 16 de diciembre de 2021 (Decisión)

Con el respeto habitual, manifestamos que no comparto la decisión de mayoría externada en la Resolución 181-2021-Pleno/TACP de 16 de diciembre de 2021 (**Decisión**), por la cual se revoca la resolución impugnada y se dispone anular el procedimiento de selección de contratista **2021-0-18-01-99-LP-052552**, por configurarse la nulidad absoluta, tomando como base a que se pretermitió el estudio de previo y estudio de mercado para la confección del pliego de cargos, por las siguientes razones:

I. EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO COMO ELEMENTO DEL PRESENTE ACTO PÚBLICO:

1. Al verificarse las constancias que, reposan en el Sistema Electrónico de PanamaCompra, de la contratación pública N° 2021-0-18-01-99-LP-052552, nos percatamos que, tal como lo exige el artículo 39 de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020, en concordancia con los artículos 46, 47, 48 y 49 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020, la entidad convocante, estructuró el pliego de cargos, siendo el precio de referencia determinante para la consecución de la licitación.

Dicho lo anterior, la entidad licitante en cumplimiento del artículo 51 de la Ley 22 de 2006, realizó la Reunión Previa y Homologación, en la que se puede ver la participación de tres posibles proponentes, de acuerdo con el Acta de Homologación.

Seguidamente, la DGCP; de manera oficiosa, mediante Resolución N° 423-2021 de 21 de mayo de 2021, suspendió el acto público, con el fin de que, la entidad aplicará medidas correctivas. Al respecto, debemos destacar que, la DGCP, nunca exigió a la entidad licitante en virtud del numeral 16 del artículo 15 de la Ley 22 de 2006, la sustentación de la obtención del precio de referencia; lo que se traduce que, pasada dicha etapa, quedó abierto el proceso de contratación para que, al momento de llegar la etapa de apertura los proponentes presentaran sus ofertas para obtener la

licitación y brindar el servicio requerido. Al respecto, debemos tener presente que, todo proponente una vez se publique la licitación, debe preparar cada documentación exigida en el pliego de cargos, el cual incluye el valor de su oferta.

Constan diferentes Informes de Comisión, donde claramente recomiendan la licitación pública al Consorcio Nikos/Procesadora, S.A., por cumplir con cada uno de los puntos de los requisitos exigidos en el pliego; es decir, la Comisión Verificadora, para tales efectos, confrontó la documentación correspondiente presentada por los oferentes, versus lo que exigió el pliego. Dicho lo anterior, la entidad, mediante Resolución N° 059-DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2021, resolvió rechazar las propuestas y por ende cancelar el acto público de marras basado en que, se debe realizar un nuevo estudio de mercado cónsono a la nueva herramienta de las guías prácticas para la elaboración del precio de mercado, la cual a mi juicio tampoco es aplicable por ser un instrumento jurídico aplicable a los actos públicos en etapa de planeación.

Análisis Jurídicos, que sirven de sustento para salvar el voto:

2. Con las nuevas modificaciones introducidas por la Ley 153 de 2020, a la Ley 22 de 2006, en la licitación pública, se estableció que, las entidades licitantes no aplicarán el margen de riesgo, a fin de fomentar la competencia entre los proponentes y obtener el mayor beneficio. Tomando en consideración que, en la licitación por mejor valor solamente se podrá establecer porcentaje de onerosidad, el cual no podrá exceder el 20% del precio de referencia. Es decir, bajo tal prisma normativo el precio viene a ser un elemento que goza de cierto grado de imprevisibilidad, cuya determinación nunca será perfecta, y bajo esa premisa debe analizarse en cada aspecto de la contratación, sobretodo cuando se pretenda motivar un acto administrativo tomando como consideración el precio propuesto.¹

Evidentemente, la entidad licitante, luego de publicar el acto público correspondiente, lo hizo en base a un estudio de mercado, respaldado por una partida presupuestaria De tal manera que, no podrían ser argumentos jurídicamente válidos de los servidores públicos para rechazar propuestas y cancelar el acto en base a una determinación de un precio que en esta etapa de la contratación resultaría subjetiva; ,porque estaríamos vulnerando principios constitucionales de libre concurrencia y competencia, así como los consignados en la contratación

¹ Es por esta razón que en la doctrina se habla de precio probable o precio estimado, ya que un análisis económico de la norma nos lleva hacia la determinación que el precio puede o no ser el más exacto, lo cual entra, muchas veces, dentro del rango normal del aleas o de las variables de la contratación pública. Sobre este tema ver: *Marín Cortés, Fabián; El Precio, Las Cláusulas del Contrato Estatal. Librería Jurídica Sanchez, pp 82-95.*



pública, específicamente el de economía. Recordemos que la estructuración de un pliego requiere un esfuerzo económico, logístico y de tiempo por parte de los intervinientes en el acto público. Ahora bien, todo evidencia que, los argumentos de la entidad, de rechazar bajo los supuestos de interés público, fue basado en la recomendación otorgada por la DGCP, mediante Resolución 1213-2021; sin embargo, desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica, la DGCP, luego del control que le otorga la Ley, los mecanismos previos precontractuales y antes de la presentación de propuestas y aunado a las diferentes resoluciones de fondos, no se pronunció al respecto, dejando al arbitrio de la entidad licitante que, mediante una Resolución revoque, todo lo allí pactado en las cláusulas y reglas de la licitación.

Debemos tener presente que, el origen de la revocatoria obedece a cambios fundamentales que deben efectuarse en los estudios previos en vigencia del proceso; es decir antes de decidir la revocatoria del proceso, no se entiende la razón por la cual la administración no revisó, bajo su obligación de planeación del proceso precontractual, que los actos administrativos que ordena la apertura del proceso de selección y el pliego de condiciones se encuentren conformes con el interés público social, antes de iniciar todo este proceso y que sólo en el curso de éste proceda a analizar si las actuaciones ya realizadas se encuentran contrarias a este interés general.²

Al respecto, es importante referirnos a lo que estipulan los artículos 215, 266 y 298 de la Constitución Política de nuestro país, en el sentido de apegarse al reconocimiento del derecho sustantivo, más que a las meras formalidades; a procurar el mayor beneficio para el Estado en las compras que este efectúe y plena justicia en la adjudicación; así como la exigencia de garantizar la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados, en este caso, del mercado público de contrataciones.

***“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 sustancial”.*

² El Pliego de Condiciones en la Contratación Estatal, Edgard González López, pp. 260 a 261.



“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”.

“Artículo 298. El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.

Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que garanticen estos principios”.

El precio constituye un factor importante, para el pliego de cargos, pues allí, los proponentes determinan su valor oferta para obtener la licitación; por lo tanto, el precio es determinante del interés económico que mueve a los interesados a comprometerse, de consumo, en un resultado, acordado en el documento contractual, siendo definitivo, en la mayoría de las veces, para suscribirlos. De acuerdo a la doctrina, “los precios valoran y con esto informan sobre la escasez o abundancia de un recurso o producto en relación con lo requerido por la sociedad”³

Para reforzar lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, mediante fallo de 18 de julio de 1994, cuya ponencia fue el Magistrado Edgardo Molino Mola, se pronunció así:

“Es importante destacar que la Sala Tercera de la Corte ya había adelantado ciertos conceptos en relación a la falta de perfeccionamiento del contrato de arrendamiento con opción de compra en análisis, cuando en sentencia del 22 de diciembre de 1986 señaló:

“Por tanto, a la luz de nuestro derecho, los contratos que celebren las entidades oficiales por suma superior a la señalada en la Ley 3 de 1977 requieren la aprobación del Consejo de Gabinete para que queden perfeccionados. Y el contrato suscrito por la Caja de Seguro Social con la empresa NCR CORPORATION DE PANAMÁ, S. A. no estuvo perfeccionado al no haber sido aprobado conforme lo estipula la Ley. Por otro lado, y como está establecido claramente en el expediente, la CAJA DE SEGURO SOCIAL no llegó a cubrir el pago inicial a pesar de ser requerido varias veces por la empresa (fojas 45 y 61); cabe recordar que se trató de un Contrato de Arrendamiento con Opción de Compra, por lo que, posiblemente por la razón legal

³ Introducción al análisis económico. El caso colombiano. Colección Bibliográfica Banco de la República. Historia y Teoría Económica. 1995.pp.225 a 226.



anteriormente señalada, no se convirtió en compra ni se perfeccionó la venta."

La Sala debe indicar por tanto que cuando la Ley impone a la administración el procedimiento a seguir para la suscripción de un contrato, este procedimiento es obligatorio, y debe ser respetado y acatado por la esfera administrativa, pues su inobservancia deviene en la nulidad de los actos contractuales celebrados.

Acotamos, además, que, aunque el contrato de arrendamiento es consensual, como lo es también lo es la compra-venta porque desde el momento en que se acuerda tanto el precio como la mercancía surge la obligación de ambas partes para la entrega, en este caso, la calidad de uno de los contratantes impide que el mismo se hubiese perfeccionado con el solo acuerdo de voluntades. Tal como expresara la Sala Tercera en la sentencia antes comentada: "... el perfeccionamiento del contrato de compra-venta de manera consensual sólo es posible tratándose de la Caja de Seguro Social, entidad pública, cuando la manifestación de voluntad de la adquirente se formula dentro del marco de la Ley que prescribe los requisitos para que no exista vicio de voluntad".

Lo anterior, se corrobora que, el precio probable de un contrato define el monto de la disponibilidad presupuestaria, el cual constituye un factor fundamental de peso para el proceso licitatorio, que, en efecto, la entidad ubicó una partida que respalda el precio. Es decir, las entidades abrirán las respectivas licitaciones y suscribirán contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

Desde la perspectiva de este despacho, si bien es cierto, la entidad licitante en base al artículo 74 de la ley 22 de 2006, rechazó las propuestas presentadas en el acto público, no avalo ni apoyo que, la causa se sustente en el orden público o de interés social, las cuales no se configuran en el acto público estudiado, por cuanto la conducta de la administración ha sido contradictoria (***venire contra factum non potest***), y en el iter cronológico, el organismo de control (DGCP) no ha logrado determinar cual sería el perjuicio económico ni los elementos del precio de referencia que podrían influir en ello.

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".

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.”



Este despacho, considera que el rechazo de propuestas, una vez recibidas ofertas, procede cuando la decisión esté fundamentada sobre aspectos de interés público, debidamente motivados o por hechos sobrevinientes dentro del procedimiento de selección de contratista; es decir, resulta aplicable el rechazo de propuestas, siempre que su origen sean razones posteriores a la recepción de las propuestas y que estas a su vez impidan continuar con el procedimiento de selección de contratista.

El rechazo de propuestas como facultad de la entidad, según el referido artículo 74 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, debe ser desplegado sobre el sustento de una sólida motivación, en la que se evidencie que su activación es producto de hechos ocurridos posteriores a la convocatoria y celebración del acto público; teniendo como propósito preservar un valor superior, que de otra forma, haría imposible la continuidad de la escogencia del contratista, incluso después de presentadas y abiertas las propuestas; pues de otra manera se estaría, contrariando el precepto legal del principio de economía. Es decir, el principio de economía, es un instrumento normativo, que resguarda la esencia misma del acto público, porque implica una verdadera construcción del emolumento de la contratación, para brindar el servicio, que se requiere, toda vez que, la contratación en examine, cumplió con el procedimiento de selección escogido, porque toda contratación administrativa de compras públicas se cuenta con una partida o disponibilidad presupuestaria, así como la obligación de la entidad a constituir la reserva y el compromiso presupuestario requerido, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato.

Por lo tanto, considero que, el rechazo de propuestas utilizado por la entidad, fue en virtud a lo señalado por la DGCP, en la Resolución 1213-2021 de 21 de octubre de 2021, teniendo en cuenta de acuerdo al análisis cronológico de cada una de las actuaciones que yacen en el Sistema Electrónico de “PanamaCompra”, la entidad siguió con cada una de las etapas procesales que contempla la licitación, sin que, se haya pronunciado el ente de control en la etapa precontractual. Para ello, la entidad antes de publicar la convocatoria contó con el tiempo indispensable para realizar el estudio de mercado, para elaboración del precio de referencia.



Para ilustrar nuestra postura, citamos un extracto del fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en Acción Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción, dentro del expediente No.347-02:

“Sobre este tema de la facultad de rechazo de la entidad licitante, esta Sala en el fallo de 8 de enero de 2003 señaló lo siguiente:

“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)

En efecto, cuando la legislación les otorga a las entidades gubernamentales facultades extraordinarias o exorbitantes del derecho público, común o privado, lo hace sobre la base que estas competencias se orienten a garantizar el buen funcionamiento del Estado, que exige que sus potestades y responsabilidades sean efectivamente ejercidas para el bien común. Por lo tanto, mal podría autorizarse el ejercicio de potestades exorbitantes o extraordinarias a efecto de producir, en la gestión gubernamental, el vicio de vulnerar derecho de los particulares, con el objetivo de encubrir graves deficiencias y error en la planeación del servicio público o de actividades concretas, como en este caso: las acciones de compras institucionales.

El sustento que motivó a la entidad licitante, en cuanto a rechazar a las propuestas, se debió a una supuesta mala estructuración de un precio de referencia, el cual es parte del pliego de cargos; desde la perspectiva jurídica, no se configura como causales de orden público o interés social, ya que no existe en todo el acto público de la contratación un elemento que de razonable certeza a que el precio de referencia sea imperfecto, o voraz. Toda vez que sobre la administración recae la responsabilidad de elaborar el pliego de cargos, conforme lo establece el artículo 39 de la Ley 22 de 2006:

“Artículo 39. Estructuración del pliego de cargos. La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista, del procedimiento excepcional de contratación o del procedimiento especial de contratación, el correspondiente pliego de cargos o términos de referencia, que contendrá:

- 1. El aviso de convocatoria con la indicación del precio de referencia y la correspondiente partida presupuestaria.*
- 2. Los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista.*
- 3. Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva.*



4. ...
 5. *Los requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes.*
 - ...
 8. *Las condiciones generales, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales referentes al objeto de la contratación.*
 9. *Los modelos de formularios que deberán completar y presentar los proponentes, como las fianzas, el proyecto de contrato, los modelos de cartas, las declaraciones juradas cuando procedan y demás documentos y certificaciones que se requieran.*
- ...". (Lo subrayado es nuestro).

En ese orden de ideas y en torno a la estructuración del pliego de cargos, el artículo 47 del Decreto Ejecutivo 439 de 2020 establece que las entidades están llamadas a realizar estudios previos, veamos:

"Artículo 47. Estudios previos. Las entidades deberán realizar los estudios previos para la elaboración del pliego de cargos, a fin de determinar la necesidad que requieren satisfacer con el proceso de contratación, el objeto a contratar con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto, el tipo de procedimiento, criterios para seleccionar la mejor propuesta, el precio de referencia, incluyendo precios unitarios y totales, entre otros".

La entidad está llamada a realizar los estudios previos para la elaboración del pliego de cargos, ya que cada acto de selección de contratista demanda tiempo y gastos para el Estado y los particulares que pretenden contratar con la Administración.

Como quiera que, las razones de la entidad para rechazar las propuestas, y de este Tribunal para ordenar la nulidad absoluta tal como se evidencia, presuntamente se basó en un estudio deficiente de mercado para la consecución de un precio de referencia óptimo, pero que, pasada diversas etapas del proceso licitatorio, inclusive la Comisión Verificadora calificó cada uno de los documentos presentados por las ofertas, desde la perspectiva de este Despacho, no se constituye en causal de orden público o interés social; de tal manera es de suma relevancia referirnos a lo establecido en la Ley 22 de 2006, en cuanto al *Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos*:

Art. 28. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos.

Los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

1. Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.~o~
2. Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.~o~



3. Sus actuaciones 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.~o~

4. Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual el jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas.~o~

5. Los que sean integrantes de comisiones de evaluación están obligados a actuar con estricto apego a la ley y a los criterios y metodologías contenidos en el pliego de cargos.

6. Los servidores públicos que intervengan en los actos de selección de contratista deberán cumplir con los términos establecidos en la presente Ley, la omisión a esta disposición se considerará como una falta administrativa y será sancionada con multa, conforme a lo establecido en el artículo 18.

3. El argumento de la entidad para rechazar se basó en el interés público; precisamente éste (el interés público), es un fin que busca alcanzar la Administración pública para satisfacer las necesidades de la colectividad, por lo que las entidades tienen que aplicar principios tan importantes que no riñan con la legalidad y el debido proceso siempre y cuando se pueda comprobar que la ejecución del contrato sea imposible su culminación. Veamos cual es el concepto de interés público dado por la Enciclopedia Jurídica, toda vez que la ley en contratación pública de Panamá no la define: *"Es un concepto indeterminado que fundamenta y justifica la actuación de las Administraciones públicas. La intervención administrativa en los campos diversos de la vida social y económica debe estar basada en que con tal intervención se busca el interés público, o es exigida por tal interés."*

Por lo tanto el interés público, constituye en la primera garantía del gobernado y principio limitante del poder arbitrario, lo primero: el administrado cuenta con que el Estado regente no es una aparato de opresión de los gobernantes contra la colectividad, sino por el contrario el Estado (entidad contratante) está al servicio de todos para proveer el mayor beneficio; lo segundo: el interés público marca el rumbo de acción del Estado, que sirve exclusivamente al interés no particular; servir a ese interés es la justificación de existencia y acción del Estado; será arbitrario el actuar del Estado cuando afecta el interés público.

Es por ello, que el interés público es el soporte esencial en el ejercicio de las potestades administrativas, también permite no solo al Juez Constitucional y al de lo Contencioso Administrativo ejercer un control sobre las actuaciones administrativas.

Este Despacho, no avala la decisión de mayoría, por cuanto la entidad debió seguir con el proceso licitatorio hasta sus fases subsiguientes; tomando en cuenta que, la decisión de la entidad se justificó simplemente en la recomendación de la DGCP, a pesar que dicho ente de control, no ejerció su competencia en la etapa correspondientes a pesar que, se dieron sendos reclamos; por lo tanto el Tribunal de la causa debe entrar a revisar y analizar cada uno de los puntos señalados por el recurrente, y así Revocar la Resolución N° 059 de 11 de noviembre de 2021, a fin de que la entidad prosiga con el trámite correspondiente, toda vez que, la licitación se mantuvo hasta la etapa de la recomendación de la Comisión.

II. EN CUANTO A LA DECLARATORIA DE NULIDAD ORDENADA POR ESTE TRIBUNAL:

1. La razones que motivan mi postura en el caso en concreto, con el objeto de determinar que la facultad de rechazo no fue ejercida conforme a razones de orden e interés público, son las mismas que me orillan a apartarme del fallo de la mayoría en cuanto a declarar la nulidad de lo actuado, visto que no existe un estudio de mercado para la determinación del precio de referencia del acto (según el fallo). Y es que considero que con la nulidad del acto, lejos de procurarse un remedio jurídico procesal para la situación planteada, la nulidad decretada viene a castigar todo el desarrollo del acto público y la posibilidad que se cumpla con el fin de la contratación. Es por ello que en las discusiones del caso en concreto, consideré que, de conformidad a los artículos 165 y subsiguientes de la ley 22 de 2006, ordenada por la ley 153 de 2020; como posibilidad jurídica *in extremis*, lo correspondiente era anular y retrotraer el acto hasta antes de la emisión de la resolución No. 703 de 20 de julio de 2021. Ya que a través de esta resolución se levantó la suspensión del acto por considerarse que la entidad había cumplido con elementos esenciales, incluidos, la determinación concreta del precio de referencia. Lo anterior, por cuanto, era jurídicamente posible declarar la nulidad parcial hasta ese momento, con la posibilidad que los intervinientes hubieren podido heterocomponer las supuestas deficiencias del acto.
2. Otro elemento que llama la atención es que, con la emisión de la resolución No. 703 de 20 de julio de 2021, emitida por la Dirección General de Contratación Públicas, el organismo rector levanta la suspensión del acto público. Configurándose la convalidación del acto público, según lo dispuesto en el artículo 166 *lex cit.* Es decir, es la propia administración a través del organismo de control la que avala el acto público y lo entiende subsanado, superado. Pero es la propia administración la que posteriormente señala que debe revisarse un elemento, que ella misma a

través de su actuar **ex profeso**, consideró se encontraba superado. En anteriores pronunciamientos, este despacho ha sido enfático en que la administración debe desplegar una conducta consecuente, coherente, y homogénea, y que, no les es dable a la misma, ir contra sus propios actos, ni desplegar acciones contradictoria, y aún, la conducta de la administración es jurídicamente vinculante frente a los particulares que intervienen en los actos de selección de contratistas y viceversa.⁴

Visto lo anterior, este despacho es del considerando, que las causas de interés público que sirvieron de base, tanto para el rechazo de ofertas como para la declaratoria de nulidad de lo actuado no logran ser lo suficientemente convincentes ni gozan de tal certeza jurídica que puedan sustentar las actuaciones realizadas. Por lo que, a nuestro juicio, lo procedente era revocar lo actuado y recomendar a la entidad que procediera conforme a los informes de comisión del acto público a fin de determinar la oferta que cumpliera con los requerimientos del pliego de cargos de la contratación.

Por lo anterior, salvo mi voto.



José Aranda Ríos
Magistrado



Manuel Beckford
Secretario General



⁴ Ver Resolución No. 196 de 04 de diciembre de 2017 (Decisión), Acto Público No. 2010-0-09-0-08-LV-000012, paginas 6-7. Magdo. Ponente: José Aranda Ríos.