



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE N°: 024-2024

RECURRENTE: BCN PHARMA, S.A.

ACTO IMPUGNADO: Resolución N°022-2024 de 5 de febrero de 2024, por la cual la SECRETARÍA NACIONAL DE DISCAPACIDAD, declaró desierto el acto público N°2023-1-21-0-08-LP-010859.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS MARISCAL

Resolución No.040-2024-Pleno/TACP de 11 de marzo de 2024 (Decisión).

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 153 de 8 de mayo de 2020 (Ley 22 de 2006), crea en su artículo 146 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (Tribunal), como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República de Panamá, el cual tiene competencia para conocer en única instancia de los recursos de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

I. ANTECEDENTES

1. La Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS o entidad), convocó el 27 de diciembre de 2023, mediante procedimiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el proceso licitación nacional número PISPCDP-334-CP-SGO-2.2.4.3.6.5, cuyo expediente electrónico se encuentra visible a través de *PanamaCompra*, como acto público N°2023-1-21-0-08-LP-010859, para la “Comparación de Precios para la Adquisición de Pañales Desechables para niños y adultos” (sic), con monto estimado de doscientos mil balboas (B/.200,000.00).
2. El 27 de diciembre de 2023, a la convocatoria antes referida, la entidad anexó el archivo denominado “Documento de Solicitud de Cotizaciones”, contentivo de cincuenta y cuatro (54) fojas.
3. La fecha máxima para la recepción de expresiones de interés fue establecida para el 12 de enero de 2024. Posteriormente, el 15 de enero de 2024, la entidad publicó el *Acta de recepción y apertura de ofertas*, en donde detalló los sobres de ofertas recibidos, como a continuación:

No.	Nombre del Oferente	Monto Ofertado	Oferta Alternativa, si permitida	Descuento ofrecido, si fue indicado en el Formulario de Oferta	Presentación de la garantía o declaración de mantenimiento de oferta, según aplique Sí/ No
1	BH CORP, S.A.	US\$165,200.00	No aplica	No aplica	No
2	4 HOSPITALS, INC	US\$178,200.00	No aplica	No aplica	Sí
3	BCN PHARMA, S.A.	US\$130,770.00	No aplica	No aplica	Sí



4. El 6 de febrero de 2024, la entidad publicó la Resolución N°022-2024 de 5 de febrero de 2024, por la cual declaró desierto el proceso de licitación, con fundamento en que los miembros de la Comisión Evaluadora, *“suscribieron su informe y recomendaron a la Unidad Coordinadora del Proyecto declarar desierto el acto público; toda vez que ninguno de los proponentes cumple a cabalidad con los requerimientos establecidos en el pliego de cargos...”*.
5. En consecuencia, el 15 de febrero de 2024, el licenciado Tomás Ernesto Arias, en calidad de apoderado especial de BCN Pharma, S.A (recurrente, impugnante o parte actora), promovió recurso de impugnación en contra de la Resolución N°022-2024 de 5 de febrero de 2024.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO

El Tribunal, por medio del Magistrado Sustanciador, previa verificación del cumplimiento de los presupuestos de ley, procedió a darle curso según el procedimiento consagrado en la ley y su reglamento, admitiendo el recurso de impugnación a través de la Resolución de Admisión N°019-2024/TACP de 15 de febrero de 2024, publicada el 19 de febrero de 2024, en *PanamaCompra*.

III. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DE LA RECURRENTE

La parte actora impugnó el acto administrativo, con fundamento en las siguientes razones:

1. La entidad **omitió la publicación del Informe de verificación de las propuestas**, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 22 de 2000; en consecuencia, quebrantó el *Principio del debido proceso*, plasmado en el artículo 32 de la Ley de Contrataciones Públicas.
2. **La declaratoria de desierto**, carece de los requisitos, objetivos, causales y formales, que deben regir los actos carácter público, debido a que **se limitó a anunciar que ninguno de los proponentes cumple** a cabalidad con los requerimientos establecidos en el pliego de cargos. Cuando dicho acto debió contener de forma clara y explícita los supuestos para proceder con tal decisión, por ello, viola el *Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos*, contenido en el artículo 28 de la Ley 22 de 2006
3. Por último, la impugnante solicitó a este Tribunal dejar sin efecto el acto administrativo impugnado; restablecer el derecho vulnerado y, por consiguiente, adjudicar el acto público de marras a la empresa BCN Pharma, S.A., por ser la oferta de más económica y que a la vez cumple con todos los requisitos exigidos en el pliego respectivo.

IV. ALEGACIONES DE TERCERO

El 23 de febrero de 2024, el licenciado Carlos Gasnell Acuña, en calidad de apoderado especial de la empresa 4 Hospitals, Inc., presentó escrito de alegaciones en interés de la ley, visible de foja 028 a 031 del expediente jurídico, así como en *PanamaCompra*., fundamentado en las siguientes razones:

1. La licitación pública N°2023-1-21-0-08-LP-010859 es un procedimiento licitatorio financiado con fondos del Banco Interamericano de Desarrollo



(BID), es ese sentido, las adquisiciones públicas financiadas por organismos internacionales o que tienen su sustento financiero en virtud de acuerdos o convenios de cooperación, **pueden** incorporar las normas o procedimientos previstos en los convenios o acuerdos suscritos con dichos organismos y **la Ley 22 de 2006 se aplica de manera supletoria**, conforme los artículos 7 y 8 de dicha excerta legal.

2. En los puntos 16 y 26.1 del pliego de cargos, se señala que el comprador tiene derecho a aceptar cualquier cotización o a rechazar cualquier o todas las cotizaciones, y, a cancelar el proceso de contratación y rechazar todas las cotizaciones, sin que con ello incurra en responsabilidad con los oferentes afectados o esté obligado a informar a los oferentes afectados los motivos de la decisión del comprador. A pesar de ello, en la resolución impugnada, la entidad indicó que ninguna de las propuestas cumplió las exigencias del pliego.
3. Por lo anterior, la tercerista solicitó a este Tribunal desestimar las pretensiones de la impugnante, en aras de que el SENADIS en conjunto con el BID, realicen ajustes al pliego de cargos, que permitan una nueva convocatoria en donde, nuevamente, haya libre competencia entre los proponentes.

V. INFORME DE CONDUCTA

El 26 de febrero de 2024, a las 11:38 a.m., la entidad publicó en *PanamaCompra*, el *Informe de Conducta*, suscrito por la Directora de la Secretaría Nacional de Discapacidad, el cual fue incorporado de foja 035 a 038 del expediente jurídico.

En el referido informe, la entidad hizo un recuento de los antecedentes del acto administrativo impugnado, expresando que el acto público de marras, se realizó mediante procedimiento de comparación de precios establecido en la publicación del BID, denominada *Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes Financiados por el BID*, en atención al Contrato de Préstamo N°5127/PC-PN suscrito entre Panamá y el BID, para contribuir al financiamiento y ejecución del programa de inclusión social para personas con discapacidad; cuya unidad coordinadora del proyecto, situada en SENADIS, invitó a los oferentes elegibles a presentar cotizaciones cerradas y se realizó conforme a los procedimientos de comparación de precios, según las *Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes Financiados por el BID*, cumpliendo lo establecido en el numeral 3.5 de dichas Políticas (GN-2349-15 de mayo 2019).

Sobre los argumentos de la recurrente, la entidad en su informe de conducta señaló lo siguiente:

1. Sus actuaciones fueron de conformidad con el documento de solicitud de cotizaciones para adquisición de bienes, el cual se enmarca en las *Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes Financiados por el BID*, específicamente sobre el punto 19, que en relación a la confidencialidad, establece que no se divulgará a los oferentes ni a ninguna persona que no esté oficialmente involucrada con el proceso de contratación, información relacionada con el examen, aclaración, evaluación, comparación de las cotizaciones, ni la recomendación de adjudicación del contrato hasta que la



adjudicación del contrato haya sido notificada por el comprador, en congruencia con el punto 21 del documento de solicitud de cotizaciones.

2. Todos los oferentes que presentaron sus ofertas, declararon y garantizaron que habían leído, entendido y aceptado todas las condiciones pactadas en el pliego, conforme al procedimiento de comparación de precios (las *Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes Financiados por el BID*), contenidas en el documento de solicitud de cotizaciones, publicado el 27 de diciembre de 2023, con las instrucciones a los oferentes, los datos de la solicitud de cotización, los países elegibles, formularios y requisitos.

VI. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

Expresados los antecedentes del proceso y en atención a las constancias procesales correspondientes, este Tribunal entra en el análisis con base en las consideraciones que exponemos a continuación

A. Tipología del procedimiento de selección de contratista de marras

En cumplimiento del artículo 159 de la Ley 22 de 2006, procedemos a analizar el presente recurso, con base en los criterios que a continuación se exponen y teniendo en cuenta que el procedimiento de selección de contratista que nos ocupa es una licitación pública, que en la Ley 22 de 2006, se dispone así:

“Artículo 58. Licitación pública. La licitación pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00). En este procedimiento de selección de contratista, las entidades licitantes no aplicarán el margen de riesgo, a fin de fomentar la competencia entre los proponentes y obtener el mayor beneficio para el Estado.

En la celebración de la licitación pública, se observarán las reglas siguientes:

- ...
4. La entidad licitante antes del acto de apertura de ofertas designará la comisión verificadora, la cual será conformada por profesionales idóneos en el objeto de la contratación.
- ...
7. Dentro del término máximo de tres días hábiles, después de la entrega de propuestas se efectuará, cuando proceda, la subsanación de los documentos indicados en el pliego de cargos y se remitirá el expediente que contiene las propuestas de los participantes a una comisión verificadora, que deberá estar constituida por la entidad licitante.
8. Si la comisión verificadora determina que quien ofertó el precio más bajo cumple a cabalidad con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, emitirá un informe recomendando la adjudicación de este acto público a ese proponente.
- ...
11. Una vez emitido el informe, este será publicado obligatoriamente en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra” y estará disponible, ese mismo día, una copia impresa de este para los participantes en el acto que la deseen.
12. A partir de la fecha de la publicación descrita en el numeral anterior, los participantes de este acto público tendrán acceso al expediente, incluyendo las propuestas de los participantes en el acto, y tendrán tres días hábiles para hacer observaciones a dicho informe.
13. Transcurrido este término, la entidad tendrá dos días hábiles para decidir



si ordena un nuevo informe parcial o total a la misma comisión. Si transcurrido este término la entidad no emite pronunciamiento alguno, se entenderá que el informe de la comisión ha sido aceptado por esta, pudiendo adjudicar o declarar desierto el acto de selección de contratista en un término de dos días.

En caso contrario, la entidad, dentro de este término, deberá emitir una resolución motivada ordenando un nuevo análisis parcial o total del informe.

Contra el nuevo informe de la comisión cabe la acción de reclamo, la cual será tramitada conforme a lo establecido en el artículo 153.

En los casos en que se presente un solo proponente y este cumpla con todos los requisitos y las exigencias del pliego de cargos, la recomendación de la adjudicación podrá recaer en él, siempre que el precio ofertado sea conveniente para el Estado”.

B. Criterios de interpretación.

1. Constitucionales

La interpretación de las normas y disposiciones aplicables a los procedimientos de selección de contratista se deben a la fuente de toda norma, nos referimos a las disposiciones constitucionales, de las cuales son resaltables los artículos 215 y 266 de la Carta Fundamental. Veamos:

“Artículo 215. Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios:

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial”.

“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”.

2. Legales

Según lo establece la propia ley, la interpretación de las reglas contractuales se sustenta en los intereses públicos, los fines y los principios de la Ley de Contrataciones Públicas, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 22 de 2006.

“Artículo. 35. Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

De igual forma, hemos procurado que los hechos afirmados por la recurrente hayan sido probados fehacientemente, a objeto de obtener, en derecho, un



pronunciamiento sobre las circunstancias que llevaron a la parte actora a interponer la impugnación ante este Tribunal Colegiado.

C. Competencia del Tribunal

La Ley de Contrataciones Públicas señala la competencia de este Tribunal para conocer en única instancia, por naturaleza del asunto, lo siguiente:

“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 de:

1. El recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.
2. El recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la sanción al contratista por incumplimiento de contrato u orden de compra.
3. El recurso de apelación contra la resolución que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas en la que se impone multa a los servidores públicos.
4. El recurso de apelación contra la resolución administrativa que dicte la entidad en la que se multa por retraso en la entrega al contratista o la inhabilitación al contratista por el abandono de la obra.
5. El recurso de apelación contra la resolución que inhabilita al adjudicatario por negarse a firmar el contrato.
6. Las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas dentro del término que tiene para resolver.
7. Imponer multa contra los servidores públicos que no acaten sus decisiones.

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas deberá actuar en estricto apego a la ley y en lo dispuesto en los principios que regulan la contratación pública, para lo cual se utilizarán los medios estrictamente necesarios para resolver, en el menor tiempo posible, los recursos presentados en los términos establecidos en esta Ley”. (El subrayado es del Tribunal).

Ahora bien, como se refirió en los antecedentes del recurso, contenidos en la presente resolución, la Secretaría Nacional de Discapacidad, convocó el 27 de diciembre de 2023, mediante procedimiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el proceso de licitación nacional número PISPCDP-334-CP-SGO-2.2.4.3.6.5, cuyo expediente electrónico se encuentra visible a través de *PanamaCompra*, como acto público N°2023-1-21-0-08-LP-010859, para la “*Comparación de Precios para la Adquisición de Pañales Desechables para niños y adultos*” (sic), con monto estimado de doscientos mil balboas (B/.200,000.00).

El 27 de diciembre de 2023, la entidad publicó en el expediente electrónico N°2023-1-21-0-08-LP-010859, el “Documento de Solicitud de Cotizaciones Adquisición de bienes” para la “Comparación de Precios para la adquisición de Pañales Desechables para niños y adultos”, contentivo de las instrucciones a los oferentes, datos de la solicitud de cotizaciones, países elegibles, formularios, requisitos de los bienes y servicios; en el cual a fojas 53 y 54 se encuentra lo siguiente:

“ ...

Solicitud de Cotizaciones (SDC)
Panamá



Secretaría Nacional de Discapacidad / Programa de Inclusión Social para Personas con
Discapacidad en Panamá
Préstamo N° 5127/OC-PN
"Comparación de Precios para la Adquisición de Pañales Desechables para niños y
adultos"
Solicitud de Cotización No. 057-2023

1. Esta solicitud de cotizaciones se emite como resultado del Aviso General de Adquisiciones que para este Proyecto fuese publicado en el *Development Business*, edición No. IDB-P775814-07/21.
2. La Secretaría Nacional de Discapacidad ha recibido un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo otorgado bajo la Política del Banco GN-2349-15 para financiar parcialmente el costo del Programa de Inclusión Social para Personas con Discapacidad en Panamá, y se propone utilizar parte de los fondos de este préstamo para efectuar los pagos bajo el Contrato Adquisición de Pañales Desechables para niños y adultos.
3. La Secretaría Nacional de Discapacidad / Programa de Inclusión Social para Personas con Discapacidad en Panamá invita a los Oferentes elegibles a presentar cotizaciones cerradas para la adquisición de los bienes y servicios "Comparación de Precios para la Adquisición de Pañales Desechables para niños y adultos". El plazo de entrega es de cuarenta y cinco (45) días hábiles.
4. El proceso de contratación se efectuará conforme a los procedimientos de Comparación de Precios (CP) establecidos en la publicación del Banco Interamericano de Desarrollo titulada Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), y está abierta a todos los Oferentes de países elegibles, según se definen en el documento de solicitud de cotizaciones.
5. Los Oferentes elegibles que estén interesados podrán obtener información adicional de la Unidad Coordinadora del Proyecto "Programa de Inclusión Social para Personas con Discapacidad en Panamá"; Contacto: Joel Ortega / César Navarro – Especialistas de Adquisiciones y Contrataciones, jortega@senadis.gob.pa / cnavarro@senadis.gob.pa / adquisiciones.BID@senadis.gob.pa y revisar la solicitud de cotizaciones en la dirección indicada al final de este anuncio, desde las 8:00 a.m. hasta las 4:00 p.m. a más tardar el viernes 5 de enero de 2024.
6. Los requisitos de calificación se definen en el documento de solicitud de cotizaciones.
7. Las cotizaciones deberán hacerse llegar a la dirección indicada abajo, desde las 11:00 a.m. hasta la 01:00 p.m. del viernes 12 de enero de 2024. Las cotizaciones que se reciban fuera del plazo serán rechazadas.
8. Las cotizaciones se abrirán físicamente en presencia de los representantes de los Oferentes que deseen asistir en persona, en la dirección indicada al final de este Llamado, a las 01:01 p.m. del viernes 12 de enero de 2024. Las cotizaciones deben ser entregadas presencialmente en sobre cerrado. Se recomienda que las cotizaciones vengan acompañadas de un dispositivo de almacenamiento USB, el cual contenga los archivos que conforman su oferta.
9. Todas las cotizaciones deberán estar acompañadas de una declaración de mantenimiento de la cotización.
10. La dirección referida arriba es: Avenida Williamson Place #0766, La Boca, Corregimiento de Ancón, Piso / Oficina: Unidad Coordinadora de Proyecto - Programa de Inclusión Social para Personas con Discapacidad en Panamá. Ciudad de Panamá. País: Panamá.


Rory Williamson
Coordinador de Proyecto

Programa de Inclusión Social para Personas con Discapacidad en Panamá

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



En ese orden de ideas, veamos el artículo 7 de la Ley 22 de 2006, que sobre los contratos financiados por organismos internacionales de crédito, establece lo siguiente:

“Artículo 7. Contratos financiados por organismos internacionales de crédito o por gobiernos extranjeros. En las contrataciones para la ejecución de obras y la adquisición de bienes, servicios o asesorías, servicios técnicos o de consultoría, podrán incorporarse las normas y los procedimientos previstos en los contratos de préstamos con organismos financieros internacionales o con gobiernos extranjeros, en cuyo caso se aplicará esta Ley en forma supletoria.

Los pliegos de cargos y demás documentos de las licitaciones para la ejecución de obras y la adquisición de bienes o servicios adquiridos con fondos provenientes de los contratos de préstamo se elaborarán tomando en cuenta lo dispuesto en este precepto”. (Lo subrayado es nuestro).

Veamos las “*Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-15*”, visible a través del enlace <https://projectprocurement.iadb.org/es/politicas>, que define los procedimientos aplicables para las adquisiciones de bienes, obras y servicios diferentes a consultoría para operaciones de préstamo y asistencia técnica.

“ ...

Confidencialidad

- 2.54 Después de la apertura pública de las ofertas, no debe darse a conocer a los oferentes ni a personas que no estén oficialmente involucradas en este proceso información alguna acerca del análisis, aclaración y evaluación de las ofertas ni sobre las recomendaciones relativas a la adjudicación, hasta que se haya emitido la Notificación de Intención de Adjudicación del contrato.

...

Rechazo de Todas las Ofertas

- 2.73 Los documentos de licitación generalmente estipulan que el Prestatario podrá rechazar todas las ofertas. El rechazo de todas las ofertas se justifica cuando no haya competencia efectiva, o cuando las ofertas no respondan sustancialmente a lo solicitado, o los precios de las ofertas sean sustancialmente más elevados que los presupuestos disponibles. Sin embargo, la falta de competencia no se debe determinar exclusivamente sobre la base del número de oferentes. Aun cuando solamente una oferta sea entregada, el proceso podrá ser considerado válido, si la licitación fue apropiadamente notificada y los precios son razonables en comparación con los valores de mercado. Con la autorización previa del Banco, los Prestatarios pueden rechazar todas las ofertas. Si todas las ofertas son rechazadas, el Prestatario debe examinar las causas que motivaron el rechazo y considerar la posibilidad de modificar las condiciones del contrato, los planos y especificaciones, el alcance del contrato o efectuar una combinación de estos cambios, antes de llamar a una nueva licitación.

...

Comparación de Precios

- 3.6. La comparación de precios es un método de adquisición que se basa en la obtención de cotizaciones de precios de diversos proveedores (en el caso de bienes) o de varios contratistas (en el caso de obras civiles), con un mínimo de tres, con el objeto de obtener precios competitivos. Es un método apropiado para adquirir bienes en existencia y fáciles de obtener o productos básicos con especificaciones estándar de pequeño valor u obras civiles sencillas de pequeño valor. La solicitud de cotización de precios debe incluir una descripción y la cantidad de los bienes o las especificaciones de la obra, así como el plazo (o fecha de terminación) y lugar de entrega requerido. Las cotizaciones pueden presentarse por carta, fax o medios electrónicos. Para la evaluación de las cotizaciones el comprador debe seguir los Principios Básicos de Adquisiciones. Los términos de la oferta aceptada deben incorporarse en una orden de compra o en un contrato simplificado, incluidas las disposiciones relacionadas con la elegibilidad y las Prácticas Prohibidas.

...



Sistemas Electrónicos de Adquisiciones

- 3.21. El Banco alienta a los Prestatarios a modernizar constantemente sus sistemas de adquisiciones, lo que incluye la incorporación de elementos electrónicos de adquisiciones para asegurar el cumplimiento de los Principios Básicos de Adquisiciones. Los Prestatarios podrán utilizar sistemas electrónicos de adquisiciones (adquisiciones electrónicas) para aspectos del proceso de adquisiciones, incluidos, entre otros la emisión de documentos de licitación y adiciones, la recepción de ofertas, propuestas, cotizaciones y la aplicación de otras medidas o métodos de adquisiciones, siempre y cuando el Banco esté satisfecho con la idoneidad del sistema, incluidas las características de accesibilidad, seguridad e integridad, confidencialidad y auditoría.

...

Apéndice 3: Guía para los Oferentes

Propósito

1. Este apéndice tiene por objeto orientar a los posibles oferentes que deseen participar en las contrataciones financiadas por el Banco.

...

Papel del Oferente

6. Todo oferente que recibe un documento de precalificación o de licitación debe examinarlo cuidadosamente para decidir si puede cumplir o no las condiciones técnicas, comerciales y contractuales y, en caso afirmativo, proceder a la preparación de su oferta. Luego el oferente debe analizar los documentos en forma cuidadosa, para ver si contienen alguna ambigüedad, omisión o contradicción, o si las especificaciones u otras condiciones contienen alguna característica que no sea clara o que parezca ser discriminatoria o restrictiva; en tal caso debe solicitar por escrito una aclaración del Prestatario, dentro del plazo especificado para ese fin en los documentos de licitación.
7. Los criterios y la metodología que hayan de aplicarse a la selección del oferente ganador se describen en los documentos de licitación, en general en las instrucciones a los oferentes y especificaciones técnicas. Si estos requieren aclaración, esta debe ser solicitada igualmente al Prestatario.
8. En este sentido cabe subrayar que, como se indica en el párrafo 1.1 de estas Políticas, cada contratación se rige por los documentos de licitación específicos emitidos por el Prestatario. Si un oferente considera que alguna disposición de estos documentos no está de acuerdo con estas Políticas, también debe plantear esta cuestión al Prestatario.
9. Es responsabilidad del oferente señalar toda ambigüedad, contradicción, omisión, etc., antes de presentar su oferta, a fin de asegurarse de que la oferta cumpla con todos los requisitos exigidos, incluidos los documentos de soporte solicitados en los documentos de licitación. Toda oferta que no cumpla con algún requisito crítico (técnico o comercial) debe ser rechazada. El oferente que desee proponer una desviación con respecto a un requisito que no sea crítico o alguna otra solución alternativa, debe cotizar el precio en una oferta que cumpla sustancialmente con todos los requisitos de los documentos de licitación y, en forma separada, debe indicar el ajuste del precio que puede ofrecer en caso de aceptarse las desviaciones. Las desviaciones o alternativas solo pueden ofrecerse si los documentos de licitación lo permiten. Una vez que las ofertas hayan sido recibidas y abiertas públicamente, no se puede solicitar ni permitir a los oferentes que modifiquen el precio o el contenido de su oferta, a menos que se especifique en los documentos de licitación y según se estipule en los procedimientos para la mejor oferta final o las negociaciones.

Confidencialidad

10. Como se indica en el párrafo 2.54 de estas Políticas, el proceso de evaluación de las ofertas debe ser confidencial hasta la Notificación de Intención de Adjudicación del contrato. Esto es indispensable para evitar que las personas que examinen las ofertas de parte del Prestatario y del Banco tengan interferencias inapropiadas, reales o percibidas. Si en esta etapa un oferente desea presentar información adicional al Prestatario, al Banco o a ambos, debe hacerlo por escrito.

...



Medidas que Toma el Banco

11. Los oferentes pueden enviar al Banco copias de su correspondencia con el Prestatario respecto a problemas y cuestiones que se hayan suscitado entre ambos, o escribir directamente al Banco cuando el Prestatario no responda prontamente, o cuando tal correspondencia sea una protesta contra el Prestatario. Todas las comunicaciones de ese tipo que sean enviadas al Banco deben dirigirse a la Representación del Banco en el país del Prestatario con copia a la División de Adquisiciones de Proyectos del Banco en Washington, D.C.
13. Respecto de las comunicaciones, incluidas las quejas, recibidas de los oferentes después de la apertura de las ofertas, el Banco actuará de la siguiente manera. En el caso de los contratos que no están sujetos a revisión ex ante por el Banco, la comunicación debe ser enviada al Prestatario para que este la considere y tome las medidas del caso, si hubiere lugar a hacerlo, y estas deben ser examinadas posteriormente por funcionarios del Banco como parte de la supervisión del proyecto. De forma excepcional, si se trata de una queja de carácter particularmente grave, antes de iniciar el proceso el Banco podrá requerir que el Prestatario envíe toda la documentación pertinente para su revisión ex ante y cualquier observación, de conformidad con los procedimientos establecidos en el párrafo 2 del Apéndice 1. En el caso de los contratos sujetos a revisión ex ante por el Banco, la comunicación será examinada por el Banco, en consulta con el Prestatario. En caso de necesitarse información adicional para completar el proceso, esta será solicitada al Prestatario. Si se necesitara información adicional o una aclaración del oferente, el Banco le solicitará al Prestatario que la obtenga y que formule sus observaciones o las incorpore, cuando esto sea apropiado, en el informe de evaluación. El examen por parte del Banco no se finalizará sino una vez que la comunicación haya sido examinada y considerada cabalmente. Cualquier comunicación transmitida por oferentes relativa a la supuesta comisión de Prácticas Prohibidas⁵⁵ requerirá un tratamiento diferente por razones de confidencialidad. En tales casos, el Banco actuará con el debido cuidado y discreción al facilitar al prestatario la información que se considere apropiada.
14. Con excepción de los acuses de recibo, el Banco se abstendrá de toda discusión o correspondencia con los oferentes durante el proceso de evaluación y examen de las ofertas, hasta que la adjudicación del contrato haya sido publicada.

Reunión Informativa del Banco

15. Como se establece en el párrafo 2.82, si un oferente desea informarse sobre las razones por las cuales su oferta no fue seleccionada, debe dirigir su solicitud al Prestatario. Si el oferente no considera satisfactoria la explicación proporcionada por el Prestatario y desea una reunión con funcionarios del Banco, debe dirigirse por escrito a la Representación que corresponde al país Prestatario con copia a la División de Adquisiciones de Proyectos del Banco en Washington, D.C., que organizará una reunión al nivel y con los funcionarios apropiados. En esa reunión se discutirá exclusivamente la oferta del oferente y no las ofertas de los competidores.

Visto lo anterior, en la regulación del BID, contenida en las *Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo*, sobre las cuales fue fundamentada la Solicitud de Cotizaciones (SDC), la única disposición que establece método de solución de conflictos o la posibilidad de los oferentes de presentar disconformidades por la no selección de su oferta por el prestatario, es la contenida en el numeral 15 del Apéndice 3, en el que se señala que si el oferente desea informarse sobre las razones por las cuales su oferta no fue seleccionada, caso como el que nos ocupa, debe primeramente dirigir su solicitud al prestatario, es decir, al SENADIS y en caso de que la respuesta no le sea satisfactoria, solicitar reunión con funcionarios del BID.

Como se pudo observar, la Secretaría Nacional de Discapacidad recibió préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo, otorgado bajo la Política del Banco GN-2349-15, para financiar parcialmente el costo del *Programa de Inclusión Social*



para *Personas con Discapacidad en Panamá*, que se propone utilizar parte de los fondos de dicho préstamo para efectuar los pagos bajo el Contrato Adquisición de Pañales Desechables para niños y adultos.

El proceso de contratación se efectuó conforme a los procedimientos de Comparación de Precios (CP) establecidos en la publicación del Banco Interamericano de Desarrollo, titulada *Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)*, abierta a todos los oferentes de países elegibles, según se definieron en el documento de solicitud de cotizaciones, en el cual también se definieron los requisitos de calificación.

Dicho lo anterior, es claro que, al acto público en estudio le fueron incorporadas las normas y los procedimientos previstos en la *Política para la Adquisición de Obras y Bienes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)*, lo cual es viable de conformidad con el artículo 7 de la Ley 22 de 2006, previamente citado, por tanto, la Ley de Contrataciones Públicas es aplicable de manera supletoria y como quiera que el BID, tal como se mencionó antes, estableció en el numeral 15 del Apéndice 3, de la *Política para la Adquisición de Obras y Bienes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)*, el mecanismo con el que cuenta los oferentes para plantear sus disconformidades, después de la apertura de sus ofertas, este Tribunal no puede pretender entrar a conocer la disconformidad del oferente BCN Pharma, S.A.

En ese orden de ideas, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en el numeral 21 del artículo 201, define la competencia como a continuación:

“ ...
21. Competencia. Conjunto de atribuciones que la Constitución Política, la ley o el reglamento asignan a una dependencia estatal o a un cargo público.
... ”

Así las cosas, resaltamos que la Ley 22 de 2006, no confiere competencia a este Tribunal, para conocer el recurso de impugnación promovido en contra de la declaratoria de desierto del acto público de marras, por cuanto se trata de un procedimiento bajo la regulación del BID, que no contempla la vía recursiva ante este Tribunal, sino mediante un mecanismo propio del BID (solicitud de información y, posteriormente, reunión con funcionarios del BID).

Y respecto de la asunción de competencias no atribuida a los servidores públicos, es menester recordar que la Carta Política, específicamente en su artículo 17, establece que es causal de responsabilidad en contra del servidor público, el extralimitarse en el ejercicio de sus atribuciones. Es decir, que pretextando cumplir con un deber funcional, el servidor asuma competencias no descritas en la Carta Fundamental, la ley o los reglamentos.

“Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas”.

En este mismo giro conceptual, el autor argentino Emilio Fernández Vázquez, en su Diccionario de derecho público, respecto de la competencia indica que: *“Puede decirse, que la competencia de un órgano administrativo es la esfera de atribuciones a él encomendada por el ordenamiento jurídico, o sea el conjunto de facultades y funciones que él puede ejercer. Si para que el órgano administrativo*



pueda realizar válidamente una determinada actividad esté dentro de la esfera de sus atribuciones -pues de lo contrario sería incompetente-, la competencia constituirá un requisito esencial del acto que se ejecute o emita. Su incumplimiento implicaría la nulidad del acto”.

En ese orden de ideas, cobra relevancia referirnos a algunos pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en materia de la competencia y el *Principio de legalidad*, como a continuación:

Sentencia de 31 de octubre de 2014. Caso: Juan Manuel Burgos, Ricardo Alba y Clarence Sealey c/ Ministerio de Economía y Finanzas ocasión de la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, por medio de la sentencia de 15 de octubre de 2015:

“El tratadista argentino Roberto Dromi, en su obra Derecho Administrativo (1988, p.241), señala en cuanto al término “competencia”: “que es la esfera de atribuciones de los entes y órganos por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. En otros términos, la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional,..., los tratados, las reglas y los reglamentos. La competencia es irrenunciable e improrrogable. Debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes.” (Lo subrayado es del Tribunal).

Sentencia de 24 de mayo de 1991. Caso: Banco de Santander y Panamá, S.A. c/ Caja de Seguro Social. Registro Judicial, mayo de 1991, pp. 86-87.

“En este caso vale recordar el principio de legalidad de la Administración que, según expresan los tratadistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente” (Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, 5a. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág. 440 y 441” (El subrayado es nuestro).

Sentencia de 16 de abril de 2003. Caso: Agro Investments Lusel, Inc. c/ Dirección Nacional de Reforma Agraria del Ministerio de Desarrollo Agropecuario.

“Según este principio, los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley manda u ordena, lo que exige que sus acciones u omisiones deben estar precedidos de una base normativa que los sustente. La télesis incuestionable del apotegma positivizado es someter a la Administración Pública a la observancia de la juridicidad que nuclea todo el ordenamiento, preserva la seguridad jurídica al ser garantía de protección de derechos de los asociados y deberes correlativos exigibles a éstos, y marca las pautas imprescindibles del correcto desenvolvimiento del aparato público, en consonancia con la noción y práctica del Estado Constitucional y Social de Derecho”. (Lo subrayado es del Tribunal).

Sentencia de 10 de julio de 2019. Proceso: Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad. Partes: Gonzalo de la Guardia, Enrique Benítez y Nicolás Fabbroni, para que se declare nula por ilegal, la Resolución ARAPN-IA-16-2013 de 2013, dictada Ministerio de Ambiente.

“Así pues, de una lectura de las disposiciones legales anteriores, se puede concluir que la finalidad del principio de estricta legalidad, es garantizar que la



actuación de las autoridades públicas se sujete a un conjunto de reglas y normas previamente establecidas, de forma tal que se evite toda arbitrariedad o abuso de poder que pueda afectar a los administrados". (Lo subrayado es nuestro).

Sentencia de 12 de septiembre de 2017. Proceso: Nulidad. Demandante: Rolando Candanedo vs MIVIOT. Acto impugnado: Resolución n° 18-14 de 22 de enero de 2014, Resolución n° 24 de 28 de enero de 2014 que corrige la anterior. Magistrado sustanciador: Abel Augusto Zamorano.

"Por consiguiente, cabe señalar que sobre el alcance del principio de estricta legalidad en las actuaciones administrativas, el autor Roberto Dromi en su obra titulada "Derecho Administrativo", ha señalado que el principio de la legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebirse como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia. Agrega que el mismo se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto:

1) delimitación de su aplicación (reserva de ley); 2) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto, y 4) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración. (DROMI, Roberto, 2009, Derecho Administrativo, Argentina, libro 12 Ed, Hispania Libros-2009, Página 1111)". (El subrayado es nuestro).

Como se ha dicho antes, este Tribunal no es competente para conocer del recurso de impugnación sobre el acto de licitación con fondos provenientes de préstamo otorgado por el BID. Por ello destacamos que la entidad en el acto administrativo impugnado, atinadamente, no indicó que procediera recurso alguno en la vía gubernativa.

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

RESUELVE:

PRIMERO: INHIBIRSE por falta de competencia, para conocer el recurso de impugnación promovido por la empresa BCN Pharma, S.A., en contra de la Resolución N°022-2024 de 5 de febrero de 2024, proferida por la Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS), por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO: DEVOLVER a Secretaría Nacional de Discapacidad, **el expediente administrativo** contentivo de las actuaciones surtidas, con ocasión del proceso licitación nacional número PISPCDP-334-CP-SGO-2.2.4.3.6.5, mediante procedimiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el cual fue remitido a este Tribunal mediante la nota N°209-2024-DG-OAL-SENADIS de 26 de febrero de 2024, así como **las muestras** remitidas con la nota N°232-2024-DG-SENADIS de 26 de febrero de 2024.

TERCERO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación, constituida mediante cheque certificado por BAC Credomatic N°000002, de 7 de febrero de 2024, por el monto de veinte mil balboas (B/.20,000.00), según Diligencia de Consignación N°019-2024 de 15 de febrero de 2024, visible a folio 020 del expediente jurídico de este Tribunal.

CUARTO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución, a través del

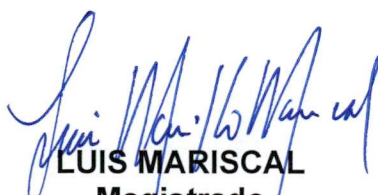
sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurridos dos (2) días hábiles posteriores a su publicación en el referido sistema.

QUINTO: ADVERTIR a las partes que esta resolución no agota la vía gubernativa y contra la misma no se admitirá recurso alguno.

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente 024-2024, previa anotación en el registro respectivo.

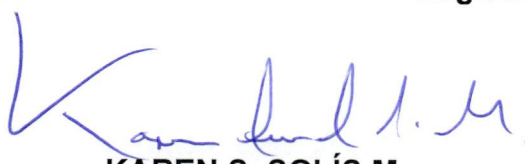
FUNDAMENTO DE DERECHO: Constitución Política de la República de Panamá, Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020; Decreto Ejecutivo 439 de 10 de septiembre de 2020, modificado por el Decreto Ejecutivo 34 de 24 de agosto de 2022; Políticas para la Adquisición de Obras y Bienes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-15; Ley 38 de 31 de julio de 2000, en lo aplicable, y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


LUIS MARISCAL
Magistrado


MARTÍN WILSON CHEN
Magistrado


MANUEL BECKFORD
Magistrado Suplente


KAREN S. SOLÍS M.
Secretaria General Encargada

