REPÚBLICA DE PANAMÁ
GOBIERNO NACIONAL

DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RESOLUCIÓN N° DF-749-2020
De once (11) de diciembre de 2020

EL DIRECTOR GENERAL
en uso de sus facultades legales;

CONSIDERANDO:

Que la Licenciada **MALVIS MINA MUÑÓZ**, mujer, panameña, mayor de edad, con cédula de identidad personal número 8-810-130, abogada en ejercicio, con Idoneidad Profesional No.13739, abogada asociada de la firma **BDO LEGAL**, sociedad civil de abogados, debidamente inscrita en el Registro Público con Folio No. 25038486, de la Sección Mercantil del Registro Público de Panamá, con domicilio ubicado en el Piso 30, Edificio F&F, Calle 50 y Calle 56 Este, Corregimiento de San Francisco, Ciudad de Panamá, correo electrónico mmina@bdo.com.pa, teléfono 280-8800, conforme al Poder Especial otorgado por el señor **ALFONSO BUSTAMANTE RUÍZ**, varón, panameño, mayor de edad, portador de la cédula de identidad personal número 3-74-1661, con domicilio en la ciudad de Panamá, actuando en calidad de Representante Legal de **BDO AUDIT, S.A.**, sociedad registrada a Folio No. 201029, de la Sección de Micropelículas (Mercantil) del Registro Público de Panamá, con domicilio en la Ciudad de Panamá, República de Panamá; ha presentado Acción de Reclamo contra el Pliego de Cargos del Acto Público N° **2020-2-78-0-08-LP-012834**, convocado por la **EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA, S.A. (ETESA)**, bajo la descripción: **"SERVICIO DE AUDITORÍA EXTERNA PARA ETESA-AUDITORÍA DE LOS ESTADOS FINANCIEROS DE ETESA-NIIF Y REVISIONES TRIMESTRALES INTERINAS PARA EL PERÍODO QUE FINALIZA 31 DE DICIEMBRE 2020 Y 31 DE DICIEMBRE 2021"**, con un precio de referencia de **CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA BALBOAS CON 00/100 (B/. 476,150.00)**.

Que esta Dirección, mediante Resolución N° DF-725-2020 de 3 de diciembre de 2020, la cual fue publicada el mismo día, resolvió admitir la Acción de Reclamo en comento; así como, ordenar la suspensión del Acto Público, al determinar que el escrito cumple con las formalidades establecidas en los Artículos 153 y 154 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 2020 y la misma fue presentada con la antelación prevista en el Artículo 153 *Lex Cit*, en concordancia con el Artículo 225 del Decreto Ejecutivo N° 439 de 10 de septiembre de 2020.

<u>ANTECEDENTES DEL ACTO PÚBLICO</u>

Que el día 19 de octubre de 2020, la Entidad Licitante publicó en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", el Aviso de Convocatoria del Acto Público N° 2020-2-78-0-08-LP-012834, bajo la modalidad de adjudicación "Global", fijando como fecha para la Reunión Previa y Homologación el día 28 de octubre de 2020 y para el Acto de Presentación y Apertura de Propuestas, el día 14 de diciembre de 2020.

Que la Entidad Licitante, estableció tres (3) días hábiles después de la fecha de apertura, para el periodo de subsanación.

Que el día 26 de octubre de 2020, la Entidad Licitante publica en la sección "Documentos Adjuntos" y crea en la sección "Documentos del Acto Público", la Adenda N°1 que modifica el Pliego de Cargos, con relación a requisitos mínimo obligatorios y especificaciones técnicas.

Que la Reunión Previa y Homologación, fue celebrada el día previsto y el acta respectiva publicada el día 30 de octubre de 2020. Posterior a ello, la Entidad Licitante emitió una segunda adenda al Pliego de Cargos producto de las observaciones realizadas por los

GBP RAF MLV

interesados en participar del Acto Público, de la cuales se infieren cambios en requisitos mínimos obligatorios.

Que el Pliego de Cargos del Acto Público bajo estudio, ha sido objeto de la Acción de Reclamo que a continuación pasamos a dilucidar y que es confrontable en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

HECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA ACCIÓN DE RECLAMO

Que en su escrito, el Accionante solicita a esta Dirección ordenar a la Entidad Licitante la eliminación de condiciones que considera discriminatorias, existentes en el Pliego de Cargos. El Reclamante asevera, que el Pliego de Cargos contraviene el Principio de Igualdad de los Proponentes, refiriéndose específicamente al punto N° 20 de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos Electrónico, modificado mediante Adenda N°2 y que aun cuando su representada cumple con el requisito en cuestión, el mismo restringe la libre participación, razón por lo cual solicita que este sea modificado realizándose las correcciones necesarias, a fin de permitir una participación plural de empresas.

Que la Acción de Reclamo, se surte a través de dieciocho (18) hechos, todos confrontables en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Que el Acto Público N° 2020-2-78-0-08-LP-012834, se desarrolla bajo la modalidad del procedimiento de selección de contratista denominado Licitación Pública, regulado por el Artículo 58 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 8 de mayo de 2020.

Que en el recorrido procesal administrativo del expediente electrónico en cuestión, en base a la facultad que establece el Artículo 15, numeral 12 del Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 2020, es menester de este Despacho, determinar si la Entidad Licitante ha incurrido en un procedimiento alejado al ordenamiento jurídico y el Pliego de Cargos, que directamente pueda incidir en la participación de los Proponentes, de conformidad con lo normado en el Artículo 39 del citado Texto Único.

Que en cuanto al Pliego de Cargos, es importante acotar lo preceptuado en el Artículo 39 *Lex Cit*, numerales 2 y 3, que establece la facultad exclusiva de la Entidad Licitante como ente gestor del Acto Público y responsable de este, de confeccionar el correspondiente Pliego de Cargos que contendrá: *"los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista"* y *"las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia objetiva"*; así como, determinar los alcances del servicio o especificaciones del bien a contratar, según sus necesidades y requerimientos a fin de obtener las garantías del mejor beneficio para el Estado.

Que luego de analizar los hechos expuestos en la Acción de Reclamo, esta Dirección observa que las advertencias realizadas por el Accionante, recaen sobre aspectos relativos a los requisitos mínimos obligatorios contenidos en los "Documentos a Presentar con la Propuesta", de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos Electrónico, refiriéndose específicamente, como único punto controvertido, al requisito N° 20 de los "Otros Requisitos" de la Plantilla Electrónica; correspondiendo, como se ha dicho, la determinación de dicha exigencia a una competencia exclusiva de la Entidad Licitante, como la encargada de definir los requisitos de participación y características del servicio que se pretende contratar, salvo que existan requerimientos que sean contrarios al orden público o a nuestro ordenamiento jurídico.

Que si bien, en la Reunión Previa y Homologación, el Accionante realizó consultas respecto a los cambios introducidos mediante Adenda N°1 y que surgieron, según lo expresa la Entidad Licitante en el acta, de consultas recibidas en su momento mediante el "Formulario de Consultas al Pliego de Cargos" por el Reclamante, éste se limita a responder sobre el resto de los requisitos infiriendo lo siguiente: *"Revisaremos y cualquier otra*

pregunta la formularemos mediante el proceso correspondiente", respuesta que deja plasmada la Entidad Licitante en el acta publicada y siendo el momento propicio para absolver consultas y observaciones que pudiesen afectar la participación de los posibles postores en condiciones igualitarias, así como de aclarar cualquier aspecto relacionado con el Pliego de Cargos u otros documentos. En este sentido, esta Dirección, insta a los interesados en participar de un Acto Público, utilizar efectivamente las fases y mecanismos dispuestos en el procedimiento de selección de contratista, actuar con lealtad y buena fe, evitando las dilaciones que puedan presentarse en el desarrollo de los actos licitatorios.

Que debemos agregar, que al verificar el Sistema Electrónico del Acto Público en mención, consta publicada el día 24 de noviembre de 2020, en la Sección de "Documentos Adjunto" y creada en "Documentos del Acto Público", posterior a la Reunión Previa y Homologación, la Adenda N°2 que modifica el Pliego de Cargos en atención al requisito N° 20 de los "Otros Requisitos" de la Plantilla Electrónica, exigencia objetada por el Reclamante, por calificarla de "discriminatoria" aun cuando su representada cumple con el requisito, según argumenta ampliamente en la Acción de Reclamo. En dicha adenda, entre otras cosas, se disminuye la cantidad de certificaciones exigidas para el cumplimiento del requisito e ingresos de las empresas, entidades u organizaciones certificadoras, ampliándose el rango de años para la acreditación de la experiencia. Como resultado del cambio introducido, mediante la referida adenda, el requisito obligatorio queda de la siguiente forma:

Donde dice:

20.	El proponente deberá aportar certificaciones emitidas por clientes, en las que se certifique que la firma local de auditoría en la República de Panamá, ha realizado tres (3) o más auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingreso de $100 millones o activos de $1.000 millones cada año o más, durante los últimos tres años 2017, 2018 y 2019. En caso que el Proponente se presente en consorcio o asociación accidental, el requisito puede ser cumplido si uno de los miembros del consorcio o asociación accidental	Subsanable.

Debe decir:

20.	El proponente deberá aportar certificaciones emitidas por clientes, en las que se certifique que la firma local de auditoría en la República de Panamá, ha realizado dos (2) o más auditorías externas en empresas, entidades u organizaciones con ingreso de $100 millones o activos de $900 millones cada año o más, durante los últimos cinco años (2015, 2016, 2017, 2018 y 2019). En caso que el Proponente se presente en consorcio o asociación accidental, el requisito puede ser cumplido si uno de los miembros del consorcio o asociación accidental aporta las certificaciones (Es subsanable).	Subsanable.

Que así las cosas, hemos de remitirnos a lo requerido en el Pliego de Cargos, específicamente al citado punto N° 20 de los "Otros Requisitos" de la Plantilla Electrónica y que fuera modificado mediante la referida Adenda N°2, en contraste con el objeto de la contratación, mismo que se estableció como: "Servicio", bajo la descripción: "*Servicio de Auditoría Externa para ETESA-Auditoría de los Estados Financieros de ETESA-NIIF y Revisiones Trimestrales Interinas para el Período que finaliza 31 de diciembre 2020 y 31 de diciembre 2021*". Sobre el particular, resulta notable que el requisito objetado radica en una exigencia basada en el nivel y complejidad de las cifras financieras de la Entidad Licitante; razón por la cual, ejerce su facultad de definir los requisitos mínimos obligatorios en proporción a su necesidad, en aras de asegurar el efectivo cumplimiento del objeto de la contratación, sin embargo, este Despacho, previo estudio de los argumentos desarrollados por el Accionante a través del libelo de la Acción de Reclamo, no puede soslayar la evidente rigurosidad con la cual se delimita el requisito en cuestión, máxime que el fin perseguido por este, recae en comprobar la experiencia de los Proponentes, no debería ser encauzado únicamente en acreditar la experiencia en base a los activos o ingresos de los clientes, toda vez que dicho elemento verificable no representa un indicativo concluyente de mayores competencias o capacidades del Proponente para resultar adjudicatario del Acto Público.

Que a razón de ello, este Dirección, en salvaguarda del cumplimiento de las normas que regulan los procedimientos de contratación con el Estado, mismos que tienen como fin último garantizar los principios rectores como son los de Eficacia, Eficiencia, Igualdad de los Proponentes, entre otros; siendo, precisamente, el Pliego de Cargos aquel documento rector del procedimiento de selección de contratista, constituyéndose además, como el instrumento que permite obtener el mejor beneficio para el Estado y la mayor equidad para los Proponentes que participan en determinado Acto Público, estima necesario que la Entidad Licitante reformule el requisito conforme al objeto de la contratación (Servicio);

RAF

GBP MLV

instándole a buscar otros mecanismos que permitan acreditar dicha experiencia que a nuestro juicio puede ser valorada con parámetros adicionales al del monto o valor de los ingresos de los clientes auditados, citando por ejemplo, cumplimiento de normas y estándares internacionales, rubro comercial, entre otros, considerando además, que el punto N° 13 del personal propuesto complementa la experiencia mediante requerimientos suficientes en este sentido; siendo, estos últimos, los llamados a realizar el servicio de auditoría en representación del adjudicatario. Lo anterior, en aras de fomentar la mayor participación de Proponentes.

Que por otra parte y en el ejercicio de la función fiscalizadora que le atribuye a esta Dirección el Texto Único de la Ley N° 22 de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 2020, al revisar los demás requisitos de participación, se advierte que la Entidad Licitante exige en el Punto N°1 de los "Documentos a Presentar con la Propuesta", de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos Electrónico, la presentación de la Fianza de Propuesta, requisito que se encuentra regulado en el Artículo 122 del citado Texto Único, exigiéndose su presentación en actos públicos cuyo precio de referencia supere los Quinientos Mil Balboas (B/.500,000.00), no siendo este el caso. Por consiguiente, estima esta Dirección, que el deber de la Entidad Licitante es proceder a eliminar este requisito, toda vez que no aplica su exigencia en referencia a la cuantía del Acto Público.

Que de acuerdo a las constancias que reposan en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", la Entidad Licitante procedió a publicar el día 3 de diciembre de 2020, en la sección "Documentos Adjuntos" y crear en "Documentos del Acto Público", la Adenda N° 3 que modifica el Pliego de Cargos en cuanto a la fecha y hora de apertura de propuestas y especificaciones técnicas. Cabe resaltar, que dicha adenda fue creada con posterioridad a la publicación de la Acción de Reclamo objeto de análisis.

Que ante la situación señalada, resulta oportuno traer a colación el contenido del Artículo 223 del Decreto Ejecutivo N° 439 de 10 de septiembre de 2020, que se refiere a la interposición de la acción de reclamo, cuando en párrafo aparte se indica lo siguiente:

> *"La entidad licitante no ejercerá ninguna acción dentro del acto público en que se haya interpuesto una acción de reclamo, hasta tanto la Dirección General de Contrataciones Públicas decida su admisibilidad o inadmisibilidad."*

Que se desprende de esta normativa, que la Entidad Licitante deberá abstenerse de realizar cualquier actuación dentro del Acto Público, incluyéndose en dichas actuaciones la publicación y/o creación de adendas como ocurrió en el caso que nos ocupa, sin que medie previamente un pronunciamiento por parte de esta Dirección, sobre la admisibilidad del reclamo interpuesto. Por consiguiente, respecto a lo expuesto, nos permitimos realizar un llamado de atención a la Entidad Licitante, a efectos de procurar el fiel cumplimiento de la normativa vigente en Contrataciones Públicas, para actos públicos futuros de acuerdo al procedimiento de selección de contratista y etapa en que se encuentra el mismo.

Que una vez examinados los hechos expuestos por el Accionante, siendo confrontados con el Expediente Electrónico, el Pliego de Cargos y conforme a la facultad otorgada en el Artículo 15, numeral 12 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 8 de mayo de 2020, en concordancia con el artículo 232, numeral 1 del Decreto Ejecutivo N° 439 de 10 de septiembre de 2020, esta Dirección, estima conveniente ordenar a la Entidad Licitante que proceda a la aplicación de Medidas Correctivas al Pliego de Cargos, concernientes en: reformular el punto N° 20 de los "Otros Requisitos" de la Plantilla Electrónica, modificado mediante la Adenda N° 2, replanteando el requisito conforme al servicio requerido, determinando la experiencia de los Proponentes, mediante otros mecanismos dirigidos a certificar la misma, en cuanto a la especialidad, normas, estándares del servicio y personal propuesto; eliminar el punto N° 1 (Fianza de Propuesta) de los "Documentos a Presentar con la Propuesta", de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos Electrónico, toda vez que no aplica su exigencia en referencia a la cuantía del Acto Público; así como, cualquier otra modificación que considere debe realizar, en cuanto a condiciones especiales y especificaciones técnicas en aras del

RAF

GBP MLV

correcto desarrollo del Acto Público. Lo anterior, en cumplimiento del Artículo 39 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 2020.

Que en mérito de las consideraciones antes expuestas, el Director General de la Dirección General de Contrataciones Públicas;

RESUELVE:

PRIMERO: **ORDENAR** la **SUSPENSIÓN** del Acto Público **N° 2020-2-78-0-08-LP-012834,** convocado por la **EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA, S.A. (ETESA)**, bajo la descripción: **"SERVICIO DE AUDITORÍA EXTERNA PARA ETESA-AUDITORÍA DE LOS ESTADOS FINANCIEROS DE ETESA-NIIF Y REVISIONES TRIMESTRALES INTERINAS PARA EL PERÍODO QUE FINALIZA 31 DE DICIEMBRE 2020 Y 31 DE DICIEMBRE 2021"**, con un precio de referencia de **CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA BALBOAS CON 00/100 (B/. 476,150.00).**

SEGUNDO: **ORDENAR** a la Entidad Licitante aplicar medidas correctivas al Pliego de Cargos del Acto Público **N° 2020-2-78-0-08-LP-012834,** con relación a: reformular el punto N° 20 de los "Otros Requisitos" de la Plantilla Electrónica, modificado mediante la Adenda N° 2, replanteando el requisito conforme al servicio requerido, determinando la experiencia de los Proponentes, mediante otros mecanismos dirigidos a certificar la misma, en cuanto a la especialidad, normas, estándares del servicio y personal propuesto; eliminar el punto N° 1 (Fianza de Propuesta) de los "Documentos a Presentar con la Propuesta", de las Condiciones Especiales del Pliego de Cargos Electrónico, toda vez que no aplica su exigencia en referencia a la cuantía del Acto Público; así como, cualquier otra modificación que considere debe realizar, en cuanto a condiciones especiales y especificaciones técnicas en aras del correcto desarrollo del Acto Público. Lo anterior, en cumplimiento del Artículo 39 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 2020.

TERCERO: **ORDENAR** el archivo de la Acción de Reclamo presentada por la Licenciada **MALVIS MINA MUÑÓZ,** actuando como Apoderada Especial de la empresa **BDO AUDIT, S.A.**

CUARTO: **ADVERTIR** que la presente Resolución es de única instancia; y de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 155 del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 2020, no admite recurso alguno.

QUINTO: PUBLICAR la presente Resolución en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

FUNDAMENTO DE DERECHO: Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley N° 153 de 8 de mayo de 2020, el Decreto Ejecutivo N° 439 de 10 de septiembre de 2020 y el Pliego de Cargos del Acto Público.

Dada en la ciudad de Panamá a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020).

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

[F] NOMBRE FUENTES GARUZ RAPHAEL ARIEL - ID 8-713-1074

Firmado digitalmente por [F] NOMBRE FUENTES GARUZ RAPHAEL ARIEL - ID 8-713-1074
Fecha: 2020.12.11 14:48:29 -05'00'

RAPHAEL A. FUENTES G.
DIRECTOR GENERAL
MLV/yc

GBP
Exp. 20458

MLV