

Panamá, 25 de enero de 2023  
**DGCP-DJ-023-2023**

Magister  
**YASIRETH AGUILAR**  
Jefa del Departamento de Compras  
Caja de Seguro Social (Chiriquí)  
E. S. D.

Licenciada Aguilar:

Damos respuesta a su nota CPC-CSS-CH-N-820-2022 de 28 de diciembre de 2022 876-AL-HST-22 de fecha 15 de marzo de 2022, la cual guarda relación con la orden de proceder y la verificación de documentos aportados por los proponentes en los distintos procedimientos de selección de contratista.

Al respecto, debemos indicarle que, la Dirección General de Contrataciones Públicas es el ente rector y fiscalizador de los procedimientos de contratación pública, con facultades destinadas a la adecuada implementación y aplicación de los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública ordenado por la Ley 153 de 2020.

Indica en su misiva una serie de cuestionamientos a los cuales realizaremos algunas consideraciones en el orden consecutivo en que han sido planteados:

Referente a la primera y segunda interrogante, debemos hacer referencia principalmente al artículo 93 de la referida Ley, el cual establece lo siguiente:

***“Artículo 93. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes. Los contratos se entenderán perfeccionados cuando sean refrendados por la Contraloría General de la República, y surtirán sus efectos a partir de la fecha de notificación o entrega de la orden de proceder al contratista... (Lo resaltado es nuestro).*”**

De la norma citada podemos colegir que, los contratos indistintamente de tipo de contrato que se trate, pueden incluir la necesidad de emisión de una orden de proceder.

Es importante aclarar que, **es la entidad licitante** la que determina la necesidad de incluir en el contrato la obligación de emitir una orden de proceder según la naturaleza de lo que se va adquirir y su necesidad. Así, corresponderá a la entidad licitante establecer de forma clara en el contrato u orden de compra, aspectos tales como, el plazo para emitir la orden de proceder.

Por lo anterior, no se trata de un deber, se trata de una facultad que tiene la entidad licitante, de establecer dentro de las condiciones contractuales la emisión de una orden de proceder, así como los demás aspectos relacionados.

En cuanto al caso planteado como ejemplo de “servicio de limpieza de lotes por el periodo de 9 meses”, nos encontramos frente a lo que se conoce como un contrato de servicios que se prestan de forma periódica.

Como ya hemos indicado, la entidad define si establece la necesidad de emisión de una orden de proceder para el inicio de la prestación del servicio luego de publicado el contrato u orden de compra.

No es típico o común que una entidad establezca en sus condiciones contractuales la necesidad de emisión de más de una orden de proceder para este tipo de servicios, toda vez que también es un deber de la entidad definir de forma clara las condiciones o formas de pago, siendo aquí donde se indicará cómo se realizarán los pagos al proveedor para cada mes que se preste el servicio.

Así las cosas, la orden de proceder no debe confundirse o relacionarse con la vigencia del contrato y las condiciones o formas de pago, ya que una vez establecida la duración o vigencia del contrato (9 meses), se entiende que al ser un contrato de servicios periódicos, una vez emitida y publicada la orden de proceder, comienza a transcurrir el tiempo de ejecución para el contratista y la obligación de prestar el servicio según las condiciones pactadas para cada mes, y así a su vez, poder realizar su gestión de cobro de la misma forma periódica, salvo que el contrato u orden de compra haya establecido algo distinto.

Por otra parte, si la entidad no ha establecido en las condiciones contractuales la necesidad de emitir la orden de proceder, entonces el tiempo de ejecución para el contratista comienza a transcurrir una vez publicado el contrato u orden de compra, salvo que éste establezca algo distinto.

Es importante tener presente que, la entidad licitante siempre tendrá la facultad de realizar las adendas o ajustes al contrato u orden de compra según sea el caso, cuando así lo considere necesario respecto condiciones tales como vigencia, formas de pago, entre otros, siempre que no se modifique la clase u objeto del contrato y respetando las demás reglas para modificaciones del contrato según lo establecido en el Texto único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 153 de 2020.

La siguiente pregunta guarda relación con el certificado de micro o pequeña empresa (“MIPE”). En el caso que la entidad licitante solicite como requisito la presentación del certificado de “MIPE”, los proponentes que tengan esta condición deberán aportarlo conjuntamente con los demás requisitos exigidos y que acompañan la propuesta.

En el caso que este documento no sea requerido como requisito de participación, esta Dirección ya ha emitido criterios indicando que en virtud de los principios de transparencia e igualdad de oportunidades, las entidad deben abrir el espacio para que los proponentes que ostenten la calidad de “MIPE” previo a la convocatoria del acto público, puedan aportar

el certificado para efectos de poder optar por las preferencias que establece la Ley y el reglamento en caso que apliquen.

Por otra parte cuando se produce un empate entre 2 o más propuestas, una vez determinado el empate, la entidad dar un plazo a los proponentes que no hayan aportado con su propuesta el certificado de "MIPE", para efectos de aplicar la primera regla de desempate.

Sobre este tema y para efectos de una mejor explicación, es oportuno citar lo señalado por esta Dirección mediante nota No. DGCP-DS-DJ-877-2022 de 20 de julio de 2022, la cual adjuntamos a esta nota para su referencia:

*"Para dar respuesta a su consulta, debemos iniciar por citar el referido artículo 53 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020, que reglamenta la Ley que regula la contratación pública, para ambos escenarios planteados:*

**Artículo 53. Reglas de desempate.** *En caso de empate, la entidad procederá a realizar el desempate de propuestas, para lo cual se sujetará a las reglas siguientes:*

*1. Si uno de los proponentes es una mipyme, debidamente acreditada ante la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa se le adjudicará a este proponente, siempre que cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos.*

*Para tales efectos, la entidad publicará un aviso en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", solicitando a los proponentes que aporten en el término que se conceda, la certificación expedida por la autoridad competente, la cual no podrá tener vigencia superior a un año.*

*Tratándose de consorcios o asociaciones accidentales, aplicará esta regla si la totalidad de los miembros del consorcio se acreditan como mipyme. De no producirse el desempate se llamará a presentar una mejora de precio.*

*2. La entidad publicará un aviso de solicitud de mejora de precio en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra". Los proponentes presentarán en la fecha, hora y lugar indicado la mejora de precio en sobre cerrado. Vencido este término se procederá a la apertura de los sobres y se levantará un acta que será publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra". De no presentarse a la mejora de precio, se entenderá que el proponente mantiene el precio originalmente presentado.*

*3. De mantenerse el empate, se procederá al sorteo público, que se celebrará el día hábil siguiente de la fecha de la mejora de precio, en el mismo lugar y hora, salvo que la entidad disponga en el aviso de mejora de precio otras condiciones para la celebración del sorteo, utilizando para ello los dados, monedas o cualquier otro sistema que cumpla con el principio de transparencia.*

*El sorteo se realizará con los proponentes que concurran al acto. En el evento de que se presente un solo proponente, se prescindirá del sorteo y se procederá a evaluar la propuesta.*

*De no presentarse ninguno de los proponentes empatados, la entidad podrá declarar desierto el acto público o fijar una última fecha para realizar el sorteo público.*

*En ningún caso los servidores públicos podrán substituir o tomar lugar de alguno de los proponentes que no se hubiesen presentado en el sorteo.*

*4. En las contrataciones menores, la entidad procederá a realizar el desempate con posterioridad al recibo de propuestas. En las licitaciones públicas, la entidad realizará el desempate antes de remitir el expediente a la comisión. En las licitaciones por mejor valor, de darse un empate en el puntaje obtenido por los proponentes, la entidad realizará el desempate de propuestas, una vez haya recibido el informe de la comisión, aplicando las reglas descritas en los numerales 1 y 3 de este artículo en el orden establecido.*

*5. Cuando se produzca empate entre propuestas presentadas por personas naturales o jurídicas y un consorcio, se aplicarán las reglas de desempate establecidas en este artículo.” (Lo resaltado es nuestro).*

*La norma citada desarrolla el procedimiento a seguir en el caso de empate de propuestas, el cual, cuando se trate de contrataciones menores, debe ser realizado por la entidad posterior al recibo de propuestas. Si bien la norma no indica de forma taxativa el momento preciso luego de recibir propuestas, en que se debe realizar este proceso de desempate, debemos entender que el mismo debe iniciar una vez determinado el empate entre las propuestas de menor precio ofertado, sin que sea el precio ofertado el único factor para determinar el empate.*

*Se debe entender el empate de dos o más propuestas, cuando estas ofertan el mismo precio y a su vez cumplen con los requisitos exigidos en el pliego de cargos, o que obtengan los mismos puntajes según el caso, toda vez que, como hemos señalado ante consultas realizadas, la propuesta se encuentra conformada no sólo por la oferta económica, sino también por cada uno de los documentos que la acompañan para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad contratante, como se puede deducir de lo que hemos resaltado en el numeral 1 del precitado artículo.*

*Teniendo estos conceptos claros, veamos los escenarios planteados, objeto de la presente consulta:*

*A. “Dos (2) propuestas que están empatadas y una presenta toda la documentación requerida, tal como lo exige el pliego de cargos, mientras que la otra, solo aporta uno de los documentos requeridos.”*

*En el caso anterior, **tratándose de una contratación menor**, mal podríamos determinar que existe un empate, toda vez que entre ambas propuestas, solo una de ellas ha cumplido con toda la documentación exigida en el pliego de cargos y sus requerimientos, razón por la cual, no se requeriría de un proceso de desempate, por no existir el mismo.*

*B. “Se presentan tres (3) propuestas, de las cuales dos (2) resultan empatadas. A las mismas se les solicita subsanar varios documentos, sin embargo, solo una de ellas subsana en el término previsto.”*

*En este caso, es importante aclarar que, tal como ya hemos señalado, **tratándose de contratación menor**, el empate se determina cuando una vez transcurrido el plazo*

*común que tienen todos los proponentes para subsanar documentos, existe más de una propuesta, las cuales se encuentran igualadas con el precio más bajo y a su vez han cumplido con todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos.*

*Partiendo de este supuesto, para el caso “B” planteado, si las dos (2) propuestas que han ofertado el mismo precio, siendo éste el más bajo y sólo una de ellas subsanó los documentos o requisitos que correspondían, no existiría un empate entre estas y no sería necesario realizar o aplicar las reglas de desempate descritas en la norma.*

*Todo lo anteriormente expuesto debe entenderse de esta manera en las contrataciones menores, toda vez que el artículo 53 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020, establece por una parte en su numeral 1, que la primera regla de desempate se aplica siempre que se cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos, y por la otra, al no existir una comisión verificadora o evaluadora como en las licitaciones públicas, es la entidad la que define el cumplimiento de los requisitos exigidos que ha exigido, ya sea a través de la unidad administrativa o del personal calificado mediante acta, según sea el caso.*

***En las contrataciones menores**, donde la entidad contratante verifica el cumplimiento de requisitos, si entendiéramos que es necesario realizar un desempate entre propuestas cuando ya se ha determinado que una de ellas no ha cumplido con los requisitos exigidos en el pliego de cargos, sería someter esta propuesta a un proceso innecesario, ocasionando retrasos al procedimiento.*

*En las Licitaciones Públicas por su parte, el escenario es distinto, toda vez que el numeral 4 del artículo 53, llama a la entidad a realizar un desempate previo a enviar el expediente a la comisión, toda vez que es la comisión verificadora la que entra a verificar si las propuestas cumplen o no con los requisitos exigidos. En este caso, la entidad sí aplicaría un proceso de desempate íntegro de todas las propuestas económicas de manera previa a la verificación de requisitos por parte de la comisión verificadora, únicamente para facilitar a esta el orden de verificación de las propuestas, ya que el debido proceso ordena a la comisión, verificar en primer lugar la oferta de menor precio.*

*En el caso de las Licitaciones por Mejor Valor el escenario también es distinto, ya que el numeral 4 del artículo 53, llama a **la entidad** a realizar un desempate aplicando las reglas descritas en los numerales 1 y 3 de este artículo, una vez haya recibido el informe de la comisión **y este haya determinado que se ha dado un empate en el puntaje obtenido por los proponentes**, luego de haber aplicado las metodologías de ponderación correspondientes.  
...”*

Por último, respecto a la validación o verificación de documentos presentados, esta Dirección mantiene el criterio respecto a que en las licitaciones donde existe una comisión verificadora o evaluadora, efectivamente corresponde a los comisionados pronunciarse respecto al cumplimiento de los requisitos mediante la emisión de un informe de comisión.

Por otra parte, en cuanto a las contrataciones menores donde no se designa una comisión como tal, el artículo 94 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020 que reglamenta la Ley 22 de 2006, modificado por el Decreto Ejecutivo No. 34 de 2022, en su numeral 6, establece de forma clara que la entidad deberá apoyarse con personal calificado en el objeto de la

contratación, para la verificación del cumplimiento de todos los requisitos y especificaciones exigidos en el pliego de cargos. La entidad procederá a elaborar un acta en la que conste la revisión de todos los requisitos y especificaciones técnicas y será firmada por quien o quienes la elaboren y será incorporada al expediente electrónico cumpliendo con su publicación.

Previo a concluir, es importante señalar que toda la documentación aportada conjuntamente con la propuesta electrónica goza de presunción de legalidad, no obstante la entidad siempre tendrá la potestad de determinar la necesidad de solicitar alguna documentación en original para efectos de cotejo, cuando tenga indicios de que algún documento no es veraz o tiene vicios de falsedad, ante lo cual deberá iniciar la investigación sobre falsedad de información o documento, tomando en consideración lo establecido en los artículos 9, 10, 213, 214 y 215 del Decreto Ejecutivo No. 439 de 2020 que reglamenta la Ley 22 de 2006, modificado por el Decreto Ejecutivo No. 34 de 2022.

Atentamente,

**MARLENE AGUILAR PINZÓN**

Directora Jurídica

MAP/jllw-

