



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ACCIÓN DE RECLAMO

EXPEDIENTE N°: 156-2019.

ACCIONANTE: BDO AUDIT, S.A.

ACTO DEMANDADO: Pliego de cargos del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2019-2-80-0-08-LP-002413, del Metro de Panamá, S.A., referente al *“servicio de auditoría externa para los estados financieros del Metro de Panamá, S.A. del año 2017, consolidados con la Empresa de Transporte Masivo de Panamá, S.A.”*

MAGISTRADO PONENTE: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ

RESOLUCIÓN N°136-2019-Pleno/TACP de 5 de agosto de 2019. (Decisión)

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, crea en su artículo 136 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, 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 las acciones de reclamo no resueltas por la Dirección General de Contrataciones Públicas dentro del término de cinco días hábiles que esta tiene para resolver

Por su parte, el artículo 143 de dicha excerta legal, establece que la acción de reclamo podrá interponerse, contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario ocurrido durante el proceso de selección de contratista, hasta antes que se adjudique o declare desierto, mediante resolución.

De igual forma, el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, en sus artículos 197 y subsiguientes, establece las condiciones y requisitos para la presentación de la acción de reclamo con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo.

I. ANTECEDENTES.

El 05 de julio de 2019, el Metro de Panamá, S.A. convocó al acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2019-2-80-0-08-LP-002413, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para el *“servicio de auditoría externa para los estados financieros del Metro de Panamá, S.A. del año 2017, consolidados con la Empresa de Transporte Masivo de Panamá, S.A.”*, con un precio de referencia de CIENTO CINCUENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.150,000.00).



Conforme al sistema electrónico de contrataciones públicas *Panamá Compra*, la entidad contratante (Metro de Panamá, S.A.) a la fecha no ha realizado la apertura del acto público objeto del presente reclamo, situación que a la luz de lo consagrado en el artículo 143 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, permitió admitir dicho reclamo a la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante la Resolución No.DF-675-2019 de 18 de julio de 2019.

Con Nota DGCP-DS-593-2019, recibida el 31 de julio de 2019 en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, la Dirección General de Contrataciones Públicas remitió la acción de reclamo presentada por **BDO AUDIT, S.A.**, identificada en dicha Dirección con la numeración 19-382, con el expediente administrativo original (156 fojas) y el Informe de Conducta de la entidad contratante (Metro de Panamá, S.A), para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 144 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, ya que el término para resolver la acción de reclamo precluyó el 30 de julio de 2019, sin que mediase pronunciamiento por parte de ellos.

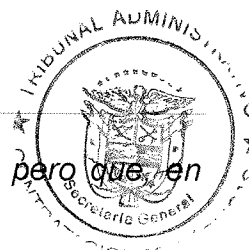
Acopiadas las actuaciones de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), a través de la Secretaria General del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se procedió al ingreso formal y conformación del expediente 156-2019, con la finalidad de resolver el fondo de lo instaurado por el reclamante, según se desprende del informe de trámite que reposa a infolio 094 del expediente del Tribunal.

II. ARGUMENTACIONES DEL ACCIONANTE.

El accionante, a través de su escrito, visible de foja 003 a 008 del expediente de este Tribunal, solicitó *“... suspender el acto público comentado en la petición; ordenar al Metro de Panamá, S.A., remitir un informe de conducta a la Dirección General de Contrataciones Públicas, acompañado con la información correspondiente; resolver la acción de reclamo ordenando la eliminación de las condiciones discriminatorias que se señalaron en el memorial, específicamente en las condiciones especiales, en la sección otros requisitos...”*

BDO AUDIT, S.A. manifestó entre otros, que *“de la lectura del punto 16, se observa una clara contradicción cuando, por un lado se exige que la firma o empresa internacional de auditoría a que se refiere este requisito debe estar listada o catalogada entre los diez primeros lugares a nivel mundial, pero por el otro dice que para constatar que la firma internacional con la cual está relacionada o vinculada el proponente local califica como una de las firmas internacionales de auditoría en los cuatro primeros lugares en ingresos, empleados y reconocimiento a nivel mundial...; claramente hay una contradicción porque los proponentes no tienen certeza si el requisito es estar entre las 10 empresas de auditoría a nivel mundial o si, por el contrario, se trata de contemplar dentro del rango de las 4 primeras empresas de auditoría a nivel mundial...”*

Adicional, la parte actora señaló entre otros, que *“en el supuesto de que la regla aplicable fuera que solamente califican las empresas auditoras vinculadas internacionalmente a una red catalogada dentro las 4 primeras a nivel mundial, estarían ante una condición discriminatoria para BDO, vinculada a una red de alto prestigio internacional, perfectamente apta y preparada para acometer el trabajo de auditoría financiera que requiere el Metro de Panamá, S.A., pero que*



internacionalmente está catalogada en muy respetable quinto nivel, pero que, en cierto mercado, incluso en el nivel tercero o cuarto lugar...”

III. REMISIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

A foja 068 del expediente del Tribunal, reposa Nota MPSA-ADM-771-2019 de 23 de julio de 2019, mediante la cual el Metro de Panamá, S.A. remitió a la Dirección General de Contrataciones Públicas, el expediente administrativo (156 fojas) y el informe de conducta, el cual contiene el recuento del acto público No.2019-2-80-0-08-LP-002413 (fojas 069 a 083 del expediente del Tribunal).

En el aludido informe de conducta, la entidad contratante indicó entre otros, que con *“el objeto de propiciar la participación y la concurrencia de empresas de auditoría al acto de selección de contratista, se estableció el requisito que las empresas debían estar listadas dentro de las diez primeras a nivel mundial, en lugar de las cuatro primeras a nivel mundial, como se estableció en los pliegos de cargos que rigieron los procedimientos de selección de contratista No.2016-2-80-0-08-LP-000297 y No.2017-2-80-0-08-LP-001343, que tuvieron por objeto la contratación de auditorías para los años 2015 y 2016. No obstante, por error no se modificó la parte inferior del requisito, el cual continúa haciendo referencia a las primera cuatro (4) firmas de auditoría a nivel mundial. No obstante, han de indicar que el Metro de Panamá, S.A., como entidad responsable ya había preparado un borrador de adenda que modificase dicho requisito, al igual que otros aspectos del pliego de cargos..., aunado al hecho que el accionante en ningún momento solicitó a el Metro de Panamá, una aclaración respecto a lo exigido en el pliego de cargos...”*

IV. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Como consecuencia de la competencia funcional que nos concedió la Ley 22 de 2006, cuyo Texto Único fue ordenado mediante Ley 61 de 2017, este Tribunal Administrativo de Contrataciones Pública conoce de la acción señalada en virtud del penúltimo párrafo del artículo 144, de la misma excerta legal, que señala: *“en caso de que la Dirección General de Contrataciones Públicas no resuelva la acción de reclamo en el término señalado (5 días hábiles contado a partir del recibo del expediente administrativo) este Tribunal conocerá dicho reclamo y tendrá un plazo de cinco días hábiles para resolverlo, contado a partir del recibo del expediente respectivo por parte de la Dirección General de Contrataciones Públicas”.*

En este sentido, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la acción de reclamo presentada por **BDO AUDIT, S.A.**, contra el pliego de cargos del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2019-2-80-0-08-LP-002413, del Metro de Panamá, S.A., para el *“servicio de auditoría externa para los estados financieros del Metro de Panamá, S.A. del año 2017, consolidados con la Empresa de Transporte Masivo de Panamá, S.A.”*; atendiendo primariamente los presupuestos procesales indispensables para su análisis y valoración.

De los hechos en que se sustenta la acción de reclamo, extraemos que la disconformidad del accionante se dirige contra el pliego de cargos, ya que en el mismo (numeral 16 de otros requisitos del pliego) *“... se observa una clara contradicción cuando, por un lado se exige que la firma o empresa internacional de*

21



auditoría a que se refiere este requisito debe estar listada o catalogada entre los diez primeros lugares a nivel mundial, pero por el otro dice que para constatar, que la firma internacional con la cual está relacionada o vinculada el proponente local califica como una de las firmas internacionales de auditoría en los cuatro primeros lugares en ingresos, empleados y reconocimiento a nivel mundial...; claramente hay una contradicción porque los proponentes no tienen certeza si el requisito es estar entre las 10 empresas de auditoría a nivel mundial o si, por el contrario, se trata de contemplar dentro del rango de las 4 primeras empresas de auditoría a nivel mundial...”

A la luz del Principio de Economía, contemplado como uno de los pilares de la contratación pública, en el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el Estado tiene el deber de implementar las medidas que aseguren en todo acto de selección de contratista el mayor beneficio y plena justicia en la celebración del mismo, por tales motivos tiene que adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten.

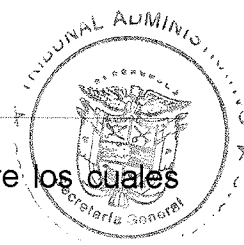
Por su parte, el Principio de Transparencia, consagrado en el artículo 21 del referido Texto Único, indica en su numeral 5 que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto.

Ahora bien, contemplamos que en el pliego de cargos del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2019-2-80-0-08-LP-002413, sí existe contradicción en la redacción del segundo y tercer párrafo del numeral 16 de “Otros Requisitos” del pliego, tal como lo manifestó la entidad contratante (Metro de Panamá, S.A.), en su informe de conducta visible de foja 069 a 074 del expediente del Tribunal, al manifestar que con “el objeto de propiciar la participación y la concurrencia de empresas de auditoría al acto de selección de contratista, se estableció el requisito que las empresas debían estar listadas dentro de las diez primeras a nivel mundial, en lugar de las cuatro primeras a nivel mundial, como se fijó en los pliegos de cargos que rigieron los procedimientos de selección de contratista No.2016-2-80-0-08-LP-000297 y No.2017-2-80-0-08-LP-001343, que tuvieron por objeto la contratación de auditorías para los años 2015 y 2016; y no obstante, por error no modificaron la parte inferior del requisito, el cual continúa haciendo referencia a las primera cuatro (4) firmas de auditoría a nivel mundial...”

16 El proponente debe formar parte o ser representante exclusivo de una Firma Internacional dedicada a la auditoría externa mediante una de las siguientes modalidades: subsidiaria, franquiciaria, filial, sucursal, asociada, representante autorizado o cualquier otra forma de constitución jurídica que vincule a la firma auditora constituida en Panamá (el proponente) con la firma de alcance, mercado y servicio internacional. Si
La firma o empresa internacional de auditoría a que se refiere este requisito debe estar listada o catalogada entre los diez primeros lugares a nivel mundial entre las firmas internacionales de auditoría en el año 2019 en términos de ingresos totales y cantidad de empleados, y sus auditorías deben ser reconocidas y aceptadas internacionalmente por las entidades líderes financieras, de crédito y de calificación de riesgo.
Para constatar que la firma internacional con la cual está relacionada o vinculada el proponente local califica como una de las firmas internacionales de auditoría en los cuatro primeros lugares en ingresos, empleados y reconocimiento a nivel mundial, esta firma deberá estar en los primeros cuatro lugares de los listados de firmas de auditoría internacional comparativos publicados por el Accountancy Age 2019 www.accountancyage.com y Accounting Today www.accountingtoday.com
Podrán participar en esta licitación las firmas de auditores cuya configuración jurídica hubiese cambiado o evolucionado por causas organizacionales, tales como fusiones, cambio de nombre o reestructuración, siempre y cuando la firma hubiese mantenido en la práctica la continuidad de operaciones y servicios de auditoría.
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 la certificación. (Es subsanable)

De esta manera, el artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006,

27



ordenado mediante Ley 61 de 2017, expone algunos conceptos, entre los cuales podemos citar:

“Pliego de Cargos: *Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrar, los derechos y obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones. En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.”*

En este mismo orden de ideas, la entidad contratante es la responsable de determinar los requisitos para participar en los procedimientos de selección de contratistas, incluyendo los de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes, y que las reglas incluidas en los correspondientes pliegos de cargos sean objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, siendo esto extensivo a toda la documentación que deben llenar y presentar los proponentes; a fin de que lo aportado por cada oferente en el acto público, sea correcto, completo y no arbitrario y discrecional.

Aunado a lo anterior, el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, señala que la entidad contratante cuando considere conveniente y dependiendo del procedimiento de selección de contratista, puede incluir otros elementos en las condiciones especiales del pliego de cargos, utilizando las funcionalidades del sistema, siempre que no se constituyan restricciones o limitaciones a la libre competencia.

Por su parte, el autor Roberto Dromi, en su obra *“Licitación Pública”*, manifestó que *“la innegable significación jurídica del pliego de condiciones en el procedimiento licitatorio, implica una serie de consecuencias jurídicas. Son derechos y deberes de las partes intervinientes, en principio los siguientes: 9.1 Obligatoriedad de que el pliego tenga carácter general, impersonal y que asegure un trato igualitario para los oferentes. Es requisito fundamental que en la licitación ha de colocarse a todos los proponentes en pie de perfecta igualdad, siendo las cláusulas generales en que se fijaron las condiciones, derechos y obligaciones del contratista de obligada observancia para ellos. 9.2 Obligatoriedad de observar las prescripciones del pliego como a la ley misma. Efectivamente las partes tienen que sujetarse a los pliegos como a la ley misma...”*

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es importante resaltar lo contenido en el artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el cual en su letra apunta lo siguiente:

“Artículo 23. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. *Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte.*

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

21



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.
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.
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, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.
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.
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.”

(Lo resaltado es nuestro).

Por todos los argumentos esbozados, y después de haber examinado el pliego de cargos del acto público No.2019-2-80-0-08-LP-002413, al igual que los hechos expuestos por **BDO AUDIT, S.A.** en su acción de reclamo, esta Colegiatura estima que lo procedente es ordenar a la entidad contratante (Metro de Panamá, S.A.), con fundamento en el artículo 136 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017 y el artículo 203 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018, que proceda a la aplicación de medidas correctivas al pliego de cargos en atención a las consideraciones que anteceden, a efectos de que el mismo se ajuste a las exigencias y requerimientos que establece el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017 y el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, de acuerdo con el tipo de procedimiento de selección e contratista utilizado (Licitación Pública).

Así las cosas, deberán aplicarse medidas correctivas al pliego de cargos, en el sentido que el *numeral 16 de "Otros Requisitos"*, establezca el mismo requerido a diez (10) en vez de cuatro (4), respecto al lugar en el listado o catálogo a nivel mundial entre las firmas o empresas internacionales de auditoría en el año 2019, destacando a qué ranking se refiere y las razones de interés público que llevan a la entidad a limitar la participación de posibles oferentes a dicho listado o catálogo, a fin de cumplir con el principio de igualdad de los proponentes y libre concurrencia descrito en el artículo 28 de la Ley de Contratación Pública y que determina que este principio tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios. Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

1. Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro.
2. Las entidades no podrán fijar en los pliegos de cargos cláusulas



determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas comerciales, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.

3. La adjudicación deberá hacerse sobre los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos, no pudiendo después de esta modificar condiciones sobre las que se efectuó el acto público.
4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ORDENAR la aplicación de medidas correctivas al pliego de cargos del acto público selección de contratista para la Licitación Pública No.2019-2-80-0-08-LP-002413, convocada por el Metro de Panamá, S.A., para el “servicio de auditoría externa para los estados financieros del Metro de Panamá, S.A. del año 2017, consolidados con la Empresa de Transporte Masivo de Panamá, S.A.”, con un precio de referencia de CIENTO CINCUENTA MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.150,000.00); en el sentido de unificar el *numeral 16 de “Otros Requisitos”*, estableciendo el mismo a diez (10) en vez de cuatro (4), el lugar en el listado o catalogo a nivel mundial entre las firmas o empresas internacionales de auditoría en el año 2019, con que se debe contar destacando a qué ranking se refiere y las razones de interés público que llevan a la entidad a limitar la participación de posibles oferentes a dicho listado o catálogo; para que la mayor cantidad de oferentes concurren al acto público.

SEGUNDO: LEVANTAR LA SUSPENSIÓN del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2019-2-80-0-08-LP-002413, ordenada por la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) con la Resolución No.DF-675-2019 de 18 de julio de 2019.

TERCERO: DEVOLVER al Metro de Panamá, S.A., el expediente administrativo contentivo del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2019-2-80-0-08-LP-002413, integrado por un (1) tomo con ciento cincuenta y seis (156) folios útiles, según informe que reposa a foja 094 del expediente del Tribunal.

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

QUINTO: ADVERTIR que contra la presente Resolución no cabe recurso alguno.

SEXTO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.156-2019, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: artículos 2, 21, 22, 23, 33, 53, 136, 143, 144, 145 y 161 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017; artículos 47, 48, 49, 50, 197 y subsiguientes y 203 del Decreto


81

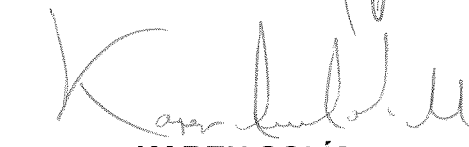
Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018; y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


KAREN SOLÍS
Secretaria General Encargada

