

Agosto 2019

CONTRATACIÓN PÚBLICA

Análisis del Proyecto de Ley 010 que modifica el
Texto Único de la Ley 22 de 2006
PANAMA

A&D¹⁹⁹¹
AROSEMENA & DIAZ
ATTORNEYS AT LAW

www.arodi.com



Contratación Pública

Stina González Reyes

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY 10 DE 2019

Introducción

Este proyecto fue presentado el pasado 31 de julio de 2019 ante la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos de la Asamblea Nacional. Aun cuando, ningún proyecto se convierte en Ley de la República si no ha sido aprobado por la Asamblea Nacional en tres debates, en días distintos y sancionado por el Ejecutivo en la forma que dispone nuestra Constitución Política; hemos efectuado un análisis del texto antes mencionado, a los fines de esbozar los cambios propuestos más sobresalientes a la normativa existente, que permitan determinar el impacto de los mismos en esta materia.

Exposición de Motivos

Propósito: Robustecer la legislación en materia de contrataciones públicas, que permita **garantizar un mejor control, mayor eficiencia y transparencia**, así como también, la modernización de la institucionalidad en este rubro.

En la misma, se establece también que, se pretenden incorporar mecanismos de rendición de cuentas y participación ciudadana, introduciendo, además, políticas públicas tendientes a fortalecer a las empresas panameñas en este campo.

Se hace alusión al interés de este proyecto en crear una normativa que beneficie a los productores panameños, a las micro, pequeñas y medianas empresas y a las empresas municipales, en aras de fortalecer a las empresas constituidas en Panamá y garantizar la compra por parte del Estado a productores panameños, sin afectar el libre ejercicio del comercio en Panamá.



PRINCIPALES CAMBIOS

Incapacidad Legal para Contratar

En la propuesta, se mantiene la incapacidad legal para contratar para aquellas personas naturales o jurídicas, que hayan sido condenadas por un tribunal panameño. Por otro lado, se incluye el numeral 9 como parte del artículo 19 el cual establece que no podrán contratar con el Estado aquellas personas que hayan sido inhabilitadas en virtud de acuerdos de colaboración por delitos contra el patrimonio económico, la seguridad colectiva y la fe pública.

No obstante, consideramos necesario que se ajuste la norma, de modo que resulte clara e inequívoca la restricción para contratar con el Estado para todas aquellas personas naturales o jurídicas que hayan sido condenadas en tribunales panameños y/o extranjeros, así como también para aquellas que hayan suscrito algún tipo de acuerdo de colaboración judicial, en donde reconocen la comisión de estos delitos, incluyendo los que hayan sido suscritos antes de la entrada en vigencia de la modificación de la Ley.

Compras públicas en materia de salud, mecanismos aplicables en caso de urgencia o desabastecimiento, direccionamiento de montos cobrados en concepto de multas al Programa de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja de Seguro Social

Respecto al ámbito de aplicación, debemos resaltar que la modificación propuesta contempla la aplicación del Texto Único de la Ley 22 para la adquisición de medicamentos, insumos, equipos médicos y otros productos de la salud, anteriormente regulado por la Ley 1 de 2001 y demás disposiciones aplicables.

El proyecto contempla, además, que, para estas adquisiciones, hasta por la suma de B/. 500,000.00, se podrá aplicar un procedimiento especial de contratación en base a un informe técnico especial en casos de urgencia evidente o desabastecimiento de los productos, contemplado de manera similar en el artículo 64 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y que resultaría derogado con la entrada en vigencia de la nueva ley. En este sentido, las entidades deberán publicar los respectivos contratos en el Sistema Electrónico de PanamaCompra y este procedimiento especial podrá suplir a la entidad hasta por 3 meses, quedando obligado luego a realizar, un procedimiento de selección de contratista.

Esta propuesta contempla también, la posibilidad de que la Dirección General de Contrataciones Públicas, pueda delegar en las instituciones del sistema público de salud, la celebración de la licitación para Convenio Marco y la firma del convenio respectivo. Asimismo, establecerán en los pliegos de cargos, los requisitos y especificaciones técnicas que garanticen la calidad, eficacia y seguridad en función del interés público.

Un aspecto notable de esta propuesta de modificación, en materia de multas por retrasos en la entrega, cuando se trate de la adquisición de productos de este tipo, el monto producto de la multa aplicada al contratista, ingresará al Programa de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja de Seguro Social.

Fortalecimiento e incorporación de facultades y obligaciones a la Dirección General de Contrataciones Públicas

Se incluye como nueva facultad de la Dirección General de Contrataciones Públicas la de solicitar a las entidades licitantes la sustentación de cómo determinaron los precios de referencia antes de la celebración del acto público, para lo cual éstas deberán realizar los respectivos análisis de mercado. En caso que la entidad contratante no lograse sustentarlo adecuadamente, la Dirección General de Contrataciones Públicas podrá ordenar la suspensión del acto público.

También se instituye, taxativamente, la facultad de la DGCP para verificar los Pliegos de Cargos, determinar si la Comisión actuó conforme a las disposiciones del Pliego y la Ley a fin de ordenar, en caso de incumplimiento, las modificaciones, ajustes o anulaciones correspondientes.

La Dirección General de Contrataciones Públicas tendrá la obligación de divulgar las estadísticas de los contratistas, procedimiento y excepciones a los procesos.

Promoción de oferentes nacionales

Otro aspecto relevante y novedoso, consiste en la posibilidad que tendrán las entidades licitantes de realizar actos públicos con la participación exclusiva de empresas panameñas, para la construcción de obras que no sobrepasen los B/.7,000,000.00, previo cumplimiento de ciertos requisitos tendientes a garantizar el beneficio de las empresas panameñas.

Similares criterios se aplican en el caso de las contrataciones menores que se realicen en los municipios y juntas comunales, priorizando además a las empresas domiciliadas en el Municipio que realiza la Contratación. En el caso de las contrataciones menores que realicen las entidades, es decir, que no excedan los 50 mil balboas, las entidades deberán seleccionar preferentemente a las micro y pequeñas empresas.

Fortalecimiento de disposiciones relativas a la responsabilidad de los servidores públicos

El proyecto inserta disposiciones relativas a la rendición de cuentas, respecto a casos en los cuales los servidores públicos pueden ser objeto de multas cuando no se ciñan a los lineamientos legales y de control, con la mención que dichos montos serán asignados a la Dirección de Contrataciones Públicas para sus fines y proyectos. Se incorpora la obligación de los servidores públicos de indemnizar al Estado y a los particulares por sus conductas antijurídicas, lo cual vigoriza, también, la aplicación del principio de responsabilidad en el marco de las contrataciones públicas.

Trámites y Procesos

Menos trámites y formalismos para los oferentes al momento de presentar su propuesta

En cuanto a los aspectos formales de la documentación requerida dentro de los procesos de selección de contratista y en atención al principio de economía dentro de las contrataciones públicas, los contratistas no estarán obligados a presentar documentos validados por las diferentes autoridades nacionales: traspasando dicha obligación de validación a las entidades licitantes.

Respecto a la documentación proveniente del extranjero, no se exigirá a los proponentes su autenticación por Apostilla o por vía consular, obligación que estará a cargo del adjudicatario o beneficiario de la adjudicación.

En cuanto al aspecto de modernización en materia de contrataciones públicas, **a partir del 1 de enero de 2021, todas las propuestas deberán ser presentadas electrónicamente.**

Nuevas disposiciones tendientes a asegurar mayor transparencia e igualdad de condiciones dentro de los procesos de selección de contratista

En atención al principio de transparencia, se establece taxativamente que, en los Pliegos de Cargos, la información deberá ser auténtica, exacta y precisa, para garantizar una participación igualitaria. En este mismo sentido, las entidades contratantes deben consolidar obligatoriamente, los Pliego de Cargos, con todas las modificaciones efectuadas, lo que permitiría un manejo adecuado de los términos y condiciones aplicables al acto público.

Por otra parte, se promueve la creación de un Observatorio de Contrataciones Públicas, a fin de que la ciudadanía pueda monitorear, analizar y evaluar todos los procesos de selección de contratista. Además, se aumentan los días previos en que deberán hacerse de conocimiento público las modificaciones al Pliego de Cargos, disposición que refuerza la aplicación del principio referido.

Eliminación de la modalidad “licitación por mejor valor con evaluación separada”

Dentro de los procedimientos de selección de contratista, en las licitaciones públicas, es decir, las que superen los 50 mil balboas, se establece que el Acta de la Comisión Verificadora será de conocimiento inmediato, a diferencia de la legislación vigente en la actualidad, que establecía plazos para que la misma fuera emitida y publicada.

En el caso de la licitación por mejor valor aplicaría para contrataciones con un alto nivel de complejidad y con montos superiores a B/. 5,000,000.00 (antes B/. 100,000.00). Además, la ponderación del precio se disminuye respecto a la legislación actualmente vigente, cuya ponderación podía oscilar entre el 40% y 49%.

Un aspecto común e innovador en las licitaciones públicas y las licitaciones por mejor valor, pues en la legislación actual no se establecen plazos en este aspecto, es que cuando los participantes efectúen observaciones al Informe de la Comisión respectiva, la entidad licitante deberá contestar la misma en un término de 2 días hábiles.

Con esta modificación, se elimina la Licitación por mejor valor con evaluación separada, como procedimiento de selección de contratista, proceso a través del cual no se publicaba un precio de referencia, sino que la entidad licitante lo mantenía en sobre cerrado y sellado, depositado en una bóveda del Banco Nacional; eliminación que, en nuestra opinión, fortalece la aplicación de los principios de publicidad y transparencia en materia de contrataciones públicas.

Cambios dentro los procedimientos de selección de contratista tendientes a garantizar mayor celeridad y transparencia.

Respecto a las comisiones evaluadoras o verificadoras, se establece que los integrantes serán preferiblemente servidores públicos, con la especial incorporación de que no podrán ser elegibles servidores públicos que pertenezcan a la entidad licitante. También permite designar profesionales expertos con amplia experiencia en el objeto de la contratación a fin de que formen parte de las mencionadas comisiones.

En cuanto al procedimiento excepcional de contratación, se elimina la aplicación de este proceso a las contrataciones celebradas por la Asamblea Nacional y se incluye la posibilidad de aplicar el mismo en el caso de contratos relacionados con la seguridad y defensa del Estado, previas justificaciones.

Otras modificaciones respecto a la etapa pre-contractual: Informe de gastos incurrido ante una eventual falta de formalización del contrato. Cláusula Arbitral.

En los casos en que se emita una resolución de adjudicación y la entidad rechace la oferta sin haber formalizado el contrato, si bien, en la legislación actual se establece que el proponente tiene derecho a recibir una compensación por los gastos incurridos, con esta reforma se incorpora que el proponente presentará un informe de los gastos incurridos que será analizado por la entidad. Además, se adiciona taxativamente, el hecho de que, cuando no se produzca la formalización del contrato, la entidad contratante podrá ejecutar la fianza de propuesta, solo cuando esta dilación obedezca a hechos imputables a su proceder.

La propuesta de Ley incorpora un artículo denominado Cláusula Arbitral, el cual incluye la posibilidad concreta de las entidades contratantes, de incluir en los Pliegos de Cargos y en los Contratos, cláusulas arbitrales como medio de resolución de conflictos.

Ajustes a las Fianzas requeridas dentro de los procesos de selección de contratista y para la interposición de reclamos y presentación de recursos. Se instituye un plazo para que los reclamos sean admitidos.

En cuanto a la Fianza de Propuesta, solo será exigible en aquellos actos de selección de contratista cuyo precio de referencia sea superior a 3 millones. En el caso de las licitaciones por convenio marco se incorpora que no se requerirá Fianza de Propuesta. En los casos en que no aplique la presentación de dicha Fianza y se de un incumplimiento del proponente en mantener su oferta y firmar el contrato sin justificación, será inhabilitado por un periodo máximo de 6 meses. Las Fianzas de Cumplimiento no podrán exceder la suma de 1,000,000.00.

En cuanto a la Fianza de recurso de impugnación se mantiene un porcentaje uniforme del 10% del valor de la propuesta. No obstante, se establece un tope para las fianzas que sería de B/. 100,000.00 para actos relacionados con la adquisición de bienes y servicios y de B/. 1,000,000.00 para actos relacionados con obras. Este aspecto, garantiza la protección y defensa legítima de los intereses de los proponentes, toda vez que, en el caso de proyectos de gran envergadura, los montos de las fianzas requeridas resultan, en la actualidad, en montos exorbitantes. Adicionalmente, se reduce el plazo en que el Tribunal competente deberá resolver este tipo de recursos de 60 a 10 días.

Respecto a las acciones de reclamo se establece la posibilidad de interponerlas en línea. La actual legislación no establecía un plazo para admitir o inadmitir las acciones de reclamo, incorporándose con esta reforma el plazo de 1 día hábil, y de no cumplir la entidad con un pronunciamiento, respecto a la admisión, se entenderá admitida.

Disminución del porcentaje permitido en cuanto a modificaciones durante la etapa contractual

En cuanto a las reglas para modificaciones y adiciones a los contratos, se disminuye el porcentaje permitido para las modificaciones del monto convenido originalmente a un 25%, que en la legislación actual es del 40%.

A manera de conclusión, consideramos que el proyecto de Ley cumple con los objetivos de promover la participación en materia de contrataciones públicas a favor de los nacionales, incluyendo las de los productores y de las micro y pequeñas empresas. También, establece mejores mecanismos de control y rendición de cuentas, tendientes a generar un mayor sentido de confianza en la transparencia, efectividad y responsabilidad de los procesos de selección, garantizando la participación de la sociedad civil y el sector privado e instituyendo, además, la modernización del sistema de contrataciones públicas actual acorde a esta era tecnológica.



ARODI - Contratación Pública

Asesoramos a clientes nacionales e internacionales, en todo el proceso desde la coordinación en la preparación de ofertas correspondientes a licitaciones nacionales e internacionales; Análisis y asesoría respecto a contrataciones públicas y privadas, redacción de contratos; Gestión legal de estatutos y sus modificaciones, actas, poderes, análisis de figuras asociativas; Presentación de evaluaciones, informes y recomendaciones de carácter legal y comercial; al igual que en reclamaciones y demandas derivadas de contratos con el Estado. Igualmente asesoramos en temas de contratación con Organismos Internacionales.

panama@arodi.com