



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

Sumilla: *“La actuación del Comité de Selección ha vulnerado los principios de libertad de concurrencia y competencia, previstos en los literales a) y e) del artículo 2 de la Ley, toda vez que ha limitado la participación de una cantidad considerable de postores exigiendo la presentación de un documento innecesario, sin permitir que se realice una competencia efectiva, e impidiendo que eventualmente la Entidad obtenga la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación”.*

Lima, 27 MAYO 2019

Visto en sesión del 27 de mayo de 2019, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1536-2019.TCE, sobre el recurso de apelación interpuesto por el CONSORCIO NORTE, integrado por las empresas OXIGAS CONTRATISTAS GENERALES SRL y URBANCAD SAC, en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 5-2019-MDSMP – Primera Convocatoria (Procedimiento Electrónico), convocada por la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres, para la contratación de la ejecución de la obra “Mejoramiento de los servicios de recreación y esparcimiento en el parque del Programa de Vivienda Residencial El Mirador del distrito de San Martín de Porres, provincia de Lima – departamento de Lima”; oídos los informes orales, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 21 de marzo de 2019, la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Simplificada N° 5-2019-MDSMP – Primera Convocatoria (Procedimiento Electrónico), para la contratación de la ejecución de la obra “Mejoramiento de los servicios de recreación y esparcimiento en el parque del Programa de Vivienda Residencial El Mirador del distrito de San Martín de Porres, provincia de Lima – departamento de Lima”, con un valor referencial de S/ 236,026.99 (doscientos treinta y seis mil veintiséis con 99/100 soles), en adelante el procedimiento de selección.

El 1 de abril de 2019, se llevó la presentación de ofertas, y el 2 del mismo mes y año se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro al CONSORCIO EL MIRADOR, integrado por las empresas LEO CONSULTORA Y CONSTRUCTORA



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



SAC y RPS INGENIERY & TECNOLOGY EIRL, en adelante el Consorcio Adjudicatario, de acuerdo al siguiente detalle:

POSTOR	PRECIO OFERTADO (S/)	ORDEN DE PRELACIÓN	CONDICIÓN
CONSORCIO NORTE	212,424.29	1	DESCALIFICADO
CONSORCIO EL MIRADOR	236,026.99	2	CALIFICADO - ADJUDICADO
CORPORACIÓN INTEGRACIÓN Y DESARROLLO SAC		NO ADMITIDO	
CONSTRUCTORA RILOSI SAC		NO ADMITIDO	
BRA LOES CONSTRUCTORA Y CONSULTORA EIRL		NO ADMITIDO	
AKED INMOBILIARIA & CONSTRUCTORA SAC		NO ADMITIDO	
INVERSIONES JUMAZA SAC		NO ADMITIDO	
REPRESENTACIONES JAGIXA SAC		NO ADMITIDO	
LEON CONTRATISTAS GENERALES SAC		NO ADMITIDO	
CARITAS & BACIGALUPO INGENIEROS Y ARQUITECTOS SAC		NO ADMITIDO	

2. Mediante las Cartas N° 001 y 005-2019-CONSORCIO NORTE presentadas el 9 y 11 de abril de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, el CONSORCIO NORTE, integrado por las empresas OXIGAS CONTRATISTAS GENERALES SRL y URBANCAD SAC, en lo sucesivo el Consorcio Impugnante, interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su oferta y contra el otorgamiento de la buena pro al Consorcio Adjudicatario, solicitando que se revoquen dichos actos, y que se le otorgue la buena pro al haber ocupado el primer lugar en el orden de prelación. Para dichos efectos, el Consorcio Impugnante expone los siguientes argumentos:

- i. Con respecto a la descalificación de su oferta, de la revisión del acta se aprecia que el Comité de Selección consignó que no habría cumplido con acreditar los requisitos de calificación *Capacidad Técnica y Profesional, Formación Académica y Experiencia* del personal clave; sin embargo, en el acta publicada en el SEACE no se puede evidenciar mayor explicación o detalle sobre las causas de la descalificación. Por ello, mediante la Carta N°



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

001-2019, solicitó al Comité de Selección que le precise las causas de su descalificación a detalle; sin embargo, dicho órgano no ha cumplido con atender su requerimiento.

- ii. De la revisión de la oferta presentada por el Consorcio Adjudicatario a la cual ha tenido acceso, se aprecia que dicho postor presentó copia de las constancias que acreditan la experiencia y capacitación del personal clave; razón por la cual deduce que el Comité de Selección indicó que la oferta de su representada no cumple con acreditar de manera correcta los requisitos de calificación.

- iii. En las bases integradas se aprecia que no se solicitó que se incluya en las ofertas las constancias que acrediten la experiencia y la capacitación del personal clave, toda vez que las bases indicaban que dicha documentación, incluso la relacionada con la disposición de maquinaria, debía presentarse como parte de los requisitos para el perfeccionamiento del contrato.

De igual modo, en el extremo de las bases integradas en el que se establecen los requisitos de calificación, se indica que la acreditación de los mismos se realizará para la suscripción del contrato, conforme a lo establecido en el numeral 49.3 del artículo 49 del Reglamento.

- iv. Sin perjuicio de ello, su representada incluyó en su oferta una declaración jurada mediante la cual manifestó que cuenta con pleno conocimiento de las condiciones que se exigen en las bases, y que de conformidad con el artículo 49 del Reglamento, y el literal e) del numeral 139.1 del artículo 139 del mismo texto normativo, se comprometía a presentar y acreditar todos los requisitos de calificación que se estipula en las bases para la suscripción del contrato.

En consecuencia, el Comité de Selección ha descalificado su oferta de manera arbitraria, alegando que no cumple con acreditar documentación relacionada con el personal clave y con la maquinaria, cuando las bases no solicitaron que ello se acredite como parte de la oferta.

- v. De otro lado, indica que pese a haber solicitado copia de la oferta presentada por el Consorcio Adjudicatario, no ha obtenido respuesta de la Entidad sobre el particular, y que hasta el 9 de abril de 2019, la Entidad no le proporcionaba la copia de su propia promesa de consorcio, a sabiendas

que dicho documento es requisito indispensable para interponer el recurso de apelación.

3. Con decreto del 15 de abril de 2019¹ se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Impugnante. Asimismo, se corrió traslado a la Entidad a efectos que en un plazo de tres (3) días hábiles registre en el SEACE el informe técnico legal en el cual indique expresamente su posición respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente, y de poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplimiento. De igual forma, se dispuso notificar el recurso de apelación a los postores, distintos a Impugnante, que puedan verse afectados con la decisión del Tribunal, para que en el plazo antes citado puedan absolver el recurso de apelación.
4. A través del Oficio N° 044-2019-SGLyGP/MDSMP presentado el 24 de abril de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió copia de la oferta del Consorcio Impugnante.

A 5. Mediante escrito presentado el 24 de abril de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Consorcio Adjudicatario se apersonó al procedimiento, y absolvió el traslado del recurso de apelación, en los siguientes términos:

- i. Las bases integradas del procedimiento de selección incluyeron la exigencia de un documento para la admisión de la oferta, distinto de aquellos establecidos en las bases estándar; vicio que ha tenido directa incidencia en el resultado del procedimiento de selección.
- ii. Es así que, conforme a la información consignada en el acta del 2 de abril de 2019, no se admitieron doce ofertas por no presentar una declaración jurada de contar con Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), requisito que no se encuentra contemplado en las bases estándar de adjudicación simplificada para la contratación de ejecución de obras, aprobadas mediante la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD.

A De la revisión de las bases estándar aplicables al presente caso, estas incluyen un listado de documentos de presentación obligatoria para la

¹ El recurso de apelación y sus anexos fueron notificados a través del Toma Razón Electrónico del Tribunal (al cual es posible acceder mediante el SEACE) el 17 de abril de 2019.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

admisión de las ofertas, indicándose al final del mismo que: *"el comité de selección no puede incorporar documentos adicionales para la admisión de la oferta a los establecidos en este acápite"*.

Por lo tanto, al haberse requerido en las bases del procedimiento de selección, como un requisito para la admisión de las ofertas, una declaración jurada de contar con Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), se ha evidenciado una afectación general a la competencia que debió desarrollarse en el presente procedimiento de selección, pues no se admitieron doce ofertas que no incluyeron dicho documento.

- iii. Así, se ha alterado de manera sustancial la validez de las bases y con ello se ha inducido a error a los postores al momento de presentar sus ofertas, contraviniendo lo indicado en el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento; por lo tanto, se advierte la existencia de un vicio de nulidad en la elaboración de las bases, vicio que no resulta conservable en los términos establecidos en el artículo 14 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Al respecto, el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declara nulo los actos expedidos si advierte que los mismos han sido realizados por un órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

Siendo así, en el presente caso se ha configurado una de las causales previstas en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, por lo que corresponde que se declare la nulidad del procedimiento de selección hasta la etapa de la convocatoria, previa reformulación de las bases, a fin que las mismas respeten irrestrictamente las bases estándar.

- iv. De otro lado, en cuanto a la oferta del Consorcio Impugnante, se aprecia que al formular su propuesta económica ha incurrido en un error insubsanable, toda vez que conforme al real cálculo de los componentes de su oferta (total costo directo, gastos generales, utilidad, IGV), la misma ascendería a la suma de S/ 212,424.28, valor que se encuentra por debajo del límite inferior previsto en las bases integradas.

Conforme a lo establecido en el numeral 60.4 del artículo 60 del Reglamento, el error en el que ha incurrido el Consorcio Impugnante es insubsanable, toda vez que altera el contenido esencial de la oferta. Siendo así, al haber ofertado un precio por debajo del 90% del valor referencial, la oferta de dicho postor debió ser rechazada, tal como se dispone en el numeral 28.2 del artículo 28 del Reglamento.

6. Con decreto del 26 de abril de 2019, se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal.
7. Por decreto del 26 de abril de 2019, habiéndose verificado que la Entidad registró el Informe Técnico Legal N° 05-2019-SLYGP-GAF-MDSMP de fecha 24 de abril de 2019 en el SEACE, se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que evalúe la información obrante en el mismo y, de ser el caso, dentro del término de cinco (5) días hábiles, lo declare listo para resolver. Sin perjuicio de ello, se dispuso que la Entidad cumpla con remitir la oferta del Consorcio Adjudicatario.

A través del Informe Técnico Legal N° 05-2019-SLYGP-GAF-MDSMP, la Entidad se pronuncia sobre los argumentos del recurso de apelación, en los siguientes términos:

- i. De la revisión de la oferta presentada por el Impugnante, se aprecia que no adjunta documentación en la que indique qué profesional prestaría sus servicios como personal clave.
- ii. Si bien es cierto que el Órgano Encargado de las Contrataciones solicita la acreditación de los requisitos de calificación para el perfeccionamiento del contrato, ello no significa que el postor deba mencionar por lo menos quién sería su personal clave, sea bajo una declaración jurada o documento análogo.

De ese modo, considerando que el Comité de Selección actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones, las cuales no requieren ratificación alguna por parte de la Entidad, de conformidad con el artículo 46 del Reglamento, en el presente caso se advirtió que el Consorcio Impugnante no cumplió con por lo menos indicar el nombre de su personal clave, ni el equipamiento estratégico, por lo que decidió descalificar su oferta.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo
Superior de los
Contratos del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

iii. Es así que al calificar la oferta presentada por el Consorcio Adjudicatario, se verificó que sí cumplió con presentar una carta de compromiso de personal clave y de equipamiento estratégico. En tal sentido, el Comité de Selección actuó de acuerdo a sus facultades otorgando la buena pro al postor que se encontraba en el segundo lugar en el orden de prelación, el mismo que cumplió con presentar la información necesaria referente al personal clave y al equipamiento estratégico.

8. Con decreto del 26 de abril de 2019, se dispuso tener por apersonado al Consorcio Adjudicatario en calidad de tercero administrado y por absuelto el traslado del recurso impugnativo.

9. Por decreto del 3 de mayo de 2019, se programó audiencia pública para el 10 del mismo mes y año.


10. Mediante escrito presentado el 6 de mayo de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Consorcio Adjudicatario manifestó lo siguiente:

i. De la revisión efectuada al expediente técnico de la obra, se aprecia que no contiene la identificación de los riesgos previsibles que puedan ocurrir durante la ejecución de la obra, teniendo en cuenta sus características particulares y las condiciones del lugar de su ejecución, pese a que dicha obligación se encuentra prevista en la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD vigente desde el 25 de mayo de 2017.

Conforme a la proforma del contrato que forma parte de las bases integradas, la Entidad deberá incluir de manera obligatoria una cláusula de asignación de riesgos del contrato de obra; ello, en cumplimiento a la disposición contenida en el numeral 29.2 del artículo 29 del Reglamento; no obstante ello, se advierte que las bases integradas del presente procedimiento de selección han omitido dicha información.

Siendo así, la omisión de la mencionada información vulnera lo dispuesto en el numeral 8.2 del artículo 8 del Reglamento, según el cual para la contratación de la ejecución de obras, la planificación debe incluir la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución, así como las acciones y planes de intervención para reducirlos o mitigarlos.

- ii. Ahora bien, las bases estándar aplicables al presente procedimiento de selección, hacen referencia explícita a que, en el caso de ejecución de obras, la proforma del contrato prevista en las bases debe consignar la cláusula referida a la asignación de riesgos, en observancia de la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD "Gestión de Riesgos en la planificación de la ejecución de obras".
- iii. Sobre el particular, el numeral 6.1 de la citada Directiva establece que al elaborar el expediente técnico, la Entidad debe incluir un enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de la obra, teniendo en cuentas las características particulares de la obra y las condiciones del lugar de su ejecución.

 En tal sentido, puede concluirse que la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de una obra, así como la adopción del plan de gestión para mitigarlos, son aspectos que deben incluirse en el expediente de contratación y en la proforma del contrato prevista en las bases; sin embargo, en el presente caso ello no ha ocurrido.

- iv. Dicha omisión, constituye un vicio trascendente en la medida que se han transgredido las disposiciones legales que rigen la materia y los lineamientos de observancia obligatoria consignados en la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD y, además, al no haberse previsto la asignación de riesgos que podrían ocurrir durante la fase contractual, se incrementa la posibilidad que surjan controversias durante la ejecución del contrato.

11. Con decreto del 7 de mayo de 2019, se dispuso dejar a consideración de la Sala lo expuesto por el Consorcio Adjudicatario.
12. Mediante el Oficio N° 054-2019-SGLyGP/MDSMP presentado el 7 de mayo de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió copia de la oferta presentada por el Consorcio Adjudicatario.
13. Por decreto del 8 de mayo de 2019, se dispuso dejar a consideración de la Sala la documentación remitida por la Entidad.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

14. Mediante Oficio N° 055-2019-SGLyGP/MDSMP recibido el 9 de mayo de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad acreditó a su representante para la audiencia pública programada.
15. El 10 de mayo de 2019, se desarrolló la audiencia pública programada con la participación del representante del Impugnante.
16. Con decreto del 13 de mayo de 2019, se solicitó información adicional y se corrió traslado a la Entidad y a las partes respecto de un posible vicio de nulidad del procedimiento de selección, en los siguientes términos:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, sírvase pronunciar respecto del siguiente posible vicio de nulidad del procedimiento de selección:

A

De la revisión del "Acta de evaluación y calificación de ofertas, otorgamiento de la buena pro" de fecha 2 de abril de 2019, publicada en el SEACE, se advierte que el Comité de Selección acordó no admitir ocho (8) postores, supuestamente por, no presentar una declaración jurada de contar con Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), de acuerdo a lo requerido en los términos de referencia.

J

Dicha actuación del Comité de Selección habría vulnerado los principios de libertad de concurrencia y competencia, establecidos en los literales a) y e) del artículo 2 del TUO de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, toda vez que no admitió ocho (8) ofertas, y para ello habría exigido la presentación de un documento que no formaba parte del listado de documentos de presentación obligatoria para la admisión de la oferta (numeral 2.2.1.1 de la sección específica de las bases integradas), lo cual implicaría que exigió a los postores presentar un documento innecesario como parte de sus ofertas, limitando con ello la libertad de concurrencia y la competencia en aras de obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

J

*Se le otorga el plazo máximo de **cinco (5) días hábiles** para que manifieste lo que considere pertinente con respecto al supuesto vicio de nulidad detectado en la admisión de las ofertas, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos.*

Adicionalmente, se solicitó a la Entidad:

Sírvase remitir copia legible y completa del expediente técnico de la obra "Mejoramiento de los servicios de recreación y esparcimiento en el parque del Programa de Vivienda Residencial El Mirador del distrito de San Martín de Porres – provincia de Lima – departamento de Lima", e informar si en dicho expediente se ha cumplido con incluir el enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de la obra, conforme a lo establecido en el numeral 6.1 de la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD – Gestión de Riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras.
(...).

17. Con decreto del 20 de mayo de 2019, se declaró el expediente listo para resolver.
18. Mediante Informe N° 902-2019-SGLGP/GAF/MDSMP presentado el 21 de mayo de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad manifestó lo siguiente:
 - i. Los Términos de Referencia del procedimiento de selección consideran como parte de los documentos de presentación obligatoria para la admisión de ofertas, la declaración jurada de los postores referente al Seguro Complementario de Trabajo (SCTR) con el cual deberían contar al inicio de la ejecución de la obra, siendo este uno de los requisitos mínimos a ser cumplidos.

Por consiguiente, este requisito mínimo del área usuaria debió ser trasladado a las bases integradas del procedimiento para ser considerado al momento de la evaluación y calificación de las oferta; sin embargo, al no verificarse en la sección específica de las bases integradas, se habría incurrido en un vicio de nulidad manifiesto.

- ii. De otro lado, ha verificado que no se habría efectuado la identificación y asignación de riesgos previsibles, así como las acciones y planes de intervención, tal y como lo contempla el numeral 29.2 del artículo 29 del Reglamento; asimismo, en la proforma del contrato incluido en las bases no se habría incluido la cláusula de asignación de riesgos; por lo tanto, nos encontramos ante causales de nulidad del procedimiento de selección.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

pro generada en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 5-2019-MDSMP (Primera Convocatoria), procedimiento de selección convocado bajo la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante la Ley, cuyo Reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el Reglamento², cuyas disposiciones son aplicables a la resolución del presente caso.

A. Procedencia del recurso.

2. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el Reglamento.

Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia enumeradas en el artículo 123 del Reglamento, a fin de determinar si el recurso interpuesto es procedente.

- a) *La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezcan de competencia para resolverlo.*

El artículo 117 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que dicho recurso es conocido y resuelto por el Tribunal cuando se trata de procedimientos de selección cuyo valor estimado o

² Normativa vigente y aplicable a los procedimientos de selección convocados desde el 30 de enero de 2019.



PERÚ


Ministerio
de Economía y Finanzas




valor referencial es superior a cincuenta (50) UIT, cuyo valor unitario en el año 2019 asciende a S/ 4,200.00 (cuatro mil doscientos con 00/100 soles)³, así como de procedimientos para implementar o extender Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.


Bajo tal premisa normativa, considerando que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto en el marco de una adjudicación simplificada, cuyo valor estimado total asciende al monto de S/ 236,026.99 (doscientos treinta y seis mil veintiséis con 99/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

b) *Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.*

 El artículo 118 del Reglamento ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: i) Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones; ii) las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección; iii) los documentos del procedimiento de selección y/o su integración; iv) las actuaciones materiales referidas al registro de participantes; y v) las contrataciones directas.

 En el caso concreto, el Consorcio Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la descalificación de su oferta y contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección; por consiguiente, se advierte que los actos que son objeto del recurso no se encuentran comprendidos en la lista de actos inimpugnables.

c) *Sea interpuesto fuera del plazo.*

 El artículo 119 del Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, mientras que en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación.

³ De conformidad con el Decreto Supremo 298-2018-EF.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

En concordancia con ello, el artículo 76 del mismo cuerpo normativo establece que, definida la oferta ganadora, el comité de selección otorga la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.

Adicionalmente, el Acuerdo de Sala Plena N° 03-2017/TCE ha precisado que en el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del día siguiente de la notificación de la buena pro a través del SEACE, aun cuando ésta pueda haberse efectuado en acto público.

En ese sentido, de la revisión del SEACE se aprecia que el otorgamiento de la buena pro se notificó el 2 de abril de 2019; por tanto, en aplicación de lo dispuesto en los precitados artículos y el citado Acuerdo de Sala Plena, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer recurso de apelación, esto es, hasta el 9 de abril de 2019.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que, mediante la Carta N° 001-2019-CONSORCIO NORTE presentada el 9 de abril de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Consorcio Impugnante interpuso su recurso de apelación; por consiguiente, se verifica que éste ha sido interpuesto dentro del plazo estipulado en la normativa vigente.

d) *El que suscriba el recurso no sea el Impugnante o su representante.*

De la revisión del recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Impugnante, se aprecia que éste aparece suscrito por su representante común, el Hernán Vilchez Capcha, conforme a lo establecido en la promesa de consorcio, cuya copia obra en el folio 24 del expediente administrativo.

e) *El Impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.*

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha del presente pronunciamiento, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que alguno de los proveedores que integra el Consorcio Impugnante se encuentra inmerso en alguna causal de impedimento.

f) *El Impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.*

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que alguno de los proveedores que integra el Consorcio Impugnante se encuentra incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

- g) *El Impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.*

A

En el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento se establece que el recurso de apelación es declarado improcedente por falta de interés para obrar, entre otros casos, si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta y no haya revertido su condición de no admitido o descalificado.

h

Ahora bien, el Impugnante cuenta con interés para obrar y legitimidad procesal para impugnar su descalificación, en tanto que el cuestionamiento al otorgamiento de la buena pro se encuentra supeditado a que revierta su condición de descalificado, toda vez que perdió su condición de postor hábil en el procedimiento de selección.

- h) *Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.*

En el caso concreto, aun cuando el Consorcio Impugnante ocupó el primer lugar en el orden de prelación, fue descalificado.

- i) *No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.*

q

Cabe indicar que, a través de su recurso de apelación, el Consorcio Impugnante ha solicitado que se revoque su descalificación, así como el otorgamiento de la buena pro al Consorcio Adjudicatario, y que la misma le sea otorgada.

En tal sentido, de la revisión integral de los fundamentos de hecho y derecho del citado recurso de apelación, se aprecia que está orientado a sustentar las pretensiones del Consorcio Impugnante, no incurriéndose, por tanto, en la presente causal de improcedencia.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

3. Por lo tanto, atendiendo a las consideraciones descritas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento; por lo tanto, corresponde emitir un pronunciamiento sobre los asuntos de fondo propuestos.

B. Petitorio.

El Consorcio Impugnante solicita a este Tribunal que:

- a) Se revoque la descalificación de su oferta.
- b) Se revoque el otorgamiento de la buena pro.
- c) Se le otorgue la buena pro.

El Consorcio Adjudicatario solicita a este Tribunal que:

- A*
- a) Se rechace la oferta presentada por el Consorcio Impugnante por haber ofertado un precio menor al 90% del valor referencial.
 - b) Se declare la nulidad del procedimiento de selección, al haberse solicitado como requisito de admisión un documento no previsto en las bases estándar.

C. Fijación de puntos controvertidos.

- S*
4. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual cabe fijar los puntos controvertidos que se dilucidarán. En ese sentido, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, en virtud del cual *“las partes formulan sus pretensiones y ofrecen los medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación o al absolver traslado, según corresponda, presentados dentro del plazo previsto. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento”*.

o

Asimismo, debe considerarse el literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, en virtud del cual *“al admitir el recurso, el Tribunal notifica a través del SEACE el recurso de apelación y sus anexos, a efectos que, dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, (...) el postor o postores distintos al impugnante*

que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal absuelvan el traslado del recurso" (subrayado nuestro).

Dicha disposición resulta concordante con lo dispuesto en el literal b) del artículo 127 del Reglamento, en virtud del cual la resolución expedida por el Tribunal que se pronuncie sobre el recurso de apelación deberá contener, entre otra información, *"la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el impugnante en su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver oportunamente el traslado del recurso de apelación"*.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el numeral 126.2 del artículo 126 del Reglamento, *"todos los actos que emita el Tribunal en el trámite del recurso de apelación se notifican a las partes a través del SEACE o del Sistema Informático del Tribunal"*.

5. En este punto, cabe señalar que mediante escrito presentado el 6 de mayo de 2019 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Consorcio Adjudicatario manifestó alegaciones relacionadas con un supuesto vicio de nulidad del procedimiento de selección al no haberse previsto en el expediente técnico el enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de la obra, lo cual podría dar lugar a la fijación de un punto controvertido; sin embargo, al haber sido formulado fuera del plazo con que el Consorcio Adjudicatario contaba para presentar la absolución del recurso de apelación, dichas alegaciones no podrán ser tomadas en cuenta por extemporáneas.

En consecuencia, los puntos controvertidos que serán materia de análisis consisten en determinar:

- i. Si el Impugnante cumplió con acreditar los requisitos de calificación *Capacidad Técnica y Profesional y Formación Académica del Plantel Profesional Clave*, de conformidad con lo establecido en las bases integradas.
- ii. Si el precio ofertado por el Consorcio Impugnante se encuentra dentro de los límites establecidos en la normativa aplicable.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

D. Análisis.

Consideraciones previas:

6. Como marco referencial, es preciso tener en cuenta que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como regla que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley.

7. Debe destacarse que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.

Así, cabe mencionar que en atención al *principio de transparencia*, las Entidades deben proporcionar información clara y coherente con el fin que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico. Mientras que, en virtud del *principio de libertad de concurrencia*, las Entidades deben promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, evitando exigencias y formalidades costosas e innecesarias; así como el *principio de competencia*, conforme al cual los procesos de contratación deben incluir disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la oferta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

8. También es oportuno señalar que las bases integradas constituyen las reglas del procedimiento de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones.

A partir de lo expuesto, tenemos que las bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones, los requisitos de calificación y los factores de evaluación, cuya finalidad se encuentra orientada a elegir la mejor oferta sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica.

A
Bajo esta regla, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado.

9. Ahora bien, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, así como los requisitos de calificación; además de justificar la finalidad pública de la contratación. Además, se dispone que los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad, y que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación, sin la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo.

10. En concordancia con lo señalado, el numeral 73.2 del artículo 73⁴ del Reglamento establece que, *"para la admisión de las ofertas, el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en los literales a), b), c), e) y f) del artículo 52 y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas especificadas en las bases. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida"*.

4
Aplicable para adjudicaciones simplificadas para contratar obras, de conformidad con lo establecido en el artículo 89 del Reglamento.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

Asimismo, en el artículo 74 del Reglamento se establece que la evaluación tiene por objeto determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas, según los factores de evaluación enunciados en las bases.

Adicionalmente, el artículo 75⁵ del Reglamento señala que, luego de culminada la evaluación, el comité de selección califica a los postores que obtuvieron el primer y segundo lugar, según el orden de prelación, verificando que cumplan con los requisitos de calificación especificados en las bases. La oferta del postor que no cumpla con los requisitos de calificación es descalificada. Si alguno de los dos (2) postores no cumple con los requisitos de calificación, el comité de selección verifica los requisitos de calificación de los postores admitidos, según el orden de prelación obtenido en la evaluación, hasta identificar dos (2) postores que cumplan con los requisitos de calificación; salvo que de la revisión de las ofertas, solo se pueda identificar una (1) que cumpla con tales requisitos.

11.

De las disposiciones glosadas, se desprende que, de manera previa a la evaluación de las ofertas, debe determinarse el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas, cuya función es asegurar a la Entidad que la propuesta del postor cumple con las características mínimas de idoneidad para proveer o ejecutar adecuadamente el bien o servicio objeto de la contratación, habilitando con ello las propuestas que ingresarán en competencia y que serán evaluadas posteriormente, para luego aplicar los factores de evaluación, los cuales contienen los elementos a partir de los cuales se asignará puntaje con la finalidad de seleccionar la mejor oferta, para, finalmente, a fin de otorgarle la buena pro, verificar si cumple con los requisitos de calificación.

Conforme a lo señalado, tanto la Entidad como los postores se encuentran obligados a cumplir con lo establecido en las bases integradas; tal es así que la Entidad tiene el deber de evaluar las propuestas conforme a las especificaciones técnicas y criterios objetivos de evaluación detallados en aquellas.

12.

En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, este Tribunal se avocará al análisis del único punto controvertido planteado en el presente procedimiento de impugnación.

⁵

Ídem.

Cuestión previa: Sobre la legalidad del acto de admisión de ofertas llevado a cabo por el Comité de Selección.

13. De manera previa al análisis del punto controvertido fijado, cabe señalar que con ocasión de la absolución del traslado del recurso de apelación presentada en el plazo legal, el Consorcio Adjudicatario comunicó que las bases integradas del procedimiento de selección habrían incluido la exigencia de un documento para la admisión de la oferta, que no se encuentra previsto en las bases estándar; vicio que, según señala, habría tenido directa incidencia en el resultado del procedimiento de selección.

Al respecto, el postor ganador manifestó que no se admitieron doce ofertas por no presentar una declaración jurada de contar con Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), requisito que no se encuentra contemplado en las bases estándar de adjudicación simplificada para la contratación de ejecución de obras, aprobadas mediante la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD.

14. A partir de dichas alegaciones del Consorcio Adjudicatario, esta Sala estimó pertinente efectuar la revisión del "Acta de evaluación y calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro" de fecha 2 de abril de 2019, publicada en el SEACE, en la cual se advierte que el Comité de Selección acordó no admitir ocho (8) ofertas⁶ de las catorce (14) presentadas, señalando para todos los casos la siguiente motivación:

"NO ADMITIDO, NO CUMPLE CON PRESENTAR D.J. DE CONTAR CON S.C.T.R. DE ACUERDO A LO REQUERIDO EN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA".

Sobre el particular, nótese que, en principio, el Comité de Selección evidencia en la citada motivación que la exigencia de presentar una declaración jurada de contar con Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) proviene de los términos de referencia. Ello se verifica al revisar el listado de requisitos de admisión de ofertas, contenido en el numeral 2.2.1.1 de la sección específica de las bases integradas, en el cual no se ha incluido la declaración jurada de contar con SCTR.

⁶ Correspondientes a los siguientes postores: CORPORACIÓN INTEGRACIÓN Y DESARROLLO SAC, CONSTRUCTORA RILOSI SAC, BRA LOES CONSTRUCTORA Y CONSULTORÍA EIRL, AKED INMOBILIARIA & CONSTRUCTORA SAC, INVERSIONES JUMAZA SAC, REPRESENTACIONES JAGIXA SAC, LEON CONTRATISTAS GENERALES SAC y CARITAS & BACIGALUPO INGENIEROS Y ARQUITECTOS SAC.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

En esa misma línea, al revisar los términos de referencia consignados en el Capítulo III de la sección específica de las bases integradas, se aprecia que en el numeral 7 (Requisitos del Postor), se incluyó la siguiente disposición:

“El Postor deberá presentar una declaración jurada que contará con el seguro SCTR al inicio de la ejecución de la obra”.

15. Teniendo ello en cuenta, nótese que aun cuando el área usuaria solicitó que se exigiera a los postores una declaración jurada en la cual manifiesten que contarán con el SCTR al inicio de la ejecución de la obra, lo cierto es que dicha exigencia no se incluyó como parte de los requisitos para la admisión de la oferta, los cuales se encuentran enumerados en el numeral 2.2.1.1.

A Con respecto a ello, cabe señalar que de conformidad con lo establecido en las bases estándar aprobadas por el OSCE aplicables al presente caso, la declaración jurada de contar con SCTR al inicio de la ejecución de la obra no constituye un documento exigible a los postores para la admisión de sus ofertas, encontrándose además la Entidad prohibida de incluir requisitos adicionales a los expresamente contemplados en dichas bases estándar.

- SP* 16. Siendo así, este Colegiado identificó un posible vicio de nulidad del procedimiento de selección contenido en el acto de admisión de ofertas, llevado a cabo por el Comité de Selección, toda vez que este órgano colegiado no admitió ocho (8) ofertas, al considerar que estas debieron incluir un documento que no formaba parte del listado de documentos de presentación obligatoria para la admisión de la oferta (numeral 2.2.1.1 de la sección específica de las bases integradas), limitando con ello la libertad de concurrencia y la competencia en aras de obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

J De esa forma, atendiendo a lo establecido en el artículo 44 de la Ley en concordancia con lo establecido en el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento, con decreto del 13 de mayo de 2019, esta Sala corrió traslado del supuesto vicio de nulidad identificado a la Entidad y a las partes con la finalidad que, de considerarlo pertinente, se pronuncien sobre el mismo.

- J* 17. Al respecto, únicamente la Entidad, a través del Informe N° 902-2019-GLGP/GAF/MDSMP del 21 de mayo de 2019, efectuó un pronunciamiento sobre

el mencionado traslado, señalando que el requisito de la declaración jurada del SCTR debió ser incluido en la parte pertinente de las bases para ser considerado en la evaluación de ofertas, de modo que al no haberse cumplido con ello, dicha omisión constituiría un vicio de nulidad.

18. En ese orden de ideas, este Colegiado considera que si bien los ocho (8) postores que no fueron admitidos por el Comité de Selección supuestamente por no haber cumplido con la declaración jurada del SCTR, no han interpuesto recurso de apelación con la finalidad cuestionar dicha decisión, lo cierto es que la no admisión se ha sustentado en el mismo argumento y ha afectado a una cantidad de postores considerable.

Así, conforme se ha expuesto de manera precedente, el requisito de la declaración jurada de contar con un SCTR al inicio de la ejecución de obra, no debía ser incluido en la oferta, pues no formó —y tampoco podía formar— parte del listado de requisitos para la admisión de la oferta (numeral 2.2.1.1 de la sección específica de las bases); razón por la cual, aun cuando no ha sido cuestionada a través del recurso de apelación, la decisión del Comité de Selección de no admitir ocho (8) ofertas ha tenido directa incidencia en los resultados del procedimiento de selección, toda vez que ha impedido que dicha cantidad de postores pueda proseguir con su participación en el procedimiento de selección, bajo el pretexto de que no cumplieron con presentar un documento que en realidad no era exigible.

De ese modo, la actuación del Comité de Selección ha vulnerado los principios de libertad de concurrencia y competencia, previstos en los literales a) y e) del artículo 2 de la Ley, toda vez que ha limitado la participación de una cantidad considerable de postores exigiendo la presentación de un documento innecesario, sin permitir que se realice una competencia efectiva, e impidiendo que eventualmente la Entidad obtenga la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

19. En ese contexto, cabe señalar que el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, establece que en los casos que conozca el **Tribunal declarará nulos los actos administrativos emitidos por las Entidad, cuando** hayan sido expedidos por órgano incompetente, **contravengan normas legales**, contengan un imposible jurídico, o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiéndose expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

Siendo así, en el presente caso se ha verificado que la Entidad, a través de la actuación del Comité de Selección durante la admisión de las ofertas presentadas, ha vulnerado los principios de libertad de concurrencia y competencia; motivo por el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley y lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, corresponde que este Tribunal declare la nulidad del procedimiento de selección retrotrayéndolo hasta la etapa de admisión de ofertas.

En ese contexto, es necesario precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración.


Al respecto, el legislador establece los supuestos de "gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional"⁷. Ello obedece a que, en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.

20. Siendo así, considerando que este Tribunal declarará la nulidad del procedimiento de selección y lo retrotraerá hasta la admisión de las ofertas, y considera el Comité de Selección deberá determinar si las ofertas presentadas por todos los postores cumplen con los requisitos establecidos en el numeral 2.2.1.1 del Capítulo II de la sección específica de las bases integradas, evitando exigir la presentación de documentos que no han sido incluidos en dicho listado.

7


García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*; Civitas, Madrid, 1986, Tomo I; p. 566.

21. De ese modo, considerando que la Entidad deberá determinar nuevamente si corresponde admitir las ofertas presentadas en el procedimiento de selección, carece de objeto avocarse al análisis de los puntos controvertidos fijados.
22. Sin perjuicio de ello, atendiendo a la decisión que ha sido cuestionada por el Consorcio Impugnante a través del recurso de apelación, es importante señalar que, de conformidad con lo establecido en el numeral 49.3 del artículo 49 y el literal e) del numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento, así como lo dispuesto expresamente en el numeral 3.2 del Capítulo III de la sección específica de las bases integradas, la acreditación de los requisitos de calificación *Equipamiento Estratégico, Formación Académica del Plantel Profesional Clave y Experiencia del Plantel Profesional Clave*, la realizará únicamente el postor ganador para la suscripción del contrato.

 Ello es concordante con lo establecido en los literales o), p) y q) del 2.3 del Capítulo II de la sección específica de las bases integradas, en los cuales se incluye como requisitos para el perfeccionamiento del contrato a la documentación que sustenta los requisitos de calificación antes enumerados, lo cual incluye la identificación del personal con el que trabajará, no solo la acreditación de su formación profesional y experiencia; razón por la cual, **el Comité de Selección no podrá exigir a los postores que incluyan en sus ofertas la mencionada documentación**, y menos determinará la descalificación de las mismas por dicho motivo.

23. De otro lado, atendiendo a lo señalado por el Consorcio Adjudicatario en la absolución del recurso de apelación, el Comité de Selección deberá verificar que los precios ofertados por los postores se encuentren en los límites establecidos en las bases integradas, adoptando, de ser el caso, las acciones que correspondan según lo establecido en el artículo 28.2 del artículo 28 de la Ley en concordancia con la disposición contenida en el artículo 68.4 del artículo 68 del Reglamento.

24. Ahora bien, aun cuando lo señalado por el Consorcio Adjudicatario en el escrito que presentó el 6 de mayo de 2019 no fue considerado para fijar un punto controvertido, es importante efectuar algunas precisiones que la Entidad deberá tomar en cuenta al proseguir con el procedimiento de selección.

 Sobre el particular, según señaló el postor ganador en el mencionado escrito, el procedimiento de selección tendría un vicio al no haberse cumplido con lo dispuesto en la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD "Gestión de riesgos en la



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1

planificación de la ejecución de obras”, porque no se habría incluido en el expediente técnico el enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de la obra, ni en la proforma del contrato la cláusula que identifique y asigne los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra.

Al respecto, cabe señalar que ante la solicitud formulada por esta Sala, la Entidad remitió el Informe N° 902-2019-SGLGP/GAF/MDSMP del 21 de mayo de 2019, en el cual manifestó que de la revisión que realizó “no se habría efectuado la identificación y asignación de riesgos previsibles, así como las acciones y planes de intervención, tal y como lo contempla el numeral 29.2 del artículo 29 del Reglamento (...); asimismo en la proforma del contrato incluido en las bases del procedimiento no se habría incluido la cláusula de asignación de riesgos (...)”.

Teniendo ello en cuenta, esta Sala ha efectuado la revisión del contenido del expediente técnico de la obra objeto de la convocatoria, publicado en el SEACE, identificándose que el mismo sí incluye un informe de gestión de riesgos al cual se adjuntan los Anexos N° 1 y 3 a los cuales hace referencia la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD.

A

25. De otro lado, al revisar la proforma del contrato contenida en las bases integradas, se advierte que no se ha insertado el contenido de la cláusula de asignación de riesgos del contrato de obra; omisión cuyas consecuencias deberán ser valoradas por el Titular de la Entidad a efectos que, de considerarlo pertinente, actúe de conformidad con la facultad que se le otorga en el artículo 44 de la Ley; razón por la cual, corresponde poner la presente Resolución en conocimiento del Titular de la Entidad.

SP

26. En este punto, la Sala considera pertinente comunicar la presente Resolución al Órgano de Control Institucional de la Entidad, con la finalidad que adopte las acciones que correspondan a fin de garantizar que el Comité de Selección y las dependencias competentes actúen de conformidad con lo señalado en los párrafos precedentes al proseguir con el procedimiento de selección.

J

Al respecto, es pertinente precisar que las facultades de los integrantes del Comité de Selección, como aquellas otorgadas a todo servidor o funcionario público, se encuentran establecidas y limitadas por lo señalado expresamente en la normativa aplicable, en atención al principio de legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444 – Ley del



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Procedimiento Administrativo General, en virtud del cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para lo que les fueron conferidas.

27. Finalmente, atendiendo a que el procedimiento de selección será declarado nulo y retrotraído a la etapa de admisión de ofertas, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 del Reglamento, corresponde devolver la garantía presentada por el Consorcio Impugnante.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Carlos Enrique Quiroga Periche y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Mario Fabricio Arteaga Zegarra, y atendiendo a la conformación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 073-2019-OSCE/PRE del 23 de abril de 2019 (publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de abril de 2019), y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 52 y 59 de la Ley N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1341, Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar la **NULIDAD** de la Adjudicación Simplificada N° 5-2019-MDSMP – Primera Convocatoria (Procedimiento Electrónico), convocada por la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres, para la contratación de la ejecución de la obra “Mejoramiento de los servicios de recreación y esparcimiento en el parque del Programa de Vivienda Residencial El Mirador del distrito de San Martín de Porres, provincia de Lima – departamento de Lima”, y retrotraerla hasta la etapa de admisión de ofertas, conforme a los fundamentos expuestos.
2. **DEVOLVER** la garantía presentada por el CONSORCIO NORTE (OXIGAS CONTRATISTAS GENERALES SRL y URBANCAD SAC), para la interposición de su recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 del Reglamento.
3. Poner la presente Resolución en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, conforme a lo expuesto en los fundamentos 22 al 26.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

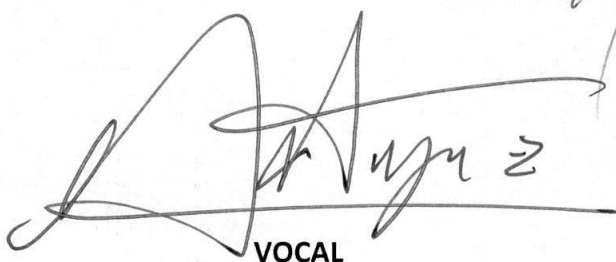
Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1318-2019-TCE-S1


4. Poner la presente Resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, conforme a lo expuesto en el fundamento 25.
5. Disponer la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad, la cual deberá recabarlos en la Mesa de Partes del Tribunal dentro del plazo de treinta (30) días calendario de notificada la presente Resolución, debiendo autorizar por escrito a la(s) persona(s) que realizará(n) dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central del OSCE para que se gestione su eliminación siguiendo lo dispuesto en la Directiva N° 001-2018-AGNDNDAAI "NORMA PARA LA ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS EN LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL.
6. Dar por agotada la vía administrativa.



PRESIDENTE



VOCAL



VOCAL

Ss.
Inga Huamán.
Arteaga Zegarra.
Quiroga Periche.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 3.10.12".