



## Resolución N° 1739-2016-TCE-S1

**Sumilla:** *Este Colegiado concluye que en vista que en el caso de autos se ha verificado que el Adjudicatario se desistió de su propuesta y, al no haberse acreditado una causa justificada para ello, toda vez que aquél no se apersonó al procedimiento administrativo sancionador y por lo tanto no cumplió con presentar sus descargos, ha incurrido en la infracción que estuvo tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.*

Lima, 27 JUL. 2016

**VISTO** en sesión de fecha 27 de julio de 2016 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 2546/2015.TCE sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa Metal Raid Perú S.A.C., por su supuesta responsabilidad al desistirse o retirar injustificadamente su propuesta, en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 049-2015-MINAGRI-PESCS/CUSCO, para la "Adquisición de tapas metálicas para la obra: Construcción integral del sistema de riego Pampaconga – Limatambo – Anta – Cusco", efectuada por el Proyecto Especial Sierra Centro Sur; y, atendiendo a los siguientes:

### ANTECEDENTES:

1. De acuerdo a la información obrante en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, (SEACE)<sup>1</sup>, el 30 de julio de 2015, el Proyecto Especial Sierra Centro Sur, en adelante **la Entidad**, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 049-2015-MINAGRI-PESCS/CUSCO, para la "Adquisición de tapas metálicas para la obra: Construcción integral del sistema de riego Pampaconga – Limatambo – Anta – Cusco", con un valor referencial de S/ 26,640.00 (Veintiséis mil seiscientos cuarenta con 00/100 soles); en adelante **el proceso de selección**.

Dicho proceso de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, modificada mediante Ley N° 29873, en adelante **la Ley**, así como su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por los Decretos Supremos N° 138-2012-EF, N° 116-2013-EF, N° 080-2014-EF y N° 261-2014-EF, en adelante **el Reglamento**.

El 6 de agosto de 2015 se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas, evaluación y otorgamiento de la buena pro<sup>2</sup> del proceso de selección, resultando adjudicada la empresa Metal Raid Perú S.A.C., en adelante **el Adjudicatario**. En segundo lugar, en el orden de prelación, se ubicó al señor Luis David Joro Gonzales. Dicho acto fue publicado en el SEACE en la misma fecha.

2. Mediante Formulario de aplicación de sanción – Entidad<sup>3</sup>, presentado el 23 de setiembre

<sup>1</sup> Documento obrante en los folios 95 y 96 del expediente administrativo.

<sup>2</sup> Documento obrante en los folios 97 al 100 del expediente administrativo.

<sup>3</sup> Documento obrante en los folios 1 y 2 del expediente administrativo.

de 2015 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Cusco e ingresado el 25 del mismo mes y año ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, la Entidad comunicó que el Adjudicatario habría incurrido en la infracción prevista en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51.1 de la Ley, al no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato

A fin de sustentar su denuncia adjuntó, entre otros documentos, el Informe Técnico Legal N° 002-2015-MINAGRI-PESCS-1609<sup>4</sup> del 21 de setiembre de 2015, a través del cual señaló lo siguiente:

- i) El 6 de agosto de 2015, se otorgó la buena pro del proceso de selección al Adjudicatario, consintiéndose la misma el 14 del mismo mes y año; razón por la cual, este último debía presentar la documentación solicitada para la suscripción del contrato hasta el 2 de setiembre de 2015, conforme a lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 080-2014-EF.
- ii) Mediante carta de renuncia s/n<sup>5</sup> del 24 de agosto de 2015, el señor Orlando Alexander Mendoza Marquina, representante legal del Adjudicatario, comunicó a la Entidad, por medio electrónico, su decisión de renunciar al servicio de fabricación de tapas metálicas para la obra citada, toda vez que su área de costos consideró que el monto de S/ 25,000.00 (veinticinco mil con 00/100 soles) ocasionaría pérdidas considerables para su empresa.
- iii) Cabe mencionar que el Adjudicatario ha procedido con dolo, toda vez que, a sabiendas que no podía atender al requerimiento de la Entidad, presentó su propuesta con la intención de obtener la buena pro del proceso de selección; sin embargo, se pudo citar al postor que ocupó el segundo lugar, hecho que evitó justamente el surgimiento de daños en perjuicio de la Entidad.

- 
3. Con Decreto del 7 de octubre 2015<sup>6</sup>, se admitió a trámite la denuncia presentada por la Entidad; y previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se le requirió para que cumpla con remitir la constancia de recepción, por parte de la Entidad (con fecha recibida), del correo electrónico remitido por el Adjudicatario, a través del cual remitió la Carta del 24 de agosto de 2015, en la que comunicó su desistimiento a realizar el servicio materia de la buena pro en el marco del proceso de selección.

Para tal efecto, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento resolver con la documentación obrante en autos así como de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional, en el supuesto caso de incumplir el requerimiento.

- 
4. Con Decreto del 30 de noviembre de 2015, no habiendo cumplido la Entidad con presentar la documentación solicitada, se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal, a fin que emita su pronunciamiento sobre la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Adjudicatario.



<sup>4</sup> Documento obrante en los folios 11 y 14 del expediente administrativo.

<sup>5</sup> Documento obrante en el folio 93 del expediente administrativo.

<sup>6</sup> Debidamente diligenciado a la Entidad el 9 de noviembre de 2015, mediante cédula de notificación N° 57189/2015.TCE.



## Resolución N° 1739-2016-TCE-S1

5. Mediante Oficio N° 757-2015-MINAGRI-PESCS-1601<sup>7</sup>, presentado el 1 de diciembre de 2015 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad cumplió con remitir la documentación solicitada.
6. Con Decreto del 17 de diciembre de 2015, a fin de contar con mayores elementos de juicio al momento de evaluar la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Adjudicatario, la Primera Sala del Tribunal solicitó lo siguiente:

"(...)

### AL PROYECTO ESPECIAL SIERRA CENTRO SUR

1.- *Sírvase informar si el perfeccionamiento del contrato con la empresa Metal Raid Perú S.A.C. (con RUC N° 20521556812), respecto de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 049-2015-MINAGRI-PESCS/CUSCO, se efectuaría a través de la suscripción de un contrato o a través de una orden de compra; toda vez que, en el numeral 2.6 de la sección específica de las bases integradas del proceso de selección, se desprende que el contrato se perfeccionaría mediante orden de compra; sin embargo, en el Capítulo V de la misma se encuentra adjunta la proforma del contrato. Cabe precisar que, de la revisión del SEACE, se aprecia que se suscribió contrato con el señor Luis David Joro Gonzáles, quien se ubicó en el segundo lugar en el orden de prelación.*

(...)"

7. Mediante el escrito s/n° presentado el 22 de diciembre de 2015 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Cusco e ingresado el 24 del mismo mes y año ante la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad manifestó que el contrato se perfeccionaría a través de la suscripción del mismo; de igual modo, adjuntó copia de la Carta s/n° del 24 de agosto de 2015 donde se consignó, en original, el sello de recepción de la Entidad, mediante la cual el Adjudicatario le comunicó su decisión de renunciar a la buena pro del proceso de selección, siendo ésta recibida en la misma fecha.
8. Mediante Oficio N° 0814-2015-MINAGRI-PESCS-1601/DE<sup>10</sup>, presentado el 30 de diciembre de 2015 ante el Tribunal, la Entidad remitió el Informe N° 0424-2015-MINAGRI-PESCS-1609<sup>11</sup> del 17 de diciembre de 2015, a través del cual señaló que mediante la Hoja de Ruta N° 3142-2015 se derivó a su dependencia la Cédula de Notificación N° 57189/2015.TCE<sup>12</sup>, tomando conocimiento de ello recién el 26 de noviembre de 2015; no obstante, cumplió con remitir la documentación solicitada.
9. Mediante Acuerdo N° 23-2016-TCE-S1<sup>13</sup> del 14 de enero de 2016, la Primera Sala del Tribunal, dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Adjudicatario, por su supuesta responsabilidad de desistirse o retirar injustificadamente su propuesta, en el marco del proceso de selección, infracción que estuvo tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, actualmente tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, en adelante la **nueva Ley**. Para estos efectos, se le otorgó al referido Adjudicatario, el

<sup>7</sup> Documento obrante en el folio 106 del expediente administrativo.

<sup>8</sup> Documento obrante en los folios 121 y 122 del expediente administrativo.

<sup>9</sup> Documento obrante en el folio 123 del expediente administrativo.

<sup>10</sup> Documento obrante en el folio 124 del expediente administrativo.

<sup>11</sup> Documento obrante en los folios 125 y 126 del expediente administrativo.

<sup>12</sup> En dicha cédula se comunicaba a la Entidad el Decreto del 9 de octubre de 2015, mediante el cual se le exhortaba el envío de la constancia de recepción por parte de la Entidad de la comunicación del Adjudicatario de su desistimiento.

<sup>13</sup> Debidamente diligenciado al Adjudicatario el 14 de marzo de 2016, mediante cédula de notificación N° 13345/2016.TCE.

plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos en el supuesto caso de incumplimiento.

10. Con Decreto del 20 de abril de 2016, al no cumplir el Adjudicatario con presentar sus descargos dentro del plazo otorgado a pesar de haber sido debidamente notificado mediante Cédula de Notificación N° 13345/2016.TCE el 14 de marzo de 2016; se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en autos y, se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.

#### **FUNDAMENTACIÓN:**

1. El presente procedimiento está referido a la supuesta responsabilidad del Adjudicatario, por no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato derivado del proceso de selección.

#### **Naturaleza de la infracción**

2. La infracción imputada se encuentra actualmente prevista en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley, causal que se encuentra tipificada de la siguiente manera:

*"El Tribunal impondrá sanción administrativa a los proveedores, **postores**, participantes y/o contratistas que incurran en la siguiente infracción:*

*a) **Desistirse o retirar injustificadamente su propuesta**"*

De esta forma, se aprecia que el supuesto de hecho corresponde a desistirse de su oferta.

3. En principio, cabe precisar que con el otorgamiento de la buena pro se genera el derecho del postor ganador del proceso de selección de celebrar el contrato con la Entidad; sin embargo, la suscripción del contrato, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien como participante del proceso de selección, asume el compromiso de mantener su propuesta hasta la suscripción del contrato respectivo, lo cual involucra su obligación, no sólo de perfeccionar el acuerdo a través de la suscripción del documento contractual o la recepción de la orden de compra o de servicios, sino también la presentación de los documentos requeridos para ello.

4. En este sentido, cabe precisar que en virtud del principio de tipicidad, contemplado en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, **en adelante LPAG**, para la configuración de la presente causal, se requiere verificar la existencia de una **manifestación expresa del postor mediante la cual decline de su oferta**.

5. A través de la tipificación de la referida conducta como sancionable, se persigue dotar de consistencia al sistema de contratación pública, para evitar la realización en vano de procesos de selección, en los cuales los postores, luego de haber presentado sus ofertas, se desistan, comprometiendo con ello el logro de los fines públicos, como es la satisfacción de las necesidades públicas y el cumplimiento de las metas y objetivos institucionales previamente establecidos.

En adición a lo señalado, para la configuración del referido supuesto, cabe precisar que se requiere necesariamente, la existencia material de una conducta expresa e indubitable, mediante la cual el postor ponga de manifiesto el retiro o desistimiento de su propuesta, situación que no puede ser presumida por la Entidad. Si dicha circunstancia acontece,



## Resolución Nº 1739-2016-TCE-S1

entonces nos encontramos frente al supuesto descrito como el de desistirse de su propuesta, configurando dicha conducta una infracción administrativa, merecedora de la sanción correspondiente.

6. Ahora bien, corresponde efectuar el análisis de la infracción, aplicando la normativa al momento de configurarse los hechos. En ese sentido, considerando que en el numeral 2.6 del Capítulo II de las bases del proceso de selección se precisó que el perfeccionamiento se efectuaría mediante orden de compra, el procedimiento para perfeccionar el contrato mediante orden de compra o de servicios será conforme a lo previsto en el numeral 4 del artículo 148 del Reglamento, el cual dispone que, dentro del plazo de siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro o cuando ésta haya quedado administrativamente firme, debe notificarse la orden de compra o de servicios y, dentro del referido plazo: a) El postor ganador debe presentar la totalidad de la documentación prevista en las bases, b) La Entidad, de corresponder, solicita la subsanación de la documentación presentada y c) El postor ganador subsana las observaciones formuladas por la Entidad.

Asimismo, refiere el numeral 5 del citado artículo que, cuando la Entidad no cumpla con notificar la orden de compra o de servicios al contratista en el plazo establecido en el numeral 4, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido dicho plazo, el contratista puede requerirla para que cumpla con efectuar la notificación en el plazo de tres (3) días hábiles; vencido este plazo, el contratista puede solicitar a la Entidad que deje sin efecto el otorgamiento de la buena pro.

7. Ahora bien, cabe precisar que, la Entidad ha manifestado a través del escrito s/n presentado el 22 de diciembre de 2015 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE – Cusco, que el contrato se perfeccionaría a través de la suscripción del mismo, pese a que en el numeral 2.6 del Capítulo II de las bases se precisó que el perfeccionamiento se efectuaría mediante orden de compra, siendo que en el caso de suscribir el contrato o perfeccionarlo a través de una orden de compra o de servicios, el Reglamento ha previsto plazos diferentes.

Sobre el particular, este Colegiado debe señalar que si bien, se aprecia una incongruencia en las bases, no puede dejarse de lado el hecho que el Adjudicatario presentó una carta de desistimiento de la propuesta, la cual será analizada más adelante; documento que se constituye en una declaración expresa por parte de aquél respecto de su decisión de no perfeccionar el contrato y por ende, no cumpliría con sus obligaciones; aspecto que no permite eximirlo de responsabilidad, más aún si se considera que el error de la Entidad, como en este caso, se constituye en un elemento atenuante en la responsabilidad en que el postor pudiera incurrir, conforme a lo dispuesto en el artículo 236-A de la LPAG<sup>14</sup>.

8. Siendo así, corresponde a este Colegiado analizar la responsabilidad administrativa del Adjudicatario por desistirse de su propuesta, infracción prevista en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, de acuerdo a las disposiciones normativas precitadas que regulan la convocatoria, así como la existencia de causas justificantes.

<sup>14</sup> Artículo 236-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones

*Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:*  
1.- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.

2.- Error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.

### **Configuración de la causal**

9. En el caso que nos ocupa, de la revisión a los antecedentes administrativos fluye que el otorgamiento de la buena pro, a favor del Adjudicatario, se efectuó el **6 de agosto de 2015**, acto que fue publicado en el SEACE en la misma fecha.
10. Ahora bien, de la lectura de la respectiva acta de apertura de sobres y evaluación y calificación de propuestas técnicas, se advierte que hubo pluralidad de postores, por lo que, en virtud de lo señalado en el artículo 75 del Reglamento<sup>15</sup>, en concordancia con el primer párrafo del artículo 77 del Reglamento<sup>16</sup>, el consentimiento de la buena pro a favor del Adjudicatario se produjo el **13 de agosto de 2015**. Asimismo, dentro de los 7 días hábiles, es decir, hasta el **24 de agosto de 2015**, el Adjudicatario debía presentar la totalidad de la documentación prevista en las bases a efectos de perfeccionar el contrato a través de la orden de compra.
11. Sin embargo, mediante Carta s/n presentada el 24 de agosto de 2015, el Adjudicatario comunicó textualmente a la Entidad lo siguiente:

*"Por medio de la presente comunico a Uds. mi renuncia voluntaria a realizar el servicio de fabricación de TAPAS METÁLICAS de la obra: "Construcción integral Del Sistema De Riego Pampacongá Limatambo Anta – Cusco", ya que nuestra área de costo y presupuestos nos informó recientemente que no sería factible realizar el servicio de la fabricación por un monto total 25,000.00 nuevos soles por lo que tendríamos pérdidas considerables, además, no podríamos cumplir con el tiempo de entrega por el transporte de los bienes de Lima a Cusco." (sic).*

*(El resaltado es agregado)*

12. Sobre la base de lo expuesto, y atendiendo el tenor de la misiva cursada por el Adjudicatario, resulta claro que aquélla contiene una manifestación expresa de desistirse de su propuesta, antes del perfeccionamiento del contrato. Cabe precisar, conforme ha sido expuesto precedentemente que, si bien, existe una incongruencia en las bases, la misma no ha afectado el procedimiento establecido en el artículo 148 del Reglamento, toda vez que el Adjudicatario con la Carta s/n del 24 de agosto de 2015, presentada el último día del plazo con el que contaba para presentar los documentos y perfeccionar el contrato a través de la orden de compra, evidenció que no materializaría el cumplimiento de su obligación.
13. Conforme a lo expuesto, este Colegiado concluye que el Adjudicatario ha incurrido en la causal de infracción prevista en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, la cual se encuentra actualmente prevista en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley.

### **Causal justificante para la no mantener la oferta hasta la suscripción del contrato**

14. Llegado a este punto, es pertinente resaltar que corresponde a este Tribunal determinar si se ha configurado la conducta típica establecida en el literal a) del citado artículo, mientras que corresponde al Adjudicatario, probar fehacientemente que concurrieron circunstancias

<sup>15</sup> El otorgamiento de la buena pro en acto privado se publicará y se entenderá notificado a través del SEACE, el mismo día de su realización.

<sup>16</sup> Cuando se hayan presentado dos (2) o más propuestas, el consentimiento de la buena pro se producirá a los ocho (8) días hábiles de la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación. En el caso de Adjudicaciones Directas y de Adjudicaciones de Menor Cuantía, el plazo será de cinco (5) días hábiles.



## Resolución N° 1739-2016-TCE-S1

que le hicieron imposible física o jurídicamente mantener su propuesta hasta el perfeccionamiento del contrato con la Entidad, no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, debido a factores ajenos a su voluntad por haber mediado caso fortuito o fuerza mayor.

- 15.** Al respecto, se aprecia que el Adjudicatario tenía la obligación de mantener su propuesta en los términos consignados a fin de perfeccionar el contrato; sin embargo, dentro del plazo legal que tenía para ello, manifestó explícitamente su voluntad de desistirse de la buena pro otorgada en el proceso de selección, argumentando que el área de costos y presupuestos les informó que tendrían pérdidas considerables si realizaban la entrega de los bienes, asimismo, manifestó que no podría cumplir con el plazo de entrega debido a que se debía transportar los bienes de Lima a Cusco.

En consecuencia, se concluye que los hechos sustentados por el Adjudicatario en la Carta s/n presentada el 24 de agosto de 2015 ante la Entidad no logran desvirtuar la configuración de la infracción.

- 16.** Sobre el particular, cabe precisar que todo postor que participa en determinado proceso de selección, se obliga a cumplir con la formalización del contrato en caso se adjudique con la buena pro, tal como disponía el artículo 137 del Reglamento<sup>17</sup>; por lo que, lo alegado por el Adjudicatario en este extremo carece de asidero.

Asimismo, cabe referir que es responsabilidad del postor adjudicado con la buena pro, asegurar la seriedad de su propuesta, lo cual implica actuar con la debida diligencia ante la Entidad, presentando una oferta, no sólo acorde a lo requerido en las bases, sino también de acuerdo a las posibilidades y condiciones particulares que le permitan cumplir con aquella. Actuar de manera distinta no constituye un comportamiento acorde a los principios, valores y obligaciones que debe asumir todo postor que participa en un determinado proceso de selección.

- 17.** Aunado a ello, es preciso indicar que, el Adjudicatario de la buena pro de un proceso de selección, tiene como obligación mantener su propuesta hasta la suscripción del contrato o hasta su perfeccionamiento a través de una orden de compra o de servicio, constituyendo dicha obligación una carga impuesta al administrado en virtud de los vínculos jurídicos que lo ligan con el Estado, que a decir de Roberto Dromi<sup>18</sup> se sustenta, entre otras razones jurídicas, en la significación política y social del interés público afectado y en la confianza y responsabilidad del licitante, que excluyen el arbitrio o la inestabilidad en la promesa formulada por el particular oferente.

El escenario ante el desistimiento del Adjudicatario, no constituye un comportamiento acorde con tales lineamientos pues aquél presentó una oferta sin tener la certeza que podrá cumplir con su obligación; actuar de dicha forma, no resulta acorde con los principios, valores y obligaciones que éste debe asumir y respetar al participar en un proceso de selección, siendo en consecuencia, pasible de sanción administrativa por afectar los principios que subyacen al sistema de compras públicas.

- 18.** Por consiguiente, este Colegiado concluye que en vista que en el caso de autos se ha

<sup>17</sup> Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos.

<sup>18</sup> DROMI, Roberto: "Licitación Pública", Editorial Ciudad Argentina (Segunda edición) – Gaceta Jurídica S.A. (Primera Edición) pág. 50

verificado que el Adjudicatario se desistió de su propuesta y, al no haberse acreditado una causa justificada para ello, toda vez que aquél no se apersonó al procedimiento administrativo sancionador y por lo tanto no cumplió con presentar sus descargos, ha incurrido en la infracción que estuvo tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, y que actualmente se encuentra prevista en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley, por lo que corresponde se aplique la sanción administrativa correspondiente.

### **Aplicación del principio de retroactividad benigna**

19. Ahora bien, respecto a la infracción cometida por el Adjudicatario, el numeral 51.2 del artículo 51 de la Ley establecía una sanción de inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años.
20. No obstante lo señalado, es necesario tener en consideración que el numeral 5 del artículo 230 de la LPAG, contempla el principio de irretroactividad, según el cual "*son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables*".

Así tenemos, que en procedimientos sancionadores como regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción, sin embargo, como excepción, se admite que si con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o porque conservándose se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa para el administrado, ésta resultará aplicable retroactivamente.

21. En este sentido, cabe anotar que el 9 de enero de 2016 entró en vigencia la nueva Ley, la cual modificó los alcances del artículo 51 de la Ley. En tal sentido, resulta relevante señalar que el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley, como ha sido señalado anteriormente, establece como infracción aplicable a la conducta imputada en el presente caso, la siguiente:



#### **"Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas**

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas y en los casos a que se refiere el literal

a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

a) Desistirse o retirar injustificadamente su oferta (...)."

(El subrayado es agregado)



Conforme a lo señalado en el texto precitado, se aprecia que la referida causal de infracción, a *prima facie*, no ha tenido mayores variaciones en relación con el primero de los tres supuestos que estuvieron tipificados en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la ley.

Por su parte, el literal a) del numeral 50.2 del referido artículo 50 de la nueva Ley dispone que ante la citada infracción, la sanción que corresponde aplicar es una multa, entendida como la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico



## Resolución N° 1739-2016-TCE-S1

no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Asimismo, se señala que en la resolución a través de la cual se imponga la multa, se establecerá como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no mayor a dieciocho (18) meses.

22. Como se advierte, a diferencia de la sanción de inhabilitación prevista en el artículo 51 de la Ley, el numeral 50.2 del artículo 50 de la nueva Ley, prevé una multa y, sólo como medida cautelar, una suspensión del derecho de participar en procesos de contratación.

Para mejor entendimiento, debe tenerse presente que las sanciones de multa previstas en la nueva Ley llevan aparejada una medida de suspensión (con carácter de medida cautelar) en el derecho a participar en procedimientos de selección. Sin embargo, dicha medida de suspensión sólo mantiene vigencia hasta que la multa sea pagada, con lo cual, el propio administrado está en la capacidad de ponerle fin a tal medida y que como máximo podría llegar hasta 18 meses. Además, la suspensión así dispuesta no se considera para efectos del cómputo de la inhabilitación definitiva, conforme a lo dispuesto por el artículo 50.2 de la nueva Ley.

A diferencia de ello, las sanciones de inhabilitación temporal (como la que el artículo 51 de la Ley establecía para los proveedores que no mantengan su oferta hasta la suscripción del contrato) podrían llegar hasta los 3 años e incluso podrían propiciar una inhabilitación definitiva<sup>19</sup>.

23. Bajo esas premisa, considerando que para la conducta objeto del presente análisis, la Ley previó exclusivamente una sanción de inhabilitación, mientras que la nueva Ley prevé una multa con una medida cautelar de suspensión en el derecho de participar en procesos de contratación, y la posibilidad de plantear una justificación, resulta de aplicación en el presente caso el principio de retroactividad benigna, debiendo también, por tanto, aplicarse los criterios de graduación previstos en el artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en adelante el **nuevo Reglamento**.

### ***Criterios de graduación de la sanción a imponerse.***

24. Sobre la base de lo expuesto y considerando además que el monto que ofertó el Adjudicatario en su propuesta económica respecto de la cual se desistió asciende a S/ 25,000.00 (veinticinco mil con 00/100 soles), la multa a imponer no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) de dicho monto (S/ 1,250.00) ni mayor al quince por ciento (15%) del mismo (S/ 3,750.00).

25. Ahora bien, como adelantáramos, para determinar la sanción a imponerse corresponde aplicar los criterios de graduación previstos en el artículo 226 del nuevo Reglamento. Dentro de ese contexto, este Colegiado considera los siguientes criterios de determinación gradual de la sanción:

<sup>19</sup> Por la acumulación de periodos de inhabilitación temporal que en conjunto sumen 36 o más meses, impuestas durante un periodo de 4 años.

- a) **Naturaleza de la infracción:** desde el momento en que el Adjudicatario presentó su propuesta, quedó obligado a cumplir con las disposiciones previstas en la Ley, el Reglamento y las bases, encontrándose establecido en dichas disposiciones, su obligación de perfeccionar el contrato.
- b) **Intencionalidad del infractor:** a partir de la información que obra en el expediente, este Colegiado no aprecia la existencia de intencionalidad por parte del Adjudicatario. Asimismo, se toma en cuenta para atenuar la sanción, la incongruencia presentada en las bases al haber considerado que el perfeccionamiento del contrato se efectuaría mediante orden de compra y, luego incluir en el mismo documento, una proforma de contrato.
- c) **Daño causado:** debe tenerse en cuenta que situaciones como ésta, ocasionan una demora en el cumplimiento de las metas programadas por la Entidad, y por ende ocasionan perjuicio al interés público.
- d) **El reconocimiento de la infracción cometida antes que sea detectada:** de la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el cual el Adjudicatario haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada.
- e) **Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal:** de conformidad con la información obrante en el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado, el Adjudicatario no cuenta con antecedentes de haber sido sancionado con inhabilitación en sus derechos de participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado.
- f) **Conducta procesal:** durante la sustancia del presente procedimiento administrativo sancionador, es necesario tener presente que el Adjudicatario no se apersonó al procedimiento ni presentó descargos.

26. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta el principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

27. Por último, es pertinente señalar que la comisión de la infracción estuvo tipificada en el literal a) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley y que actualmente se encuentra prevista en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley, por parte del Adjudicatario, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar **el 24 de agosto de 2015**, fecha en la que presentó ante la Entidad su carta de desistimiento.

#### ***Procedimiento y efectos del pago de la multa***

28. Según lo establecido en la Directiva N° 011-2016-OSCE/CD -"Lineamientos para la Ejecución de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado", aprobada mediante Resolución N° 018-2016-OSCE/PRE, publicada el 12 de enero de 2012 en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE, el procedimiento es como sigue:



## Resolución N° 1739-2016-TCE-S1

- El proveedor sancionado cuenta con un plazo máximo de siete (7) días hábiles, computados desde el día siguiente de haber quedado firme la presente resolución, para pagar la multa impuesta y comunicar dicho pago al OSCE a través de la mesa de partes de la sede central o de las oficinas desconcentradas, presentando debidamente llenado el formulario denominado 'Comunicación de Pago de Multa', al cual deberá adjuntar el comprobante de pago original. El pago se efectúa mediante Depósito en la Cuenta Corriente N° 0000-870803 del OSCE en el Banco de la Nación.
- Una vez transcurrido el plazo señalado sin que la comunicación de pago haya sido presentada, operará la medida cautelar establecida, quedando el proveedor sancionado automáticamente suspendido en sus derechos para participar en cualquier procedimiento de selección, en procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado.

- La extinción de la obligación de pago de la multa y, en su caso, el levantamiento de la suspensión, operan desde las 00:00 horas del día siguiente de verificado el pago por la Oficina de Administración del OSCE, lo cual debe llevarse a cabo en el plazo de tres (3) días hábiles contados desde la correcta presentación de la comunicación de pago, o de transcurrido el periodo máximo de suspensión del proveedor sancionado, establecido como medida cautelar en tanto no comunique el pago de la multa impuesta.

29. Finalmente, cabe precisar que, ante la incongruencia contenida en las bases, conforme ha sido expuesto precedentemente, corresponde que copia de la presente resolución se remita al Órgano de Control Institucional de la Entidad, a fin que se adopten las medidas correctivas necesarias.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Violeta Lucero Ferreyra Coral, quien interviene en reemplazo del vocal Jorge Luis Herrera Guerra, atendiendo a lo dispuesto en el Acuerdo de Consejo Directivo N° 001-005-2016/OSCE-CD - Rol de turnos vigente, y al artículo 182 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley N° 29873, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10 y modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

### LA SALA RESUELVE:

1. **Sancionar** a la empresa **METAL RAID PERÚ S.A.C.** con **R.U.C. N° 20521556812**, con una multa ascendente a **S/ 1,332.00 (mil trescientos treinta y dos con 00/100 soles)**, por su responsabilidad en desistirse de su propuesta, en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 049-2015-MINAGRI-PESCS7CUSCO, para la "Adquisición de tapas metálicas para la obra: Construcción integral del sistema de riego Pampacongá - Limatambo - Anta - Cusco", infracción que estuvo tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, modificada mediante Ley N° 29873, actualmente tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225. El procedimiento para la ejecución de dicha multa se iniciará, luego de que haya quedado firme por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto

el recurso de reconsideración contra aquella, o porque, habiéndose presentado el recurso, este fue desestimado.

2. **Disponer, como medida cautelar, la suspensión** de los derechos, de la empresa **METAL RAID PERÚ S.A.C.** con **R.U.C. N° 20521556812**, de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, por el plazo máximo de **tres (3) meses**, en tanto no se realice y comunique el pago de la multa a que alude el numeral precedente.
3. Disponer que el pago de la multa impuesta se realice en la cuenta del OSCE N° 0000-870803 en el Banco de la Nación. En caso el administrado no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la presente resolución, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente. Una vez comunicado el pago efectuado, el OSCE tiene un plazo máximo de tres (3) días hábiles para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva. La obligación de pagar la multa se extingue al día hábil siguiente de verificado el depósito respectivo al OSCE o al día hábil siguiente de transcurrido el periodo máximo de suspensión previsto como medida cautelar.
4. Poner la presente resolución en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, conforme a lo señalado en el numeral 29 de la fundamentación.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

  
**VOCAL**

  
**PRESIDENTE**

  
**VOCAL**

ss.  
Inga Huamán  
Rojas Villavicencio de Guerra  
Ferreyra Coral

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