Resolución Nº 1207-2014-TC-S3

Sumilla: ***"Este Colegiado considera que se ha configurado una causal de justificación para no suscribir el contrato respectivo, debido a que existía una imposibilidad jurídica al devenir el objeto del contrato en jurídicamente imposible de ejecutar por parte del señor JESÚS JOSÉ GÓMEZ CABRERA, al existir contradicción en el objeto del contrato, por lo establecido en las Bases y en la oferta ganadora"***

Lima, 28 MAYO 2014

VISTO, en sesión de fecha veintiocho de mayo del 2014 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente Nº 46/2014.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el señor JESÚS JOSÉ GÓMEZ CABRERA por su presunta responsabilidad en la no suscripción injustificada del contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2013-DINI, Primera Convocatoria, para la contratación del servicio de "Reforzamiento estructural de los bloques D y E"; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 11 de setiembre del 2013, la DIRECCIÓN NACIONAL DE INTELIGENCIA - DINI, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2013-DINI, Primera Convocatoria, para la contratación del servicio de "Reforzamiento estructural de los bloques D y E", por un valor referencial total de S/. 43 839.54 (Cuarenta y tres mil ochocientos treinta y nueve con 54/100), en adelante el proceso de selección.

   Mediante Acta del 26 de setiembre del 2013, el Comité Especial encargado de conducir el proceso de selección, otorgó la Buena Pro al señor JESÚS JOSÉ GÓMEZ CABRERA, en lo sucesivo el Adjudicatario, por el valor de su oferta económica equivalente a S/. 43 800.00 (Cuarenta y tres mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles).

   Mediante Acta de fecha 30 de octubre del 2013, se acuerda declarar desierto el proceso de selección, debido a que el Postor manifestó su intención de retirarse de la Buena Pro, en razón a que tanto su propuesta técnica como económica indica que se presentaba para ejecutar labores de supervisión del servicio y no de ejecución del mismo.

2. A través del Escrito N° 001-2014-DINI-009 presentado ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, el 8 de enero del 2014, la Entidad solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el señor Jesús José Gómez Cabrera, en lo sucesivo el Postor, por su presunta infracción al no suscribir injustificadamente el contrato del proceso de selección.

   Sobre el particular, señala lo siguiente en su comunicación:

i. El Postor mediante Carta S/N de fecha 03/10/2013 solicita se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro en razón de que sus propuestas técnica y económica fueron ofrecidas para labores de consultoría de supervisión de obra. Asimismo, con carta S/N de la misma fecha, presenta los documentos del caso para la suscripción del contrato correspondiente al proceso de selección.

ii. Mediante Carta S/N de fecha 18/10/2013 el referido postor solicita suscribir el contrato derivado del proceso de selección, sólo para las labores de consultoría de supervisión de obra y no de la ejecución del servicio.

iii. La Oficina de Asesoría Jurídica de la Dirección Nacional de Inteligencia, mediante Memorando N° 296-2013-DINI-008 de fecha 28/10/2013 emite opinión legal respecto a los escritos presentados por el postor, en el sentido que éste manifiesta su intención de retirarse de la buena pro en razón a que tanto su propuesta técnica como económica fue presentada para ejecutar labores de supervisión del servicio y no de ejecución del mismo. Sin embargo, se puede constatar que dicho postor presentó su propuesta técnica y económica y declaró bajo juramento cumplir con los requerimientos técnicos mínimos del proceso de selección, el mismo que tenía por objeto la contratación del servicio de reforzamiento estructural de los bloques D y E, lo que motivó que luego de la evaluación de su propuesta el Comité Especial le adjudicara la buena pro correspondiente.

iv. Con fecha 6/11/2013 se publica en la página del SEACE la declaratoria de desierto del proceso de selección.

v. Se deja constancia que la controversia suscrita no ha sido sometida a procedimiento arbitral ni a ninguna otra vía de solución de controversias.

Asimismo, adjunta a su comunicación, copia del Informe N° 155-2013-DINI-008 del 13 de diciembre del 2013, en donde señala lo siguiente:

i. La Buena Pro quedó consentida el 27 de setiembre del 2013, al existir sólo una propuesta, por lo que el Postor tenía siete días hábiles para presentar los documentos indispensables para la firma del contrato, plazo que vencía el 4 de octubre del 2013, sin embargo conforme se puede constatar del expediente administrativo, y de lo expuesto en los antecedentes del presente informe, si bien es cierto el mencionado postor presentó la documentación necesaria para la suscripción del contrato dentro del plazo establecido en la norma, también en la misma fecha presentó otro documento en el cual manifestó su intención de no suscribir el contrato.

ii. La carta presentada el 18 de octubre del 2013, el señor Jesús José Gómez Cabrera, no surte ningún efecto jurídico, ni merece mayor análisis, toda vez que la misma fue presentada a la Entidad cuando ya se encontraba vencido en exceso el plazo

Resolución Nº 1207-2014-TC-S3

establecido en la norma para la suscripción del contrato, sin perjuicio que en la mencionada Carta el Postor manifiesta la intención de suscribir un contrato para un servicio diferente al que se le adjudicó.

3. Por decreto del 13 de enero del 2014, se dispuso admitir a trámite la solicitud de aplicación de sanción formulada por la Entidad, e iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Postor, por su presunta responsabilidad al no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0092013-DINI (Primera Convocatoria); asimismo, se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles con la finalidad que formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

4. Mediante escrito y Formulario de Presentación de Descargos, presentados el 25 de febrero de 2014, el Adjudicatario se apersonó al procedimiento formulando sus descargos, donde manifestó que:

   i. Con fecha 25 de setiembre del 2013, presentó su propuesta técnica y económica señalando expresamente como objeto del servicio: "Servicio de Supervisión".

   ii. Dentro de la revisión de la Propuesta Técnica y Económica mencionada se puede verificar que en todos los anexos se señala como objeto de contratación el "Servicio de supervisión para el Reforzamiento Estructural de los Bloques D y E".

   iii. El 26 de setiembre de 2013 se le otorgó la buena pro del mencionado proceso mediante Acta de Sesión N° 04, la misma que fue publicada en el SEACE el 27 de setiembre del 2013.

   iv. El 3 de octubre del 2013 presentó la documentación correspondiente para la firma del contrato. En la misma fecha comunicó a la Entidad el error que se estaba cometiendo al haberse otorgado la Buena Pro del proceso de selección cuyo objeto era el servicio de reforzamiento estructural en favor de una propuesta cuyo objeto de la misma era la Supervisión del Servicio, por lo que se incurría en causal de nulidad del proceso de selección.

   v. Habiéndose demostrado que el acto de otorgamiento de la buena pro tiene un vicio de nulidad y que por tanto, no es procedente, se puede proseguir con la suscripción o formalización del contrato pertinente, entonces no existe obligación legal de parte de su persona para tal efecto.

   vi. De lo expuesto, queda establecido que su persona no suscribió el contrato derivado del proceso de selección injustificadamente, sino que en el momento oportuno señaló la imposibilidad de dicha formalización, frente a lo cual la Entidad de manera indebida y pese a corroborarse su responsabilidad

funcional al otorgar la buena pro a una propuesta que no reúne los requisitos mínimos legales para que haya sido aceptada, procede conforme a lo dispuesto en el artículo 241 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hecho indebido por la naturaleza de la situación; por lo que ha quedado demostrado que existe justificación suficiente y merituadas por el Principio de Legalidad que sustentan o justifican la no suscripción del contrato por su persona.

vii. Solicita el uso de la palabra.

5. Con decreto del 28 de febrero del 2014, se dispuso tener por apersonado al Postor, por señalado su domicilio procesal, y presentados sus descargos, remitiéndose el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resuelva.

6. Por decreto del 28 de abril del 2014, se programó audiencia pública para el día 14 de mayo del mismo año, la misma que se llevó a cabo con la asistencia del Postor.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado para determinar si el Postor ha incurrido en responsabilidad por la no suscripción injustificada del contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2013-DINI, Primera Convocatoria, para la contratación del servicio de "Reforzamiento estructural de los bloques D y E", supuesto de infracción tipificado en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017, modificada por la Ley N° 29873, en adelante la Ley, norma vigente al suscitarse los hechos.

<u>Sobre la no suscripción injustificada del contrato</u>

2. Respecto a este punto, cabe indicar que la infracción referida a la no suscripción injustificada del contrato, se configuraría en el presente caso, ante la ocurrencia de los siguientes supuestos:

   i. Que el Adjudicatario injustificadamente no se haya acercado a la Entidad con la documentación establecida en las Bases dentro del plazo establecido, para la suscripción del contrato.

   ii. Que el Adjudicatario injustificadamente no se haya apersonado dentro del plazo establecido, para la suscripción del contrato.

Naturaleza de la infracción

3. De conformidad con lo establecido en el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF y

modificado con Decreto Supremo Nº 138-2012-EF, en adelante el Reglamento, una vez que el otorgamiento de la buena pro ha quedado consentido o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores están obligados a suscribir el o los contratos respectivos. En el caso de estos últimos, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal.

Asimismo, el artículo 77 del Reglamento establece que cuando se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la Buena Pro se producirá el mismo día de la notificación de su otorgamiento.

4. De otro lado, el numeral 2) del artículo 148 del Reglamento dispone que, en los casos en los que el contrato se perfeccione mediante orden de compra o de servicios, el postor deberá presentar la documentación para la suscripción prevista en las Bases, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, sin mediar citación alguna. Asimismo, la Entidad deberá notificar la orden de compra o de servicios en un plazo no mayor de cuatro días hábiles siguientes a la presentación de dicha documentación.

5. Finalmente, el numeral 3) del precitado artículo establece que cuando el postor ganador no presente la documentación y/o no concurra a suscribir el contrato, según corresponda, en los plazos indicados, perderá automáticamente la buena pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable.

Configuración de la causal

6. De la revisión de los antecedentes administrativos se advierte que el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2013-DINI, se realizó el **26 de setiembre del 2013** en acto privado, el cual fue publicado el 27 de setiembre del 2013, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE.

Ahora bien, dado que en el proceso de selección sólo se presentó un postor, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 del Reglamento, la Buena Pro quedó consentida en la misma fecha de su otorgamiento, es decir, el **26 de setiembre del 2013**, por lo que el Adjudicatario tenía hasta el **7 de octubre del 2013** para cumplir con presentar la documentación prevista en las Bases para la suscripción del contrato conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 148 del Reglamento.

7. Sobre el particular, cabe precisar que, conforme a lo establecido en el numeral 2.6 del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases, correspondía al postor ganador de la Buena Pro presentar la documentación para el perfeccionamiento del contrato dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de haber quedado consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, sin mediar citación alguna. Precisándose que, la Entidad deberá notificar la orden de servicio en un

plazo no mayor de cuatro días hábiles siguientes a la presentación de dicha información.

8. Sobre el particular, de la revisión a la carta de fecha 3 de octubre del 2013, obrante a folios 277 del expediente administrativo, se aprecia que el Adjudicatario presentó la documentación para la suscripción del contrato, y en la misma fecha solicitan se les retire la Buena Pro, en razón a que tanto en su propuesta técnica y económica se ofertó el servicio de consultoría de supervisión de obra y no la ejecución de la misma, configurándose una propuesta nula e inadmisible.

9. En ese sentido, en virtud de dicha obligación, correspondía al postor adjudicado con la buena pro, con motivo de la formalización del contrato, presentar la documentación completa exigida en las Bases hasta el **7 de octubre del 2013**, por cuanto la falta de presentación de documentos dentro del plazo establecido, acarrea que el postor ganador pierda automáticamente la buena pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 148 del Reglamento. Asimismo, una vez presentados los documentos exigidos en las Bases, tenía hasta el **11 de octubre del 2013**, para suscribir el contrato.

10. En tal sentido, conforme a lo antes expuesto, se advierte que de acuerdo a lo informado por la Entidad, el Adjudicatario no suscribió el contrato dentro del plazo establecido en el artículo 148 del Reglamento.

Sobre la responsabilidad del postor en la no suscripción del contrato

11. No obstante lo expuesto en el párrafo precedente, es de señalar que en sus descargos, lo cual ha sido corroborado con la documentación obrante en el expediente, que el Postor hace de conocimiento de este Colegiado que el 3 de octubre del 2013 presentó la documentación correspondiente para la firma del contrato, y que en la misma fecha comunicó a la Entidad el error que se estaba cometiendo al haberse otorgado la Buena Pro del proceso de selección cuyo objeto era el servicio de reforzamiento estructural en favor de una propuesta cuyo objeto de la misma era la Supervisión del Servicio, por lo que se incurría en causal de nulidad del proceso de selección.

    Asimismo, refiere que habiéndose demostrado que el acto de otorgamiento de la buena pro tiene un vicio de nulidad y que por tanto, no es procedente, se puede proseguir con la suscripción o formalización del contrato pertinente, entonces no existe obligación legal de parte de su persona para tal efecto.

12. Sobre el particular, el artículo 137 del Reglamento establece que en caso el o los postores ganadores de la Buena Pro se nieguen a suscribir el contrato, serán pasibles de sanción, **salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal**. Es decir,

entre las causales que justificarían la no suscripción de un contrato, se encuentran la imposibilidad física o jurídica y la situación de caso fortuito o fuerza mayor.

13. La imposibilidad física constituye un impedimento temporal o permanente que inhabilita a la persona, de modo que éste se vea irremediable e involuntariamente forzado a no hacer algo. La imposibilidad jurídica por su parte, está vinculada a la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues al hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados.

    Asimismo, refiere la citada norma que dicha imposibilidad debe ser sobreviniente al otorgamiento de la Buena Pro y no ser atribuible al Postor, es decir que obedezca a una situación de caso fortuito o fuerza mayor, que le impida suscribir el contrato.

14. Aunado a ello, el artículo 142 del Reglamento establece que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

15. En el presente caso, se aprecia que en su propuesta, el Adjudicatario oferta el servicio de Supervisión para el Reforzamiento Estructural de Bloques D y E, de conformidad con los términos de referencia, para lo cual presenta la copia de su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores como consultor de obra (cabe resaltar que la revisión del citado registro se aprecia que el proveedor no cuenta con inscripción como ejecutor de obra), y la declaración jurada correspondiente al Anexo N° 02 (Declaración Jurada de Cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos), donde señala que *ofrece el servicio de supervisión para el Reforzamiento Estructural de los Bloques D y E, de conformidad con los términos de referencia. (Sic),* y al Anexo N° 05 (Declaración Jurada de Prestación del Servicio), *donde se compromete a prestar el Servicio de Supervisión para el Reforzamiento Estructural de los Bloques D y E en el plazo de 45 días calendario.*

    Asimismo, se aprecia que para acreditar la experiencia del Postor (Anexo N° 06) presenta un contrato de supervisión de la remodelación integral y Ampliación del E.P. Moyobamba con el Instituto Nacional Penitenciario.

16. Asimismo, se aprecia que el objeto del servicio convocado, de acuerdo a lo establecido en las Bases Administrativas del proceso de selección, no está referido al servicio de supervisión sino al reforzamiento estructural de bloques D y E, por lo que existiría una contradicción en el contenido del contrato, al ser distinto lo requerido en las Bases de lo ofertado en la propuesta adjudicada.

17. Cabe resaltar que el objeto de la normativa de contrataciones del Estado es establecer normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del sector público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad; en el presente caso, la Entidad requería a una ejecutor de obra para realizar el reforzamiento estructural de bloques D y E, y el Adjudicataria ofertaba el servicio de supervisión de la ejecución de dicho proyecto, en ese sentido al existir incongruencia entre lo establecido en las Bases y lo ofertado por el Adjudicatario, el Comité Especial debió en su oportunidad descalificar su propuesta técnica, más aun considerando que el Adjudicatario no tiene inscripción en el Registro de Ejecutores de Obra, y que el requerimiento del proceso de selección era la contratación de un ejecutor de obra, por lo que se desnaturalizaría la finalidad del proceso de selección, que es elegir al Postor idóneo que pueda dar cumplimiento a la prestación.

18. Aunado a ello, cabe señalar que el artículo 140 del código civil establece que *el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular o extinguir relaciones jurídicas, siendo que para su validez se requiere: Agente capaz, objeto física o jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*

19. Por lo expuesto, este Colegiado considera que se ha configurado una causal de justificación para no suscribir el contrato respectivo, debido a que existía una imposibilidad jurídica al devenir el objeto del contrato en jurídicamente imposible de ejecutar por parte del señor **JESÚS JOSÉ GÓMEZ CABRERA**, al existir contradicción en el objeto del contrato, por lo establecido en las Bases y en la oferta ganadora.

20. En conclusión, este Tribunal declara la existencia de una causa justificada en la conducta desplegada por parte del señor **JESÚS JOSÉ GÓMEZ CABRERA**, al no suscribir el contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2013-DINI ,por lo que corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción en su contra, por la infracción prevista en el literal a) del numeral 51.1. artículo 51 de la Ley.

21. No obstante lo expuesto, al haberse advertido presuntas irregularidades por parte del Comité Especial al evaluar la Propuesta Técnica del Postor, este Colegiado dispone que la presente Resolución sea puesta en conocimiento de su Órgano de Control Institucional para las acciones correspondientes.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Otto Eduardo Egúsquiza Roca y la intervención del Vocal Héctor Inga Huamán y la Vocal Ana Teresa Revilla Vergara y, atendiendo a la reconformación de la Tercera Sala del Tribunal del Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución Nº 441-2013-OSCE/PRE, expedida el 27 de diciembre del 2013 y publicada el 29 del mismo mes y año, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017, su Reglamento,

Resolución Nº 1207-2014-TC-S3

aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial Nº 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **NO HA LUGAR** a la aplicación de sanción administrativa contra el señor **JESÚS JOSÉ GÓMEZ CABRERA**, por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017, modificada por la Ley Nº 29873, debiendo archivarse el presente expediente.

2. Poner la presente Resolución en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, de acuerdo a los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OSCE Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

PRESIDENTE

VOCAL **VOCAL**

ss.
Inga Huamán.
Egúsquiza Roca
Revilla Vergara.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando Nº 687-2012/TCE, del 03.10.12".