Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Resolución Nº 175-2008-TC-S1

Sumilla: *La facultad de la Entidad de definir los factores de evaluación que se considerarán para la evaluación de las propuestas y la manera en que estos se aplicarán para seleccionar la mejor oferta no es irrestricta, puesto que deben sujetarse a criterios de razonabilidad, objetividad y congruencia con el bien, servicio u obra requerido con su costo o precio, así como, enmarcarse dentro de los límites que impone la Ley y el Reglamento y los principios que rigen las contrataciones públicas.*

Lima, 18 de enero de 2008

Visto, en sesión de fecha 17 de enero de 2007 la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado el Expediente N.° 3977/2007.TC, sobre el recurso de apelación interpuesto por el Postor Servicios Generales El Lomeño E.I.R.L. contra el acto de otorgamiento de la Buena Pro del ítem N.º 7 de la Adjudicación Directa Selectiva según relación de ítems N.° 44-2007/CEP/MPP, convocada por la Municipalidad Provincial de Piura con el objeto de adquirir bienes y contratación de servicios; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 22 de noviembre de 2007, la Municipalidad Provincial de Piura, en lo sucesivo la Entidad, convocó a la Adjudicación Directa Selectiva según relación de ítems N.° 44-2007/CEP/MPP con el objeto de adquirir bienes y contratación de servicios, por un valor referencial de S/. 71 374.34 Nuevos Soles, incluido el Impuesto General a las Ventas – IGV.

2. El 27 de noviembre de 2007, el Comité Especial registró en el Sistema de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (SEACE) la absolución de consultas y/o observaciones formuladas por los postores participantes.

3. El 28 de noviembre de 2008, las Bases quedaron integradas como reglas definitivas del proceso de selección.

4. El 5 de diciembre de 2008, realizó el acto de presentación y apertura de propuestas.

5. El 6 de diciembre de 2007, se llevó a cabo el acto de otorgamiento de la Buena Pro, siendo el postor adjudicatario de la Buena Pro del ítem N.º 7 el R & RM Servicios Generales S.R.L., en adelante el Postor Ganador.

6. El 18 de diciembre de 2007, el Postor Servicios Generales El Lomeño E.I.R.L., en adelante el Postor Impugnante, interpuso recurso de apelación contra el acto de otorgamiento de la Buena Pro del ítem N.º 7 del presente proceso de selección. Asimismo, solicitó que se le

otorgue la buena pro de dicho ítem. El argumento de su recurso de apelación consistió en indicar que en las Bases, se consignó un puntaje máximo de 10 puntos al postor que sea propietario del taller para realizar el servicio y con 0 puntos si es de terceros, factor que debía ser acreditado con la presentación de la copia de la licencia de funcionamiento y declaración jurada de permanencia en el giro si es que la licencia tiene más de un año de ser expedida. Al respecto, su empresa presentó dentro de su propuesta técnica la información solicitada, sin embargo se le asignó 0 puntos.

7. El 19 de diciembre de 2007, el Postor Impugnante subsanó su recurso de apelación.

8. El 21 de diciembre de 2007, el Tribunal admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Postor Impugnante respecto del ítem 7.

9. El 9 de enero de 2008, la Entidad remitió al Tribunal los antecedentes administrativos correspondientes.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente recurso de apelación, la reclamación formulada por el Postor Servicios Generales El Lomeño E.I.R.L. contra la Buena Pro del ítem N.º 7 de la Adjudicación Directa Selectiva según relación de ítems N.° 44-2007/CEP/MPP otorgada a favor de la empresa R & RM Servicios Generales S.R.L.

Conforme se ha reseñado en los antecedentes, el Postor Impugnante ha señalado que en el factor referido al servicio, se consignó un puntaje máximo de 10 puntos al postor que sea propietario del taller para realizar el servicio y con 0 puntos al terceros, factor que debía ser acreditado con la presentación de la copia de la licencia de funcionamiento y declaración jurada de permanencia en el giro si es que la licencia tiene más de un año de ser expedida. Su empresa presentó dentro de su propuesta técnica la información solicitada, sin embargo se le asignó 0 puntos.

2. Conforme se desprende de los antecedentes reseñados, en el presente caso el punto controvertido consiste en determinar si el Comité Especial evaluó y calificó la propuesta del Postor Impugnante de acuerdo a las Bases y a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

3. No obstante, de manera previa al análisis de la materia cuestionada por el Postor Impugnante y atendiendo a la facultad atribuida a este Colegiado para revisar la legalidad del proceso de selección en esta instancia administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en lo sucesivo la ley, es necesario verificar de oficio si las Bases cumplieron con lo previsto en la Ley[1] y su Reglamento.

[1] Aprobado mediante Decreto Supremo N.° 083-2004-PCM., en adelante la Ley.

4. Al respecto, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley, las Bases constituyen las reglas del proceso de selección y es en función de ellas que se debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas.

Por otro lado, el establecimiento de los criterios de evaluación y calificación que el Comité Especial debe aplicar no sólo encuentra amparo en la norma positiva, sino que constituye en sí mismo un parámetro objetivo, claro y predecible de actuación de la autoridad administrativa, quien tiene por finalidad evitar conductas revestidas de subjetividad y discrecionalidad.

5. La primera materia de análisis consiste en determinar si la calificación de la propuesta del Postor Impugnante se ajustó a las Bases Integradas y la normativa de la materia, en lo que se refiere al factor "la Licencia de Funcionamiento actualizada y Declaración Jurada de Permanencia en el giro del negocio", a fin de acreditar la propiedad del taller del postor y así hacerse merecedor a 10 puntos.

En el numeral 5, literal B de las Bases, se aprecia el siguiente factor:

"Taller de propiedad del postor para el servicio de terceros"

De propiedad del postor	*10 puntos*
De terceros	*00 puntos*

Dicha información se confirmará con la presentación de la Licencia de Funcionamiento actualizada y Declaración Jurada Anual de Permanencia en el giro del negocio emitida por la Municipalidad correspondiente; y en caso de consorcio, las empresas consorciadas deberán cumplir con el mismo factor".

Tal como se encuentra previsto en las Bases, el documento en mención resultaba exigible a todos los postores a fin de obtener 10 puntos en el factor mencionado.

Debe tenerse en cuenta que, la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento, Ley N.º 28976[2], en su Novena Disposición Complementaria derogó el artículo 71 del Decreto Legislativo N.º 776, Ley de Tributación Municipal, en el cual se regulaba la declaración jurada anual, simple y sin costo alguno, de permanencia en el giro autorizado al establecimiento, con lo cual dicho documento tampoco sería exigible a efectos de que se asigne un puntaje determinado.

6. Bajo este contexto, resulta importante resaltar que no se puede aceptar todo aquello que haya sido recogido expresamente en las Bases integradas, por el simple hecho de formar

[2] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de febrero de 2007. En su Primera Disposición Final señala que la Ley N.º 28976 entraría en vigencia a los 180 días calendario, contados a partir del día siguiente de su publicación, plazo en el cual las municipalidades debían adecuar su Texto Único de Procedimientos Administrativos, de acuerdo con los procedimientos, requisitos y demás disposiciones previstas en la referida Ley.

parte de éstas, dado que es en esta instancia administrativa donde corresponde efectuar previamente un análisis de la naturaleza, razonabilidad y relevancia de los requisitos previstos en ellas, incluso aún cuando no hubieran sido materia de consulta u observación, a efectos de ser aplicados y, en consecuencia, pueda efectuarse la evaluación y calificación acorde con las normas de la materia y los principios que inspiran el régimen de contratación pública.

En tal sentido, la exigencia de presentar los documentos mencionados contraviene las normas que lo regulan de modo específico, lo cual hace que se deje sin efecto lo actuado por el Comité Especial, toda vez que se han presentado vicios que trastocan dichos dispositivos. En ese sentido, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 57 de la Ley, debe declararse nulo el proceso de selección respecto del ítem N.º 7, a fin de que la Entidad reformule las Bases y proceda a una nueva convocatoria del ítem señalado, de conformidad con lo señalado en los fundamentos de la presente Resolución. En consecuencia, este Colegiado establece que debe dejarse sin efecto la disposición de solicitar la copia de la Licencia de Funcionamiento actualizada y la Declaración Jurada de permanencia en el giro del negocio como parte de los factores de evaluación de las Bases Administrativas.

7. Por otro lado, de la revisión de las Bases se observa que éstas incluyeron como factor de evaluación lo siguiente:

PLAN DE TRABAJO	
Presenta Plan trabajo Según (anexo 05)	10 ptos (Carpintería y Consultoría)15 ptos otros
No presenta Plan de trabajo	00 ptos (Carpintería y Consultoría)00 ptos otros
Para caso de consultoría no es calificable	

8. Sobre el particular, resulta lógico que tanto el diseño y la elaboración del plan de trabajo como la frecuencia de las actividades contenidas en su cronograma resulten de exclusiva responsabilidad de los postores, a quienes las Bases les han otorgado la potestad de ofertar la fórmula de ejecución del servicio que, de modo más eficiente, se ajuste a su propia metodología interna y a sus estrategias organizacionales, con el único límite consistente en que, evidentemente, se acredite el debido cumplimiento de los términos de referencia[3] previstos en las Bases, en aplicación del artículo 63 del Reglamento[4].

[3] Según el numeral 54 del Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los **Términos de Referencia** aluden a la descripción, elaborada por la Entidad, de las características técnicas y de las condiciones en que se ejecutará la prestación de servicios y de consultoría.

[4] **Artículo 63.- Cumplimiento.**

9. Cabe indicar que el factor de evaluación "Plan de Trabajo", tal como se encuentra contemplado en las Bases, no coadyuva en la elección de la mejor propuesta, de allí que no se advierte de qué modo la inclusión de determinada información en dichos planes puede contribuir a mejorar la prestación del servicio. Aunado a ello, adviértase que el criterio de evaluación del referido factor resulta evidentemente subjetivo, ya que se deja a juicio exclusivo del Comité Especial calificar el plan de trabajo propuesto por los postores, impidiendo que la evaluación del citado factor se realice sobre un parámetro objetivo que permita a los postores conocer de manera anticipada el puntaje que recibirían en cada caso por cuanto depende del Comité Especial establecer si lo ofertado por el postor resulta adecuado o no.

Además, si el Comité Especial considera adecuado el plan de trabajo ofertado por uno de los postores y posteriormente le otorga la buena pro a uno de ellos, lo ofertado por el ganador deviene en obligaciones que debe cumplir en la etapa de ejecución contractual.

10. Debe resaltarse que el régimen de contratación estatal se rige por diversos principios, dentro de los cuales se encuentra el de transparencia, cuya definición la encontramos en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual prescribe que toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesible a los postores. Asimismo, se debe tener en cuenta lo expuesto en el artículo 31 de la Ley y el artículo 64 del Reglamento ya mencionados.

11. En el sentido anotado, este Colegiado considera que el factor bajo análisis resulta contrario a la normativa de contrataciones, por cuanto la Entidad ha transgredido el principio de transparencia contemplado en el numeral 5 del artículo 3 del Reglamento, toda vez que en las Bases no se establecieron criterios ni parámetros de evaluación objetivos, por lo que el Comité Especial al momento de reformular las Bases debe suprimir dicho factor.

12. Finalmente, en relación con el factor "Experiencia del Postor", las Bases establecieron lo siguiente:

FACTORES REFERIDOS AL POSTOR	**50**
Experiencia en la ejecución de servicios en la actividad y/o especialidad	
a)Trabajos realizados en la actividad y/o similares al Objeto de la convocatoria:	**50**
De acuerdo a la documentación presentada por el postor, según **Anexo 11** – sobre N°01: PROPUESTA TECNICA, acápite a) -2. Se acreditará con la presentación de copias simple de facturas y/o boletas de ventas canceladas, que acredite servicios similares a los del objeto de la convocatoria desde octubre 2005 a octubre 2007; en un máximo de ocho documentos, hasta por 5 veces el valor referencial, al resto se evaluará proporcionalmente.	

Los requerimientos técnicos mínimos deben ser cumplidos y acreditados por todos los postores para que su propuesta sea admitida, salvo en la modalidad de selección por subasta inversa en cuyo caso se presume su cumplimiento […].

En dicho factor se observa que solamente solicitó la presentación de facturas y/o boletas de ventas canceladas, cuando era posible, además, la presentación de contratos con su respectiva conformidad del servicio, a fin de acreditar la experiencia del postor. En ese sentido, a fin de no vulnerar el derecho de los postores a obtener mayores incentivos para participar en la actividad económica del país mediante su participación en los procesos de selección y así respetar los principios de libre competencia y concurrencia en el mercado por parte de los postores, las Bases deberán incluir que será objeto de evaluación los contratos y sus respectivas conformidades de culminación de la prestación de servicios similares o iguales al objeto de la convocatoria del ítem N.º 7, de acuerdo al artículo 66 del Reglamento.

13. Asimismo, en dicho factor, se aprecia que contraviene abiertamente la normativa vigente, toda vez que evalúa la experiencia del postor en la prestación de servicios similares o iguales al objeto de la convocatoria por un plazo de dos años y con un máximo de 8 documentos, cuando el artículo 66 del Reglamento, expresamente establece que la experiencia del postor se evalúa considerando el monto facturado por el postor durante un período determinado no mayor a diez (10) años a la fecha de presentación de propuestas hasta por un monto máximo acumulado equivalente a cinco (5) veces el valor referencial de la adquisición materia de la convocatoria. Tales experiencias se acreditarán con copia simple de los comprobantes de pago cancelados o, en su defecto, con copia del contrato y su respectiva conformidad de culminación de la prestación del servicio, con un máximo de diez (10) servicios en cada caso.

En ese sentido, dicho factor, erróneamente, se limita a la acreditación de experiencia en relación al número de documentos presentados, a pesar que la normativa vigente establece que al margen del número de contratos, facturas o comprobantes de pago debe ser objeto de evaluación el monto facturado tomando como referencia el monto referencial del proceso de selección, tal como lo prescribe el primer párrafo del artículo citado.

14. Hay que recordar que, la facultad de la Entidad de definir los factores de evaluación que se considerarán para la evaluación de las propuestas y la manera en que estos se aplicarán para seleccionar la mejor oferta no es irrestricta, puesto que deben sujetarse a criterios de razonabilidad, objetividad y congruencia con el bien, servicio u obra requerido con su costo o precio, así como, enmarcarse dentro de los límites que impone la Ley y el Reglamento y los principios que rigen las contrataciones públicas.

15. Sin embargo, como se ha indicado en párrafos anteriores, los criterios de evaluación consignados en el caso de autos contravienen la normativa vigente, puesto que no constituyen parámetros objetivos de evaluación y no permiten seleccionar la mejor oferta.

16. En este orden de ideas, ha quedado claro que el Comité Especial, encargado de la conducción del presente proceso de selección, incluyó en las Bases factores de evaluación contrarios a la normativa lo que generó una distorsión en el proceso de evaluación de los postores participantes y con ello se ha incurrido en un vicio de nulidad relativo a la prescindencia de las normas esenciales del procedimiento, a que se contrae el artículo 57 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que la Adjudicación Directa

Selectiva según relación de ítems N.° 44-2007/CEP/MPP deviene en nula, y por tanto corresponde retrotraer dicho proceso hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación y aprobación de las Bases, debiendo el Comité Especial elaborar el texto de las Bases observando la normativa vigente e incluyendo, de ser el caso, factores de evaluación en estricta sujeción de lo establecido en el artículo 66 del Reglamento a efectos de evitar futuras nulidades y con ello una innecesaria dilación del proceso de selección.

17. Considerando la nulidad declarada, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto del petitorio del recurso, el cual versa sobre la aplicación del factor "Taller de propiedad del postor para el servicio de terceros", el cual, tal como se ha indicado en los párrafos anteriores contraviene la normativa vigente.

18. Asimismo, estando a que el artículo 47 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 083-2004-PCM, dispone que los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de adquisición o contratación de bienes, servicios y obras son responsables del cumplimiento de las normas de la Ley y su Reglamento, lo que no ha sido observado por el Comité encargado del presente proceso, corresponde comunicar la presente Resolución al Órgano de Control Institucional de la Entidad, a fin que en el marco de sus atribuciones adopte las acciones que correspondan.

19. Adicionalmente, corresponde exhortar al Comité encargado de la evaluación para que en lo sucesivo elabore las Bases del proceso de acuerdo a la normativa vigente y proceda a convocar a proceso de selección con la celeridad que el caso amerita, toda vez que hasta la fecha la Entidad no ha podido ver satisfecha su necesidad por el incumplimiento de la normativa de contratación estatal vigente y una defectuosa elaboración de las reglas del presente proceso por parte del Comité encargado de la evaluación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Carlos Cabieses López y la intervención de los Vocales Dr. Derik Latorre Boza y Dr. Víctor Manuel Rodríguez Buitrón, de conformidad a la conformación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución Nº 279-2007-CONSUCODE/PRE, expedida el 21 de mayo de 2007, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 53, 54, 59 y 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM, el artículo 163 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, modificado por Decreto Supremo N.º 028-2007-EF y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del CONSUCODE, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2007-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar NULA la Adjudicación Directa Selectiva según relación de ítems N.° 44-2007/CEP/MPP convocada por la Municipalidad Provincial de Piura con el objeto de adquirir bienes y contratación de servicios, y por ende carece de objeto emitir pronunciamiento respecto del petitorio del recurso, por los fundamentos expuestos.

2. Retrotraer la Adjudicación Directa Selectiva según relación de ítems N.° 44-2007/CEP/MPP a la etapa de convocatoria, previa reformulación y aprobación de las Bases, por los fundamentos expuestos.

3. Devolver la garantía presentada en el presente procedimiento impugnativo.

4. Comunicar al Órgano de Control Institucional de la Entidad la presente resolución, a fin que adopte las acciones que correspondan, por los fundamentos expuestos.

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 30 días calendario de notificada la presente Resolución, por lo que deberá autorizar por escrito a la perronas que realizará dicha diligencia. De lo contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central de CONSUCODE para su custodia por un plazo de seis (6) meses, luego del cual serán remitidos al Archivo General de la Nación, bajo responsabilidad.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL **VOCAL**

ss.
Latorre Boza
Cabieses López
Rodríguez Buitrón.