Osinergmin
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

OSINERGMIN
Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria
RECIBIDO HORA:
28 AGO. 2009
REGISTRO | EXPEDIENTE
LA RECEPCIÓN DEL DOCUMENTO NO INDICA CONFORMIDAD

Informe Nº 376-2009-GART

Opinión legal sobre el recurso de reconsideración presentado por el Empresa de Distribución Eléctrica Norte Medio S.A. (Hidrandina), contra el Oficio 813-2009-OS-GART, que denegó su solicitud de aprobación de Bases para la Cuarta Convocatoria a Licitación de Suministros de Energía Eléctrica

Para : **Jaime Mendoza Gacón**
Gerente de la División de Generación y Transmisión Eléctrica

Referencia : Expediente Nº 777-2008-GART

Fecha : 27 de agosto de 2009

Mediante el presente informe, se analiza el recurso impugnatorio interpuesto por la Empresa de Distribución Eléctrica Norte Medio S.A. (Hidrandina), contra el Oficio 813-2009-OS-GART, que denegó su solicitud de aprobación de Bases para la Cuarta Convocatoria a Licitación de Suministros de Energía Eléctrica.

1) Antecedentes

1.1. Con Resoluciones OSINERGMIN Nº 070-2009-OS/CD y 077-2009-OS/CD, publicadas con fecha 30 de abril y 29 de mayo de 2009, respectivamente, se aprobaron las Bases y Bases Integradas para la Tercera Convocatoria a Licitación de Suministros de Energía Eléctrica para las empresas Electro Norte Medio S.A., Electronoroeste S.A., Electronorte S.A., Electrocentro S.A., Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A., Electro Puno S.A. y Electro Sur Este (en adelante las LICITANTES).

1.2. Con fecha 22 de mayo del 2009, luego del cumplimiento de las etapas establecidas en la Norma "Lineamientos Generales y Modelo de Contrato para las Bases de Licitación de Suministros de Energía Eléctrica para las Empresas Concesionarias de Distribución Eléctrica" (en adelante NORMA LINEAMIENTOS), se efectuó la Tercera Convocatoria a Licitación Pública, quedando ésta parcialmente desierta. No se reveló el Precio Máximo de Adjudicación.

1.3. Con fecha 10 de julio de 2009 y mediante Oficio GG-277-2009, se recibió, de acuerdo al Registro GART 5028, la propuesta de Bases de las LICITANTES para una cuarta convocatoria a licitación.

1.4. Con fecha 20 de julio de 2009 y mediante Oficio Nº 813-2009-OS-GART, se comunicó a las LICITANTES que no procedía aprobar su propuesta de Bases para la Cuarta Convocatoria a Licitación. Dicha comunicación se sustentó en el Informe Legal Nº 296-2009-GART que elaboró esta Asesoría en su oportunidad, basándose en los siguientes argumentos:

- No se cumplía con un requisito de validez del acto administrativo.- El artículo 11 de la NORMA LINEAMIENTOS (aprobada para definir las condiciones de la licitación según artículo 6 de la Ley 28832), establece que, sólo en el caso se haya revelado el Precio Máximo de Adjudicación, se convocará a una nueva licitación por la parte declarada desierta, en un plazo máximo de treinta (30) días. En la tercera convocatoria de las LICITANTES no se reveló el precio máximo, en consecuencia no procede la nueva convocatoria porque ese acto sería nulo, al faltarle un requisito de validez que es el cumplir con un procedimiento expreso que no admite excepción y que pone como condición de una nueva licitación el que se revele previamente el precio máximo.

- No se cumplía con el principio de legalidad.- La infracción del Artículo 11° mencionado en el párrafo anterior generaría el incumplimiento del principio de legalidad contemplado en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), según el cual las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución, la ley y al derecho".

1.5. Mediante carta GG-299-2009, recibido con fecha 24 de julio de 2009 según Registro GART Nº 5427, la Empresa de Distribución Eléctrica Norte Medio S.A. (Hidrandina), en su calidad de conductor del proceso de licitación objetó los argumentos expresados en el oficio Nº 813-2009-OS-GART, pidiendo la reconsideración de la decisión adoptada.

2) Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

2.1. El recurrente no precisó en su escrito la naturaleza del recurso interpuesto, en ese sentido, corresponde a OSINERGMIN encausarlo según su naturaleza, en virtud del inciso 3 del Artículo 75º de la LPAG.

2.2. Conforme lo establecido en el Artículo 208° de la LPAG[1] y siendo que el oficio impugnado un documento suscrito por la Presidencia de OSINERGMIN, en representación de dicho órgano (última instancia administrativa) la naturaleza de la impugnación es la de un recurso de reconsideración.

2.3. De acuerdo con el numeral 207.2 del Artículo 207º de la LPAG, el plazo para interponer recursos es de quince (15) días hábiles a partir del día en que el administrado toma conocimiento de la decisión de OSINERGMIN, esto es, a partir del día que es notificado, conforme a los artículos del Capítulo III del Título I de esta misma Ley. Considerando que el Oficio Nº 813-2009-OS-GART fue notificado con fecha 20 de julio

[1] "Artículo 208.- Recurso de reconsideración.- El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación"

de 2009 y el recurso fue presentado con fecha 24 de julio de 2009, se tiene que éste fue presentado dentro del término de Ley.

2.4. Mediante Oficio Nº 0875-2009-GART, recibido con fecha 04 de agosto de 2009, se requirió a la recurrente subsane la consignación del número de DNI del administrado, así como la autorización del recurso por letrado, lo cual se realizó mediante Carta GG-333-209 de fecha 06 de agosto de 2006, según Registro GART Nº 5617, cumpliéndose de este modo con los requisitos previstos en los artículos 113º y 211º de la LPAG.

3) Petitorio del Recurso de Reconsideración

La recurrente solicita la aprobación de sus Bases para la cuarta convocatoria a licitación para la contratación del suministro de energía eléctrica.

4) Argumentos

El recurso de reconsideración presentado por la recurrente se basa en los siguientes argumentos:

4.1. Que el Artículo 11º de la NORMA LINEAMIENTOS regula la convocatoria a una nueva licitación y no la aprobación de las Bases para una nueva convocatoria, como señala, es su caso, por lo que no le sería extensiva la restricción de haberse revelado el precio máximo para la procedencia de su solicitud.

4.2. Que la Ley Nº 28832 tiene por finalidad el abastecimiento oportuno y eficiente de energía eléctrica, no siendo posible que una norma de rango inferior desnaturalice el objeto de la ley, al establecer condiciones no reguladas en la misma, poniendo en riesgo el abastecimiento de la energía suficiente para la atención del servicio público de electricidad.

5) Análisis legal

5.1. La controversia radica en la correcta interpretación de la NORMA LINEAMIENTOS, ya que, en el Oficio Nº 813-2009-OS-GART se denegó la solicitud de realizar una cuarta convocatoria a licitación, indicándose que dicha norma establece como condición para la celebración de una nueva convocatoria, que el Precio Máximo haya sido relevado en la convocatoria anterior. La recurrente argumenta que dicha restricción está dirigida a limitar la realización de una nueva licitación, léase de un proceso totalmente diferente, y no para nuevas convocatorias del mismo proceso.

5.2. A efectos de un mejor resolver, a continuación citamos literalmente lo dispuesto en los numerales 10.3 y 11 de la NORMA LINEAMIENTOS:

"10. APERTURA DE PROPUESTAS, ADJUDICACIÓN DE LA BUENA PRO Y *SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS*

...
10.3 Declaratoria de Desierto: En caso que no se obtuvieran Ofertas o que las Ofertas, cuyos Precios de Oferta Ponderado sea menor o igual que el Precio Máximo de Adjudicación, no fueran suficientes para abastecer el total de la demanda requerida, el Licitante declarará desierto el Proceso, en forma parcial o total, según corresponda, sin derecho a indemnización alguna para los Postores, y sin que ello permita a los Postores realizar reclamo o solicitar reembolso alguno. ***El Notario Público revelará y registrará en acta el Precio Máximo de Adjudicación únicamente en el caso que luego de haberse declarado desierta la licitación resulte que se registró al menos que una de las Ofertas recibidas superó el Precio Máximo de Adjudicación****". Resaltado nuestro.*

*"**11. NUEVA CONVOCATORIA***
11.1 ***Sólo en el caso que se haya revelado el Precio Máximo de Adjudicación****, conforme al numeral 10.3 anterior, se convocará a una nueva Licitación por la parte declarada desierta en un plazo máximo de treinta (30) Días.* ***Las modificaciones que se requieran a las Bases*** *serán propuestos por el Licitante para su aprobación al OSINERGMIN dentro de los diez (10) Días de haberse efectuado el Acto de Adjudicación de la Buena Pro". Resaltado nuestro.*

5.3. En el numeral 10.3 citado precedentemente se limita la revelación del Precio Máximo a aquellas licitaciones que quedaron desiertas y en las que el Precio Máximo fue revelado al haberse registrado al menos una de las Ofertas recibidas, y ésta superó el Precio Máximo de Adjudicación.

5.4. El numeral 11.1 es preciso al señalar específicamente que, luego de revelado el Precio Máximo, - y por consiguiente luego de declarado desierto un proceso de licitación-, se convocará a una nueva licitación, una nueva convocatoria, por la parte declarada desierta, en un plazo máximo de 30 días.

5.5. El conjunto de ideas que se desprende del numeral 11 aclaran que lo que en este numeral se regula, es la posibilidad de efectuar una segunda, tercera o adicionales convocatorias, dentro de un mismo proceso de licitación. Así:

- El numeral 11 se titula NUEVA CONVOCATORIA, (y no por ejemplo "nueva licitación"), en clara alusión a la celebración de sucesivas convocatorias, pero siempre dentro de un mismo proceso de licitación.

- El numeral 11 señala claramente *"Sólo en el caso que se haya revelado el Precio Máximo de Adjudicación"*, en clara alusión a que ya existe un proceso de licitación, que éste ha sido declarado desierto y que incluso, se ha procedido a revelar el Precio Máximo, todas ellas, condiciones para la realización de una nueva convocatoria al proceso de licitación. Todo ello no tendría sentido alguno si, simplemente se referiría a la posibilidad de iniciar un proceso de licitación totalmente diferente, en el que sería irrelevante si existió o no un proceso de licitación antes.

- Existe limitación de que la nueva licitación sea solamente por la parte declarada desierta. Si se tratase de un proceso de licitación totalmente diferente, la "demanda a subastar" sería determinada libremente por la empresa distribuidora, sin limitación alguna. En este caso, al ser una nueva convocatoria dentro de un mismo proceso de licitación, la demanda a subastar está restringida a lo que quedó desierto en la o las convocatorias anteriores.

- Lo señalado se complementa con que, en el mismo numeral 11 de la NORMA LINEAMIENTOS, estipula que las modificaciones necesarias a las Bases deben ser presentadas en un plazo de 10 días, lo cual es razonable para una nueva convocatoria, por ser el mismo proceso de licitación, requiriéndose pequeños ajustes. Resultaría, en consecuencia, contradictorio, si la interpretación fuese en el sentido de que se trata de un proceso de licitación diferente, ya que para iniciar un proceso de licitación, se requieren el cumplimiento de una serie de etapas previas, que de ninguna manera podrían ejecutarse en un plazo de 10 días hábiles[2].

- En efecto, de acuerdo con la NORMA LINEAMIENTOS, para dar inicio a una licitación, no se imponen ningún requisito, bastando el cumplimiento de los pasos y etapas que establece la misma norma, las cuales son:

4. ETAPAS PREVIAS AL PROCESO DE LICITACIÓN

4.1 Los siguientes plazos y etapas se aplicarán al proceso de aprobación de las Bases de Licitación de Suministros del Licitante.

PROGRAMA PARA APROBACIÓN DE BASES			
Paso	Responsable	Actividad	Plazo
1	Distribuidora que requiere iniciar un proceso de licitación	Publicación de un aviso en su página Web y, al menos, en un diario de circulación nacional, de la expresión de interés.	A definir por la Distribuidora
2	Distribuidoras que deseen participar de la licitación	Comunicación escrita, con copia a OSINERGMIN, dirigida a la Distribuidora que requiere iniciar un proceso de licitación.	Hasta siete (7) Días después de publicada la expresión de interés del Conductor del Proceso.
3	Conductor del Proceso	Presentación a OSINERGMIN de solicitud con Propuesta de Bases para convocar a licitación.	Hasta treinta y siete (37) Días después de publicada la expresión de interés del Conductor del Proceso.
4	OSINERGMIN	Aprobación de Bases de la Licitación Pública	Hasta veinte (20) Días después de recibida una Propuesta de Bases. Este plazo se prorrogará en tanto existan observaciones de OSINERGMIN no levantadas a su satisfacción, por el Licitante.

5.6. En resumen, el numeral 11 de la NORMA LINEAMIENTOS claramente se encuentra definido para la realización de sucesivas convocatorias.

[2] En el numeral 4 de la NORMA LINEAMIENTOS pueden encontrarse las etapas y plazo previos para iniciar una licitación, que en su conjunto suman no menos de 57 días hábiles.

5.7. Ahora bien, en lo referido por la recurrente referente a la finalidad de la Ley Nº 28832, es menester indicar que, la misma norma citada señala, en su numeral 6.2, que es responsabilidad de OSINERGMIN aprobar las Bases de Licitación, modelos de contrato, términos y condiciones del proceso de Licitación, fórmulas de actualización de precios firmes y supervisar su ejecución. En tal sentido, la ley le otorga facultades a OSINERGMIN para desarrollar el proceso de licitación, así como dictar medidas en dichos términos, en virtud de la cual se expidió la NORMA LINEAMIENTOS.

5.8. La NORMA LINEAMIENTOS establece reglas de detalle de los procesos de licitación, toda vez que la finalidad de la Ley 28832 consiste en asegurar la contratación de suministros, pero en un marco de competencia, cuya supervisión ha sido encargada al regulador, quien, a su vez, ha establecido, como requisito para la realización de nuevas convocatorias, que el Precio Máximo haya sido revelado en la convocatoria anterior. Por este motivo, la NORMA LINEAMIENTOS de ninguna manera vulnera la Ley 28832, sino que la complementa.

5.9. Por los argumentos expuestos anteriormente, esta Asesoría concluye que el recurso de reconsideración debe ser declarado infundado.

6) Plazos y procedimiento a seguir con el recurso de reconsideración

6.1. De conformidad con el Artículo 207.2 de la LPAG, el plazo para resolver los recursos de reconsideración es de treinta (30) días hábiles contados a partir de su interposición. Para tal efecto, teniendo en cuenta que el recurso de reconsideración de las LICITANTES fue interpuesto el 24 de julio de 2009 el plazo máximo para resolver dicho recurso de reconsideración es el día 9 de septiembre de 2009.

6.2. Finalmente, lo resuelto para el mencionado recurso deberá ser aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 208º de la LPAG.

7) Conclusiones

7.1. Por las razones expuestas en el numeral 4 del presente informe, esta Asesoría es de la opinión que el recurso de reconsideración interpuesto por la Empresa de Distribución Eléctrica Norte Medio S.A. (Hidrandina), contra el Oficio 813-2009-OS-GART resulta infundado.

7.2. El plazo para resolver el recurso de reconsideración del recurrente vence el 9 de septiembre de 2009.

María del Rosario Castillo Silva
Jefa de Asesoría Legal
Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria
ONSINERGMIN