



Resolución Jefatural

N° 096 - 2020-ACFFAA

Lima, 21 de setiembre de 2020

VISTOS:

El recurso de apelación de fecha 31 de agosto del 2020 presentado por la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION - ASL contra la Carta N° 000003-2020-DEC-ACFFAA de la Dirección de Ejecución de Contratos; y el Informe Legal N° 000243-2020-OAJ-ACFFAA de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Carta N° 000032-2020-SG-ACFFAA del 11 de junio del 2020, se comunicó a la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION - ASL, el inicio del procedimiento de observación por haber incurrido presuntamente en el supuesto relacionado a: *"No suscribir y/o recibir un contrato, orden de compra u orden de prestación de servicio, sin causa justificada"*, tipificada en el Anexo 01 de la Resolución Jefatural N° 123-20019-ACFFAA, que aprobó la Directiva DIR-DC-004, Versión 01 "Registro de Proveedores del Mercado Extranjero de la ACFFAA", en el proceso de contratación en el mercado extranjero RES N° 019-2020 MGP/DIRCOMAT para el "Suministro de material de sonoboyas activas, pasivas y batitermográficas para el programa SH-2G", otorgándole el plazo de ocho (08) días hábiles para la presentación de sus descargos correspondientes;

Que, mediante Carta S/N de fecha 23 de junio de 2020, la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION - ASL formula sus descargos indicando que:

- A pesar de haber entablado contacto con los fabricantes y distribuidores de los bienes materia de la convocatoria con mucha anticipación a la presentación de ofertas, en ningún momento se informa a su representada que el pedido no iba a ser atendido, por el contrario era

De fecha: 21/09/2020

recibido, procesado y derivado, siendo que la experiencia permitía percibir que se daría cumplimiento a lo requerido por la Marina de Guerra del Perú; hasta que la empresa IPT, la misma que también había recibido y procesado nuestro pedido, con email de fecha 12 de noviembre del 2019 conminó a su representada a no continuar con la suscripción del contrato al ser ellos los “proveedores exclusivos” del bien para el Perú.

- No obstante buscar proveedores de los bienes materia del proceso en diferentes países del mundo, no fue posible obtener los bienes por haber monopolizado la empresa IPT la distribución en el Perú, hecho que no era de conocimiento de su representada y menos aún de la Marina de Guerra Peruana, quienes planificaron y organizaron el proceso de contratación en el mercado extranjero, de manera convencional promoviendo incluso la participación y concurrencia de más de un postor.
- Su representada efectivamente cumple con la primera premisa para ser observada en su registro al no haber suscrito el contrato pese a haber obtenido la Buena Pro del proceso; pero no se cumple con la falta de justificación para dicho efecto, ya que fueron motivados por una competencia con sentido monopolista de parte de la empresa IPT, quien sin conocimiento de la misma Entidad se erigió como proveedor exclusivo del fabricante de los bienes materia del proceso, haciendo uso incluso de una amenaza para que ASL desista de cumplir con suscribir el contrato con la Marina de Guerra del Perú, demostrándose que si existió causa justificada al haberse configurado una situación de fuerza mayor, lo que se ha demostrado; presentándose la carta de desistimiento de suscribir el contrato antes de que venciera el plazo para firmarlo, dando la oportunidad de una suscripción rápida a la compañía IPT que había quedado segunda en orden de prelación.

Que, mediante Carta N° 000003-2020-DEC-ACFFAA de fecha 24 de julio de 2020, la Dirección de Ejecución de Contratos comunicó a la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION - ASL su observación por el periodo de 18 (dieciocho) meses en el Registro de Proveedores del Mercado Extranjero, al haber incurrido en el supuesto de observación de: *“No suscribir y/o recibir un contrato, orden de compra u orden de prestación de servicio, sin causa justificada”*, tipificada en el Anexo 01 de la Directiva DIR-DC-004, Versión 01 “Registro de Proveedores del Mercado Extranjero de la ACFFAA”, debido a que no logró conseguir los ítems adjudicados presentados en su propuesta técnica y económica, demostrando una falta de responsabilidad y seriedad, al no haber realizado las coordinaciones correspondientes con el fabricante u otra fuente, que le permitiera asegurar la atención de los equipos adjudicados, siendo que los fundamentos expuestos en su documento de descargo, no han logrado revertir los hechos que se le imputan, respecto al incumplimiento injustificado;

Que, mediante Carta ASL 07082020 de fecha 30 de julio del 2020, la referida empresa presentó recurso de reconsideración ante la Dirección de Ejecución de Contratos respecto a la observación impuesta y solicita la suspensión de la ejecución, señalando entre otras consideraciones las siguientes:

De fecha: 21/09/2020

- Se decidió observar a su representada, sin el análisis de los descargos formulados oportunamente, sin fundamentos suficientes y careciendo de toda motivación en la decisión tomada; situación que perjudica notablemente la planificación e inversión realizada en los procesos de selección que ya se encontraban adjudicados y estaban pendientes del perfeccionamiento de los contratos respectivos; incumpliendo esa Dirección con motivar debidamente su decisión, no obstante ser la motivación uno de los principales requisitos de validez de los actos administrativos.
- Se ha tomado conocimiento de la nueva prueba contenida en el Oficio N° 2759/61 del 30-07-2020, que obra en la ACFFAA, mediante el cual la Marina de Guerra del Perú informa a la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas que su compañía informó la imposibilidad de suscribir el contrato antes del vencimiento del plazo para dicho fin; no manifestando que esa negativa haya ocasionado perjuicios a la Entidad o desabastecimiento de los bienes o pérdidas presupuestales.

Que, mediante Carta N° 00006-2020-DEC-ACFFAA de fecha 28 de agosto de 2020, la Dirección de Ejecución de Contratos resuelve el recurso de reconsideración, declarándolo INFUNDADO, bajo los siguientes argumentos:

- Se ha tenido una fuerte convicción, basada en una clara y objetiva fundamentación debidamente motivada, para la decisión de realizar la indicada observación. Asimismo el medio probatorio que permitió la admisión de su recurso de reconsideración no aporta mayores elementos de juicio sobre la observación, sino por el contrario presenta graves contradicciones a su descargo, dado que en dicho documento la Marina de Guerra del Perú señala que la empresa ASL manifestó no poder firmar el contrato, debido a que su proveedor extranjero se encuentra imposibilitado de entregar el material ya que los certificados correspondientes que deben acompañar dicho material tiene un proceso muy prolongado.
- Estos hechos, contrarios a lo manifestado en su documento de Descargo, comprueban que la empresa ASL no suscribió el contrato, ni solicitó ampliación de plazo para la suscripción del mismo, tampoco para el cumplimiento de la ejecución contractual.

Que, mediante Carta S/N de fecha 31 de agosto de 2020, la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION - ASL interpone recurso de apelación contra la observación contenida en la Carta N° 000003-2020-DEC-ACFFAA y solicita la suspensión de la ejecución de la observación hasta que se resuelva el recurso impugnativo, indicando que:

- No obstante buscar proveedores de los bienes materia del proceso en diferentes países del mundo, no fue posible obtener los bienes por haber monopolizado la empresa IPT la distribución en el Perú, hecho que no era de conocimiento su representada y menos aún de la Marina de Guerra del Perú.

De fecha: 21/09/2020

- Su representada efectivamente cumple con la primera premisa para ser observada en el registro al no haber suscrito el contrato pese a haber obtenido la Buena Pro del proceso; pero no cumple con la falta de justificación para dicho efecto; por el contrario, fueron motivados por una competencia con sentido monopolista de parte de la empresa IPT, quien sin conocimiento de la misma Entidad se erigió como proveedor exclusivo del fabricante de los bienes materia del proceso cerrándonos las puertas de diferentes proveedores en el mundo y que prácticamente dicha empresa los conmina a no continuar con la suscripción del contrato.
- Se ha demostrado que existió causa justificada al haberse configurado una situación de fuerza mayor que impidió el cumplimiento de la obligación de ASL de suscribir el contrato.
- En todo momento se actuó con la diligencia debida al buscar desde antes de la convocatoria a los proveedores adecuados, recurriendo a ellos con el requerimiento de atención del pedido para la Marina de Guerra; tomando conocimiento que no iba a ser atendido cuando su representada ya había presentado su oferta formal al proceso de contratación en el mercado extranjero.
- El Artículo 136.3. del Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable de manera supletoria por disposición de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30225 establece que *“En caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, habiéndose demostrado que si existió causa justificada al haberse configurado una situación de fuerza mayor que impidió el cumplimiento de la obligación de suscribir el contrato”*.

Que, en cuanto a la solicitud de suspensión, mediante Carta N°000010-2020-DJ-ACFFAA de fecha 15 de setiembre de 2020, la Agencia comunica a la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION – ASL, la no suspensión de la ejecución de la observación materia de impugnación.

Que, de la revisión de la normativa aplicable al presente procedimiento impugnativo, se advierte lo siguiente:

1. Mediante Decreto Legislativo N° 1128, se crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, como organismo público ejecutor adscrito al Ministerio de Defensa, encargada de planificar, organizar y ejecutar el Plan Estratégico de Compras del Sector Defensa, así como los procesos de contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías a su cargo, en el mercado nacional y extranjero, que fortalezcan el planeamiento estratégico de compras y la adecuada ejecución de las contrataciones en el Sector Defensa.

De fecha: 21/09/2020

2. El numeral 5 del artículo 4 del referido Decreto legislativo, establece como una de las funciones de la Agencia, la de: *“Formular, actualizar y aprobar Directivas, Manuales u otros instrumentos análogos, para los procesos de contratación que estén a su cargo y/o Unidades Ejecutoras del Sector Defensa (...).”*
3. El literal c. del párrafo 2 ASPECTOS GENERALES del Capítulo I del Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero, versión 05, aprobado mediante Resolución Jefatural N° 29-2020-ACFFAA, establece que *“La ACFFAA tiene entre sus funciones, formular, actualizar y aprobar directivas, manuales u otros instrumentos análogos para los procesos de contratación a su cargo y/o de los OBAC. En ese contexto, los procesos de contratación en el mercado extranjero se rigen por las normas y/o procedimientos establecidos por las directivas, manuales y/o disposiciones normativas que para tal efecto emita la Agencia”.*
4. Mediante la Resolución Jefatural N° 123-20019-ACFFAA, se aprobó la Directiva DIR-DC-004, Versión 01 “Registro de Proveedores del Mercado Extranjero de la ACFFAA” (aplicable para determinar la observación en el presente caso), la cual establece en su Anexo 01, los criterios para observar a los proveedores en el mercado extranjero, dentro de los cuales se encuentra *“No suscribir y/o recibir un contrato, orden de compra u orden de prestación de servicio, sin causa justificada”*, la cual tiene un plazo de observación de 18 meses.

Que, estando a los argumentos de la empresa impugnante, se colige que, para determinar si la observación atribuida a la empresa se ajusta a la normativa aplicable y guarda correspondencia con los hechos descritos, se deberán analizar los siguientes aspectos: (i) debido procedimiento, (II) alcances del incumplimiento y (ii) existencia de causa justificada:

Sobre el debido procedimiento

De conformidad con el Principio del debido procedimiento regulado en el TUO de la LPAG aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, *“Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.”*;

En el presente caso, aprecia que a la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION - ASL, se le brindaron los derechos y las garantías implícitas al debido procedimiento administrativo, tales como el derecho a ser notificado y presentar descargos, así como como obtener una decisión razonada, toda vez que la decisión de observación obedece estrictamente, al incumplimiento de suscribir el contrato derivado del proceso de

De fecha: 21/09/2020

contratación en el mercado extranjero RES N° 019-2020 MGP/DIRCOMAT para el “Suministro de material de sonoboyas activas, pasivas y batitermográficas para el programa SH-2G”. Asimismo, la Carta N° 000003-2020-DEC-ACFFAA señaló las razones por la cuales se tomó la decisión de observar la referida empresa; en consecuencia, no existe vulneración o algún vicio que afecte el presente procedimiento.

Sobre los alcances del incumplimiento

El Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero establece que una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, las partes están obligadas a suscribir el contrato, para lo cual el contratista deberá cumplir con presentar los requisitos establecidos en las Bases, debiéndose suscribir el mismo dentro del plazo establecido.

Con el otorgamiento de la buena pro, se genera el derecho del postor ganador del proceso de contratación de perfeccionar el contrato con la Entidad. Sin embargo, dicho perfeccionamiento, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien asume el compromiso de mantener la seriedad de la oferta hasta el respectivo perfeccionamiento del contrato.

En el presente caso, la empresa impugnante fue adjudicada con la Buena Pro del proceso de contratación en el mercado extranjero RES N° 019-2019-MGP/DIRCOMAT, razón por la cual dicha empresa tenía la obligación de suscribir el contrato derivado del referido proceso; asimismo, cumplir con presentar los requisitos establecidos en las Bases. Sin embargo, dicha empresa manifestó, a través de la Carta ASL 02122019 RES 019, que no podrá firmar el contrato debido a que su proveedor extranjero se encuentra imposibilitado de entregar el material, ya que los certificados correspondientes que deben acompañar dicho material tienen un proceso muy prologando, lo cual acarreó que perdiera la buena pro.

Sobre la existencia de causa justificada

La Directiva DIR-DC-004, Versión 01, aprobada mediante Resolución Jefatural N° 123-2019-ACFFAA, la misma que resulta aplicable al presente caso, establece en el Anexo 01 como criterio para observar a los proveedores en el mercado extranjero: “No suscribir y/o recibir un contrato, orden de compra u orden de prestación de servicio, sin causa justificada”;

Dicho criterio de observación establece como supuesto indispensable para su configuración, la materialización de dos supuestos de hecho: i) que el postor no suscriba el contrato pese a haber obtenido la buena pro del respectivo proceso de selección, y ii) que dicha actitud no encuentre justificación;

Respecto del primer hecho, ha quedado evidenciado que la empresa ASL ha manifestado que efectivamente no suscribió el contrato derivado del proceso de contratación en el mercado extranjero RES N° 019-2019-

De fecha: 21/09/2020

MGP/DIRCOMAT, para la “Adquisición de Sonoboyas Activas, Pasivas y Batitermográficos para el Programa SH-2G”, por lo que no se requiere mayor análisis respecto a este extremo.

Respecto del segundo hecho, la empresa impugnante ha manifestado que dicho incumplimiento tiene una causa justificada al haberse configurado una situación de fuerza mayor que impidió el cumplimiento de la obligación de suscribir el contrato, dado que fueron motivados por una competencia con sentido monopolista de parte de la empresa IPT, quien sin conocimiento de la misma Entidad se erigió como proveedor exclusivo del fabricante de los bienes materia del proceso cerrando las puertas de diferentes proveedores en el mundo y que prácticamente dicha empresa los conmina a no continuar con las suscripción del contrato.

Asimismo, indica que la normativa en contrataciones reconoce como causas eximentes de responsabilidad del postor por no suscribir el contrato: (i) imposibilidad física que no le sea atribuible, e (ii) imposibilidad jurídica que no le sea atribuible; en ambos casos, la imposibilidad debe ser sobrevenida al otorgamiento de la buena pro; por tanto, para efectos de la determinación de la observación se considerará que la conducta de no suscribir contrato es injustificada cuando no se sustente en alguno de los supuestos antes señalados.

Sobre el particular, el Tribunal de Contrataciones ha reconocido en reiteradas resoluciones¹, que en el marco de la normativa de las contrataciones del Estado, la imposibilidad física no atribuible al postor adjudicado se encuentra referida a un obstáculo temporal o permanente que lo inhabilite o imposibilite, irremediablemente e involuntariamente, a cumplir con su obligación de perfeccionar la relación contractual; mientras que la imposibilidad jurídica consiste en la afectación temporal o permanente de la capacidad de la persona natural o jurídica para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues de hacerlo, se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la invalidez o ineficacia de los actos realizados.

En ese orden de ideas, debe entenderse como imposibilidad jurídica que el cumplimiento de la prestación implica la disconformidad de ella con un precepto normativo, o sea cuando existe un obstáculo legal; e imposibilidad física como la imposibilidad material de la existencia del objeto o su no factibilidad de realización por una circunstancia no atribuible o imputable al obligado.

De la revisión de los actuados se advierte que los argumentos alegados por la empresa apelante son distintos e incluso discordantes respecto a los motivos comunicados a la Marina de Guerra del Perú, en razón que mediante

¹ Resolución N° 596-2016-TCE-S2
Resolución N° 1146-2016-TCE-S2
Resolución N° 1250-2016-TCE-S2
Resolución N° 1450-2016-TCE-S2
Resolución N° 1629-2016-TCE-S2

De fecha: 21/09/2020

Carta ASL 02122019 RES 019 del 02 de diciembre de 2019, la referida empresa señala que se encuentra imposibilitada de firmar el contrato debido a que su proveedor extranjero no podrá entregar el material, ya que los certificados correspondientes al mismo tienen un proceso muy prolongado, hecho que también es señalado por la citada Institución Armada a través del Oficio N° 2759/61 de fecha 30 de Julio de 2020, indicando adicionalmente en dicho documento que no recibió documento o correo alguno mediante el cual la empresa ASL comunique la presión por parte de algún postor.

Cabe indicar que todo proveedor que participa y presenta propuestas en un proceso de selección en el mercado extranjero acepta las condiciones, requisitos y plazos establecidos en las Bases, lo cual incluye la obligatoriedad de suscribir el contrato; asimismo, cualquier situación relacionada con su proveedor para la atención del material o con el tiempo de certificación de los bienes corresponde a una responsabilidad exclusiva de la empresa participante, la cual debe prever cualquier contingencia que pueda poner en riesgo el cumplimiento de su oferta.

Por otro lado, una empresa antes de formalizar una propuesta debe tener asegurado el abastecimiento del material en caso resulte ganador de la buena pro, debiendo efectuar las coordinaciones correspondientes con el fabricante o distribuidor autorizado del material, salvo que se configure un hecho de fuerza mayor no imputable a la empresa, situación que no se advierte en el presente caso.

En ese sentido, no se aprecia la configuración de una imposibilidad jurídica, ya que no existe dispositivo normativo que haya obstaculizado el cumplimiento de la obligación (suscripción del contrato); asimismo, no estamos ante una imposibilidad física no atribuible al obligado, puesto que como se ha indicado en el párrafo precedente las situaciones que conllevaron a la no suscripción del contrato no eximen de responsabilidad a la empresa apelante; asimismo, se advierte una discordancia entre los argumentos señalados por dicha empresa a la Marina de Guerra del Perú por la no suscripción del contrato respecto a los argumentos expresados en el presente recurso de apelación.

Que, mediante Informe Legal N° 000243-2020-OAJ-ACFFAA, la Oficina de Asesoría Jurídica, en el ámbito de su competencia, es de opinión que la observación atribuida a la empresa ASL, por haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del proceso de contratación en el mercado extranjero RES N° 019-2019-MGP/DIRCOMAT, guarda correspondencia con los hechos acontecidos y se ajusta a la normatividad sobre la materia, por lo que recomienda se declare infundado el presente recurso de apelación;

Que, conforme el numeral 218.2 del artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, establece que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en un plazo de treinta (30) días;

De fecha: 21/09/2020

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1128, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y la Resolución Jefatural N° 123-2019-ACFFAA.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION - ASL contra la observación contenida en la Carta N° 000003-2020-DEC-ACFFAA, relacionada con la no suscripción del contrato derivado del proceso de contratación en el mercado extranjero RES N° 019-2019-MGP/DIRCOMAT.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución a la empresa AEROSPACE LOGISTICS LTD UK DIVISION - ASL y a la Dirección de Ejecución de Contratos.

Artículo 3.- Dar por agotada la vía administrativa.

Artículo 4.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas (www.gob.pe/acffaa).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Mayor General FAP
José Antonio Gutiérrez Vera
Jefe
Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas