



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

***Sumilla:** “Consecuentemente, de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, corresponde declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, corresponde declarar fundado el recurso de apelación y retrotraer los actos hasta la etapa de perfeccionamiento del contrato para que la Entidad notifique el traslado de posibles vicios de nulidad advertidos a fin que el Impugnante pueda ejercer su derecho de defensa de forma plena”.*

Lima, 24 de noviembre de 2021.

VISTO en sesión del 24 de noviembre de 2021, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 7159/2021.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Ghijak, conformado por las empresas Inversiones Generales Ghijak E.I.R.L. e Ingeniería en la Construcción S.R.L., en el marco de la Licitación Pública N° 03-2021-MDP/CS – Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 10 de agosto del 2021, la Municipalidad Distrital de Pataz, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Licitación Pública N° 03-2021-MDP/CS – Primera Convocatoria, para la contratación de la ejecución de la obra: *“Mejoramiento y ampliación de los servicios de agua y saneamiento en la Localidad de Nimpana del Distrito de Pataz - Provincia de Pataz - Departamento de La Libertad”*; con un valor referencial de S/ 4 143 239.33 (cuatro millones ciento cuarenta y tres mil doscientos treinta y nueve con 33/ 100 soles), en lo sucesivo **el procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, y sus respectivas modificatorias, en adelante **el Reglamento**.

Según el cronograma del procedimiento de selección y de acuerdo a la información registrada en el SEACE, el 10 de setiembre del 2021 se llevó a cabo la presentación electrónica de ofertas y el 15 del mismo mes y año se notificó a

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

través del SEACE la buena pro otorgada a favor al Consorcio Ghijak, conformado por las empresas Inversiones Generales Ghijak E.I.R.L. e Ingeniería en la Construcción S.R.L., conforme a lo que se detalla a continuación:

POSTOR	ETAPAS				
	Admisión	Evaluación			Calificación y resultado
		Precio ofertado (S/.)	Puntaje	Orden de prelación obtenido por sorteo	
Consorcio Ghijak,	Admitido	3 728 915.40	100.00	1	Adjudicado
Consorcio Río	Admitido	3 728 915.40	100.00	2	Descalificado
Consorcio Nimpana EDSA	Admitido	4 097 663.69	91.45	3	Descalificado

El 28 de setiembre del 2021, la Entidad publicó en el SEACE el consentimiento de la buena pro; no obstante, el 5 de octubre del mismo año publicó la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP del 27 de setiembre del 2021, a través de la cual, dispuso declarar la nulidad de oficio, dado que en virtud de la denuncia presentada por el Consorcio Río, se advirtió que comité de selección otorgó la buena pro al Consorcio Ghijak sin considerar que no cumple con: **i)** el Requisito de calificación – “Experiencia del postor en la especialidad” debido a que no se establecen los porcentajes de las obligaciones de los integrantes del Consorcio Ccapi; **ii)** el Requisito de calificación – “Solvencia económica” debido a que no se consigna un plazo de vigencia de la línea de crédito al haber sido emitida el 9 de setiembre de 2021, cuando la presentación de ofertas es fue el 10 del mismo mes y año; **iii)** por haber descalificado de forma arbitraria la oferta del Consorcio Río.

- Mediante Escrito N° 01, presentado el 18 de octubre del 2021 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, debidamente subsanado con Escrito N° 02 el 20 del mismo mes y año, el Consorcio Ghijak, conformado por las empresas Inversiones Generales Ghijak E.I.R.L. e Ingeniería en la Construcción S.R.L., en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la declaratoria de nulidad del acto contenido en la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP y se confirme la buena pro otorgada a su favor; en razón a los siguientes fundamentos:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

- Señaló que el 15 de setiembre de 2021 se otorgó la buena pro a su favor y el 28 del mismo mes y año se registró en el SEACE el consentimiento de la buena pro.
 - Mediante correo del 29 de setiembre de 2021, a las 7:45:38 pm, el área de logística de la Entidad requirió los documentos para la firma del contrato.
 - Refirió que el 17 de setiembre del 2021, a través de la Carta N° 003-2021/RC-NMFH, el señor Nike Mani Flores Henríquez, representante común del Consorcio Río presentó una denuncia por transgresión a la Ley; sin embargo, no adjuntó la tasa correspondiente de conformidad al numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley.
 - Indicó que la Entidad registró el 5 de octubre del 2021 en el SEACE la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP, por la cual comunicó la nulidad de oficio del procedimiento de selección y lo retrotrajo a la etapa de calificación y evaluación de ofertas.
 - Manifestó respecto de dicho acto que la Opinión 246-2017/DTN señala que en caso de declaración de nulidad de oficio, previamente al pronunciamiento de un acto administrativo favorable al administrado, se le corre traslado otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa; sin embargo, que ello no ha ocurrido en el presente caso.
- 3.** Con decreto del 22 de octubre de 2021, la Secretaría del Tribunal solicitó a la Entidad que emita su pronunciamiento respecto a la necesidad de adecuar el requerimiento a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes en el marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. Para tal fin se le otorgó el plazo de tres (3) días hábiles.

Asimismo, se admitió a trámite el recurso de apelación presentado en el marco del procedimiento de selección, y se corrió traslado a la Entidad, a fin de que cumpla, entre otros aspectos, con registrar en el SEACE el informe técnico legal, en el que indique su posición sobre los hechos materia de controversia, en el plazo de tres (3) días hábiles y, además, se dispuso notificar el recurso interpuesto, a los postores distintos del Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución que emita este Tribunal, mediante su publicación en el SEACE, y remitir a la Oficina

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

de Administración y Finanzas la constancia de la garantía presentada por el Impugnante para su verificación y custodia.

4. A través del Escrito N° 03, presentado el 26 de octubre del 2021 ante el Tribunal, el Impugnante agregó lo siguiente:

- Indicó que el 17 de setiembre del 2021 el Consorcio Río, a través de su representante común, el señor Nike Maní Flores Henríquez, presentó la Carta N° 003-2021/RC-NMFH por la cual comunicó al titular de la Entidad supuestas transgresiones a la Ley en el marco del procedimiento de selección por los siguientes motivos:
 - Señaló que el comité de selección habría otorgado la buena pro sin advertir que el Impugnante no se cumple con un requisito de calificación debido a que la experiencia presentada con el Consorcio Ccapi no se establecieron los porcentajes de las obligaciones de los integrantes.
 - Refirió que el Impugnante no habría cumplido con presentar correctamente la solvencia económica ya que no consignó el plazo de vigencia de la línea de crédito, la cual no fue emitida por una empresa bajo supervisión de la SBS.
 - Indicó que el comité de selección descalificó la Consorcio Rio al exigirle un contrato de consorcio con firmas legalizadas y, según señala, dicho colegiado de forma errada manifestó que no cumple con la experiencia del postor en la especialidad, a pesar de que acreditó un monto mayor.
- Manifestó que mediante el Informe N° 01-2021-MDP/CP- LP N° 03-2021-MDP/CS-1 del 24 de setiembre del 2021, el comité de selección concluyó que actuaron de acuerdo a lo establecido en la Ley, en el marco de los criterios de razonabilidad para efectuar una eficiente y eficaz contratación. Posteriormente, el 5 de octubre de 2021 registraron en el SEACE la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP del 27 de setiembre del 2021.
- Solicitó la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP, la cual declaró la nulidad de oficio del procedimiento de selección porque supuestamente el comité de selección no habría tomado en cuenta los contratos N° 4 y 5 presentados por el Consorcio Rio para acreditar la experiencia del postor en la especialidad. Sin embargo, el comité de selección manifestó que actuó conforme a las bases y a la Ley, asimismo, la solicitud de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

nulidad del procedimiento de selección no está conforme a la Opinión N° 039-2018/DTN ya que no realizó el pago correspondiente de la garantía para la emisión de pronunciamiento. Además, indicó que si el Consorcio Rio tenía algún cuestionamiento respecto a la calificación en el marco del procedimiento de selección debió presentar su recurso ante el Tribunal, conforme al artículo 119 del Reglamento.

- Refirió que la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP hizo mención al Informe Legal N° 174-2021-MDO/OAL, el cual manifestó que el comité habría cometido vicios al admitir, evaluar, calificar y otorgar la buena pro al a su favor ya que consideró como válida la acreditación de experiencia. Es decir, en la resolución de alcaldía, no habría un análisis claro sobre las razones por las cuales se declaró la nulidad del procedimiento de selección, solo se señalan sustentos generales.
- Indicó que el Consorcio Rio pretendió eximirse de interponer su recurso de apelación ante el Tribunal, sin aplicar lo dispuesto en la Opinión N° 029-2018/DTN.
- Solicitó declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP debido a que no se le corrió traslado. Al respecto, señaló que el Titular de la Entidad no observó el artículo 213 del TUO de la LPAG debido a que no se le comunicó sobre los posibles vicios, a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa en un plazo no menor a cinco (5) días. En ese sentido, resaltó la importancia del debido procedimiento como un elemento de validez del acto administrativo, derecho a la motivación de las decisiones que adopta la administración pública, el principio de transparencia y el derecho a la defensa.
- Señaló que la Entidad quebrantó un requisito de validez del acto administrativo y el principio de transparencia ya que le ha ocasionado una afectación al no permitirle conocer de manera directa las razones concretas por las cuales su oferta incumpliría con los requisitos previstos en las bases. Además, no se le corrió traslado respecto a la solicitud de nulidad del Consorcio Rio, situación que le impidió emitir un pronunciamiento.

Por lo tanto, al amparo de lo establecido en el artículo 44 de la Ley y el artículo 10 de la LPAG, hay un vicio que afecta sustancialmente la validez de la resolución de alcaldía, teniendo en cuenta ello, agregó que se debe retrotraer el procedimiento a su estado anterior. Es decir, mantener la buena pro otorgada y permitirle el perfeccionamiento del contrato.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

5. El 29 de octubre del 2021, la Entidad registró en el SEACE de forma extemporánea el Informe Legal N° 02-2021-MDP/OAL con el que expuso su posición respecto a los argumentos del recurso de apelación, en los siguientes términos:

- Señaló que el 15 de setiembre del 2021 se otorgó la buena pro a favor del Impugnante, la cual se consintió el 28 de ese mismo mes y año; así, al día siguiente se le solicitó la documentación para el perfeccionamiento del contrato.
- Indicó que la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP, notificada mediante el Memorandum N° 02-2021/A al Jefe de la Unidad de Logística, quien no la subió al SEACE, situación que se hizo de conocimiento a la Secretaria Técnica de procesos disciplinarios a fin de que proceda conforme a sus atribuciones. Preciso que el Jefe de la Unidad de Logística laboró hasta el 30 de setiembre del 2021.
- Manifestó que la denuncia presentada por el representante común del Consorcio Río no ha sido considerada como un recurso administrativo, sino como una comunicación sobre presuntas transgresiones a la Ley ya que el comité de selección la habría vulnerado.
- Señaló que se declaró nulo el procedimiento de selección ya que el comité de selección vulneró la Ley. Primero, en el contrato de constitución de los integrantes del Consorcio Ccapi solo se identificó la asignación de porcentaje de participación, sin embargo, conforme a la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, en el caso de consultorías en general y ejecución de obras todos los integrantes del Consorcio debían comprometerse a ejecutar las actividades directamente vinculadas al objeto de contratación. Segundo, la solvencia económica presentada por el Impugnante debió encontrarse vigente a la fecha de presentación de la oferta.

En ese sentido, indicó que se dispuso retrotraer el procedimiento hasta la etapa de evaluación y calificación de ofertas.

6. Por decreto del 29 de octubre del 2021, se hizo efectivo el apercibimiento a la Entidad, considerando que la Entidad no cumplió con registrar en el SEACE el informe técnico legal requerido el 22 del mismo mes y año. Asimismo, se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que evalúe la información que

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

obra en el mismo y, de ser el caso, dentro del término de cinco (5) días hábiles, lo declare listo para resolver.

7. Por decreto del 29 de octubre del 2021, se dejó a consideración de Sala los argumentos adicionales presentados por el Impugnante.
8. Por decreto del 4 de noviembre del 2021, se programó audiencia pública para el 15 de ese mismo mes y año, la cual se llevó a cabo con la participación de los representantes del Impugnante y de la Entidad.
9. A través del Escrito N° 1, presentado el 10 de noviembre del 2021 ante el Tribunal, la Entidad manifestó que el 29 octubre del 2021 cumplió con absolver el traslado del recurso de apelación, en ese sentido, solicitó tenerlo en cuenta.
10. Con decreto del 15 de noviembre de 2021, a fin que la Sala tenga mayores elementos para resolver requirió a la Entidad que informe legal complementario en el cual sustente su posición de haber aplicado de forma correcta la declaratoria de nulidad conforme el artículo 44 de la Ley, cuando el artículo 128 del Reglamento señala de forma expresa que los posibles vicios de nulidad advertidos de oficio deben ser trasladados a las partes en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.
11. Mediante decreto del 17 de noviembre de 2021, se declaró el expediente listo para resolver.
12. Por Informe Legal N° 03-2021-MDP/OAL, presentado el 18 de noviembre de 2021 ante el Tribunal, la Entidad respondió de forma extemporánea el requerimiento solicitado en los siguientes términos:
 - Manifestó que el hecho que no se hayan corrido traslado a las partes, no significa de ninguna manera que los vicios advertidos de nulidad no existan.
 - Reiteró los cuestionamientos advertidos en la oferta del Impugnante.
 - Se pronunció respecto a los motivos de descalificación del Consorcio Río.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra la declaratoria de nulidad contenida en la Resolución de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

Alcaldía N° 251-2021-MDP registrada el 5 de octubre de 2021 en el SEACE, convocado bajo la vigencia de la Ley y su Reglamento, normas aplicables a la resolución del presente caso.

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

2. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.
3. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso, es decir, en la procedencia inicia el análisis sustancial puesto que se hace una confrontación entre determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutor.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento, a fin de determinar si el recurso es procedente o, por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

- a) *La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezca de competencia para resolverlo.*

El artículo 117 del Reglamento delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que es conocido y resuelto por el Tribunal cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea superior a cincuenta (50) UIT¹ y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. También

¹ Mediante Decreto Supremo N° 392-2020-EF, se aprobó el valor de la UIT para el año 2021, el cual asciende a S/4400.00. En consecuencia, el monto equivalente a 50 UIT es S/220 000.00.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

dispone que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor estimado o referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, dado que, en el presente caso, el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto de una licitación pública, cuyo valor referencial asciende a S/ 4 143 239.33 (cuatro millones ciento cuarenta y tres mil doscientos treinta y nueve con 33/ 100 soles), siendo dicho monto superior a 50 UIT, este Tribunal es competente para conocerlo.

b) Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.

El artículo 118 del Reglamento ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: i) las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, ii) las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, iii) los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, iv) las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y v) las contrataciones directas.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la declaratoria de nulidad del acto contenido en la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP; por consiguiente, se advierte que los actos objeto del recurso no se encuentran comprendidos en la relación de actos inimpugnables.

c) Sea interpuesto fuera del plazo.

El artículo numeral 119.2 del artículo 119 del Reglamento establece que la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación.

De igual modo, según el literal d) del artículo 122 del Reglamento, cuando se advierte que el recurso de apelación no contiene alguno de los requisitos de admisibilidad y que esta omisión no fue advertida en el momento de la presentación del recurso, el Presidente del Tribunal concede un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de las

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

observaciones para la subsanación respectiva. Transcurrido el plazo sin que se realice la subsanación, el recurso se tiene por no presentado.

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, teniendo en cuenta que la apelación se da contra la declaratoria de nulidad de oficio del procedimiento de selección, el Impugnante contaba con un plazo de ocho (8) días hábiles para interponer su recurso de apelación, el cual vencía el 19 de octubre de 2021², considerando que la declaratoria de nulidad de oficio del procedimiento de selección se notificó en el SEACE el día 5 del mismo mes y año.

Al respecto, del expediente se aprecia que el 18 de octubre de 2021 el Impugnante interpuso su recurso de apelación, debidamente subsanado el 20 del mismo mes y año; en consecuencia, cumplió con el plazo descrito en los artículos 119 y 122 del Reglamento.

d) El que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante.

De la revisión del recurso de apelación del Impugnante, se aprecia que este aparece suscrito por su representante común, el señor Rolfi Asunción Pantoja Echevarría.

e) El impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual pueda evidenciarse que los integrantes del Impugnante se encuentren inmersos en alguna causal de impedimento.

f) El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual pueda evidenciarse que los integrantes del Impugnante se encuentren incapacitados legalmente para ejercer actos civiles.

g) El impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.

El numeral 217.1 del artículo 217 del TUO de la LPAG regula la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto administrativo que

² Considerando que el 8 y 11 de octubre fueron días no laborables.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante la interposición del recurso correspondiente que, en materia de contrataciones del Estado, es el recurso de apelación.

Nótese que, la decisión de la Entidad en el presente caso, de determinarse irregular, causaría agravio al Impugnante en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro, puesto que el otorgamiento de la buena pro se habría realizado transgrediendo lo establecido en la Ley, el Reglamento y las bases integradas.

En ese sentido, el Impugnante cuenta con interés para obrar y legitimidad procesal para impugnar el otorgamiento de la buena pro.

h) Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.

En el caso concreto, el recurso de apelación no ha sido interpuesto por el ganador de la buena pro, pues con motivo de la declaratoria de nulidad de oficio del procedimiento de selección, perdió dicha condición.

i) No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

El Impugnante ha solicitado la nulidad, de la declaratoria de nulidad de oficio contenido en la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP del 27 de setiembre de 2021 o que se deje sin efecto; en consecuencia, se confirme la buena pro a su favor. En ese sentido, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que estos se encuentran orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose, por lo tanto, en la presente causal de improcedencia.

4. En consecuencia, atendiendo a las consideraciones descritas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento, por lo que corresponde efectuar el análisis de los asuntos de fondo planteados.

B. PRETENSIONES:

De la revisión del recurso de apelación se advierte que el Impugnante solicitó a este Tribunal lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

- Se declare la nulidad de la declaratoria de nulidad de oficio contenido en la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP del 27 de setiembre de 2021 o que se deje sin efecto.
- Se confirme el otorgamiento de la buena pro a su favor.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

5. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos del presente recurso.

En ese sentido, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 y el mismo literal del artículo 127 del Reglamento, que establece que la determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento.

Cabe señalar que lo antes citado, tiene como premisa que, al momento de analizar el recurso de apelación, se garantice el derecho al debido proceso de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de lo que ha sido materia de impugnación; pues lo contrario, es decir, acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una situación de indefensión a la otra parte, la cual, dado los plazos perentorios con que cuenta el Tribunal para resolver, vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa.

Al respecto, en el caso de autos, se aprecia que el recurso de apelación fue notificado a través del SEACE el 25 de octubre de 2021, razón por la cual los posibles afectados contaban con tres (3) días hábiles para absolver el traslado del citado recurso, esto es, hasta el 28 del mismo mes y año.

En relación con ello, hasta la fecha de emisión de la presente resolución, no se advierte algún apersonamiento ni absolución del traslado del recurso de apelación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

En ese sentido, para determinar los puntos controvertidos, solo corresponde tomar en consideración los cuestionamientos planteados por el Impugnante.

6. En atención a lo expuesto, el punto controvertido a esclarecer consiste en:
 - Determinar si corresponde declarar la nulidad de la declaratoria de nulidad de oficio contenida en la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP del 27 de setiembre de 2021.

D. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

7. Con el propósito de esclarecer esta controversia, es relevante destacar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.
8. En adición a lo expresado, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.
9. En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, este Colegiado se avocará al análisis del único punto controvertido planteados en el presente procedimiento de impugnación.
 - **ÚNICO PUNTO CONTROVERTIDO:** Determinar si corresponde declarar la nulidad de la declaratoria de nulidad de oficio contenida en la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP del 27 de setiembre de 2021.
10. Conforme fluye de los antecedentes reseñados en el primer acápite de la presente resolución, el Impugnante cuestionó la decisión de la Entidad de declarar la nulidad de oficio contenida en la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP del 27 de setiembre de 2021.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

Al respecto, refirió que se consintió la buena pro el 28 de setiembre de 2021; sin embargo, el 5 de octubre de ese mismo año la Entidad registró en el SEACE la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP, por la cual comunicó la nulidad de oficio del procedimiento de selección y lo retrotrajo a la etapa de calificación y evaluación de ofertas; toda vez que el Consorcio Río presentó una denuncia contra el otorgamiento de la buena pro y la descalificación de su oferta.

Asimismo, mencionó que no pudo ejercer su derecho a la defensa debido a que no se le corrió traslado de los supuestos vicios de nulidad advertidos en la calificación de su oferta y sustentó su posición con la Opinión N° 246-2017/DTN la cual señala que, en caso de declaración de nulidad de oficio, previamente al pronunciamiento de un acto administrativo favorable al administrado, se le corre traslado otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.

Agregó, que si el Consorcio Río tenía algún cuestionamiento respecto a la calificación de ofertas en el marco del procedimiento de selección, debió presentar su recurso ante el Tribunal, conforme al artículo 119 del Reglamento; sin embargo, no realizó el pago correspondiente de la garantía para la emisión de pronunciamiento.

- 11.** Por su parte, la Entidad manifestó que el 15 de setiembre del 2021 se otorgó la buena pro a favor del Impugnante la cual se consintió el 28 de ese mismo mes y año; así, al día siguiente se le solicitó la documentación para el perfeccionamiento del contrato.

Indicó que la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP fue notificada mediante el Memorándum N° 02-2021/A al Jefe de la Unidad de Logística, quien no la subió al SEACE, y tal situación que ha puesto de conocimiento a la Secretaria Técnica de procesos disciplinarios a fin de que proceda conforme a sus atribuciones. Preciso que el Jefe de la Unidad de Logística laboró hasta el 30 de setiembre del 2021.

Manifestó que la denuncia presentada por el representante común del Consorcio Río no ha sido considerada como un recurso administrativo, sino como una comunicación sobre presuntas transgresiones a la Ley ya que el comité de selección la habría vulnerado.

Señaló que se declaró nulo el procedimiento de selección ya que el comité de selección vulneró la Ley, en los siguientes extremos: i) el contrato de constitución de los integrantes del Consorcio Ccapi solo se identificó la asignación de porcentaje de participación, sin embargo, conforme a la Directiva N° 006-2017-

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

OSCE/CD, en el caso de consultorías en general y ejecución de obras todos los integrantes del Consorcio debían comprometerse a ejecutar las actividades directamente vinculadas al objeto de contratación; y ii) la solvencia económica presentada por el Impugnante debió encontrarse vigente a la fecha de presentación de la oferta.

En ese sentido, indicó que se dispuso retrotraer el procedimiento hasta la etapa de evaluación y calificación de ofertas.

12. Atendiendo los argumentos expuestos, la Sala advirtió que la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP de fecha 27 de setiembre de 2021, y registrada 5 de octubre del mismo año, declaró la nulidad de oficio sin haber realizado previamente el traslado de nulidad a los posibles administrados que pudieran verse afectados con la decisión adoptada, tal como lo establece el artículo 213 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que indicó haber tramitado la solicitud del Consorcio Río en forma de denuncia, según los términos del TUO de la LPAG.

En ese sentido, se requirió a la Entidad un informe legal complementario en el cual sustente su posición de haber aplicado de forma correcta la declaratoria de nulidad conforme el artículo 44 de la Ley, cuando el artículo 128 del Reglamento señala de forma expresa que los posibles vicios de nulidad advertidos de oficio deben ser trasladados a las partes en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.

13. Al respecto, la Entidad manifestó que el hecho que no se hayan corrido traslado a las partes, no significa de ninguna manera que los vicios advertidos de nulidad no existan y reiteró los cuestionamientos advertidos a la oferta del Impugnante; asimismo, se pronunció sobre la calificación del Consorcio Río. Para un mejor detalle se reproduce el extracto de la respuesta:

1.1. Que la entidad ha actuado siempre con sujeción al principio de legalidad y el hecho de haberse recibido una denuncia, mediante la cual con el informe legal se advirtió vicios y estos no se hayan corrido traslado a las partes, esto no significa de ninguna manera que los vicios advertidos de nulidad no existan sino por el contrario, todo ello corrobora la certeza de la nulidad sancionada por la entidad al declarar la Nulidad de Oficio mediante Resolución de Alcaldía del Procedimiento de Selección de la LP N° 003-2021-MDP/CS-PRIMERA CONVOCATORIA y RETROTRALLENDOSE a la etapa de EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE OFERTAS.

1.2. Razones fondo que deben considerarse en salvaguarda del principio de legalidad e intereses general que la entidad ha actuado en la emisión de la resolución....
Que en relación que el postor CONOSRCIO GHIJAK no cumple con el requisito de calificación de experiencia en la especialidad:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

Como se aprecia, la Entidad confirmó no haber realizado el traslado de los posibles vicios de nulidad. Asimismo, cabe recordar que sustentaron su posición en el hecho que atendieron la solicitud del Consorcio Río en forma de denuncia, conforme lo establece el TUO de la LPAG; sin embargo, resulta preciso indicar que tanto la normativa general en su artículo 213, como el Reglamento en su artículo 128, establecen lo siguiente:

Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.
(...)

(El énfasis es agregado).

Nótese que se ha establecido que se debe correr el traslado de nulidad a las partes al advertirse posibles vicios de nulidad a fin de que puedan ejercer su derecho a la defensa. En ese sentido, se advierte que la Entidad no procedió conforme a lo estipulado en el TUO de la LPAG (toda vez que indicó haber tramitado una denuncia).

14. Ahora bien, también cabe precisar que la Entidad indicó en su Informe Legal N° 02-2021-MDP/OAL haber cumplido con las formalidades establecidas en el artículo 44 de la Ley. Al respecto, se precisa el artículo 44 de la Ley y el artículo 128 del Reglamento indican lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

Artículo 44. Declaratoria de nulidad

44.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

44.2 El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas-Perú Compras, en los procedimientos de implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de ofi cio en los siguientes casos:

(...)

(El énfasis es agregado).

Artículo 128. Alcances de la resolución

*128.1 Al ejercer su potestad resolutoria, el Tribunal o **la Entidad** resuelve de una de las siguientes formas:*

a) Cuando el acto impugnado se ajusta a las disposiciones y principios de la Ley, al Reglamento, a los documentos del procedimiento de selección y demás normas conexas o complementarias, declara infundado el recurso de apelación y confirma el acto objeto del mismo.

b) Cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de las disposiciones y principios de la Ley, del Reglamento, de los documentos del procedimiento de selección o demás normas conexas o complementarias, declara fundado el recurso de apelación y revoca el acto impugnado.

c) Cuando el impugnante ha cuestionado actos directamente vinculados a la evaluación, calificación de las ofertas y/u otorgamiento de la buena pro, evalúa si es posible efectuar el análisis sobre el fondo del asunto, otorgando la buena pro a quien corresponda, siendo improcedente cualquier impugnación administrativa contra dicha decisión.

d) Cuando el recurso de apelación incurra en alguna de las causales establecidas en el artículo 123 lo declara improcedente.

e) Cuando verifique alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, en virtud del recurso interpuesto o de oficio, y no sea posible la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

conservación del acto, declara la nulidad de los actos que correspondan, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotrae el procedimiento de selección, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.

128.2. Cuando el Tribunal o la Entidad advierta de oficio posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección, corre traslado a las partes y a la Entidad, según corresponda, para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. En el caso de apelaciones ante el Tribunal, se extiende el plazo previsto en el literal d) del numeral 126.1 del artículo 126. En los procedimientos que contengan audiencia pública, en dicho acto se puede notificar a las partes sobre los posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección. Tratándose de apelaciones ante la Entidad, se extiende el plazo previsto para resolver.

(El énfasis es agregado).

Como se puede apreciar, el artículo 44 de la Ley es aplicable para aquellos casos en el que se advierten vicios de nulidad durante el marco de un procedimiento de selección hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación; para cuyo efecto, deberá correrse traslado a las partes para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles respecto de los vicios advertidos.

En ese sentido, es preciso indicar que la normativa especial no especifica para el caso en concreto, esto es, por motivo de declaratoria de nulidad de oficio por denuncia de parte, la posibilidad de correr traslado de los vicios de nulidad a las partes; no obstante, cabe recordar que la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento indica que “[e]n lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado”; en ese sentido, en el caso en concreto resulta aplicable el artículo 213 del TUO de la LPAG.

15. Ahora bien, respecto al cuestionamiento por parte del Impugnante referido a que el Consorcio Río debió tramitar un recurso de apelación y haber presentado garantía por ello.

Al respecto, si bien la normativa de contrataciones ha establecido esa regla para los que participan en el procedimiento de selección, ello no impide que la Entidad, al tomar conocimiento de una causal de nulidad, pueda declararlo de oficio, como ha ocurrido en el presente caso, teniendo como sustento la facultad prevista en el artículo 44 de la Ley.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

16. En consecuencia, este Colegiado advirtió que la Entidad vulneró el debido procedimiento y el derecho de defensa del Impugnante al no haber realizado el traslado de los posibles vicios de nulidad. En ese sentido, quebrantó el requisito de validez del acto administrativo contemplado en el numeral 5 del artículo 3 del TUO de la LPAG, vulnerando, a su vez, el principio de transparencia previsto en el artículo 2 de la Ley, lo cual atenta contra el derecho al debido procedimiento en sede administrativa.

En esa línea, se concluye que el vicio incurrido resulta trascendente, toda vez que ha tenido incidencia directa en la controversia que se ha generado en el presente procedimiento de selección; además, se advierte que no solo se incumplió la normatividad, sino que afectó el debido procedimiento, incidiendo además en el derecho de defensa de la Impugnante, por lo que no corresponde su conservación.

17. Por lo tanto, corresponde amparar la pretensión de la Impugnante referida a que se declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP registrada en el SEACE el 5 de octubre de 2021.

Consecuentemente, de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, corresponde declarar **fundado** el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, corresponde declarar **fundado** el recurso de apelación y **retrotraer los actos hasta la etapa de perfeccionamiento del contrato para que la Entidad notifique el traslado de posibles vicios de nulidad advertidos** a fin que el Impugnante pueda ejercer su derecho de defensa de forma plena.

Asimismo, en atención de lo dispuesto en el literal a) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y siendo que este Tribunal procederá a declarar fundado el recurso de apelación, corresponde devolver la garantía que fuera otorgada por el Impugnante, al interponer su recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Paola Saavedra Alburquerque y la intervención de los vocales Héctor Marín Inga Huamán y Jorge Luis Herrera Guerra, atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a partir del 14 de marzo de 2019, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

correspondiente, por mayoría;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **fundado** el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Ghijak, conformado por las empresas Inversiones Generales Ghijak E.I.R.L. e Ingeniería en la Construcción S.R.L., contra la declaratoria de nulidad de la Licitación Pública N° 03-2021-MDP/CS – Primera Convocatoria, para la contratación de la ejecución de la obra: “*Mejoramiento y ampliación de los servicios de agua y saneamiento en la Localidad de Nimpana del Distrito de Pataz - Provincia de Pataz - Departamento de La Libertad*”, conforme a los fundamentos expuestos; en consecuencia, corresponde:
 - 1.1 **Declarar la nulidad** de la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP del 27 de setiembre del 2021, registrada en el SEACE el 5 de octubre de 2021, emitida por la Municipalidad Distrital de Pataz, debiéndose **retrotraer los actos hasta la etapa de perfeccionamiento del contrato para que la Entidad notifique el traslado de posibles vicios de nulidad advertidos.**
2. **Devolver** la garantía presentada por el Consorcio Ghijak, conformado por las empresas Inversiones Generales Ghijak E.I.R.L. e Ingeniería en la Construcción S.R.L., por la interposición del recurso de apelación.
3. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

SS.
Inga Huamán.
Saavedra Alburqueque.
Herrera Guerra.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

VOTO EN SINGULAR DE LA VOCAL PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE

El suscrito, respetuosamente, tiene una posición discordante respecto los fundamentos 13 al 15, bajo los siguientes fundamentos:

1. Al respecto, la suscrita considera que tanto la normativa general en su artículo 213, como el Reglamento en su artículo 128, en concordancia con el artículo 44 de la Ley, establecen lo siguiente:

Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público o lesionen derechos fundamentales.

213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.
(...)

(El énfasis es agregado).

Artículo 44. Declaratoria de nulidad

44.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

44.2 El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas–Perú Compras, en los procedimientos de implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de ofi cio en los siguientes casos:
(...)

(El énfasis es agregado).

Artículo 128. Alcances de la resolución

128.1 Al ejercer su potestad resolutive, el Tribunal o **la Entidad** resuelve de una de las siguientes formas:

a) Cuando el acto impugnado se ajusta a las disposiciones y principios de la Ley, al Reglamento, a los documentos del procedimiento de selección y demás normas conexas o complementarias, declara infundado el recurso de apelación y confirma el acto objeto del mismo.

b) Cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de las disposiciones y principios de la Ley, del Reglamento, de los documentos del procedimiento de selección o demás normas conexas o complementarias, declara fundado el recurso de apelación y revoca el acto impugnado.

c) Cuando el impugnante ha cuestionado actos directamente vinculados a la evaluación, calificación de las ofertas y/u otorgamiento de la buena pro, evalúa si es posible efectuar el análisis sobre el fondo del asunto, otorgando la buena pro a quien corresponda, siendo improcedente cualquier impugnación administrativa contra dicha decisión.

d) Cuando el recurso de apelación incurra en alguna de las causales establecidas en el artículo 123 lo declara improcedente.

e) Cuando verifique alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, en virtud del recurso interpuesto o de ofi cio, y no sea posible la conservación del acto, declara la nulidad de los actos que correspondan, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotrae el procedimiento de selección, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.

128.2. Cuando el Tribunal o la Entidad advierta de ofi cio posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección, corre traslado a las partes y a la Entidad, según corresponda, **para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles.** En el caso de apelaciones ante el Tribunal, se extiende el plazo previsto en el literal d) del numeral 126.1 del artículo 126. En los procedimientos que contengan audiencia pública, en dicho acto se puede notificar a las partes sobre los posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección. Tratándose de apelaciones ante la Entidad, se extiende el plazo previsto para resolver.

(El énfasis es agregado).



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3993-2021-TCE-S3

Al respecto, la suscrita considera que el artículo 44 de la Ley, señala que la Entidad puede declarar la nulidad hasta antes del perfeccionamiento del contrato por las causales del numeral 44.1 del mismo artículo, que son las siguientes: i) actos dictados por órgano incompetente; ii) contravengan normas legales; iii) imposible jurídico; iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento; y v) prescindan de la forma prescrita por la normativa aplicable.

En el presente caso, se han prescindido de las normas esenciales y la forma prescrita, lo cual se ha señalado en la Resolución de Alcaldía N° 251-2021-MDP; en consecuencia, si la declaratoria de nulidad está enmarcada por lo señalado en el artículo 44 de la Ley y, por tanto, resulta aplicable el artículo 128 del Reglamento.

Asimismo, es preciso recordar que, según la LPAG cuando una entidad pública declara una nulidad que no se encuentra solicitada en un recurso, la nulidad declarada es de oficio; por tanto, también resulta aplicable el artículo 128 del Reglamento.

En el caso en concreto, en ambos casos se ha establecido que se debe correr el traslado de nulidad a las partes al advertirse posibles vicios de nulidad a fin de que puedan ejercer su derecho a la defensa. En ese sentido, ya sea a petición [recurso] o de oficio, lo cierto es que la Entidad no procedió conforme a lo estipulado en el TUO de la LPAG; además, sin perjuicio de ello, toda vez que también señaló en su Informe Legal N° 02-2021-MDP/OAL haber cumplido con las formalidades establecidas en el artículo 44 de la Ley, se precisa que tampoco otorgó el plazo establecido en el artículo 128 del Reglamento.

VOCAL