

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

Sumilla: “Por las consideraciones expuestas, este Colegiado advierte que no se usaron de forma adecuada las bases estándar del procedimiento de selección por haber agregado condiciones específicas (acreditación de partidas) al momento de consignar las obras similares que acreditarían el cumplimiento del requisito de calificación – Experiencia del postor en la especialidad; lo cual trajo como consecuencia que los postores se vean limitados al momento de formular sus ofertas en lo concerniente a la experiencia del postor al tener que presentar documentos adicionales a los establecidos para la acreditación del requisito de calificación bajo análisis; vulnerando el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, así como los principios de libertad de concurrencia, competencia e igualdad de trato”.

Lima, 9 de diciembre de 2021.

VISTO en sesión del 9 de diciembre de 2021, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 7459/2021.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa Séptima Contratistas Generales S.C.R.L., en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 001-2021-CS/MDP - Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 29 de setiembre de 2021, la Municipalidad Distrital de Paccha – Yauli, en adelante **la Entidad**, convocó el Adjudicación Simplificada N° 001-2021-CS/MDP - Primera Convocatoria, para la contratación de la ejecución de la obra: “*Mejoramiento y ampliación del servicio de transitabilidad vehicular y peatonal en el Barrio 8 de Diciembre, distrito Paccha, provincia de Yauli, departamento de Junín; con CUI N° 2503162*”, con un valor referencial de S/ 897 016.15 (ochocientos noventa y siete mil dieciséis con 15/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo 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 modificatorias, en lo sucesivo **el Reglamento**.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

Según el cronograma del procedimiento de selección y de acuerdo a la información registrada en el SEACE, el 14 de octubre del 2021 se llevó a cabo la presentación electrónica de ofertas y el 18 del mismo mes y año se notificó a través del SEACE la buena pro otorgada a favor de la empresa N y MJ Consultores y Ejecutores S.A.C., en adelante **el Adjudicatario**, de acuerdo al siguiente detalle:

POSTOR	ETAPAS				
	Admisión	Evaluación			Calificación y resultado
		Precio ofertado (S/)	Puntaje Total	Orden de prelación	
N y MJ Consultores y Ejecutores S.A.C.	Admitido	879 075.83	105.62 ¹	1	Adjudicado
Porfisa Contratistas Generales S.A.C.	Admitido	807 314.55	105.00	2	Calificado
Constructora & Minería Golden S.A.C.	Admitido	807 314.55	105.00	3	Calificado
Giralsol E.I.R.L.	Admitido	807 314.55	105.00	4	Calificado
Séptima Contratistas Generales S.C.R.L.	Admitido	807 314.55	115.00 ²	-	Descalificado ³

¹ Bonificaciones obtenidas: 10% (9.18%) por provincia colindante, 5% (4.59) MYPE.

² Bonificaciones obtenidas: 10% por provincia colindante, 5% MYPE.

³ Motivo: "Para la acreditación de la experiencia, el postor presenta copia del Contrato GL-C-065-2017, Constancia de Ejecución de obras, y, "Presupuesto de Obra", ante ello de la revisión de los documentos se aprecia un presupuesto de obra, el cual asumimos corresponde a la oferta que presentó para el proceso de selección realizado por la empresa de Activos Mineros, ello debido a que este presupuesto tiene fecha de emisión 11/06/2017 y el contrato tiene fecha del 17/07/2017 es decir el presupuesto tiene fecha inclusive antes de la firma del contrato, ante ello, en la Constancia de Ejecución de Obras se aprecia que durante la ejecución del contrato no se llegó a ejecutar el 100% del presupuesto por ende no se ejecutaron al 100% las partidas señaladas en el presupuesto, sino que hubo un deductivo por S/ 29,199.21, ante ello al existir este deductivo el postor no presenta ningún documento que acredite cuales fueron las partidas realmente ejecutadas y cuáles no, no habiendo documento que permita verificar si este deductivo señalado puede haber afectado a alguna de las partidas requeridas para la acreditación de la experiencia del postor (Pavimento rígido – concreto $f_c=210\text{kg/cm}^2$, Veredas, Muro de concreto armado y/o muro de contención), por lo que el presupuesto presentado corresponde solo a la programación, mas no acredita las partidas realmente ejecutadas. Ante ello, no siendo posible la verificación de cuáles fueron las partidas realmente ejecutadas, y no pudiendo verificarse si dentro de ellas se encuentran las partidas solicitadas, este comité de selección no valida el presupuesto presentado para la acreditación de su experiencia, por lo que, no habiendo otros contratos para la acreditación de la experiencia del postor, este sería de S/ 0.00, siendo su propuesta Descalificada".

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

2. Con Escrito N° 01, presentado el 25 de octubre de 2021 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, debidamente subsanado con Escrito N° 02 del 27 del mismo mes y año, la empresa Séptima Contratistas Generales S.C.R.L., en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su oferta; además, solicitó revocar su descalificación y se declare la nulidad del acto de evaluación de ofertas; en consecuencia, se le otorgue la buena pro. Al respecto, el Impugnante expuso los siguientes argumentos:

2.1. Respecto su descalificación:

- El comité de selección descalificó su oferta por los siguientes motivos: *“Para la acreditación de la experiencia, el postor presenta copia del Contrato GL-C-065-2017, Constancia de Ejecución de obras, y, “Presupuesto de Obra”, ante ello de la revisión de los documentos se aprecia un presupuesto de obra, el cual asumimos corresponde a la oferta que presentó para el proceso de selección realizado por la empresa de Activos Mineros, ello debido a que este presupuesto tiene fecha de emisión 11/06/2017 y el contrato tiene fecha del 17/07/2017 es decir el presupuesto tiene fecha inclusive antes de la firma del contrato, ante ello, en la Constancia de Ejecución de Obras se aprecia que durante la ejecución del contrato no se llegó a ejecutar el 100% del presupuesto por ende no se ejecutaron al 100% las partidas señaladas en el presupuesto, sino que hubo un deductivo por S/ 29,199.21, ante ello al existir este deductivo el postor no presenta ningún documento que acredite cuales fueron las partidas realmente ejecutadas y cuáles no, no habiendo documento que permita verificar si este deductivo señalado pudo haber afectado a alguna de las partidas requeridas para la acreditación de la experiencia del postor (Pavimento rígido – concreto $f_c=210\text{kg/cm}^2$, Veredas, Muro de concreto armado y/o muro de contención), por lo que el presupuesto presentado corresponde solo a la programación, mas no acredita las partidas realmente ejecutadas. Ante ello, no siendo posible la verificación de cuáles fueron las partidas realmente ejecutadas, y no pudiendo verificarse si dentro de ellas se encuentran las partidas solicitadas, este comité de selección no valida el presupuesto presentado para la acreditación de su experiencia, por lo que, no habiendo otros contratos para la acreditación de la experiencia del postor, este sería de S/ 0.00, siendo su propuesta Descalificada”. (sic)*
- Refirió que el comité observó el Contrato GL-C-065-2017 debido a que presenta un deductivo de obra por S/ 29 199.21; sin embargo, no fue justificado, motivo por el cual no se sustentó de forma correcta las partidas

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

ejecutadas y, como consecuencia de ello consideraron S/ 0.00 como experiencia en la especialidad.

- Indicó que en los folios 35 al 38 de su oferta se encuentran las partidas ejecutadas, lo cual acredita un monto facturado por la suma de S/ 952 077.36; asimismo, presentó la conformidad de dicho servicio, por lo que el comité de selección debió calificar su oferta.
 - Manifestó que, si el comité de selección no tuvo convicción suficiente respecto de su presupuesto de obra, debió solicitarle la subsanación de su oferta, siempre que dicha circunstancia de acreditación existiera al momento de la presentación de oferta, de acuerdo con el literal f) del artículo 60 del Reglamento, debido a que en su caso el presupuesto final de liquidación que adjunta evidencia el monto real ejecutado.
 - Agregó que, si bien los postores son responsables de la presentación de su oferta, también es cierto que si existe divergencia en la documentación, la subsanación es factible; en ese sentido, su solicitud tiene respaldo legal y debe declararse fundado.
 - Solicitó uso de la palabra.
3. Con decreto del 29 de octubre del 2021, considerando lo dispuesto en los numerales 3.3 y 3.4 del artículo 3 del Decreto Supremo N° 103-2020-EF, se le solicitó a la Entidad, para que en un plazo de tres (3) días hábiles, emita su pronunciamiento respecto a la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección 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.

Asimismo, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante y se corrió traslado a la Entidad, a efectos que en un plazo de tres (3) días hábiles registre en el SEACE el informe técnico legal en el cual indique expresamente su posición respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente y de comunicar a su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplimiento.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

De igual forma, se dispuso notificar el recurso de apelación a los postores distintos al Impugnante que puedan verse afectados con la decisión del Tribunal, para que, en el plazo de tres (3) días hábiles, puedan absolver el recurso de apelación.

4. El 8 de noviembre de 2021, la Entidad registró en el SEACE el Informe Legal N° 005-2021-ALE/MDP y el Informe N° 082-2021-JOACP/MCRE/MDP, con los que expuso su posición respecto a los argumentos del recurso de apelación, en los siguientes términos:

4.1. Respecto a la descalificación del Impugnante:

- Indicó que el presupuesto presentado a folios 35 al 38 de la oferta del Impugnante tiene como fecha de emisión el 11 de junio de 2017 y el Contrato de ejecución de obra es del 17 de julio de 2017. Asimismo, refirió que el presupuesto de obra en la oferta es de S/ 981 276.57, mientras que el monto ejecutado en la constancia de ejecución de obra por este indica: S/ 952 077.36, hecho que hace notar la existencia de deductivos. Sin embargo, no adjuntó como parte de su oferta documento alguno por el cual se pueda realizar la revisión de las partidas realmente ejecutadas.
- Por otro lado, manifestó que el Impugnante presentó el Anexo N° 2, con el cual declaró ser responsable por la veracidad de los documentos e información que presenta en el procedimiento. Asimismo, indicó que el artículo 52 del Reglamento indica que los postores conocen, aceptan y se someten a los documentos del procedimiento de selección y es responsable de la veracidad e información que presenta.
- Agregó que los postores son responsables por las deficiencias y/o faltas contenidas en sus ofertas.

4.2. Presunta vulneración al principio de presunción de veracidad:

- Manifestó que a folios 10 y 11 de la oferta del Impugnante se acreditó al profesional César Augusto Flores Malca; sin embargo, mediante Carta N° 020-2020-CAFM del 20 de octubre de 2021, el mismo profesional expresó que no autorizó su participación como parte del plantel de profesionales propuestos para el Impugnante.

Asimismo, con Carta N° 0110-2021-SEPTIMA C.G del 29 de octubre de 2021, el Impugnante presentó los descargos correspondientes a la Carta N° 020-

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

2020-CAFM, por la cual niega dicha declaración y afirma que contó con la autorización del referido profesional. No obstante, con Carta N° 021-2020-CAFM, el señor Flores Malca ratifica su declaración primigenia.

5. Mediante decreto del 10 de noviembre de 2021, se dispuso incorporar al expediente el Informe Legal N° 005-2021-ALE/MDP y el Informe N° 082-2021-JOACP/MCRE/MDP; asimismo, se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que evalúe la información que obra en el mismo y, de ser el caso, dentro del término de cinco (5) días hábiles, lo declare listo para resolver.
6. Por decreto del 12 de noviembre del 2021, se programó audiencia pública para el 18 de noviembre del mismo año.
7. Mediante Escrito N° 01, presentado el 16 de noviembre de 2021 ante el Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al presente recurso de apelación en calidad de tercero administrado.
8. Con escrito s/n, presentado el 17 de noviembre de 2021 ante el Tribunal, el Adjudicatario absolvió el recurso de apelación de forma extemporánea en los siguientes términos:

8.1. Respecto a la descalificación del Impugnante:

- Refirió que la descalificación del Impugnante se debe a una incongruencia entre la información contenida en los documentos por la presencia de un deductivo por el monto de S/ 29 199.21; toda vez que los montos consignados en el contrato de ejecución de obra y el monto de la constancia de ejecución de obra no son congruentes. Sustentó su posición con la Resolución N° 0437-2017-TCE-S3.
- Manifestó que el artículo 60 del Reglamento solo permite la subsanación de ofertas siempre que no se altere el contenido esencial de la oferta. En el presente caso, permitir la subsanación de la incongruencia advertida, alteraría los montos de dicha oferta presentada a fin de aclarar o dar coherencia a su oferta, lo cual no es el sentido de dicho artículo.
- Además, precisó que los documentos forman parte de un contrato privado, motivo por el cual tendría incidencia en el monto final del contrato; por tanto, insubsanable. Sustentó su posición con la Resolución N° 02757-2020-TCE-S3.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

8.2. Cuestionamientos a la oferta del Impugnante:

- Señaló que, en virtud de los informes presentados por la Entidad, se debe indicar procedimiento administrativo sancionador al Impugnante al haber vulnerado el principio de presunción de veracidad por la presentación de documento falso y/o con información inexacta.
9. Con decreto del 17 de noviembre de 2021, se tuvo por apersonado al Adjudicatario y por absuelto el recurso de apelación de forma extemporánea.
 10. Por decreto del 18 de noviembre de 2021, a fin que la Sala tenga mayores elementos para resolver, se requirió a la Entidad que remita un informe técnico legal complementario informando:
 - i) Si la fecha del presupuesto y del contrato tiene incidencia para efectos de la acreditación de experiencia del postor.
 - ii) Si el deductivo advertido tiene incidencia en la acreditación de experiencia, teniendo en consideración el sistema de contratación contratado y la razonabilidad de, no obstante, haberse indicado en la Constancia de ejecución de obras que el Impugnante cumplió *“(...) con los requisitos, términos y plazos establecidos sin incurrir en penalidades”*, existe la posibilidad de que el *“(...) deductivo señalado pudo haber afectado a alguna de las partidas requeridas para la acreditación de experiencia del postor (...)”*, tal como lo indicó como motivo de descalificación.
 11. Mediante Escrito N° 03, presentado el 18 de noviembre de 2021 ante el Tribunal, el Impugnante manifestó no haber ingresado a la audiencia pública programada para las 10:00 horas, toda vez que el toma razón electrónico indicó que se llevaría a cabo a las 15:30 horas; en ese sentido, solicitó reprogramación de la audiencia a fin de que no se vulnere su derecho a la defensa.
 12. Con decreto del 19 de noviembre de 2021, se reprogramó la audiencia para el 25 del mismo mes y año, la cual se llevó a cabo con la participación de los representantes del Impugnante, Adjudicatario y de la Entidad.
 13. Por decreto del 25 de noviembre de 2021, se corrió traslado a las partes y a la Entidad de un posible vicio de nulidad en el extremo del Requisito de calificación – “Experiencia del postor en la especialidad”; para tal efecto, se les otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifiesten lo que consideren pertinente.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

14. A través del decreto del 2 de diciembre de 2021, se declaró el expediente listo para resolver.
15. Mediante escrito s/n, presentado el 3 de diciembre de 2021 ante el Tribunal, el Adjudicatario absolvió el traslado de posible vicio de nulidad en los siguientes términos:
 - Sostiene que no existe vicio de nulidad alguno debido a que las bases estándar del procedimiento de selección no prohíben que se coloquen componentes de una obra. Agregó que no existe limitación en solicitar componentes pues son fácilmente de demostrar con el acta de recepción de obra, entre otros documentos.
 - Reiteró los cuestionamientos a la oferta del Impugnante.
16. Con Escrito N° 04, presentado el 3 de diciembre de 2021 ante el Tribunal, la Entidad adjuntó el Informe N° 097-2021-JOACP/MCRE/MDP con el cual absolvió el traslado de posible vicio de nulidad en los siguientes términos:
 - Manifestó que la definición de obras similares se realizó respetando las bases estándar del procedimiento de selección y lo señalado en la Opinión N° 030-2019/DTN y Pronunciamientos N° 068-2021/OSCE-DGR, N° 131-2021/OSCE-DGR, N° 187-2021/OSCE-DGR, N° 230-2021/OSCE-DGR, N° 267-2021/OSCE-DGR.
 - Sostiene que se requirió acreditar partidas específicas debido a que son más resaltantes y con el mayor valor establecidos en el presupuesto de obra, las cuales equivalen al 93.05% del costo directo de la obra; por tanto, debe ser acreditado acorde a lo señalado en las bases estándar.
 - Indicó que no hay modificación en la forma de acreditación de experiencia del postor en la especialidad.
17. Por Escrito N°03, presentado el 3 de diciembre de 2021 ante el Tribunal, la Entidad adjuntó el Informe Legal N° 008-2021-ALE/MDP, Informe N° 089-2021-JOACP/MCRE/MDP y anexos, con los cuales respondió de forma extemporánea el requerimiento solicitado el 18 de noviembre de 2021.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección, 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

superior a cincuenta (50) UIT⁴ y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. También 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 un concurso público, cuyo valor referencial asciende a de S/ 897 016.15 (ochocientos noventa y siete mil dieciséis con 15/100 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 descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección al Adjudicatario; 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 119 del precitado Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, mientras que 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

⁴

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° 4221-2021-TCE-S3

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 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 el otorgamiento de la buena pro de una adjudicación simplificada, así como contra actos dictados con anterioridad a la adjudicación, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer su recurso de apelación, el cual vencía el 25 de octubre de 2021, considerando que el otorgamiento de la buena pro se notificó en el SEACE el día 18 del mismo mes y año.

Al respecto, del expediente se aprecia que el 25 de octubre de 2021 el Impugnante interpuso su recurso de apelación, debidamente subsanado el 27 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 gerente general, el señor Enrique Hugo Solis Cano.

- 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 el Impugnante se encuentre inmerso 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 el Impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

- 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 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, la oferta del Impugnante fue descalificada.

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

El Impugnante ha solicitado que solicité revocar su descalificación y se declare la nulidad del acto de evaluación de ofertas; en consecuencia, se le otorgue la buena pro. 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.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

B. PRETENSIONES:

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

- Se califique su oferta.
- Se continúe con la revisión de su oferta.
- Se revoque la buena pro otorgada al Adjudicatario.
- Se le otorgue la buena pro.

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

- Se declare infundado el recurso de apelación.
- Se descalifique la oferta del Impugnante.
- Se confirme 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

que cuenta el Tribunal para resolver, vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa.

En relación con ello, se advierte que el Adjudicatario se apersonó y absolvió de forma extemporánea el traslado del recurso de apelación el 17 de noviembre de 2021; por lo que no se considerarán, para su fijación, los nuevos puntos que pueda haber señalado, sin perjuicio de tomar en cuenta sus alegatos de defensa.

6. En atención a lo expuesto, los puntos controvertidos a esclarecer consisten en:
 - Determinar si corresponde revocar la decisión del comité de selección de tener por descalificada la oferta del Impugnante.
 - Determinar si corresponde otorgar la buena pro al Impugnante.

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 de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento de impugnación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde revocar la decisión del comité de selección de tener por descalificada la oferta del Impugnante.

10. Considerando que el acto cuestionado es la descalificación de la oferta del Impugnante por parte del comité de selección, corresponde remitirnos a la razón que expresó dicho colegiado en el “Acta de apertura, evaluación y calificación de propuestas” del 18 de octubre de 2021. Así tenemos, que sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:

B. EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD	
Monto facturado	Para la acreditación de la experiencia, el postor presenta copia del Contrato GL-C-065-2017, Constancia de Ejecución de obras, y, “Presupuesto de Obra”, ante ello de la revisión de los documentos se aprecia un presupuesto de obra, el cual asumimos corresponde a la oferta que presentó para el proceso de selección realizado por la empresa de Activos Mineros, ello debido a que este presupuesto tiene fecha de emisión 11/06/2017 y el contrato tiene fecha del 17/07/2017 es decir el presupuesto tiene fecha inclusive antes de la firma del contrato, ante ello, en la Constancia de Ejecución de Obras se aprecia que durante la ejecución del contrato no se llegó a ejecutar el 100% del presupuesto por ende no se ejecutaron al 100% las partidas señaladas en el presupuesto, sino que hubo un deductivo por S/ 29,199.21, ante ello al existir este deductivo el postor no presenta ningún documento que acredite cuales fueron las partidas realmente ejecutadas y cuáles no, no habiendo documento que permita verificar si este deductivo señalado puede haber afectado a alguna de las partidas requeridas para la acreditación de la experiencia del postor (Pavimento rígido - concreto fc=210kg/cm ² , Veredas, Muro de concreto armado y/o muro de contención), por lo que el presupuesto presentado corresponde solo a la programación, mas no acredita las partidas realmente ejecutadas. Ante ello, no siendo posible la verificación de cuáles fueron las partidas realmente ejecutadas, y no pudiendo verificarse si dentro de ellas se encuentran las partidas solicitadas, este comité de selección no valida el presupuesto presentado para la acreditación de su experiencia, por lo que, no habiendo otros contratos para la acreditación de la experiencia del postor, este sería de S/ 0.00, siendo su propuesta Descalificada.

11. Al respecto el Impugnante refirió que el comité observó el Contrato GL-C-065-2017 debido a que presenta un deductivo de obra por S/ 29 199.21; sin embargo, no fue justificado, motivo por el cual no se sustentó de forma correcta las partidas ejecutadas y, como consecuencia de ello consideraron S/ 0.00 como experiencia en la especialidad. En su defensa, indicó que en los folios 35 al 38 de su oferta se encuentran las partidas ejecutadas, lo cual acredita un monto facturado por la suma de S/ 952 077.36; asimismo, presentó la conformidad de dicho servicio, por lo que el comité de selección debió calificar su oferta.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

Además, manifestó que, en caso el comité de selección no tuvo convicción suficiente respecto de su presupuesto de obra, debió solicitarle la subsanación de su oferta, siempre que dicha circunstancia de acreditación existiera al momento de la presentación de oferta, de acuerdo con el literal f) del artículo 60 del Reglamento, debido a que en su caso el presupuesto final de liquidación que adjunta evidencia el monto real ejecutado. Agregó que, si bien los postores son responsables de la presentación de su oferta, también es cierto que sí existe divergencia en la documentación, la subsanación es factible; en ese sentido, su solicitud tiene respaldo legal y debe declararse fundado.

12. El Adjudicatario refirió que la descalificación del Impugnante se debe a una incongruencia entre la información contenida en los documentos por la presencia de un deductivo por el monto de S/ 29 199.21; toda vez que los montos consignados en el contrato de ejecución de obra y el monto de la constancia de ejecución de obra no son congruentes. Sustentó su posición con la Resolución N° 0437-2017-TCE-S3.

Manifestó que el artículo 60 del Reglamento solo permite la subsanación de ofertas siempre que no se altere el contenido esencial de la oferta. En el presente caso, permitir la subsanación de la incongruencia advertida, alteraría los montos de dicha oferta presentada a fin de aclarar o dar coherencia a su oferta, lo cual no es el sentido de dicho artículo.

Además, precisó que los documentos forman parte de un contrato privado, motivo por el cual tendría incidencia en el monto final del contrato; por tanto, insubsanable. Sustentó su posición con la Resolución N° 02757-2020-TCE-S3.

13. Por su parte, la Entidad indicó que el presupuesto presentado a folios 35 al 38 de la oferta del Impugnante tiene como fecha de emisión el 11 de junio de 2017 y el Contrato de ejecución de obra es del 17 de julio de 2017. Asimismo, refirió que el presupuesto de obra en la oferta es de S/ 981 276.57, mientras que el monto ejecutado en la constancia de ejecución de obra por este indica: S/ 952 077.36, hecho que hace notar la existencia de deductivos. Sin embargo, no adjuntó como parte de su oferta documento alguno por el cual se pueda realizar la revisión de las partidas realmente ejecutadas.

Por otro lado, manifestó que el Impugnante presentó el Anexo N° 2, con el cual declaró ser responsable por la veracidad de los documentos e información que presenta en el procedimiento. Asimismo, indicó que el artículo 52 del Reglamento indica que los postores conocen, aceptan y se someten a los documentos del procedimiento de selección y es responsable de la veracidad e información que

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

presenta. Agregó que los postores son responsables por las deficiencias y/o faltas contenidas en sus ofertas.

14. Considerando lo expuesto, a fin que la Sala tenga mayores elementos para resolver, se requirió a la Entidad que remita un informe técnico legal complementario informando: i) si la fecha del presupuesto y del contrato tiene incidencia para efectos de la acreditación de experiencia del postor; y ii) si el deductivo advertido tiene incidencia en la acreditación de experiencia, teniendo en consideración el sistema de contratación contratado y la razonabilidad de, no obstante, haberse indicado en la Constancia de ejecución de obras que el Impugnante cumplió *"(...) con los requisitos, términos y plazos establecidos sin incurrir en penalidades"*, existe la posibilidad de que el *"(...) deductivo señalado pudo haber afectado a alguna de las partidas requeridas para la acreditación de experiencia del postor (...)"*, tal como lo indicó como motivo de descalificación.

En atención a ello, la Entidad se pronunció de forma extemporánea e indicó sobre el primer punto que la diferencia de fechas entre el presupuesto y el contrato sí tiene incidencia para efectos de la acreditación de experiencia del postor, debido a que el presupuesto sufrió variaciones lo cual se evidencia con el deductivo informado en la constancia presentada por el Impugnante; por tanto, al haber sufrido modificaciones y no presentar documentos que demuestren las partidas realmente ejecutadas, dicho postor aportó información incompleta.

Respecto al segundo punto, manifestó que las bases del procedimiento de selección exigieron la ejecución de obras similares y que se consideren las siguientes partidas: i) pavimento rígido – concreto $fc=210\text{kg/cm}^2$, ii) veredas, y iii) muro de concreto armado y/ muro de contención. En ese sentido, al haber un deductivo en la constancia no se pudo verificar si la partida fue afectada o no en la ejecución real de la obra, por lo que se tomó la decisión de declarar no válidos para acreditar la experiencia del postor.

15. A efectos de dilucidar la controversia planteada por el Impugnante referida a la descalificación de su oferta, resulta necesario remitirnos a las bases integradas que rigen el presente procedimiento de selección, pues éstas constituyen las reglas a las cuales se debieron someter los participantes y/o postores, así como el comité de selección al momento de evaluar las ofertas y conducir el procedimiento.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

Requisito de calificación – “Experiencia del postor en la especialidad”:

C.2	EXPERIENCIA EN OBRAS SIMILARES
	<u>Requisitos:</u> El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/ 897,016.15 (Son: OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL DIECISÉIS CON 15/100 SOLES), en la ejecución de obras similares, durante un periodo NO MAYOR a diez (10) AÑOS a la fecha de la presentación de ofertas, correspondientes a un máximo de diez (10) contrataciones. Se considerará como obra similar a: Vías urbanas de circulación peatonal y vehicular: Construcción y/o creación y/o mejoramiento y/o ampliación y/o recuperación y/o reconstrucción y/o adecuación y/o rehabilitación y/o remodelación y/o renovación de vías urbanas de circulación peatonal y/o vehicular con pavimentos (rígidos y/o flexibles y/o semiflexibles) y/o aceras o veredas (concreto y/o asfalto y/o adoquinado) en las siguientes intervenciones: Avenidas y/o calles y/o anillos viales y/o pasajes y/o carreteras y/o pistas y/o veredas y/o vías internas y/o jirones y/o vías locales y/o vías colectoras y/o vías arteriales y/o vías expresas y/o intercambio vial y/o pasos a desnivel y/o infraestructura vial y/o peatonal y/o habilitaciones urbanas y/o plazuelas y/o plazas y/o alamedas y/o espacios públicos urbanos y/o servicios de transitabilidad y/o urbanización y/o parques y/o infraestructura recreativa y/o esparcimiento y/o accesibilidad urbana y/o malecones urbanos, que dentro de sus componentes ejecutados contengan como mínimo las siguientes partidas: - Pavimento rígido – concreto $fc=210\text{kg/cm}^2$. - Veredas. - Muro de concreto armado y/ muro de contención. <u>Acreditación:</u> Se acreditará con copia simple de: (i) contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; (ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o (iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como el monto total que implicó su ejecución. En los casos que se acredite experiencia adquirida en consorcio, debe presentarse la promesa de consorcio o el contrato de consorcio del cual se desprenda fehacientemente el porcentaje de las obligaciones que se asumió en el contrato presentado; de lo contrario, no se computará la experiencia proveniente de dicho contrato.

Página 51 de las bases integradas.

Nótese que las bases integradas requirieron para el Requisito de calificación – “Experiencia del postor en la especialidad” que los postores acrediten un monto facturado acumulado de S/ 897 016.15; además, que los componentes ejecutados tengan como mínimo las siguientes partidas: i) pavimento rígido – concreto $fc=210\text{kg/cm}^2$, ii) veredas, y iii) muro de concreto armado y/ muro de contención. Asimismo, se precisó que se acreditará con copia simple de: (i) contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; (ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o (iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como el monto total que implicó su ejecución.

En atención a ello, se corrió traslado a las partes y a la Entidad de un posible vicio de nulidad en el extremo del Requisito de calificación – “Experiencia del postor en

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

la especialidad”, toda vez que las disposiciones establecidas para dicho requisito establecidas en las Bases Estándar de adjudicación simplificada para la contratación de la ejecución de obras⁵ entre otros aspectos, que se señala que debe considerar como obras similares y con qué documentos se acreditará la experiencia, tal como se aprecia a continuación:

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<u>Requisitos:</u> El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a [CONSIGNAR FACTURACIÓN NO MAYOR A UNA (1) VEZ EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN O DEL ÍTEM], en la ejecución de obras similares, durante los 10 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra. Se considerará obra similar a [CONSIGNAR LAS OBRAS QUE CALIFICAN COMO SIMILARES]. <u>Acreditación:</u> La experiencia del postor se acreditará con copia simple de: (i) contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; (ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o (iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación²¹ de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como el monto total que implicó su ejecución; correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.

16. Al respecto, el Adjudicatario sostiene que no existe vicio de nulidad alguno debido a que las bases estándar del procedimiento de selección no prohíben que se coloquen componentes de una obra. Agregó que no existe limitación en solicitar componentes pues son fácilmente de demostrar con el acta de recepción de obra, entre otros documentos.
17. Por su parte la Entidad manifestó que la definición de obras similares se realizó respetando las bases estándar del procedimiento de selección y lo señalado en la Opinión N° 030-2019/DTN y Pronunciamientos N° 068-2021/OSCE-DGR, N° 131-2021/OSCE-DGR, N° 187-2021/OSCE-DGR, N° 230-2021/OSCE-DGR, N° 267-2021/OSCE-DGR. Además, sostiene que se requirió acreditar partidas específicas debido a que son más resaltantes y con el mayor valor establecidos en el presupuesto de obra, las cuales equivalen al 93.05% del costo directo de la obra; por tanto, debe ser acreditado acorde a lo señalado en las bases estándar y agregó

⁵ Bases estándar de adjudicación simplificada para la contratación de la ejecución de obras Directiva N° 001-2019-OSCE/CD - BASES Y SOLICITUD DE EXPRESIÓN DE INTERÉS ESTÁNDAR PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN A CONVOCAR EN EL MARCO DE LA LEY N° 30225. Según modificaciones dispuestas en las Resoluciones N° 057-2019-OSCE/PRE, N° 098-2019-OSCE/PRE, N° 111-2019-OSCE/PRE, N° 185-2019-OSCE/PRE, N° 235-2019-OSCE/PRE, N° 092-2020-OSCE/PRE, N° 120-2020-OSCE/PRE y N° 100-2021-OSCE/PRE, publicadas en el Diario oficial El Peruano el 3 de abril de 2019, 29 de mayo de 2019, 14 de junio de 2019, 21 de octubre de 2019, 31 de diciembre de 2019, 14 de julio de 2020, 4 de setiembre de 2020 y 11 de julio 2021, respectivamente. Vigentes a partir del 12 de julio de 2021

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

que no hay modificación en la forma de acreditación de experiencia del postor en la especialidad.

18. Ahora bien, cabe señalar que los procedimientos y requisitos para la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos son señalados en la Ley, la cual, juntamente con su Reglamento y demás normas complementarias, constituyen disposiciones de observancia obligatoria para todos aquellos que participan o ejercen funciones en los procedimientos de contratación, sea del lado público o privado.

Así, el objetivo de la normativa de compras públicas no es otro que las entidades públicas adquieran bienes, contraten servicios y ejecuten obras en las mejores condiciones posibles, en concordancia con los parámetros fijados, garantizando así la debida transparencia en el uso de los fondos públicos. Por ello, las decisiones que se adopten en materia de contrataciones del Estado deben responder al equilibrio que existe entre los derechos de los postores y su connotación en función del bien común e interés general, a efectos de fomentar la mayor participación de proveedores, con el propósito de seleccionar la mejor oferta.

19. En atención a ello, este Colegiado advierte que el Requisito de calificación – “Experiencia del postor en la especialidad” requirió además de la obra similar, la acreditación de partidas; no obstante, las bases estándar no indican la posibilidad de agregar en las obras similares la posibilidad de especificar la acreditación de partidas; más aún si se considera que la mayoría de documentos con los que, de acuerdo a las bases estándar, se debe acreditar la experiencia, usualmente no contienen la descripción de partidas de una obra (como los contratos, actas de recepción de obras, resoluciones de liquidación, constancias de prestación), por lo que se incorpora una nueva exigencia acreditativa, esto es presentar documentos donde se consigne el detalle de las partidas (como es el caso de los presupuestos de obra).

Asimismo, en atención a lo manifestado por la Entidad en la absolución del traslado de posible vicio de nulidad, este Colegiado le precisa que la finalidad de establecer “obras similares” es para ampliar el espectro de actividades relacionadas a la obra, a efectos de promover la mayor participación de proveedores, con el objeto de permitir la participación de proveedores que cuenten con experiencia en la construcción de infraestructuras que, bajo cierta coherencia y su experiencia, puedan cumplir con el objeto de la convocatoria. Lo cual, en el presente caso, se agregó la acreditación de partidas, aspecto no contemplado en las bases estándar.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

20. Ahora, sostener que se requirió acreditar partidas específicas debido a que son más resaltantes y con el mayor valor establecidos en el presupuesto de obra, las cuales equivalen al 93.05% del costo directo de la obra, supone limitar la acreditación de experiencias a obras que necesariamente tengan la misma finalidad o iguales partidas a la obra objeto de la presente convocatoria, aspecto que limita la concurrencia de diversos proveedores en capacidad de ejecutar la obra, razón por la cual los postores estuvieron obligados a acreditar su experiencia en la especialidad solo con obras cuyas partidas tengan las principales al objeto de la convocatoria; aspecto que no calza con la Opinión N° 030-2019/DTN que indica: “(...) el comité de selección al momento de definir los alcances de una obra similar debe precisar –en las Bases– qué trabajos resultan parecidos o semejantes a aquellos que deben ejecutarse en la obra objeto de la convocatoria(...)”, y precisa que el listado de actividades contemplado en la definición “obra” del Anexo Único del Reglamento no tiene un carácter taxativo.
21. Asimismo, este Colegiado advierte que la Entidad indicó haber actuado de acuerdo a la normativa vigente y las bases estándar del procedimiento de selección.

Al respecto, es preciso señalar que el numeral 29.1 del artículo 20 del Reglamento indica lo siguiente:

*“29.1. Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que se ejecuta, incluyendo obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación, en obras y consultorías de obras. **El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.**” (sic)*

(El énfasis es agregado).

De lo expuesto, se advierte que la Entidad debe establecer de forma objetiva y precisa, además de las características y/o requisitos funcionales relevantes, los requisitos de calificación que resulten pertinentes para cautelar el cumplimiento de los fines y objetivos públicos que enmarca dicha contratación.

Aunado a lo anterior, cabe precisar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido que en el apartado de las obras similares deban agregarse partidas específicas de acreditación, sino únicamente que la obra que se proponga para acreditar la experiencia tenga las características de aquella que se pretende realizar; en esa medida, es necesario que el comité de selección, atendiendo a la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

naturaleza de la obra objeto de la convocatoria, incluya dentro de las bases las características que serán consideradas a efectos de verificar la experiencia en obras similares.

Por tanto, el comité de selección al momento de definir los alcances de una obra similar debe precisar qué trabajos resultan parecidos o semejantes a aquellos que deben ejecutarse en la obra objeto de la convocatoria; asimismo, debe considerarse que el listado de actividades contemplado en la definición de “obra” del Anexo Único del Reglamento no tiene un carácter taxativo.

22. Ahora, con respecto a lo manifestado por el Adjudicatario quien indicó que “*se ha cumplido el principio de legalidad*” del TUO de la LPAG “*pues NO SE PROHÍBE LA COLOCACIÓN DE COMPONENTES*”.

Este Colegiado considera necesario hacer recordar que el principio de legalidad establecido en numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG señala que: “*[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas*”. En ese sentido, tomando las palabras de Morón Urbina⁶ nos dice:

*“El principio de sujeción de la Administración a la legislación, denominado modernamente como “vinculación positiva de la Administración a la Ley”, exige la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo desde este, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario. **El marco jurídico para la administración es un valor indisponible motu proprio, irrenunciable ni transigible.***

Si en el Derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Como se puede apreciar, las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado.

⁶

Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p.80.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

Con acierto se señala que mientras los sujetos de Derecho privado pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de Derecho público solo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado. En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción. Se exige, además, una relación de subordinación. O sea, que para la legitimidad de un acto administrativo es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento”.

(El énfasis y subrayado son agregados).

En consideración a lo expuesto, el Adjudicatario no debe confundir la libertad individual del Derecho privado, en el cual se le permite realizar todo lo que no está prohibido. Teniendo en consideración que nos encontramos en un ámbito de Derecho público, las entidades públicas deben hacer solo aquello que estén facultados. En el caso en concreto, las bases estándar del procedimiento de selección **solo indicaron la posibilidad de consignar las obras que califican como similares**, mas no señalaron que se puedan agregar condiciones adicionales tales como especificar partidas de obra ejecutadas en aquellas.

23. Asimismo, el haber requerido la acreditación de partidas específicas como parte de las obras similares trae como consecuencia que las formas de acreditar la experiencia del postor en la especialidad⁷ se vean afectadas, pues solicitar partidas adicionales afecta a aquellos postores que consideran idóneo acreditar la experiencia a través de de contratos y documento que no tenga detalle de partidas, pues adicional a ello deberían presentar la relación de partidas ejecutadas, lo cual, contrariamente a lo manifestado por el Adjudicatario, limita la concurrencia, competencia e igualdad de trato a los postores.
24. En ese sentido, se advierte que al momento de establecer el Requisito de calificación – “Experiencia del postor en la especialidad” en las bases del procedimiento de selección la Entidad habría agregado condiciones para acreditar la experiencia, pues estaría solicitando a los postores que presenten de forma adicional a las actas de recepción de obra, resoluciones de liquidación o constancias de prestación, aquellos documentos que acrediten la ejecución de partidas específicas, cuando ello no se encuentra definido en las bases estándar del procedimiento de selección.

⁷ i) Contratos y sus respectivas actas de recepción de obra, ii) Contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación, iii) Contratos y sus respectivas constancias de prestación / Contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

25. Por las consideraciones expuestas, este Colegiado advierte que no se usaron de forma adecuada las bases estándar del procedimiento de selección por haber agregado condiciones específicas (acreditación de partidas) al momento de consignar las obras similares que acreditarían el cumplimiento del requisito de calificación – Experiencia del postor en la especialidad; lo cual trajo como consecuencia que los postores se vean limitados al momento de formular sus ofertas en lo concerniente a la experiencia del postor al tener que presentar documentos adicionales a los establecidos para la acreditación del requisito de calificación bajo análisis; vulnerando el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, así como los principios de libertad de concurrencia, competencia e igualdad de trato.
26. Al respecto, cabe precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.
27. Debe indicarse que los vicios incurridos resultan trascendentes, por tanto, no es posible conservarlos al haberse contravenido el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG, numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento y los principios de libertad de concurrencia, competencia e igualdad de trato, previstos en el artículo 2 de la Ley.
28. Por estas consideraciones, al amparo de lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento y conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, al haberse verificado que los vicios en los que se ha incurrido afecta sustancialmente la validez del procedimiento de selección; este Colegiado estima pertinente declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección, debiendo retrotraerse el mismo a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases, a fin de que corrijan lo advertido por este Colegiado en los fundamentos 23 al 25.
29. Por lo expuesto, este Colegiado concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, concordante con lo dispuesto en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, corresponde declarar de oficio, la nulidad del procedimiento de selección, debiendo retrotraerse a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases; siendo por lo demás irrelevante emitir pronunciamiento respecto de los puntos controvertidos devenidos de los cuestionamientos formulados. En consecuencia, se debe dejar sin efecto el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

30. En tal sentido, en atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y toda vez que este Tribunal declarará la nulidad del procedimiento de selección sin pronunciamiento sobre el petitorio del Impugnante, corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por aquél, para la interposición de su recurso de apelación.
31. En mérito a lo expuesto, este Colegiado considera que debe ponerse la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, a efectos que se imparta las directrices necesarias para ello, y así asegurar que, en lo sucesivo, se actúe de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar irregularidades y/o circunstancias que originen confusión en los postores o futuras nulidades que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado.

Asimismo, respecto a lo advertido por la Entidad respecto a la supuesta transgresión al principio de presunción de veracidad en la oferta del Impugnante, se dispone efectuar la **fiscalización posterior** a dicha oferta, debiendo comunicar sus resultados a este Tribunal en un plazo de veinte (20) días hábiles, bajo responsabilidad.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del vocal Ponente Héctor Marín Inga Huamán y la intervención del vocal Jorge Luis Herrera Guerra y la vocal Violeta Lucero Ferreyra Coral, quien reemplaza a la vocal Paola Saavedra Alburquerque, según Rol de Turnos de Vocales de Sala vigente, 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 correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar de oficio la **nulidad** de la Adjudicación Simplificada N° 001-2021-CS/MDP - Primera Convocatoria, para la contratación de la ejecución de la obra: *“Mejoramiento y ampliación del servicio de transitabilidad vehicular y peatonal en el Barrio 8 de Diciembre, Distrito Paccha, provincia de Yauli, Departamento de Junín; con CUI N° 2503162”*, debiéndose retrotraer el procedimiento de selección a la etapa de convocatoria, previa reformulación de bases, de acuerdo a los

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4221-2021-TCE-S3

fundamentos 23 al 25, a fin que estos se ajusten teniendo en cuenta el análisis efectuado en los fundamentos de la presente resolución.

2. **Devolver** la garantía presentada por la empresa Séptima Contratistas Generales S.C.R.L. para la interposición de su recurso de apelación.
3. **Disponer** que la presente Resolución sea puesta en conocimiento del Titular de la Entidad y su Órgano de Control Institucional para que, en mérito a sus atribuciones, adopte las medidas que estime pertinentes, de conformidad con lo establecido en el fundamento 31.
4. **Disponer** que la Entidad realice la fiscalización a la oferta del Impugnante, conforme a lo indicado en el fundamento 31, debiendo comunicar sus resultados a este Tribunal en un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente resolución, bajo responsabilidad.
5. **Declarar** que la presente resolución agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

SS.

Inga Huamán.

Ferreya Coral.

Herrera Guerra.