

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Sumilla: *“Al definir el requerimiento, el área usuaria no incluye exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias referidas a la calificación de los potenciales postores que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos, siendo parte del requerimiento los requisitos de calificación que se consignan”.*

Lima, 13 de octubre de 2022.

VISTO en sesión del 13 de octubre de 2022, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 7046/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Tunquimayo, conformado por las empresas Constructora Pawer S.R.L. y Tunquimayo Mining E.I.R.L., contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios N° 001-2022 MDSJT/CS-1 – Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. El 25 de agosto de 2022, la Municipalidad Distrital de San Juan de Tarucani, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó el Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios N° 001-2022 MDSJT/CS-1 – Primera Convocatoria, para la contratación de la ejecución de la obra: *"Reconstrucción del camino vecinal 38.6 km San Juan de Tarucani – Huayllacucho del distrito de San Juan de Tarucani – provincia y región Arequipa"*, con un valor referencial ascendente a S/ 23 118 342.75 (veintitrés millones ciento dieciocho mil trescientos cuarenta y dos con 75/100 soles), en lo sucesivo **el procedimiento de selección**.

El procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30556¹, aprobado por el Decreto Supremo N° 094-2018-PCM, en lo sucesivo **el TUO de la Ley N° 30556**, así como del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, que aprobó el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, modificado por los Decretos Supremos N° 148-2019-PCM, N° 155-2019-PCM, N° 084-2020-PCM y N° 108-2020-PCM, en adelante **el Reglamento para la Reconstrucción**.

¹ *“Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios”.*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Asimismo, supletoriamente son aplicables el Texto Único Ordenado de la 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, modificado por los Decretos Supremos N° 377-2019-EF, N° 168-2020-EF, N° 250-2020-EF y N° 162-2021-EF, en adelante **el Reglamento**.

De acuerdo al cronograma previsto, el 15 de setiembre de 2022, se llevó a cabo la presentación de ofertas, y el 19 del mismo mes y año, el comité de selección otorgó la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Vial Cancharani I, conformado por las empresas Gómez Ingenieros Contratistas S.A.C. y Servicios de Construcción y Vías AMM S.A.C., en adelante el **Consortio Adjudicatario**, por el monto de S/ 20 806 508.49 (veinte millones ochocientos seis mil quinientos ocho con 49/100 soles), obteniéndose los siguientes resultados²:

POSTOR	DOCUMENTOS PARA LA ADMISIBILIDAD	EVALUACIÓN			RESULTADOS
		Evaluación técnica	Evaluación económica	Puntaje total y orden de prelación	
Consortio Vial Cancharani I	Admitido	100 puntos	20 806 508.49 (100 puntos)	100 puntos (1er. lugar)	Adjudicatario
Consortio Tunquimayo	Admitido	Descalificado (No alcanzó el puntaje mínimo requerido para acceder a la evaluación económica)	-	-	Descalificado
Consortio San Juan	Admitido	Descalificado (No alcanzó el puntaje mínimo requerido para acceder a la evaluación económica)	-	-	Descalificado

- Mediante Escrito N° 1, presentado el 26 de setiembre de 2022 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, y subsanado el 28 del mismo mes y año, el Consorcio Tunquimayo, conformado por las empresas Constructora Pauer S.R.L. y Tunquimayo Mining E.I.R.L., en lo sucesivo **el Consortio Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro al Consorcio

² Información extraída del “Acta de ofertas, admisibilidad, evaluación de ofertas y otorgamiento de la buena pro” de fecha 19 de setiembre de 2022.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Adjudicatario, solicitando como pretensiones que se deje sin efecto la descalificación de su oferta, se declare su validez, se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario y, en su lugar, esta le sea adjudicada a su favor. Para dichos efectos, ofreció los siguientes fundamentos:

Respecto a la pretensión referida a que se deje sin efecto la descalificación de su oferta:

- Indica que el comité de selección descalificó su oferta por no acreditar suficiente experiencia en obras similares; ya que siete de los contratos que presentó fueron descartados, al no ser considerados similares al objeto de convocatoria y, en uno de los casos, adicionalmente, por no consignar documentos idóneos que demuestren la conformidad respectiva.
- Sobre el particular, explica que el referido colegiado descartó la experiencia correspondiente al **Contrato de servicios N° 117-2018-MTC/20.2 (declarado en el numeral 1 de su Anexo N° 10, respectivamente)**, sin haber motivación aparente.

Al respecto, alude que, entre los folios 189 al 224 de su oferta obra el subcontrato suscrito por su integrante Tunquimayo Mining E.I.R.L. con la empresa Alvac S.A. Sucursal del Perú, respecto del cual se emitió la conformidad respectiva y diversas facturas, por la suma total de S/ 9 737 198.38; advierte, sin embargo, que el comité de selección no valoró dichos documentos y que, por ello, habría descartado su experiencia.

En esa línea, alude que dicho colegiado afectó su derecho al debido procedimiento, por no motivar su decisión en este extremo, y porque, pese a consignar de forma ordenada los documentos pertinentes para acreditar su experiencia, no los ha valorado, aun cuando las bases no contemplan restricción alguna respecto a las subcontrataciones y/o contrataciones efectuadas entre privados.

- Por su parte, indica que el comité de selección no consideró el monto facturado por el **Contrato de pavimentación de concreto asfáltico en caliente (declarado en el numeral 2 del Anexo N° 10 de su oferta)**, porque supuestamente no encaja dentro de la definición de obras similares y por no presentar el acta de recepción de obra y/o resolución de liquidación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Al respecto, indica que las bases integradas permiten presentar, además de contratos y constancias de prestación, cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida y el monto total que implicó su ejecución; y que, teniendo en cuenta dicha disposición consignó en su propuesta diversas facturas y la constancia de prestación del servicio.

Indica además que tal experiencia guarda similitud con el proyecto a ejecutarse, pues contiene una partida de concreto asfáltico, habiéndose definido como obra similar a la construcción, ejecución, mejoramiento, rehabilitación, reconstrucción de obras, mantenimiento periódico de infraestructura vial a nivel afirmado y/o conservación vial.

- Por otro lado, indica que el comité descartó las **experiencias descritas en los numerales 7, 8, 9 10 y 11 de su Anexo N° 10**, bajo el sustento que corresponden a servicios de ejecución de mantenimiento rutinario y no a obras.

Sobre ello, manifiesta que, según la Opinión N° 030-2019/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, el listado contemplado en la definición de obras prevista en el Anexo de Definiciones del Reglamento no tiene carácter taxativo, por consiguiente, existen actividades que pueden ser consideradas obras, a pesar de no estar comprendidas en dicho listado.

Describe que, en los casos observados, la denominación mantenimiento periódico de infraestructura vial a nivel afirmado y/o conservación vial guarda correspondencia con los contratos remitidos para acreditar la experiencia en la especialidad.

Añade que, en la etapa de formulación de observaciones se acogió la observación N° 26, referente a que se consideren obras similares los contratos de servicios y que, bajo ese entender, deben ser admitidos.

Respecto a la pretensión referida a que se desestime la oferta del Consorcio Adjudicatario:

Sobre el contrato de consorcio:

- Por otro lado, advierte que el contrato de consorcio presentado por el Consorcio Adjudicatario no contiene la declaración prevista en el segundo

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

párrafo del literal b), correspondiente al Anexo N° 6 de las bases integradas, referida a que su representante común no debe encontrarse impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado.

Sobre la experiencia en obras similares:

- Asimismo, manifiesta que, bajo el criterio que el comité de selección tuvo como referencia al momento de evaluar su oferta, tampoco se debería tener por similar la contratación presentada por el Consorcio Adjudicatario; ya que su denominación y objeto [Rehabilitación y mejoramiento de carreteras en zonas fronterizas no municipalizadas, Tramo 1: San Felipe (PR 0+00 - PR16 + 00KM) – San Antonio, La Guadalupe (PR+013 – PR23 + 08KM) – Cucui, departamento del Guainia – sitio fronterizo con Brasil, Tramo 2: Pacoa (PR +06 – PR56 + 12KM) – Molo Franco, departamentos del Vaupes – sitio fronterizo con Brasil] no guarda correspondencia con la definición de obras similares prevista en las bases integradas; en tanto que en estas se exige que el servicio sea a nivel de afirmado y/o conservación vial, es decir, pavimento, mientras que la obra aludida se habría dado en carreteras en zonas fronterizas no municipalizadas.
- Para reforzar su cuestionamiento, agrega que, dentro de los documentos presentados, no se advierten similitudes entre las partidas ejecutadas con el proyecto que se pretende alcanzar; es más, cuestiona la validez del documento denominado carta aclaratoria de partidas, que corre en el folio 84, en tanto, no se encuentra suscrita por ninguna autoridad y/u órgano de administración de la Fundación Brazos Fuertes de Colombia – FUNDAFUERT.

Sobre la línea de crédito:

- Por último, sostiene que la línea de crédito presentada por el Consorcio Adjudicatario no reúne las condiciones establecidas en el artículo 37 del Reglamento para la Reconstrucción, el cual exige que sea emitida de acuerdo al porcentaje de participación de cada uno de sus integrantes; sin embargo, el referido documento, figura expedido por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Cristo Rey Ltda. Negritos a favor del Consorcio Adjudicatario, a solicitud de Gómez Ingenieros Contratistas S.A.C.
- Detalla que la vigésimo cuarta disposición final y complementaria de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Superintendencia de Banca y Seguros establece que las Cooperativas de Ahorro y Crédito pueden otorgar créditos únicamente a sus socios, siendo su único socio en el presente caso la empresa Gómez Ingenieros contratistas S.A.C. y no el otro consorciado.

- En vista de ello, considera que la línea de crédito en mención es nula de pleno derecho, por contravenir las normas de la materia para el otorgamiento de créditos.
3. Con decreto del 29 de setiembre de 2022, debidamente notificado en el SEACE en la misma fecha, 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 respecto de los hechos materia de controversia, en el plazo de tres (3) días hábiles.

Asimismo, se dispuso notificar el recurso interpuesto a los postores distintos del Consorcio Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución que emita este Tribunal, con el recurso de apelación y sus anexos, mediante su publicación en el SEACE, y remitir a la Oficina de Administración y Finanzas el original de la garantía presentada por el Impugnante para su verificación y custodia.

Finalmente, se programó audiencia pública para el 5 de octubre de 2022, y se dispuso remitir el expediente a la Tercera Sala del Tribunal, para que evalúe la información y documentación que obra en el expediente, resuelva y notifique a través del SEACE, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de su presentación o subsanación.

4. A través del escrito s/n, presentado el 4 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Consorcio Adjudicatario se apersonó al procedimiento, designando a su representante para la audiencia.
5. En la misma fecha, el citado postor presentó ante el Tribunal su Escrito N° 1, en el que absolvió el recurso de apelación, solicitando que declare infundado el recurso de apelación y se confirme la buena pro a su favor; para lo cual, ofreció los siguientes argumentos:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Respecto a la pretensión referida a que se deje sin efecto la descalificación de la oferta del Consorcio Impugnante:

- Respecto al Contrato de servicios N° 117-2018-MTC/20.2 (experiencia 1), manifiesta que le correspondía a dicho consorcio probar que su contrato era de obra y no de servicios, para lo cual debía incluir en su oferta el acta de recepción de obra y/o resolución de liquidación respectivos.
- Añade que, de la revisión de la constancia de conformidad y del contrato primigenio suscrito con la entidad contratante, que incluyó el Consorcio Impugnante en su oferta, se desprende que, efectivamente, se trataría de un servicio y no de una obra.
- Por otro lado, alega que las facturas se contemplan en las bases integradas como parte de los documentos requeridos para sustentar la experiencia.
- Culmina señalando que solo corresponde valorar los documentos presentados como parte de la oferta, siendo dicha etapa la oportunidad en que el postor recurrente debió demostrar la similitud de sus experiencias con el objeto de convocatoria.

Respecto a la pretensión referida a que se desestime la oferta de su consorcio:

Sobre el contrato de consorcio:

- Alega que el Anexo N° 6 de las bases integradas solicita puntualmente la identificación de los integrantes del consorcio y la designación del representante común del consorcio.
- Así, describe que el párrafo al que alude el Consorcio Impugnante es meramente enunciativo, esto es, que las bases integradas no requieren que se adjunte algún medio probatorio o una declaración jurada que demuestre que su representante no está impedido para contratar con el Estado.

Sobre la experiencia en obras similares:

- Sostiene que ha presentado en su oferta todos los documentos necesarios que acreditan que su experiencia es similar a la que solicitan las bases integradas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Sobre la línea de crédito:

- Invoca la aplicación de la Resolución N° 2380-2019-TCE-S3, en cuyos fundamentos se señala que la carta de línea de crédito no tiene por finalidad demostrar que el postor cumplirá con sus obligaciones contractuales, sino sustentar en la etapa de evaluación de ofertas que tiene solvencia económica suficiente para llevar cabo la ejecución de la obra.
 - En ese contexto, describe que la carta de línea de crédito que presentó su contraparte se emitió a nombre de ambos de sus integrantes, por lo que cumple con la finalidad descrita.
 - Por ello, considera que es indistinto que el documento sea presentado por uno o todos en nombre del propio consorcio.
6. Por medio del Oficio N° 003-2022-MDSJT&GM, presentado el 4 de octubre de 2022 ante el Tribunal, la Entidad remitió el Informe N° 002-2022-MDSJT/ASESOR/MERA del 3 de octubre de 2022, emitido por el asesor legal Martín Edgar Ruiz Anda, en el que se pronunció únicamente sobre los fundamentos del recurso de apelación dirigidos a que se deje sin efecto la descalificación de la oferta del Consorcio Impugnante, en el siguiente sentido:
- Respecto al **Contrato de servicios N° 117-2018-MTC/20.2 (experiencia 1)**, recalca que se trata de una subcontratación, respecto de la cual no se ha demostrado que se haya cumplido con el plazo de ejecución de 90 días calendario del contrato de obra primigenio; ya que en la conformidad de servicios que consignó el Consorcio Impugnante, no se menciona en qué plazo ejecutó la prestación de servicios.
 - Por otro lado, con relación al **Contrato de pavimentación de concreto asfáltico en caliente (experiencia 2)**, manifiesta que en la segunda cláusula del contrato se desprende que la prestación contratada es de servicios, lo cual, a su criterio, demuestra que no es similar a lo que se requiere.
- Lo mismo indica respecto a las demás experiencias descartadas.
- Concluye en que consideran únicamente las experiencias válidas, el Consorcio Impugnante acreditaría el monto de S/ 5 019 836.28, el cual es

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

menor al valor mínimo exigido en las bases integradas (S/ 13 271 005.65).

- Añade que la oferta económica del Consorcio Impugnante equivale al 100% del valor referencial, mientras que la del Consorcio Adjudicatario es igual al 90% del valor referencial.
7. Con decretos del 4 de octubre de 2022, la Entidad tuvo por apersonado al Consorcio Adjudicatario y por absuelto el recurso de apelación, así como por presentada la información requerida a la Entidad.
 8. Por medio del Escrito N° 3, presentado el 5 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Consorcio Adjudicatario ofreció alegatos adicionales, los cuales redundan en los argumentos recogidos en su Escrito N° 1.
 9. El 5 de octubre de 2022, se llevó a cabo la audiencia pública programada, en la que participaron los representantes de las partes y de la Entidad.
 10. En esa misma fecha, se efectuó a través de decreto el traslado a las partes y la Entidad de posibles vicios en la absolución de consultas y observaciones administrativas e integración de bases, relativos a defectos en la definición de obras similares, para lo cual se les otorgó el plazo de cinco (5) hábiles con el fin de que se pronuncien al respecto.
 11. Con Escrito N° 3, presentado el 5 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Consorcio Impugnante señaló lo siguiente:
 - Manifiesta que las bases integradas no exigen la presentación conjunta de actas de recepción, resoluciones de liquidación y constancias de prestación, sino que puede incluirse en las propuestas cualquiera de dichos documentos, junto al contrato de obra respectivo.
 - Considera que si se parte de dicho criterio erróneo, el comité de selección debe descalificar también la propuesta del Consorcio Adjudicatario, el cual solo presentó como parte de su experiencia un contrato y acta de liquidación.
 - Por otro lado, confirma que los contratos obrantes entre los folios 310 al 384 de su oferta corresponden a servicios; sin embargo, recalca que su ejecución involucró el mantenimiento periódico y rutinario de carreteras, caminos

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

vecinales, esto es, infraestructuras viales, de lo cual se desprende que guarda similitud con lo solicitado.

Añade que, según el glosario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, los servicios pueden ser obras.

- Agrega que, en la etapa de consultas y observaciones, se acogió la observación N° 26, determinando como obras similares a los trabajos de mantenimiento con las mismas características de una ejecución de infraestructuras viales, y que, según afirma, los contratos que corren en los folios 310 al 384 de su oferta corresponden al mantenimiento de infraestructuras viales, por lo cual, debió admitirse dicha experiencia.

Incide, a su vez, en que si se confirma el criterio errado del comité, debe rechazarse la contratación del Consorcio Adjudicatario, porque la obra que presentó no fue ejecutada a nivel de afirmado y/o conservación vial.

- Por otro lado, con relación a la línea de crédito presentada por el Consorcio Adjudicatario, sostiene que no ha cuestionado que dicho postor cuente o no con fondos, sino que dicho documento no se haya emitido conforme a las reglas que establece la normativa de la materia.

12. Mediante decretos del 6 de octubre de 2022, se dejó a consideración lo expuesto por el Consorcio Impugnante y el Consorcio Adjudicatario en sus Escritos N° 3.

13. A través del Escrito N° 1, presentado el 10 de octubre de 2022 ante el Tribunal, la Entidad absolvió el traslado de posibles vicios de nulidad, en el siguiente sentido:

- Alega que los dos postores que son parte en el presente recurso han expresado que las bases integradas son claras respecto a lo solicitado como experiencia en obras similares, habiéndose exigido que cada una de ellas contenga como mínimo más de dos partidas de las que se iban a ejecutar en la obra convocada.
- En esa línea, considera que no se ha contravenido ningún principio rector de las contrataciones del Estado.
- Agrega que al exigir las bases integradas que cada experiencia deba contener “las partidas” del expediente técnico no quiere decir que deban contener

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

todas las partidas del presupuesto, sino que debe haber coincidencia en más de dos de ellas.

- Recalca que en la presente contratación no hay indicios de actos de corrupción y que si ese fuera el caso, se habría otorgado la buena pro al postor que tuviera la oferta económica superior, lo cual no ha sucedido.
- A mayor abundamiento, sostiene que la presunta nulidad, en el peor de los escenarios, debía ser sancionada por norma expresa; sin embargo, dicho error no ha sido advertido por las partes ni el OSCE en su Informe de Acción de Supervisión, recaído en el Oficio N° D001551-2022-OSCE-SPRI del 5 de setiembre de 2022, en el que analizó aspectos puramente formales.
- Invoca la aplicación del principio de trascendencia de la nulidad, previsto en el artículo 174 del Código Procesal Civil, según el cual no hay nulidad sin agravio; pues, admitir lo contrario, según sostiene, sería incentivar las argucias legales y la mala fe procesal.

14. Por medio del Escrito N° 4, presentado el 10 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Consorcio Adjudicatario se pronunció sobre los posibles vicios de nulidad, bajo los siguientes términos:

- Sostiene que no es su deber pronunciarse sobre el presunto vicio de nulidad, porque no es su obligación interpretar la normativa especial de Contrataciones del Estado, sino el de la Entidad.
- Considera, entonces, que no es competente para absolver lo advertido en el decreto del 5 de octubre de 2022, ni mucho menos lo es el Consorcio Impugnante, al no haber cuestionado dicho error en su recurso de apelación sino, por el contrario, reconoció la claridad de las bases integradas.
- Sin perjuicio de ello, alega que, para su representada, las bases integradas son muy claras, tal es así que la acreditación de la experiencia similar en obras no le ha representado mayor problema, pues entendió que lo que se requería era un solo contrato que contenga al menos dos de las partidas que conforman el presupuesto.

15. Con Escrito N° 4, presentado el 12 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Consorcio Impugnante absolvió el traslado de nulidad en el siguiente sentido:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

- Indica que no existe requerimiento irrazonable y/o desproporcionado, cuando se solicitó que cada experiencia debe tener por lo menos las partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado, pues dicha exigencia guarda correspondencia con la terminología general establecida en las bases estándar del procedimiento.
- Al respecto, alude que las bases integradas no exigen en ningún extremo que la experiencia debe contener la totalidad de las partidas.
- Además, expresa que el comité de selección, al momento de evaluar las propuestas, no enfocó en la exigencia referente a las partidas y/o componentes similares al proyecto, sino a determinar si los contratos llevaban la denominación de las actividades consideradas como obras similares.
- En esa línea, estima que no hay transgresión al principio de transparencia, sino que lo único cuestionable es que no se haya validado su experiencia a la luz de la definición de obras similares.
- Argumenta que, si bien el Tribunal se encuentra habilitado para declarar la nulidad del procedimiento de selección en el caso de advertir vicios y/o contravención a la normativa de contrataciones del Estado, dicha transgresión debe ser expresa, precisa y clara; lo cual considera no sucede en el presente caso, ya que la supuesta afectación surgió a raíz de que el representante de la Entidad en la audiencia indicó que razonablemente los postores tenían que cumplir con las exigencias de las partidas y los componentes, situación de hecho contraria a lo recogido en las bases integradas, las cuales exigían únicamente que los postores debían sustentar, al menos, la ejecución de las partidas del expediente técnico.
- Culmina precisando que no se afectó el principio de libre concurrencia, sino, por el contrario, existió una parcialización a favor del Consorcio Adjudicatario, al inobservar los requisitos exigidos para la línea de crédito.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Tunquimayo, conformado por las empresas Constructora Pauer S.R.L. y

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Tunquimayo Mining E.I.R.L. contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección.

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

2. El numeral 217.1 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la LPAG, establece que, en virtud de la facultad de contradicción administrativa, 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.

De acuerdo al numeral 8.2 del artículo 8 del TUO de la Ley N° 30556, las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en el procedimiento de selección especial, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación.

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)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, aplicables de manera supletoria, puesto que ni el TUO de la Ley N° 30556 ni el Reglamento para la Reconstrucción contienen disposición alguna al respecto; ello a fin de determinar si el presente 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.*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

De acuerdo al literal c) del numeral 8.2 del artículo 8 del TUO de la Ley N° 30556, el recurso de apelación respecto de un Procedimiento de Contratación Pública Especial es conocido y resuelto por el Tribunal, en los siguientes supuestos:

- Cuando es convocado por una entidad del Gobierno Regional o Local y su valor referencial o el valor referencial del ítem impugnado es igual o supera las seiscientos (600) UIT.
- Cuando es convocado por una entidad del Gobierno Nacional y su valor referencial o el valor del ítem impugnado es igual o supera las dos mil cuatrocientas (2400) UIT³.
- Cuando ha sido interpuesto contra la declaración de nulidad y cancelación del procedimiento de selección.

En este sentido, en vista de que en el caso de autos, el procedimiento de selección ha sido convocado por la Municipalidad Distrital de San Juan de Tarucani (entidad del Gobierno Local) y su valor referencial asciende a S/ 23 118 342.75 (veintitrés millones ciento dieciocho mil trescientos cuarenta y dos con 75/100 soles) – monto superior a seiscientos (600) UIT–, este Colegiado resulta competente para avocarse a su conocimiento.

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

El artículo 47 del Reglamento para la Reconstrucción 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 Consorcio Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro; por consiguiente, se advierte que el acto objeto de recurso no se encuentra comprendido en la relación de actos inimpugnables.

³

Mediante Decreto Supremo N° 398-2021-EF, se aprobó el valor de la Unidad Impositiva Tributaria para el año 2022, el cual asciende a S/ 4600.00, siendo el monto de 600 UIT igual a S/ 2 760 000.00 y el monto de 2400 UIT, a S/ 11 040 000.00.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

c) Sea interpuesto fuera del plazo.

El artículo 46 del Reglamento para la Reconstrucción ha establecido que la apelación contra los actos dictados desde la convocatoria hasta antes de la suscripción del contrato, debe interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del otorgamiento de la buena pro.

Si la Entidad o el Tribunal, según sea el caso, 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, la autoridad competente para resolver en la Entidad o el 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.

Por otro lado, el numeral 41.3 del artículo 41 del Reglamento para la Reconstrucción dispone que el otorgamiento de la buena pro se publica y se entiende notificado a través del SEACE el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.

En aplicación a lo dispuesto en las disposiciones acotadas, se observa que el otorgamiento de la buena pro fue notificado en el SEACE el 19 de setiembre de 2022, por lo cual el plazo para interponer recurso vencía el 26 del mismo mes y año.

Al respecto, del expediente fluye que el Consorcio Impugnante interpuso su recurso de apelación el 26 de setiembre de 2022, y lo subsanó el 28 del mismo mes y año, con lo cual se concluye que cumplió con los plazos descritos en el artículo 46 del Reglamento para la Reconstrucción.

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

De la revisión del recurso de apelación, se aprecia que este aparece suscrito por el señor Wilder Arias López, representante común del Consorcio Impugnante.

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.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

No se advierten elementos que evidencien que alguno de los integrantes del Consorcio Impugnante se encuentra inmerso en causal de impedimento.

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

De los actuados que obran en el expediente administrativo, tampoco se aprecian elementos que evidencien que alguno de los integrantes del Consorcio Impugnante se encuentra incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

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

De conformidad con lo dispuesto en el literal g) del numeral 123.1 del artículo 123 del Reglamento, constituye una causal de improcedencia del recurso de apelación, la falta de legitimidad procesal del impugnante, entendida como aquella condición que lo habilita a formular cuestionamientos respecto de un acto del cual ha participado y que, considera, le causa agravio.

Asimismo, en el último párrafo del mencionado artículo, se señala que el recurso de apelación será declarado improcedente por falta de interés para obrar, cuando el impugnante cuestiona la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta.

De manera concordante, 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, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación, a través del cual se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

En ese sentido, el Consorcio Impugnante, en su condición de postor, cuenta con interés para obrar y legitimidad procesal para impugnar la descalificación de su oferta; no obstante, en cuanto al interés para obrar respecto de la impugnación del otorgamiento de la buena pro, está sujeta a que revierta su condición de descalificado, de conformidad con el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

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

En el caso concreto, la oferta del Consorcio Impugnante fue descalificado en la etapa de evaluación técnica.

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

El Consorcio Impugnante ha solicitado que se revoque la descalificación de su propuesta, así como el acto de otorgamiento de la buena pro favorable al Consorcio Adjudicatario.

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 propuestos.

B. PRETENSIONES:

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

- Se deje sin efecto la descalificación de su oferta y se la declare válida.
- Se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario.
- Se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

Por su parte, el Consorcio Adjudicatario solicitó al Tribunal:

- Se declare infundado el recurso de apelación.
- Se confirme la buena pro del procedimiento de selección 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

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, es preciso señalar que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 8.2 del artículo 8 del TUO de la Ley N° 30556, a través de la ficha del SEACE, el Tribunal notifica el recurso de apelación y sus anexos, la admisión del recurso al postor o postores que pudieran verse afectados con su resolución, los que se tendrán por notificados el mismo día de su publicación, otorgándoles un plazo máximo de tres (3) días hábiles para que absuelvan el traslado del recurso.

En ese contexto, teniendo en cuenta que aquellos fueron notificados de manera electrónica por el Tribunal el 29 de setiembre de 2022, mediante publicación en el SEACE, debían absolver el traslado del recurso de apelación hasta el 4 de octubre del mismo año.

Precisamente, el 4 de octubre de 2022, el Consorcio Adjudicatario absolvió el referido recurso, aduciendo únicamente argumentos de defensa frente a lo expuesto en el recurso de apelación, sin efectuar cuestionamientos a la oferta adicionales del Consorcio Impugnante.

6. En atención a lo expuesto, los puntos controvertidos a esclarecer consisten en:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

- (i) Determinar si corresponde dejar sin efecto la descalificación de la oferta del Consorcio Impugnante y, en consecuencia, revocar la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario.
- (ii) Determinar si corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Impugnante.

D. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

- 7. Con el propósito de esclarecer la presente 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.

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde dejar sin efecto la descalificación de la oferta del Consorcio Impugnante y, en consecuencia, revocar la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario.

- 10. En vista de que el Consorcio Impugnante ha cuestionado la descalificación de su oferta, conviene remitirnos al “Acta de ofertas, admisibilidad, evaluación de ofertas y otorgamiento de la buena pro” de fecha 19 de setiembre de 2022, en la que el comité sustentó su decisión, siendo su tenor el siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Se deja constancia en acta lo siguiente:

1. De la revisión de la oferta del postor **CONSORCIO TUNQUIMAYO, conformados por las Empresas CONSTRUCTORA PAWER S.R.L. con RUC: 20489614015 y TUNQUIMAYO MINIG E.I.R.L. con RUC: 20571135885**, de conformidad a lo establecido en el Capítulo IV FACTORES DE EVALUACION de las Bases Integradas – EXPERIENCIA EN OBRAS SIMILARES, en donde el postor debe acreditar obras: Construcción y/o Ejecución y/o Mejoramiento y/o Rehabilitación y/o Reconstrucción de Obras y/o Mantenimiento Periódico de infraestructura vial a nivel afirmado, y/o Conservación Vial. Vistos en los FOLIOS 172 al 187, CONTRATO DE SERVICIOS N° 117-2018-MTC/20.2, donde acredita para la contratación de Servicios de gestión, Mejoramiento y Conservación Vial por niveles de servicio de corredor VIAL PRO REGION PUNO – paquete 04; respectivamente, en otro extremo el postor ACREDITA entre los FOLIOS 226 a 249, CONTRATO DE PAVIMENTACION DE CONCRETO ASFALTICO EN CALIENTE, experiencia distinta a lo solicitado en obras similares, ni tampoco presenta ACTA DE RECEPCION DE OBRA y/o RESOLUCION DE LIQUIDACION, de conformidad a lo solicitado en las Bases Integradas en el FOLIO 58 del siguiente proceso de procedimiento especial de contratación.

En otro extremo se desprende en los FOLIOS 310 al 320, en postor acredita experiencia CONTRATO DE SERVICIO DE ELABORACION DEL PLAN DE TRABAJO, EJECUCION DE MANTENIMIENTO PERIODICO, MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL TRAMO respectivamente, por lo QUE NO ACREDITA EXPERIENCIA EN OBRAS SIMILARES; para el presente caso se demuestra fehacientemente que el Objeto de CONTRATACION es SERVICIOS, convocado por la Municipalidad Provincial de Acomayo – Cusco. En otra momento se desprende entre los FOLIOS 323 al 339, acredita CONTRATO N° 05-2020-UA-MPLC, CONTRATO DE SERVICIO PARA LA EJECUCION DE MANTENIMIENTO PERIODICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES en los diferentes tramos, celebrado con la Municipalidad Provincial la Convención Santa Ana – La Convención – Cusco, también en este caso se demuestra FEHACIENTEMENTE que el Objeto de CONTRATACION es SERVICIOS.

En otra ocasión también se desprende entre los FOLIOS 342 al 358, acredita CONTRATO N° 07-2020-UA-MPLC, CONTRATO DE SERVICIO PARA LA EJECUCION DE MANTENIMIENTO PERIODICO Y RUTINARIO DE LOS CAMINOS VECINALES en los diferentes tramos, celebrado con la Municipalidad Provincial la Convención Santa Ana – La Convención – Cusco, también en este caso se demuestra FEHACIENTEMENTE que el Objeto de CONTRATACION es SERVICIOS. En otra experiencia el Colegiado efectuando la revisión, entre los FOLIOS 361 a 371, en donde el postor acredita CONTRATO DEL SERVICIO DE ELABORACION PLAN DE TRABAJO, MANTENIMIENTO PERIODICO Y RUTINARIO DEL CAMINO VECINAL en los diferentes tramos, y el CONTRATO N° 72-2020-UL-MPP/C, CONTRATACION DE SERVICIO DE ELABORACION PLAN DE TRABAJO, MANTENIMIENTO PERIODICO Y RUTINARIO DEL CAMINO VECINAL en los diferentes tramos, que en AUTOS entre los FOLIOS 374 a 384, celebrados con la Municipalidad Provincial de Paucartambo, también en este caso se demuestra FEHACIENTEMENTE que el Objeto de CONTRATACION es SERVICIOS.

El Comité de Selección, de conformidad a lo establecido en las Bases Integradas del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, APROBADO MEDIANTE DECRETO SUPREMO N° 071-2018-PCM, el Reglamento del Procedimiento de contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios y aprobadas mediante Resolución Directoral N° 056-2018-RCC/DE, modificadas por las Resoluciones Directorales N° 068-2018-RCC/DE, N° 084-2018-RCC/DE, N° 007-2019-RCC/DE, N° 081-2019-RCC/DE, N° 055-2020-ARCC/DE, y N° 00064-2020-ARCC/DE, se manifiesta QUE EL OBJETO DE CONVOCATORIA ES CONTRATACION DE

EJECUCION DE OBRA y no SERVICIOS, de manera que el postor DEBE ACREDITAR EXPERIENCIA EN OBRAS SIMILARES EJECUTADAS, durante los 8 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas, con sus respectivas ACTAS DE RECEPCION DE OBRA y/o LIQUIDACION DE CONTRATO DE OBRA.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Nótese que el comité de selección declaró no válidas siete de las contrataciones presentadas por el Consorcio Impugnante, por considerarlas no similares al objeto de contratación y por no haber presentado documentos idóneos para acreditar la conformidad respectiva en el caso del Contrato de pavimentación de concreto asfáltico en caliente.

11. Ante ello, el Consorcio Impugnante explica que el referido colegiado descartó la experiencia correspondiente al **Contrato de servicios N° 117-2018-MTC/20.2 (declarado en el numeral 1 de su Anexo N° 10, respectivamente)**, sin haber motivación aparente.

Al respecto, alude que, entre los folios 189 al 224 de su oferta obra el subcontrato suscrito por su integrante Tunquimayo Mining E.I.R.L. con la empresa Alvac S.A. Sucursal del Perú, respecto del cual se emitió la conformidad respectiva y diversas facturas, por la suma total de S/ 9 737 198.38; advierte, sin embargo, que el comité de selección no valoró dichos documentos y que, por ello, habría descartado su experiencia.

En esa línea, alude que dicho colegiado afectó su derecho al debido procedimiento, por no motivar su decisión en este extremo, y porque, pese a consignar de forma ordenada los documentos pertinentes para acreditar su experiencia, no los ha valorado, aun cuando las bases no contemplan restricción alguna respecto a las subcontrataciones y/o contrataciones efectuadas entre privados.

Por su parte, respecto al **Contrato de pavimentación de concreto asfáltico en caliente (declarado en el numeral 2 del Anexo N° 10 de su oferta)**, indica que las bases integradas permiten presentar, además de contratos y constancias de prestación, cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida y el monto total que implicó su ejecución; y que, teniendo en cuenta dicha disposición consignó en su propuesta diversas facturas y la constancia de prestación del servicio.

Manifiesta, además, que tal experiencia guarda similitud con el proyecto a ejecutarse, pues contiene una partida de concreto asfáltico, habiéndose definido como obra similar a la construcción, ejecución, mejoramiento, rehabilitación, reconstrucción de obras, mantenimiento periódico de infraestructura vial a nivel afirmado y/o conservación vial.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Por otro lado, cuestiona la descalificación de las **experiencias descritas en los numerales 7, 8, 9 10 y 11 de su Anexo N° 10**, que fueron descartadas bajo el sustento que corresponden a servicios de ejecución de mantenimiento rutinario y no a obras.

Sostiene que, según la Opinión N° 030-2019/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, el listado contemplado en la definición de obras prevista en el Anexo de Definiciones del Reglamento no tiene carácter taxativo, por consiguiente, existen actividades que pueden ser consideradas obras, a pesar de no estar comprendidas en dicho listado.

Describe que, en los casos observados, la denominación mantenimiento periódico de infraestructura vial a nivel afirmado y/o conservación vial guarda correspondencia con los contratos remitidos para acreditar la experiencia en la especialidad.

Añade que, en la etapa de formulación de observaciones se acogió la observación N° 26, referente a que se consideren obras similares los contratos de servicios y que, bajo ese entender, deben ser admitidos.

12. Por su parte, el Consorcio Adjudicatario estima que la decisión del comité de selección de descalificar la propuesta del Consorcio Impugnante es correcta.

Así, aduce que su contraparte tenía la obligación de probar que su Contrato de servicios N° 117-2018-MTC/20.2 era uno de obra y no de servicios, para lo cual, según afirma, debió adjuntar el acta de recepción de obra y/o resolución de liquidación; ya que, las facturas no se encuentran contempladas en las bases integradas para demostrar experiencia. Bajo la misma línea, agrega que de la lectura del contrato primigenio suscrito por la empresa Alvac S.A. Sucursal del Perú con la entidad contratante, se desprende que, efectivamente, se trataría de un servicio y no de una obra.

Culmina señalando que solo corresponde valorar los documentos presentados como parte de la oferta, siendo dicha etapa la oportunidad en que el postor recurrente debió acreditar las condiciones exigidas en las bases.

13. A su turno, la Entidad presentó el Informe N° 002-2022-MDSJT/ASESOR/MERA del 3 de octubre de 2022, emitido por el asesor legal Martín Edgar Ruiz Anda, en el que estima correcta la decisión adoptada por el comité de selección.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

En primer lugar, refirió que el Contrato de servicios N° 117-2018-MTC/20.2 corresponde a una subcontratación, respecto de la cual no se ha demostrado que se haya cumplido con el plazo de ejecución de 90 días calendario; ya que en la conformidad de servicios que se consignó, no se menciona en qué plazo ejecutó la prestación de servicios.

Por otro lado, en relación con el contrato de pavimentación de concreto asfáltico en caliente, manifestó que, de la segunda cláusula del contrato, se desprende que la prestación contratada es de servicios, lo cual, a su parecer, demuestra que no es similar a lo que se requiere, argumentos que replica para las demás experiencias descartadas.

Concluye, por tanto, que el monto facturado por las experiencias válidas que acredita el Consorcio Impugnante es de S/ 5 019 836.28, siendo la suma mínima exigida en las bases S/ 13 271 005.65.

- 14.** Respecto a lo mencionado, en primer lugar, es preciso tener en cuenta que el Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, como la contratación objeto del recurso, se rige, en principio, por el TUO de la Ley N° 30556, así como por su Reglamento.

Precisamente, el artículo 30 del Reglamento para la Reconstrucción prevé que el procedimiento de selección de dicha contratación tiene las siguientes etapas: a) convocatoria y publicación de bases, b) registro de participantes, c) formulación de consultas y observaciones administrativas, d) formulación de consultas y observaciones administrativas, d) absolución de consultas y observaciones administrativas e integración de bases, e) presentación, y f) admisibilidad, evaluación de ofertas y otorgamiento de la buena pro.

En cuanto a la etapa de evaluación, el artículo 40 del Reglamento para la Reconstrucción establece que esta es integral y se realiza en dos (2) etapas. La primera es la técnica y la segunda es la económica.

Especifica, además que, en el caso de bienes, servicios y obras, la experiencia del postor y el precio son los únicos factores de evaluación, estableciendo las bases estándar la forma de acreditación, metodología y el puntaje que se asignará a cada factor.

Asimismo, el referido artículo precisa que las ofertas técnicas y económicas se evalúan asignándoles puntajes de acuerdo a los criterios y metodología que se

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

establezcan en las bases estándar del procedimiento de selección, así como a la documentación que se haya presentado para acreditarlos.

En atención a ello, las bases estándar aplicables al procedimiento descrito⁴ contemplan que la evaluación técnica tiene como único factor de evaluación a la experiencia del postor en obras similares, asignándose hasta 100 puntos como máximo por la acreditación de cierto valor facturado; asimismo, prevén que las propuestas técnicas que no alcancen el puntaje mínimo de sesenta (60) puntos son descalificadas en esta etapa y no acceden a la evaluación económica.

15. Habiendo dejado en claro las reglas del procedimiento de contratación, se aprecia que la descalificación de la oferta del Consorcio Impugnante se dio en la etapa de evaluación técnica, por no alcanzar el puntaje mínimo para acceder a la evaluación económica; debido a que el comité de selección descartó o no consideró para el cómputo del valor facturado siete de las experiencias presentadas por el citado postor como parte de su oferta.

Asimismo, de lo expuesto por las partes, se desprende que la controversia gira en torno a si las siete contrataciones señaladas son o no similares a la obra convocada; para ello, es necesario acudir a las bases integradas, a efectos de conocer la definición de obras similares que se contempló y que debían tener en cuenta los postores al momento de formular sus ofertas.

16. Atendiendo a ello, se aprecia que en el literal A del capítulo IV de la sección específica de las bases integradas se establecieron las siguientes condiciones para la asignación de puntaje en el factor de evaluación “Experiencia en obras similares”:

⁴

Bases estándar del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios para la contratación de ejecución de obras, aprobadas mediante Resolución Directoral N° 056 -2018-RCC/DE, modificadas por las Resoluciones Directorales N° 068-2018-RCC/DE, N° 084-2018-RCC/DE, N° 007-2019-RCC/DE, N° 081-2019-RCC/DE N° 055-2020-ARCC/DE, y N° 00064-2020-ARCC/DE.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

CAPÍTULO IV FACTORES DE EVALUACIÓN

La experiencia del postor y el precio son los únicos factores de evaluación aplicables para la evaluación de las ofertas presentadas por los postores.

EVALUACIÓN TÉCNICA (Puntaje Máximo: 100 Puntos, Puntaje Mínimo: 60 Puntos)

Las propuestas técnicas que no alcancen el puntaje mínimo de sesenta (60) puntos, serán descalificadas en esta etapa y no accederán a la evaluación económica.

El único factor de evaluación técnica es la experiencia del postor en obras similares, conforme el detalle siguiente:

EVALUACIÓN TÉCNICA	PUNTAJE / METODOLOGÍA PARA SU ASIGNACIÓN
A. EXPERIENCIA EN OBRAS SIMILARES <u>Criterio:</u> Se evaluará considerando el monto facturado acumulado hasta UNA (1) VECES EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN O DEL ÍTEM, en la ejecución de obras similares, durante los 8 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas, que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra o documento similar que acredite fehacientemente la culminación de la obra. Se considerara obra similar a: Construcción y/o Ejecución y/o Mejoramiento y/o Rehabilitación y/o Reconstrucción de Obras y/o Mantenimiento Periódico de infraestructura vial a nivel afirmado, y/o y/o Conservación Vial. Cada experiencia deberá tener por lo menos las partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado. <i>Se incluyen obras de mantenimiento con las mismas características antes mencionadas.</i> <u>Acreditación:</u> La experiencia se acreditará mediante 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 ¹⁷ 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 diez (10) contrataciones. 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. Cuando los contratos presentados se encuentren expresados en moneda extranjera, debe indicarse el tipo de cambio venta publicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP correspondiente a la fecha de suscripción.	(Hasta 100 puntos) M = Monto facturado acumulado por el postor por la ejecución de obras similares M >= [1] veces el valor referencial: [100] puntos M >= [0.80] veces el valor referencial y < [1] veces el valor referencial: [80] puntos M >= [0.60] veces el valor referencial y < [0.80] vez el valor referencial: [60] puntos
EVALUACIÓN TÉCNICA	PUNTAJE / METODOLOGÍA PARA SU ASIGNACIÓN
Sin perjuicio de lo anterior, los postores deben llenar y presentar el Anexo N° 10 referido a la experiencia en obras similares del postor.	
PUNTAJE TOTAL EVALUACION TECNICA.	100 puntos¹⁸

* Extraído de las páginas 58 y 59 de las bases integradas

Nótese que las bases integradas establecieron hasta tres rangos de asignación de puntaje, siendo el mínimo, que le otorgaba al postor suficiente puntaje para acceder a la evaluación económica (60 puntos), el que exigía acreditar entre 0.6 a 0.8 del valor referencial (S/ 13 871 005.65 a S/ 18 494 674.20).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Evidentemente, se exigió que dicha experiencia sea en la ejecución de obras similares al objeto de contratación; para ello, en el segundo párrafo se consignó la definición de obra similar, considerando dentro de ella a: la construcción, ejecución, mejoramiento, rehabilitación, reconstrucción de obras, mantenimiento periódico de infraestructura vial a nivel de afirmado y/o conservación vial, incluyéndose obras de mantenimiento con las mismas características. De igual manera, en dicho párrafo se hizo la precisión de que cada experiencia que se presentara debía tener al menos las partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado.

Sobre el particular, de la revisión del presupuesto publicado junto a las bases integradas, se observa que la obra objeto de convocatoria tiene las siguientes partidas: 01. Obras preliminares, 02. Explanaciones, 03. Afirmados, 04. Obras de arte y drenaje, 05. Transportes, 06. Señalización, 07. Varios, 08. Plan de manejo ambiental, 09. Programa de manejo de residuos sólidos y líquidos, 10. Programa de cierre, abandono y restauración, 11. Puente Río Cazador y 12. Batería de alcantarillas, los cuales están compuestos además por sub partidas.

Ahora bien, tal como se encuentra redactado el segundo párrafo del literal acotado no queda claro cuántas de las partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado debía contener cada experiencia presentada por los postores ni cuáles de ellas serían obligatorias.

En dicho contexto, cabe recordar que el literal c) del artículo 2 de la Ley consagra el principio de transparencia, el cual obliga a las Entidades a proporcionar información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. En ese sentido, la falta de claridad en los documentos del procedimiento es contrario a dicho principio.

17. Por otro lado, las bases estándar aplicables a la presente contratación no contemplan la posibilidad de agregar en la definición de las obras similares la acreditación de componentes o partidas, según se observa:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

CAPÍTULO IV FACTORES DE EVALUACIÓN

La experiencia del postor y el precio son los únicos factores de evaluación aplicables para la evaluación de las ofertas presentadas por los postores.

EVALUACIÓN TÉCNICA (Puntaje Máximo: 100 Puntos, Puntaje Mínimo: 60 Puntos)

Las propuestas técnicas que no alcancen el puntaje mínimo de sesenta (60) puntos, serán descalificadas en esta etapa y no accederán a la evaluación económica.

El único factor de evaluación técnica es la experiencia del postor en obras similares, conforme el detalle siguiente:

EVALUACIÓN TECNICA	PUNTAJE / METODOLOGÍA PARA SU ASIGNACIÓN
A. EXPERIENCIA EN OBRAS SIMILARES <u>Criterio:</u> Se evaluará considerando el monto facturado acumulado hasta TRES (3) VECES EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN O DEL ÍTEM, en la ejecución de obras similares, durante los 8 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas, que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra o documento similar que acredite fehacientemente la culminación de la obra. Se considerará obra similar a [CONSIGNAR LAS OBRAS QUE CALIFICAN COMO SIMILARES]. <u>Acreditación:</u> La experiencia se acreditará mediante 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 ²⁰ 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 diez (10) contrataciones. 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. Cuando los contratos presentados se encuentren expresados en moneda extranjera, debe indicarse el tipo de cambio venta publicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP correspondiente a la fecha de suscripción. Sin perjuicio de lo anterior, los postores deben llenar y presentar el Anexo N° 10 referido a la experiencia en obras similares del postor.	(Hasta 100 puntos) M = Monto facturado acumulado por el postor por la ejecución de obras similares M >= [...] veces el valor referencial: [...] puntos M >= [...] veces el valor referencial y < [...] veces el valor referencial: [...]puntos M >= [...] veces el valor referencial y < [...] vez el valor referencial: [...]puntos

Es más, es preciso recalcar que la mayoría de documentos con los que, de acuerdo a las bases estándar, se debe demostrar 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).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

En ese entendido, se colige que la Entidad ha incorporado en las bases integradas una nueva exigencia acreditativa, esto es, presentar documentos donde se consigne el detalle de los componentes o partidas, a pesar de que las bases estándar no lo permiten.

18. En vista de ello, mediante decreto del 5 de octubre de 2022, se efectuó el traslado a las partes y la Entidad de estos posibles defectos en las bases, a fin de que estas se pronuncien si dicha situación configuraría un vicio que acarree la declaración de nulidad del procedimiento de selección.
19. Al respecto, la Entidad refirió que tanto el Consorcio Impugnante como el Consorcio Adjudicatario expresaron que las bases integradas son claras respecto a lo solicitado como experiencia en obras similares, sosteniendo que lo pedía acreditarse era que cada experiencia contenga como mínimo más de dos partidas del expediente técnico.

En esa línea, considera que no se ha contravenido ningún principio rector de las contrataciones del Estado.

Agrega que al exigir las bases integradas que cada experiencia deba contener “las partidas” del expediente técnico no quiere decir que deban contener todas las partidas del presupuesto, sino que debe haber coincidencia en más de dos de ellas.

Recalca que, en la presente contratación, no hay indicios de actos corrupción y que si ese fuera el caso, se habría otorgado la buena pro al postor que tuviera la oferta económica superior, lo cual no ha sucedido.

A mayor abundamiento, sostiene que la presunta nulidad, en el peor de los escenarios, debía ser sancionada por norma expresa; sin embargo, dicho error no ha sido advertido por las partes ni el OSCE en su Informe de Acción de Supervisión, recaído en el Oficio N° D001551-2022-OSCE-SPRI del 5 de setiembre de 2022, en el que analizó aspectos puramente formales.

20. Por su parte, el Consorcio Adjudicatario considera que las bases son muy claras, ya que la acreditación de la experiencia no le ha representado mayor problema, habiendo entendido que lo que se requería era que cada experiencia contenga al menos dos de las partidas que conforman el presupuesto.
21. En el mismo sentido, el Consorcio Impugnante indicó que la exigencia referida a que las bases integradas solicitaron que cada experiencia debía contener por lo

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

menos las partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado, guardando esta correspondencia con la terminología general establecida en las bases estándar del procedimiento.

Recalca que las bases integradas no exigen en ningún extremo que cada experiencia contenga la totalidad de las partidas a ejecutarse.

Además, expresa que el comité de selección, al momento de evaluar las propuestas, no se enfocó en la exigencia referente a las partidas y/o componentes similares al proyecto, sino a determinar si los contratos llevaban la denominación de las actividades consideradas como obras similares.

En esa línea, estima que no hay transgresión al principio de transparencia, sino que lo único cuestionable es que no se haya validado su experiencia a la luz de la definición de obras similares.

Argumenta que, si bien el Tribunal se encuentra habilitado para declarar la nulidad del procedimiento de selección en el caso de advertir vicios y/o contravención a la normativa de contrataciones del Estado, dicha transgresión debe ser expresa, precisa y clara; lo cual considera no sucede en el presente caso, ya que la supuesta afectación surgió a raíz de que el representante de la Entidad en la audiencia indicó que razonablemente los postores tenían que cumplir con las exigencias de las partidas y los componentes, situación de hecho contraria a lo recogido en las bases integradas, las cuales exigían únicamente que los postores debían sustentar, al menos, la ejecución de las partidas del expediente técnico.

22. Sobre el particular, pese a que tanto la Entidad como el Consorcio Adjudicatario han señalado que las bases integradas eran sumamente claras, ambos han tenido una interpretación distinta de las mismas; ya que, por un lado, la Entidad ha señalado que cada experiencia debe tener más de dos partidas de las que corresponden a la ejecución de la presente obra (es decir, como mínimo tres partidas), mientras que el Consorcio Adjudicatario cree que las bases exigen que los postores sustenten que cada una de sus experiencias cuentan con al menos dos de las partidas a ejecutarse en la obra objeto de convocatoria, según se observa:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

- Escrito N° 1, presentado por la Entidad el 10 de octubre de 2022:

4. Asimismo, como hemos indicado en el inicio, al haber quedado claras las “reglas del juego”, es decir las Bases Integradas, ninguno de los consorciados lo ha observado en el presente proceso de recurso de apelación, es más el mismo consorcio apelante ha afirmado que para su representada se entendió que debía cumplirse con la experiencia en más de 2 partidas, no en TODAS. Por lo que entendemos que en el presente caso ninguno de los consorciados ha advertido alguna nulidad al respecto, lo cual si advirtió el vocal de vuestra Sala. Sin embargo, corresponde traer a colación el principio de convalidación de la nulidad el cual es entendido como la confirmación del

- Escrito N° 4, presentado por el Consorcio Adjudicatario el 10 de octubre de 2022:

Nosotros dentro de nuestra experiencia en obras similares, presentamos 1 solo contrato que a la vez contenía más de 2 partidas ejecutadas en el expediente técnico de obra. Nosotros como Consorcio SI ENTENDIMOS que las Bases Integradas hacían alusión a que como mínimo debían haberse ejecutado 2 a más partidas similares a las que solicitaba, en ningún momento entendimos que eran obligatorias todas las partidas indicadas, ya que las Bases, al indicar “por lo menos las partidas a ejecutarse (...)” hacía referencia a un plural y NO SE REFERÍA A QUE DEBÍA CUMPLIRSE CON TODAS LAS PARTIDAS, pues siendo ese el caso lo hubiéramos objetado en la etapa de Consultas y Observaciones, lo cual no hicimos porque nos quedó clara la definición.

De igual modo, el consorcio apelante ha indicado en la Audiencia del 05 de octubre que para ellos mismos no hubo alguna confusión al momento de leer las Bases Integradas, para dicho consorcio también era claro que los postores debían acreditar haber ejecutado 2 o más partidas de las mencionadas en las Bases Integradas. Es más, ninguna de las partes había cuestionado dicho acápite.

Siendo ello así, consideramos que vuestra Sala no debería cuestionar la validez de la etapa de absolución de consultas y observaciones, puesto que, para todos los postores ha quedado claro que se debía acreditar la ejecución de 2 partidas a más a las indicadas en las Bases Integradas.

A ello debe sumarse lo expuesto por el representante de la Entidad en la audiencia pública llevada a cabo el 5 de octubre de 2022, el cual consultado sobre las partidas que debían acreditarse, señaló que eran las que “razonablemente”

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

determinen la similitud de la experiencia con la obra convocada, sin indicar un número mínimo a acreditarse –como sí ha precisado en su escrito posterior presentado el 10 de octubre de 2022–, ni tampoco las partidas que consideraba importantes acreditar para sustentar la similitud.

Las interpretaciones distintas evidencian que las bases integradas, al menos para quienes respondieron la consulta sobre las partidas que era necesario acreditar, no resultan claras.

23. Ahora bien, remitiéndonos al texto literal de las bases integradas, se aprecia que el segundo párrafo del literal A, correspondiente al capítulo IV de su sección específicas, establece que cada experiencia debe tener por lo menos las partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado.

Se aprecia, entonces, que las bases se refieren de forma general a dichos componentes, sin precisar que solo es necesario acreditar una cantidad mínima de partidas, como sugieren la Entidad y el Consorcio Adjudicatario, o señalar excepciones o salvedades; por ello, bajo la forma en la que se encuentra redactado dicho párrafo, se desprende que cada experiencia presentada por los postores debía contener todas las partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado.

En ese contexto, es pertinente resaltar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido que las obras similares deban ser exactamente iguales a las que son objeto de contratación, sino únicamente que la obra propuesta tenga las características de aquella que se pretende realizar.

A mayor abundamiento, tal como se ha precisado en el acápite anterior, el numeral 29.3 del referido artículo 29 del Reglamento exige que, al definir el requerimiento, el área usuaria no incluye exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias referidas a la calificación de los potenciales postores que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos, siendo parte del requerimiento los requisitos de calificación que se consignan.

En el caso concreto, el exigir acreditar en cada experiencia todas las partidas de la obra convocada no es sino pedir que las contrataciones que presenten los postores sean iguales, lo cual restringe notablemente la posibilidad de que se acrediten experiencias similares, al ser el requerimiento tan específico; ello resulta restrictivo para la participación de potenciales proveedores, más aún cuando el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

monto facturado que debía acreditarse para la asignación de 60 puntaje mínimo requerido para acceder a la evaluación económica es elevado (S/ 13 871 005.65).

24. En relación con ello, cabe precisar que, en las bases iniciales, se consideró un texto diferente para la definición de obras similares, habiéndose requerido la acreditación de ciertas partidas, según se observa:

EVALUACIÓN TÉCNICA	PUNTAJE / METODOLOGÍA PARA SU ASIGNACIÓN
A. EXPERIENCIA EN OBRAS SIMILARES <u>Criterio:</u> Se evaluará considerando el monto facturado acumulado hasta UNA (1) VECES EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN O DEL ÍTEM, en la ejecución de obras similares, durante los 8 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas, que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra o documento similar que acredite fehacientemente la culminación de la obra. Se considerará obra similar a Construcción y/o Ejecución y/o Mejoramiento y/o Rehabilitación y/o Reconstrucción de Obras y/o Mantenimiento Periódico de infraestructura vial a nivel afirmado, y/o Servicio de Transitabilidad y/o Conservación Vial, y/o obras viales. Cada experiencia deberá tener por lo menos las partidas siguientes del expediente técnico aprobado: • (Corte o excavación • Concreto • Señalización • Monitoreo ambiental • Sub Base, base afirmado. • Conformación de calzada. <u>Acreditación:</u> La experiencia se acreditará mediante 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 documentación¹⁷ de la cual se desprenda fehacientemente que la	(Hasta 100 puntos) M = Monto facturado acumulado por el postor por la ejecución de obras similares M >= [1] veces el valor referencial: [100] puntos M >= [0.80 veces el valor referencial y < [1] veces el valor referencial: [80] puntos M >= [0.60] veces el valor referencial y < [0.80] vez el valor referencial: [60] puntos

* Extraído de la página 58 de las bases

Sin embargo, según se advierte de la absolución a las observaciones N.º 3, 11, 13, 14, 15, 18, 22, 26, 39, 40 y 42 en el Pliego de absolución de consultas y observaciones, diversos participantes solicitaron que se amplíe la definición de obras similares, lo cual fue acogido parcialmente por el comité de selección; ya que se agregó a las actividades descritas en el segundo párrafo como obras similares al servicio de transitabilidad, y, en lugar de las seis partidas señaladas en las bases primigenias, se estableció que cada experiencia tenga las partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado.

Al respecto, al acoger dichas observaciones, el comité aseveró que la modificación en las bases permitiría uniformizar y promover la mayor participación de postores. Se entiende, por tanto, que la intención del referido colegiado era hacer menos restrictivo el texto inicial, permitiendo que cada experiencia presentada por los

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

postores contenga cualquiera de las partidas de la obra a ejecutar; sin embargo, el texto redactado en el análisis del pliego y su integración en las bases no evoca dicha intención, sino más bien tiene un tenor más restrictivo.

No es casualidad que solo hayan habido tres postores pese a que se registraron veinte participantes, y que además dos de dichos postores hayan sido descalificados por no alcanzar el monto mínimo requerido para alcanzar el puntaje suficiente a fin de acceder a la evaluación económica, al haberse descartado la mayoría de las contrataciones que presentaron, por no considerarlas similares al objeto de convocatoria. Se verifica, entonces, que es precisamente la deficiencia en la definición de obras similares lo que posiblemente ha generado dicha situación.

Tal como se indicó en el fundamento 17, el apartamiento a las bases estándar implica, a su vez, la contravención al literal c) del numeral 8.1 del artículo 8 del TUO de la Ley N.º 30556, que ordena observar las disposiciones recogidas en las bases estándar aprobadas por la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios.

25. Cabe considerar que si bien la Entidad ha invocado la aplicación del principio de trascendencia de la nulidad, previsto en el artículo 174 del Código Procesal Civil, solicitando que no se declare la nulidad por no existir agravio a ninguno de los postores, debe tenerse en cuenta que dicho principio rige en un proceso civil, ante un vicio en el proceso que corrompe su sustancia e impide cumplir con el fin para el que fue establecido en la ley, mientras que el vicio bajo análisis se da en el marco de un procedimiento administrativo especial (procedimiento de selección), que se conduce bajo otras directrices.

Asimismo, el principio aludido se encuentra enmarcado dentro de la lógica del derecho civil, donde predomina el interés privado y que, por tanto, se entiende que el artículo 174 del Código Procesal Civil exija que quien formula la nulidad deba acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado; en cambio, la contratación administrativa persigue como objetivo servir de instrumento para alcanzar el fin público.

Por dicha razón es que, aun cuando el Consorcio Impugnante y el Consorcio Adjudicatario señalen que entendieron lo que las bases integradas consideran como experiencia similar, no es posible soslayar que la falta de claridad en ellas y la exigencia referida a acreditar todos los componentes de la obra objeto de convocatoria afecta el normal desarrollo del procedimiento de selección, al restringir la participación de más proveedores y, por tanto, ampliar la posibilidad

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

de lograr una contratación más eficiente; por lo cual, no resulta procedente su conservación.

26. En el mismo sentido, el Consorcio Impugnante ha alegado que el comité de selección, al momento de evaluar las experiencias, no se centró en verificar la acreditación de componentes, sino que los contratos presentados llevaban la denominación de las actividades consideradas como obras similares.

El hecho que las observaciones del comité de selección a las experiencias presentadas por los dos postores descalificados se hayan centrado en la denominación de las obras, no implica que su análisis se haya avocado únicamente a ello.

Inclusive, si como indica el Consorcio Impugnante, el comité no hubiera analizado la coincidencia de las partidas de las experiencias presentadas con la obra a ejecutarse, dicho accionar sería contrario a lo previsto en las bases integradas e implicaría que se apartó de las propias reglas que estableció la Entidad para la evaluación.

Precisamente, dicha aseveración va en tono con lo expuesto por el representante de la Entidad en la audiencia pública, en la que indicó que el comité de selección evaluaría la presentación de partidas que “razonablemente” demuestren que una experiencia es similar al objeto de convocatoria, dado que otorga una potestad arbitraria a dicho colegiado para determinar, en atención a su propio criterio –esto es, sin atender a parámetros objetivos que deben ser señalados en las bases integradas–, qué experiencias pueden ser consideradas similares o no.

En este punto, es preciso recalcar que las bases integradas son las reglas definitivas del procedimiento de selección, a la cual atienden los proveedores para determinar si presentar propuestas en el procedimiento de selección; por lo cual, su contenido debe ser claro y transparente, y no debe contener exigencias irrazonables e innecesarias que limiten o impidan la concurrencia de los mismos.

Por ello, aun cuando el comité de selección no ha observado la falta de acreditación de partidas por parte de algunos de los postores, ello no implica que dicha exigencia no afectó el desarrollo del procedimiento de selección; ya que, al no ser clara y exigir acreditar más de lo que las bases estándar permiten, implicó que las reglas a cumplir se vieran mucho más restrictivas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

Además, el Consorcio Impugnante se contradice en su posición, ya que resta importancia a la acreditación de las partidas que exigen las bases integradas, pero, como parte de su recurso de apelación, alega que no se advierten similitudes entre las partidas ejecutadas en la obra consignada por el Consorcio Adjudicatario en su propuesta con el proyecto que se pretende alcanzar, es más, cuestiona la validez del documento denominado carta aclaratoria de partidas, en tanto, no se encuentra suscrita por ninguna autoridad y/u órgano de administración de la Fundación Brazos Fuertes de Colombia – FUNDAFUERT.

En ese sentido, se evidencia que el Consorcio Impugnante pretende que se conserve la exigencia analizada, al indicar que ni ha sido objeto de análisis, pero, por otro lado, pretende que se descalifique la oferta de su contraparte bajo esa misma regla. Tal contradicción evidencia que el referido postor, al igual que el Consorcio Adjudicatario desea que el Tribunal no declare nulo lo actuado; sin embargo, del análisis desarrollado, se ha podido evidenciar que el vicio ha afectado la participación de más postores en el procedimiento de selección.

27. Igualmente, el hecho que los postores, en la etapa de consultas y observaciones, ni el OSCE en su Informe de Acción de Supervisión, recaído en el Oficio N° D001551-2022-OSCE-SPRI del 5 de setiembre de 2022, hayan advertido la existencia del vicio, implica que deba convalidarse dicho defecto, como sugiere la Entidad; más aún cuando se aprecia que hubo otros proveedores que sí solicitaron que se amplíe la definición de obras similares por considerar que el texto inicial de las bases iniciales resultaban restrictivas.
28. Frente a un escenario como el descrito, la normativa prevé la posibilidad de corregir actos contrarios a sus disposiciones. Al respecto, la nulidad constituye una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita que permita sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Por lo expuesto, como se ha expresado previamente, el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, establece que en los casos que conozca el Tribunal declarará nulos los actos administrativos emitidos por las Entidades, cuando contravengan normas legales, debiéndose expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

En el presente caso, se ha determinado que el vicio concerniente a la definición de obras similares para el factor de evaluación “Experiencia en obras similares”, determinada en la absolución de consultas y observaciones de las bases,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

contraviene el numeral 29.3 del Reglamento, las bases estándar aplicables, el literal c) del numeral 8.1 del artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30556, así como los principios de transparencia, de competencia y libertad de concurrencia de proveedores, el cual, como se ha desarrollado en el análisis respectivo, no resulta conservable.

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, retrotrayéndose el mismo a la etapa de la absolución de consultas y observaciones**, a efectos de que se corrija la definición de obras similares en la parte referida exigir la acreditación de partidas a ejecutarse en el expediente técnico aprobado, conforme a los fundamentos precedentes.

La nulidad declarada, evidentemente, deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Adjudicatario.

30. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto por el numeral 11.3 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), este Colegiado considera que debe ponerse en conocimiento del Titular de la Entidad la presente Resolución, a fin de que conozca el vicio advertido y realicen las acciones que correspondan conforme a sus atribuciones, así como para que exhorte al comité de selección y a las áreas que intervengan en la elaboración de los documentos que recogen las bases, que actúen de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar futuras nulidades que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado.
31. Por último, 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 de oficio del procedimiento de selección sin pronunciamiento sobre el petitorio del Consorcio Impugnante, **corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por aquel**, para la interposición de su recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Jorge Luis Herrera Guerra y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Olga Evelyn Chávez Sueldo, quien reemplaza a la Vocal Paola Saavedra Alburqueque según el Rol de Turnos de Vocales de Sala vigente, atendiendo a la conformación de la Tercera

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

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** del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios N° 001-2022 MDSJT/CS-1 – Primera Convocatoria, **retrotrayéndose el mismo a la etapa de la absolución de consultas y observaciones administrativas e integración de bases**, conforme a la fundamentación.
2. Devolver la garantía presentada por el Consorcio Tunquimayo, conformado por las empresas Constructora Pauer S.R.L. y Tunquimayo Mining E.I.R.L., para la interposición de su recurso de apelación.
3. Comunicar la presente resolución al Titular de la Entidad, conforme a lo señalado en el fundamento 30.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

SS.
Inga Huamán.
Herrera Guerra.
Chávez Sueldo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

VOTO SINGULAR DE LA VOCAL OLGA EVELYN CHÁVEZ SUELDO

La vocal que suscribe el presente voto, disiente, respetuosamente, de los fundamentos 17 y 24, por los siguientes motivos:

1. En el fundamento 17 de la resolución, se indicó que las bases estándar aplicables a la presente contratación no contemplan la posibilidad de agregar en la definición de las obras similares la acreditación de componentes o partidas, sosteniendo además que los documentos con los que se debe demostrar la experiencia, usualmente no contienen la descripción de partidas de una obra.

Por ello, se determinó que la Entidad habría incorporado en las bases integradas una nueva exigencia acreditativa (partidas), a pesar de que las bases estándar no lo permiten, implicando dicho apartamiento la contravención al literal c) del numeral 8.1 del artículo 8 del TUO de la Ley N.º 30556, que ordena observar los documentos estándar aprobados por la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios.

2. Al respecto, la suscrita no comparte dicho criterio, puesto que las bases estándar aludidas, así como la normativa aplicable, no prohíben la incorporación de partidas mínimas para considerar una experiencia como similar, toda vez que las bases solo indican que deberá establecerse aquello que se considera como experiencia similar. Ello en la medida que, incluir partidas mínimas a acreditar en determinada experiencia puede tener relación con la definición de obra similar que establezca la Entidad en las bases y de ese modo generar una mayor competencia al contarse con ofertas que puedan cumplir con lo solicitado, siempre con criterios de razonabilidad.
3. No obstante, la inclusión de partidas mínimas para acreditar una experiencia tampoco puede constituir una limitación a la concurrencia de los postores ni a la mayor competencia, ni debe resultar tan específica de modo tal que solo un único postor pueda acreditar dicha experiencia, pues ello podría contravenir la transparencia, objetividad e imparcialidad que debe regir el procedimiento de selección.
4. En ese sentido, la suscrita comparte que el argumento respecto a que la definición de obras similares establecida en las bases integradas contiene un vicio debido a que la redacción permite entender que los postores estaban obligados a sustentar para cada una de sus experiencias que estas contengan todas las partidas

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3500-2022-TCE-S3

contenidas en el expediente técnico de la obra convocada, lo cual, evidentemente, resulta excesivo, pues solo se permitiría acreditar experiencia referida a obras idénticas a la convocada y que todas tengan exactamente las mismas partidas del expediente técnico, lo cual reduciría las posibilidades de participación de diversos postores, aspecto que contraviene los principios de transparencia, de competencia y libertad de concurrencia.

5. Sin embargo, por los fundamentos antes expuestos, si bien se ha incurrido en vicio de nulidad, la suscrita no considera que haya existido un apartamiento del contenido de las bases estándar aprobadas por la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, ni tampoco se haya transgredido el literal c) del numeral 8.1 del artículo 8 del TUO de la Ley N.º 30556.

VOCAL

SS.
Chávez Sueldo.