

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

Sumilla: *“(...) la Entidad ha formulado una regla ilegal en su requerimiento al establecer que los postores debían consignar en su Anexo N° 6 el porcentaje de los gastos generales fijos y variables, y que éstos no deben modificarse, es decir que, deben ser los mismos porcentajes previstos en el presupuesto del expediente técnico.”*

Lima, 16 de noviembre de 2022

VISTO en sesión del 16 de noviembre de 2022 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 7153/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor **CONSORCIO AP**, integrado por las empresas **AP CONSULTORES Y EJECUTORES SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA** y **JATUN BUSINESS S.A.C.**, en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 036-2022-CS/MPP – Primera Convocatoria, para la contratación de ejecución de obra *“Construcción de cobertura, en el (la) I.E. General Juan Velasco Alvarado – La Unión, distrito de La Unión, provincia de Piura, departamento Piura”*, convocada por la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PIURA**; oído el informe oral y, atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la ficha del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, el 9 de setiembre de 2022, la Municipalidad Provincial de Piura, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 036-2022-CS/MPP – Primera Convocatoria, para la contratación de ejecución de obra *“Construcción de cobertura, en el (la) I.E. General Juan Velasco Alvarado – La Unión, distrito de La Unión, provincia de Piura, departamento Piura”*, con un valor referencial ascendente a S/ 605,662.10 (seiscientos cinco mil seiscientos sesenta y dos con 10/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

El procedimiento de selección se ha efectuado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **la Ley**, y; su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias, en adelante **el Reglamento**.

De acuerdo al respectivo cronograma, el 23 de setiembre de 2022, se llevó a cabo la presentación electrónica de ofertas; y el 26 del mismo mes y año, se publicó en

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

el SEACE, la decisión de otorgar la buena pro del procedimiento de selección al postor **L & C CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, en adelante **el Adjudicatario**; conforme al siguiente detalle:

POSTOR	ETAPAS					BUENA PRO
	ADMISIÓN	EVALUACIÓN			CALIFICACIÓN	
		OFERTA ECONÓMICA S/	PUNTAJE TOTAL	OP		
L & C CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES E.I.R.L.	ADMITIDO	-	-	-	***	SI
CONSORCIO COBERTURA	ADMITIDO	605,135.45 / 605,662.10*	100/99.82**	-	CUMPLE	NO
CONSORCIO AP	NO ADMITIDO	-	-	-	-	-

*En el acta se indicaron dos ofertas económicas para el postor **CONSORCIO COBERTURA**.

En el acta se otorgó doble puntaje al postor **CONSORCIO COBERTURA.

***En el acta no se indicaron los resultados de la evaluación y calificación de la oferta del **Adjudicatario**.

De acuerdo al “Acta de apertura de sobres, evaluación de las ofertas y calificación: obras”, la oferta del **CONSORCIO AP** fue declarada no admitida por las siguientes razones:

“Oferta rechazada: como consecuencia de no acreditar la documentación correspondiente a la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra; sobre la calidad de los equipos y lugar de la obra; así como, la aceptación de la penalidad, además se observa que los montos que corresponde a los gastos generales fijos y variables no corresponde al presupuesto de obra, poniendo en riesgo de manera financiera el cumplimiento de obligaciones establecidas en los gastos, tal como se precisó en el pliego absoluto.”

- Mediante Escrito s/n subsanado con Escrito s/n, presentados el 3 y 5 de octubre de 2022, respectivamente, a través de la Mesa de Partes Digital del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) y recibidos en las mismas fechas ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, el **CONSORCIO AP**, integrado por las empresas **AP CONSULTORES Y EJECUTORES SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA** y **JATUN BUSINESS S.A.C.**, en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación solicitando que: **i)** se revoque la no admisión de su oferta, **ii)** se revoque la admisión de la oferta del Consorcio Cobertura, **iii)** se revoque la admisión de la oferta del Adjudicatario, **iv)** se revoque

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario, **v)** se ordene al comité de selección evaluar y calificar su oferta, y **vi)** se otorgue la buena pro a su favor.

El Impugnante sustenta su recurso con los siguientes argumentos:

- Precisa que, el comité de selección solo calificó al postor Consorcio Cobertura, quien ocupó el segundo lugar. Es decir, se otorgó la buena pro al Adjudicatario sin haber calificado su oferta.

Sobre la no admisión de su oferta

- Afirma que, en los documentos obligatorios para la admisión de las ofertas, no se requirió la acreditación de la disponibilidad del personal durante la ejecución de la obra, tampoco se solicitó las declaraciones juradas sobre la calidad de los equipos y lugar de la obra, ni la aceptación de la penalidad, por lo que no corresponde que el comité de selección no admita su oferta por dichos aspectos.
- Menciona que, conforme a la Resolución N° 3063-2019-TCE-S2 (fundamento 18), la carta de compromiso del personal clave no puede ser solicitada como requisito para la admisión ni calificación, sino que la formación académica y experiencia del personal clave se debe acreditar en la suscripción del contrato. Asimismo, se indicó que en las bases estándar no se ha previsto exigir a los postores mencionar, a través de una declaración jurada u otro documento, quien será su personal clave.
- Sostiene que, se debe tener en consideración que la declaración jurada en el Anexo N° 3, de por sí ya exige que el postor se comprometa a cumplir el expediente técnico contenido en el numeral 3.1 del Capítulo III de las bases integradas (requerimiento), razón por la cual se ha considerado pertinente que tal documento sea suficiente para que los postores cumplan todas las obligaciones y prestaciones exigidas en la contratación.
- Por tanto, considera ilegal que el comité de selección haya declarado no admitida su oferta, por no acreditar la documentación correspondiente a la disponibilidad del personal, las declaraciones juradas sobre la calidad del personal, la calidad de los equipos, y el lugar de la obra, así como la aceptación de la penalidad.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

- Por otro lado, menciona que, a través de una consulta u observación, se observó que se está solicitando indicar en el Anexo N° 6 los porcentajes que corresponden a los gastos fijos y variables, y que estos no pueden modificarse. Exigencia que transgrede las bases estándar y la Ley, por lo que se solicitó se suprima.

Al respecto, en la absolución a dicha observación, se decidió no acogerla, debido a que se pretende adecuar lo solicitado a un interés particular, y ello pondría en riesgo de manera financiera el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los gastos, por lo que el área usuaria se ratificó en su contenido.

- Menciona que, el comité de selección declaró no admitida su oferta, porque los gastos generales fijos y variables no corresponden al presupuesto de la obra, lo que pone en riesgo de manera financiera el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los gastos generales.
- Señala que, en el presupuesto de las bases integradas la Entidad consignó como gastos generales el 8% (en el expediente técnico, se indicó que los gastos generales fijos son el 1.50%, y los gastos generales el 6.50%), y para la utilidades se estableció el 7%; asimismo, el comité de selección pretendía que no se modificara los montos de dichos porcentajes, más aún los costos directos. Es decir, pretendía que las ofertas económicas fueran presentadas al 100% del valor referencial.
- Precisa que, en la Nota N° 6 del Requerimiento (página 36 de las bases), se estableció que, corresponderá incluir en el Anexo N° 6 los porcentajes que correspondan a los gastos generales fijos y variables, teniéndose además que estos no pueden ser modificados, dado que con ello se estaría asegurando la presencia del personal idóneo como su participación efectiva correspondiente a la parte técnica, como operativa.
- Señala que, en la Resolución N° 1453-2022-TCE-S2, se indicó que: *“si bien el costo directo ofertado por el Impugnante es más bajo que el establecido en el presupuesto de la obra, los postores no se encuentran obligados a reiterar –o repetir– en el Anexo N° 6 – Precio de la oferta, los montos considerados en el presupuesto de obra que elabora la Entidad, pues la presentación de dicho anexo tiene como fin, precisamente, conocer los precios unitarios,*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

subtotales y monto total ofertado que formulan los postores en función a las partidas que conformar el expediente técnico.”

- En ese sentido, sostiene que la oferta de su representada varió el monto de los gastos generales, toda vez que el costo directo fue un monto menor al indicado en el presupuesto de obra, sin embargo, se mantuvo el mismo porcentaje establecido en las bases integradas, lo cual es perfectamente legal, por tanto la decisión del comité de selección resulta ilegal, pues pretendió que no se modificara los montos del presupuesto de obra, como el costo directo, y por tanto los gastos generales fijos y variables.
- Afirma que, el comité de selección conculcó el principio de trato igualitario, pues el Adjudicatario no consignó los porcentajes de los gastos generales fijos y variables, sin embargo, no se le realizó ninguna observación, y se admitió su oferta.

Sobre la no admisión del Consorcio Cobertura

- Precisa que, cada postor es responsable de presentar su oferta con información congruente y objetiva.
- Menciona que, en la oferta del Consorcio Cobertura se consigna como gastos fijos (1.50%) + gastos variables (6.50%) = gastos generales (10%); cuando lo correcto es el 8%.

Asimismo, se señala que los gastos fijos 1.50% (S/ 6,664.86), más los gastos variables 6.50% (S/ 29,011.08), es igual a S/ 35,705.95 soles; sin embargo, lo correcto es S/ 35,705.94 soles. En ese sentido, el monto total de la oferta es de S/ 605,662.09, cifra distinta a la consignada en letras (seiscientos cinco mil seiscientos sesenta y dos con 10/100 soles).

Del mismo modo, precisa que el total de gastos generales, es decir el 8% de S/ 446,324.32 soles, es igual a S/ 35,705.95 soles, lo cual es correcto. Por tanto, el monto total de la oferta es S/ 605,662.10 soles.

Considera que, la oferta del postor Consorcio Cobertura contiene información incongruente.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

- Por otro lado, sostiene que el comité de selección debe evaluar toda la información presentada por el Consorcio Cobertura, aunque no haya sido solicitada.
- Al respecto, señala que el comité de selección no evaluó la siguiente documentación de dicho postor:
 - El certificado del sistema de gestión ambiental – ISO 14001:2015 y/o NTP-ISO 14001:2015. Documento presentado en idioma extranjero, por lo que debió presentarse la traducción, y si no se hizo el comité de selección debió solicitar la subsanación, toda vez que solo la documentación complementaria puede ser presentada en idioma original.
 - El certificado que acredita la implementación de un sistema de gestión antisoborno acorde con la Norma ISO 37001:2016 o con la norma técnica peruana equivalente (NTP-ISO 37001:2017).
 - El certificado del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo – OHSAS 18001:2007 y/o ISO 45001:2018.
- Sostiene que, correspondía que no se admita la oferta del Consorcio Cobertura.

Sobre la no admisión de la oferta del Adjudicatario

- Precisa que, no es facultad del comité de selección interpretar las ofertas; pues cada postor es responsable de presentar su oferta de manera clara, y objetiva.
- Señala que, el Adjudicatario en su oferta económica no cumplió con consignar el porcentaje de los gastos generales, los gastos fijos y los gastos variables, lo cual no permite saber qué porcentaje aplicó para determinar que los gastos generales fijos ascienden a S/ 6,705.95 soles, y tampoco se puede saber qué porcentaje aplicó para que los gastos variables asciendan a S/ 29,000.00 soles.
- Por tanto, la oferta del Adjudicatario no debió ser admitida; por no haber consignado toda la información requerida en las bases integradas,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

atendiendo también, a que no es deber del comité de selección interpretar el alcance de la oferta económica.

3. Con Decreto del 10 de octubre de 2022, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto ante este Tribunal por el Impugnante y se corrió traslado a la Entidad para que, en un plazo no mayor a 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 poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplir con el requerimiento.

Asimismo, se dispuso notificar el recurso de apelación a los postores distintos del Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución que emita el Tribunal, a fin que en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles absuelvan el mismo. Adicionalmente, se solicitó a la Entidad que emita un pronunciamiento respecto a la necesidad de adecuar el requerimiento a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes en el marco de la declaratoria de emergencia sanitaria nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del COVID 19.

4. El 17 de octubre de 2022, la Entidad registró en el SEACE, entre otros documentos, el Informe Técnico N° 005-2022-CS/MPP, a efectos de pronunciarse sobre el recurso de apelación, manifestando lo siguiente:

Sobre la no admisión de la oferta del Impugnante

- Manifiesta que, la finalidad de requerir a los postores que acrediten la presentación documentación adicional (respecto a la disponibilidad del personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos y lugar de la ejecución de la obra, y la aceptación de las penalidades), y la observación referida a que los montos de los gastos fijos y variables no corresponden al presupuesto de obra; se encuentran definidas y precisadas en el requerimiento exigido por el área usuaria, es a consecuencia de ello que se evalúa y califica las ofertas de conformidad con el numeral 73.2 del artículo 73 del Reglamento, y de no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

- Señala que, el Impugnante si modificó lo exigido en los requerimientos técnicos mínimos señalados, en el siguiente extremo: "(...). Asimismo, corresponderá incluir en el anexo 06 los porcentajes que correspondan a los gastos generales fijos y variables, teniéndose además que estos no pueden ser modificados dado que con ello se estaría asegurando la presencia del personal idóneo como su participación efectiva correspondiente a la parte técnico como operativa".
- Por otro lado, indica que el Impugnante presenta su oferta de la siguiente manera:

1	Total costo directo (A)	401,691.89
2	Gastos generales (8.00%)	32,135.35
2.1	Gastos fijos (1.50%)	6,025.38
2.2	Gastos variables (6.50%)	26,109.97
3	Total gastos generales (B)	32,135.35
3	Unidad (C) (7.00%)	28,118.43
4	SUBTOTAL (A+B+C)	461,945.67
4	IGV (18%)	83,150.22
5	Monto total de la oferta	545,095.89

Tal como se muestra la sumatoria de los gastos fijos y variables arroja la suma de S/ 32,135.35 que corresponde a la suma de la celda N° 2.1 + 2.2.

CONSORCIO AP
TIC ARGENTINA PORBIO MINGA
SOCIOS ASOCIADOS COMUN

Sin embargo, en el expediente técnico aprobado, se puede verificar lo siguiente:

TOTAL GASTOS GENERALES NO RELACIONADOS CON EL TIEMPO DE EJECUCION DE LA OBRA	S/ 6,705.95		1.50%
TOTAL GASTOS GENERALES NO RELACIONADOS CON EL TIEMPO DE EJECUCION DE LA OBRA	S/ 29,000.00		6.50%
TOTAL GASTOS GENERALES	S/ 35,705.95		8.00%

Sostiene que, la sumatoria de los gastos fijos y variables es de S/ 35,705.95, sin embargo, el Impugnante ofertó un costo de S/ 32,135.35, que porcentualmente no corresponde al 8%, tal como se exigió en el requerimiento técnico mínimo que forman parte de las bases integradas.

- Además, indica que se incurrió en una incorrecta formulación de la oferta del Impugnante, debido a que existe incongruencia en su estructura y operación, como se detalla a continuación:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

1	Total costo directo (A)	401,691.89	
2	Gastos generales (8.00%)	32,135.35	MONTO DUPLICADO Y NO TOMADO EN CUENTA EN LA OPERACION
2.1	Gastos fijos (1.50%)	6,025.38	Componentes a sumar (2.1 + 2.2)
2.2	Gastos variables (6.50%)	26,109.97	
	Total gastos generales (B)	32,135.35	Resultado de la suma (2.1 + 2.2)
3	Utilidad (C) (7.00%)	28,118.43	
	SUBTOTAL (A+B+C)	461,945.67	Resultado de la suma (A+B+C)
4	IGV (18%)	83,150.22	
5	Monto total de la oferta	545,095.89	Resultado de la suma (A+B+C) + IGV

DE ACUERDO A SU ESTRUCTURA DE COSTOS, SE ARROJARIA UN MONTO TOTAL DE:

5	Monto total de la oferta	545,095.89	+
2	Gastos generales (8.00%)	32,135.35	MONTO DUPLICADO Y NO CONSIDERADO EN LA SUMATORIA

S/ 577,231.24

- Señala, que dicho error aritmético no correspondería a lo establecido en el artículo 60 del Reglamento, porque es incongruente con lo establecido en el monto en letras, el que de manera consiente el postor estableció en su Anexo N° 6.
- Sin embargo, al revisar la oferta del Adjudicatario se aprecia que no modificó el monto que corresponde porcentualmente a los gastos generales establecidos en el expediente técnico de obra aprobado y publicado en el SEACE, cumpliendo con lo exigido en las bases integradas.

Sobre la evaluación de la oferta del Adjudicatario

- Señala que, se incurrió en error al no consignar en el acta el nombre del Adjudicatario.

Al respecto, del apartado 9.1 del numeral 9 del precio de su oferta, es evidente que no se modificó, en la celda correspondiente, el nombre del postor que presentó la oferta de S/ 605,135.45, que representa el 99.91% del valor referencial.

Asimismo, del numeral 10 del acta, es evidente que no se modificó el nombre del postor en la celda que corresponde, al haberse otorgado el puntaje máximo de 100 puntos, a la oferta más baja sobre las demás presentadas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

Del mismo modo, del numeral 11 del acta, es evidente que no se modificó en la celda respectiva el nombre del postor que ocupó el primer lugar en el orden de prelación.

- En atención a lo expuesto, el comité de selección se ratifica en los resultados contemplados en el acta de admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de buena pro.

Menciona que, el comité de selección, como acción administrativa, a través del acta de acuerdo del 26 de setiembre de 2022, ante el error detectado procedió administrativamente a suscribir el acta de fe de erratas, la cual se adjunta al presente informe.

5. Por Escrito N° 1 presentado el 17 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento administrativo, a efectos de absolver el recurso impugnativo, manifestando lo siguiente:

Sobre la oferta de su representada

- Menciona que, debe tenerse en cuenta la documentación presentada por su representada, pues la buena pro ha sido obtenida cumpliendo todos los requisitos que la norma establece, así como los requisitos institucionales establecidos en las bases integradas; por lo que deviene en infundado el pedido del Impugnante.
- Manifiesta que, en su oferta se ha establecido que el monto total de gastos generales asciende a S/ 35,705.95, no existiendo discrepancia ni modificación de lo establecido en las bases integradas.

Señala que, de la revisión del expediente técnico de obra aprobado por la Entidad, se puede evidenciar que el 8% de gastos generales asciende a S/ 35,705.95; es decir, el mismo monto consignado en el desagregado de partidas del Anexo N° 6 de su representada.

Indica que, en su oferta se ha establecido que el monto de gastos fijos asciende a S/ 6,705.95, y los gastos variables a S/ 29,000.00.

Por tanto, los montos establecidos en la estructura del presupuesto de su representada, no modificó el valor monetario para los gastos fijos y

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

variables, ni las variables que le corresponden porcentualmente a cada uno de ellos.

- En atención a lo expuesto, solicita que se ratifique la buena pro otorgada a su representada.
- 6. Mediante Decreto del 19 de octubre de 2022, se tuvo por apersonado al procedimiento administrativo al Adjudicatario, en calidad de tercero administrado, y se tuvo por absuelto el traslado del recurso de apelación.
- 7. Con Decreto del 19 de octubre de 2022, se dispuso remitir el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal, siendo recibido por el vocal ponente el 20 del mismo mes y año.
- 8. Mediante Escrito s/n presentado el 21 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Impugnante formuló alegatos adicionales, en atención a lo expuesto por la Entidad en la absolución del recurso; dichos alegatos guardan el siguiente sentido:
 - Solicita que, se desestime la ilegal justificación de la Entidad para no admitir la oferta de su representada.

Señala que, la Entidad no puede aferrarse a la frase “el impugnante no realizó ninguna consulta y observación”, pues dicho razonamiento contraviene el principio de libre competencia.

- Sin perjuicio de ello, menciona que si se formuló una consulta u observación respecto al Anexo N° 6.
- Por otro lado, indica que la Entidad ha formulado una nueva observación; no obstante, sostiene que el error en las operaciones aritméticas están en el expediente técnico y no en la oferta de su representada.

Asimismo, sostiene que la Entidad buscaba que la oferta sea presentada al 100%, es decir igual al expediente técnico, lo cual es incorrecto.

- Por otro lado, con relación a la segunda nueva observación formulada por la Entidad, donde indica que se han duplicado los montos, y que no fueron tomados en cuenta; sostiene que el formato presentado por su representada es idéntica a la consignada en las bases integradas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

- Considera que, el haber consignado el monto de los gastos generales en dos casilleros no afecta el alcance y claridad de la oferta. Afirma que, la interpretación de la Entidad demuestra que desconoce lo que significa cada componente del presupuesto.
9. Mediante Decreto del 24 de octubre de 2022, se dejó a consideración de la Sala lo señalado por el Impugnante.
10. Por Decreto del 24 de octubre de 2022, se programó audiencia pública para el 2 de noviembre del mismo año a las 10:00 horas.
11. A través del Escrito s/n presentado el 25 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Impugnante formuló alegatos adicionales, respecto a la absolución del tercero administrado; manifestando lo siguiente:
- Refiere que, el Adjudicatario señaló que sus gastos generales ascienden a S/ 35,705.95 soles, por lo que no existe discrepancia respecto a lo establecido en las bases integradas, donde el porcentaje es 8% (S/ 35,705.95).
- Asimismo, el Adjudicatario señaló que sus gastos generales fijos: S/ 6,705.95 y gastos generales variables: S/ 29,000.00, son idénticos al presupuesto de obra.
- En ese sentido, considera que el Adjudicatario ejerce la defensa de la admisión de su oferta, manifestando que los precios y porcentajes de los gastos generales, gastos generales fijos y variables, los realizó estrictamente de acuerdo a lo consignado por la Entidad en las bases integradas y en el expediente técnico.
- Es más, precisa que si bien no consignó los porcentajes de los gastos generales, estos son los mismos que fueron establecidos en el expediente técnico.
- Precisa que, aunque el Adjudicatario no consignó los porcentajes, estos se pueden deducir.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

- Menciona que, del expediente técnico se puede apreciar, que el total de los gastos generales es de S/ 35,705.95 soles, esto es el 8% del costo directo (S/ 446,324.32).

Sin embargo, de los gastos generales fijos, se tiene que el 1.50% del costo directo (S/ 446,324.32), equivale a S/ 6,694.86 soles, y no a S/ 6,705.95, como se consigna en el expediente técnico.

Asimismo, de los gastos generales variables, se tiene que el 6.50% del costo directo asciende a S/ 29,011.08, y no a S/ 29,000.00, como se indica en el expediente técnico.

- En ese sentido, considerando los montos del Adjudicatario, los porcentajes de sus gastos generales serían los siguientes:
 - Gastos fijos: 1.50248366%.
 - Gastos variables: 6.49751732%
 - Total gastos generales: 8.000098%.

Porcentaje superior a lo establecido en el expediente técnico, y lo requerido en las bases integradas.

- Por tanto, solicita que el Tribunal declare no admitida la oferta del Adjudicatario, por tener errores aritméticos.

12. A través del Decreto del 25 de octubre de 2022, se dejó a consideración de la Sala lo señalado por el Impugnante.
13. Mediante Escrito s/n presentado el 26 de octubre de 2022 ante el Tribunal, el Impugnante acreditó a su representante para el uso de la palabra en audiencia pública.
14. Con Decreto del 27 de octubre de 2022, se reprogramó la hora de la audiencia pública programada para el 2 de noviembre del mismo año, para las 14:00 horas.
15. Por Oficio N° 0801-2022-A/MPP presentado el 2 de noviembre de 2022 ante el Tribunal, la Entidad acreditó a su representante para el uso de la palabra en audiencia pública.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

16. Con Carta N° 021-2022/L&C-P presentada el 2 de noviembre de 2022 ante el Tribunal, el Adjudicatario acreditó a su representante para el uso de la palabra en audiencia pública.
17. El 2 de noviembre de 2022, se llevó a cabo la audiencia pública programada con la participación de los representantes del Impugnante y el Adjudicatario, y se dejó constancia de la ausencia del representante de la Entidad.
18. Mediante Decreto del 2 de noviembre de 2022, se corrió traslado a las partes de los vicios de nulidad advertidos en el procedimiento de selección, bajo el siguiente sentido:

A LA ENTIDAD [MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PIURA], AL IMPUGNANTE [CONSORCIO AP], AL ADJUDICATARIO [L & C CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA] Y AL POSTOR [CONSORCIO COBERTURA]:

- Sobre el particular, se aprecia que en requerimiento contenido en el Capítulo III de la sección específica de las bases integradas, se previó la siguiente regla para los postores al momento de formular su oferta económica:

“Nota 6.- (...).

(...). Asimismo, corresponderá incluir en el anexo 06 los porcentajes que corresponden a los gastos generales fijos y variables, teniéndose además que estos no pueden ser modificados, dado que con ello se estaría asegurando la presencia del personal idóneo como su participación efectiva correspondiente a la parte técnico como operativamente.”

- Sin perjuicio de ello, del Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones se aprecia que, en la Observación N° 23, se solicitó la exclusión de dicha regla, sin embargo, no se acogió el pedido, indicándose que ello, podría poner en riesgo de manera financiera, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los gastos; conforme se aprecia a continuación:

Observación: Nro. 23

Consulta/Observación:

Se observa que se está solicitando indicar en el anexo 6 los porcentajes que corresponden a los gastos generales fijos y variables, teniéndose además que estos no pueden modificarse.
Dicha exigencia transgrede la base estándar y la Ley de Contrataciones del estado. Por lo que solicita suprimir dicha exigencia, ya que es responsabilidad de los postores ofertar el monto de la obra.

Acápites de las bases : Sección: Especifico Numeral: III Literal: 3.1 Página: 37

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

ANEXO 6, Directiva N° 001-2019-OSCE/CD. ELY 30225

Análisis respecto de la consulta u observación:

SOBRE LO OBSERVADO POR EL PARTICIPANTE NO SE ACOGE LO FORMULADO, DEBIDO A QUE CON DICHA OBSERVACION PRETENDE ADECUAR LO SOLICITADO SOBRE LA ELABORACION DE LA OFERTA ECONOMICA, A UN INTERES PARTICULAR, POR QUE EL AREA USUARIA SE RATIFICA EN SU CONTENIDO. ASI COMO PONER EN RIESGO DE MANERA FINANCIERA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LOS GASTOS

Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:

null

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

- Ahora bien, conforme al Acta de apertura de sobres, evaluación de las ofertas y calificación: obras” del 26 de setiembre de 2022, se aprecia que la oferta del Impugnante, fue no admitida por las siguientes razones:

N°	Nombre o razón social del postor	Consignar las razones para su no admisión
1	CONSORCIO AP (AP CONSULTORES Y EJECUTORES S.A.C. - JATUN BUSINESS S.A.C.)	OFERTA RECHAZADA: COMO CONSECUENCIA DE NO ACREDITAR LA DOCUMENTACION CORRESPONDIENTE A LA DISPONIBILIDAD DE PERSONAL DURANTE LA EJECUCION DE LA OBRA; SOBRE LA CALIDAD DE LOS EQUIPOS Y LUGAR DE LA OBRA; ASI COMO, LA ACEPTACION DE LAS PENALIDAD, ADEMA SE OBSERVA QUE LOS MONTOS QUE CORRESPONDE A LOS GASTOS GENERALES FIJOS Y VARIABLES NO CORRESPONDE AL PRESUPUESTO DE OBRA, PONIENDO EN RIESGO DE MANERA FINANCIERA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LOS GASTOS, TAL COMO SE PRECISO EN EL PLIEGO ABSOLUTORIO.

Como se aprecia, si bien se indicó que la condición de la oferta es no admitida, se indicó que se “rechazó” la oferta porque no acredita la documentación correspondiente a la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos y lugar de la obra, así como la aceptación de las penalidades.

Asimismo, se indicó que los montos que los gastos generales fijos y variables no corresponden al presupuesto de obra, lo que pone en riesgo de manera financiera el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los gastos.

- No obstante ello, corresponde señalar que, ni en la Ley de Contrataciones del Estado o en su Reglamento, se ha previsto que las Entidades, en caso de obras, puedan establecer que los gastos generales fijos y variables que oferten los postores, deben corresponder al indicado en el presupuesto de obra.

Por tanto, no correspondía que el comité de selección decida no admitir o rechazar la oferta del Impugnante, por el hecho de no presentar en su oferta económica los mismos montos que en el expediente técnico se ha previsto para los gastos generales fijos y variables.

- En ese sentido, la regla prevista en el requerimiento, y confirmada en la absolución de la Observación N° 23, referida a que los postores debían presentar en su Anexo N° 6 los porcentajes y los montos de los gastos generales variables y fijos sin modificarlos, respecto a lo indicado en el presupuesto de obra; devendría en ilegal, y representaría una vulneración al principio de transparencia y competencia previstos en el artículo 2 de la Ley.
- No solo ello, sino que la Entidad al absolver el recurso de apelación, da cuenta que el monto por los gastos fijos ascienden a S/ 6,705.95 (esto es el 1.50%), y que los gastos variables ascienden a S/ 29,000.00 (esto es, el 6.50 %), lo que da un total de gastos generales de S/ 35,705.95 (esto es, el 8.00%); estos tres porcentajes del costo directo del presupuesto (S/ 446,324.32).

Sin embargo, al calcular el 1.50% y 6.50% del costo directo, se aprecia que estos equivalen a S/ 6,694.86 y S/ 29,011.08, y no a S/ 6,705.95 y S/ 29,000.00, respectivamente, como se indicó en el expediente técnico. Situación que evidenciaría que el expediente técnico se habría formulado con errores al definir el porcentaje que representan los gastos generales fijos y variables, y que generaría que los postores no cuenten con información clara y precisa

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

en el expediente técnico publicado en el SEACE, contraviniéndose el principio de transparencia.

- Asimismo, al verificar la sección referida a los “documentos de presentación obligatoria” de las bases integradas, no se ha previsto que los postores deban presentar alguna documentación o declaración jurada referida a la acreditación de la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos y lugar de la obra, así como la aceptación de las penalidades.

Cabe mencionar que, en las reglas de las bases estándar de adjudicación simplificada para la contratación de la ejecución de obras, no se ha previsto que los postores deban presentar, para la admisión de sus ofertas, documentación que acrediten la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos y lugar de la obra, así como la aceptación de las penalidad

En ese sentido, se aprecia que la decisión del comité de selección no reviste de sustento alguno, por contrario **contraviene las disposiciones de las bases estándar**; pues incluso, en las bases integradas se previó como regla que, no se puede exigir a los postores la presentación de documentos que no hayan sido indicados en los acápites “Documentos para la admisión de la oferta”, “Requisitos de calificación” y “Factores de evaluación”.

- Por otro lado, del “Acta de apertura de sobres, evaluación de las ofertas y calificación: obras” del 26 de setiembre de 2022, se ha identificado que el comité de selección no motivó si calificó o no la oferta del Adjudicatario, pues solo aparece la calificación de la oferta del postor Consorcio Cobertura; pese a ello decidió adjudicar la buena pro al Adjudicatario.

Asimismo, en el “Acta de apertura de sobres, evaluación de las ofertas y calificación: obras” del 26 de setiembre de 2022, se evidencia que, el comité de selección indicó dos montos de ofertas económicas y dos puntajes distintos para el postor Consorcio Cobertura; y no se brindó información acerca de la oferta económica y el puntaje de la oferta del Adjudicatario.

- Con relación a lo anterior, la Entidad al absolver el recurso de apelación, presentó un “Acta de acuerdo – Fe de erratas” del 29 de setiembre de 2022, donde se precisa que, donde se hace alusión a la calificación de la oferta del postor Consorcio Cobertura, debe decir L & C Construcciones y Servicios Generales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (el Adjudicatario).

Sin embargo, dicha Acta de acuerdo no se encuentra publicada en la Ficha SEACE del procedimiento de selección, y aun cuando dicho documento corregiría que, en lugar del Consorcio Cobertura debe decir L & C Construcciones y Servicios Generales Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, estaría dejando de lado la calificación que efectuó al mencionado consorcio.

- En atención a lo expuesto, la información contenida en el “Acta de apertura de sobres, evaluación de las ofertas y calificación: obras” del 26 de setiembre de 2022, contraviene el principio de transparencia, así como el artículo 66 del Reglamento, el cual prevé que, toda

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

decisión del comité de selección debe encontrarse debidamente motivada en las actas registradas en el SEACE.

19. Con Decreto del 9 de noviembre de 2022, se declaró el expediente listo para resolver.
20. A la fecha, ninguna de las partes requeridas se han pronunciado sobre el traslado de los vicios de nulidad advertidos en el procedimiento de selección.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, el **CONSORCIO AP**, en el marco 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:

1. 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, 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 proceso hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme establezca el Reglamento.
2. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa están 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 se 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 presente recurso es procedente, o, por el contrario, está inmerso en alguna de las referidas causales.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

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

3. El artículo 117 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que dicho recurso es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea superior a cincuenta (50) UIT¹, o se trate de procedimientos para implementar o extender Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Asimismo, en el citado artículo 117 del Reglamento se señala 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 en el marco de una adjudicación simplificada, cuyo valor estimado asciende a S/ 605,662.10 (seiscientos cinco mil seiscientos sesenta y dos con 10/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

b) *Haya sido interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.*

4. 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 el recurso de apelación solicitando que: **i)** se revoque la no admisión de su oferta, **ii)** se revoque la admisión de la oferta del Consorcio Cobertura, **iii)** se revoque la admisión de la oferta del Adjudicatario, **iv)** se revoque el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario, **v)** se ordene al comité de selección evaluar y calificar su oferta, y **vi)** se otorgue la buena pro a su representada; por consiguiente, se advierte que los actos objeto de su recurso no están comprendidos en la lista de actos inimpugnables.

c) *Haya sido interpuesto fuera del plazo.*

¹ Unidad Impositiva Tributaria.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

5. 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. Asimismo, en el caso de Subastas Inversas Electrónicas, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

De otro lado, la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, de conformidad con lo contemplado en dicho artículo, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar y, en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles.

Asimismo, el artículo 76 del Reglamento, en su numeral 76.3 establece que, luego de la calificación de las ofertas, el Comité de Selección debe otorgar la buena pro, mediante su publicación en el SEACE. Adicionalmente, el Acuerdo de Sala Plena N° 03-2017/TCE ha precisado que, en el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del día siguiente de la notificación de la buena pro a través del SEACE.

En concordancia con ello, el artículo 58 del Reglamento establece que todos los actos que se realicen a través del SEACE durante los procedimientos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación; asimismo, dicha norma precisa que la notificación en el SEACE prevalece sobre cualquier medio que haya sido utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad de quienes intervienen en el procedimiento el permanente seguimiento de éste a través del SEACE.

En aplicación a lo dispuesto, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer recurso de apelación, **plazo que vencía el 3 de octubre de**

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

2022, considerando que el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección se registró en el SEACE el 26 de setiembre del mismo año.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que, mediante Escrito s/n subsanado con Escrito s/n, presentados el 3 y 5 de octubre de 2022, respectivamente, a través de la Mesa de Partes Digital del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), el Impugnante interpuso su recurso de apelación.

Por tanto, **el recurso de apelación fue ingresado en el plazo legal previsto.**

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

6. De la revisión al recurso de apelación, se aprecia que éste aparece suscrito por la representante común del Impugnante, la señora Armandina Pongo Minga.

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.

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

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

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

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

9. El numeral 217.1 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, y modificado por Ley N° 31465, en adelante **el TUO de la LPAG**, establece 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

interposición del recurso correspondiente que en materia de contrataciones del Estado es el recurso de apelación.

Adicionalmente en el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento se estableció que el recurso de apelación es declarado improcedente por falta de interés para obrar, entre otros casos, si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta y no haya revertido su condición de no admitido o descalificación.

En el presente caso, el Impugnante cuenta con *interés para obrar*, para cuestionar la decisión del comité de selección de no admitir su oferta al procedimiento de selección y de otorgar la buena pro al Adjudicatario. Sin embargo, su legitimidad procesal para impugnar el otorgamiento de la buena pro está supeditada a que revierta su condición de no admitido.

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

10. En el caso concreto, el Impugnante no fue el ganador de la buena pro del procedimiento de selección.

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

11. El Impugnante ha interpuesto recurso de apelación solicitando que: **i)** se revoque la no admisión de su oferta, **ii)** se revoque el acto de admisión de la oferta del Consorcio Cobertura, **iii)** se revoque la admisión de la oferta del Adjudicatario, **iv)** se revoque el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario, **v)** se ordene al comité de selección evaluar y calificar su oferta, y **vi)** se otorgue la buena pro a su representada.

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 incurriendo en la presente causal de improcedencia.

Por tanto, luego de haber efectuado el examen de los supuestos de improcedencia previstos en el artículo 123 del Reglamento, sin que se hubiera advertido la ocurrencia de alguno estos, este Colegiado encuentra que corresponde proceder al análisis de los asuntos de fondo cuya procedencia ha sido determinada.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

B. PRETENSIONES:

12. El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se revoque la no admisión de su oferta.
- Se revoque el acto de admisión de la oferta del Consorcio Cobertura.
- Se revoque la admisión de la oferta del Adjudicatario.
- Se revoque el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario.
- Se ordene al comité de selección evaluar y calificar su oferta.
- Se otorgue la buena pro a su representada.

Por su parte el Adjudicatario solicita al Tribunal lo siguiente:

- Se declare infundado el pedido del Impugnante.
- Se ratifique la buena pro a favor de su representada.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

13. 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.

Al respecto, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 y literal b) del artículo 127 del Reglamento, que establecen 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 de dicho recurso, 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° 3926-2022-TCE-S4

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

14. Así, debe tenerse en cuenta que los demás intervinientes del presente procedimiento de selección, fueron notificados de forma electrónica con el recurso de apelación el 12 de octubre de 2022, según se aprecia de la información obtenida del SEACE², razón por la cual contaban con tres (3) días hábiles para absolver el traslado del citado recurso, esto es, hasta el 17 del mismo mes y año.

Al respecto, de la revisión al expediente administrativo se advierte que mediante Escrito N° 1 presentado el 17 de octubre de 2022 ante la Mesa de Partes Digital de OSCE, el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento administrativo, absolviendo el traslado del recurso de apelación dentro del plazo establecido. En atención a lo expuesto, **corresponde considerar los cuestionamientos que haya podido formular este postor contra la oferta del Impugnante, a efectos de determinar los puntos controvertidos.**

En dicho escrito, el Adjudicatario solicitó al Tribunal ratificar la buena pro a favor de su representada, para ello sostiene, que presentó su oferta económica sin modificar lo establecido en las bases integradas. Asimismo, no formuló ningún cuestionamiento contra la oferta del Impugnante.

15. En el marco de lo indicado, este Colegiado considera que los puntos controvertidos a dilucidar son los siguientes:
- Determinar si corresponde revocar la no admisión de la oferta del Impugnante, y si como consecuencia de ello, se debe tener por admitida.
 - Determinar si corresponde revocar la admisión de la oferta del Consorcio Cobertura, y si como consecuencia de ello, se debe tener por no admitida.
 - Determinar si corresponde revocar la admisión de la oferta del Adjudicatario, y si como consecuencia de ello, debe revocársele la buena pro del procedimiento de selección.
 - Determinar si corresponde disponer que el comité de selección evalúe y califique la oferta del Impugnante, y posteriormente le otorgue la buena pro del procedimiento de selección a dicho postor.

² De acuerdo al literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

D. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

16. Con el propósito de dilucidar 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.
17. 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.

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 revocar la no admisión de la oferta del Impugnante, y si como consecuencia de ello, se debe tener por admitida.

18. Sobre el particular, el Impugnante afirmó que en los documentos de presentación obligatoria no se requirió la acreditación de la disponibilidad del personal durante la ejecución de la obra, ni declaraciones juradas sobre la calidad de los equipos, lugar de la obra, y aceptación de las penalidades, por lo que afirma que el comité de selección no debía tener por no admitida su oferta por dichos aspectos; considera que este actuar contraviene el principio de libre concurrencia y deviene en ilegal.

Menciona que, la declaración jurada contenida en el Anexo N° 3 es suficiente para que los postores cumplan con todas las obligaciones y prestaciones exigidas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

Por otro lado, manifiesta que a través de una consulta u observación se cuestionó que se está solicitando indicar en el Anexo N° 6 los porcentajes que corresponden a los gastos fijos y variables, sin que éstos puedan modificarse; exigencia que trasgrede las bases estándar y la Ley, por lo que se solicitó que se suprima. Sin embargo, dicho pedido no fue acogido, debido a que ello podría poner en riesgo de manera financiera el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esos gastos.

Al respecto, precisa que su oferta también fue no admitida porque los gastos generales fijos y variables no corresponden al presupuesto de la obra.

Menciona que, en el presupuesto de las bases integradas se requirió como gastos generales el 8% (en el expediente técnico se consignó que los gastos generales fijos equivalen al 1.50%, y los gastos generales al 6.50%), y la utilidad se estableció en el 7%; asimismo, el comité de selección pretendía que no se modificaran los montos de dichos porcentajes, más aún los costos directos; es decir, se requería que las ofertas económicas fueran presentadas al 100% del valor referencial.

Precisa que, en la Nota N° 6 del requerimiento, se estableció que en el Anexo N° 6 se debe incluir los porcentajes que correspondan a los gastos generales fijos y variables, y que estos no pueden ser modificados, dado que con ello se aseguraría la presencia del personal idóneo como su participación efectiva.

Al respecto, señala que si bien la oferta de su representada modificó el monto de los gastos generales, lo cierto es que, se mantuvo el mismo porcentaje establecido en las bases integradas, lo cual resulta legal; pero, la decisión del comité de selección resulta ilegal, pues pretendió que no se modificaran los montos del presupuesto de obra.

Agrega que, el comité de selección conculcó el principio de trato igualitario, pues el Adjudicatario no consignó los porcentajes de los gastos generales fijos y variables, sin embargo, no se le realizó ninguna observación.

19. Por otro lado, la Entidad manifestó que la finalidad de requerir a los postores que acrediten la disponibilidad del personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos, el lugar de la ejecución de la obra y la aceptación de las penalidades, así como, la observación referida a que los montos de los gastos fijos y variables no corresponden al presupuesto de obra; se encuentran precisadas en el requerimiento exigido por el área usuaria, y fueron revisados en función al numeral 73.2 del artículo 73 del Reglamento.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

Señala que, el Impugnante si modificó lo exigido en el requerimiento, respecto a los porcentajes de los gastos generales fijos y variables.

Por otro lado, indica que en el expediente técnico aprobado, se puede verificar lo siguiente:

TOTAL GASTOS GENERALES NO RELACIONADOS CON EL TIEMPO DE EJECUCION DE LA OBRA	S/. 6,705.95		1.50%
TOTAL GASTOS GENERALES NO RELACIONADOS CON EL TIEMPO DE EJECUCION DE LA OBRA	S/. 29,000.00		6.50%
TOTAL GASTOS GENERALES	S/. 35,705.95		8.00%

Al respecto, sostiene que la sumatoria de los gastos fijos y variables es de S/ 35,705.95, sin embargo, el Impugnante ofertó un costo de S/ 32,135.35, que porcentualmente no corresponde al 8% exigido en el requerimiento.

Además, indica que el Impugnante incurrió en una incorrecta formulación de la oferta, debido a que existe incongruencia en la estructura y operación, como se detalla a continuación:

1	Total costo directo (A)	401,691.89	
2	Gastos generales (8.00%)	32,135.35	MONTO DUPLICADO Y NO TOMADO EN CUENTA EN LA OPERACION
2.1	Gastos fijos (1.50%)	6,025.38	Componentes a sumar (2.1 + 2.2)
2.2	Gastos variables (6.50%)	26,109.97	
	Total gastos generales (B)	32,135.35	Resultado de la suma (2.1 + 2.2)
3	Utilidad (C) (7.00%)	28,118.43	
	SUBTOTAL (A+B+C)	461,945.67	Resultado de la suma (A+B+C)
4	IGV (18%)	83,150.22	
5	Monto total de la oferta	545,095.89	Resultado de la suma (A+B+C) + IGV

DE ACUERDO A SU ESTRUCTURA DE COSTOS, SE ARROJARIA UN MONTO TOTAL DE:		
5	Monto total de la oferta	545,095.89
2	Gastos generales (8.00%)	32,135.35
MONTO DUPLICADO Y NO CONSIDERADO EN LA SUMATORIA		
S/ 577,231.24		

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

Afirma que, el error aritmético expuesto no corresponde a lo establecido en el artículo 60 del Reglamento, porque es incongruente con lo establecido en el monto en letras.

Refiere que, al revisar la oferta del Adjudicatario se aprecia que no modificó el monto que corresponde porcentualmente a los gastos generales establecidos en el expediente técnico.

20. En atención a los fundamentos expuesto, resulta pertinente traer a colación que, conforme el “Acta de apertura de sobres, evaluación de las ofertas y calificación: obras” el comité de selección decidió no admitir la oferta del Impugnante por los siguientes argumentos:

Consignar las razones para su no admisión
OFERTA RECHAZADA: COMO CONSECUENCIA DE NO ACREDITAR LA DOCUMENTACION CORRESPONDIENTE A LA DISPONIBILIDAD DE PERSONAL DURANTE LA EJECUCION DE LA OBRA; SOBRE LA CALIDAD DE LOS EQUIPOS Y LUGAR DE LA OBRA; ASI COMO, LA ACEPTACION DE LAS PENALIDAD, ADEMA SE OBSERVA QUE LOS MONTOS QUE CORRESPONDE A LOS GASTOS GENERALES FIJOS Y VARIABLES NO CORRESPONDE AL PRESUPUESTO DE OBRA, PONIENDO EN RIESGO DE MANERA FINANCIERA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LOS GASTOS, TAL COMO SE PRECISO EN EL PLIEGO ABSOLUTORIO.

Como se aprecia, el comité de selección decidió otorgar la condición de no admitido al Impugnante, señalando que rechaza su oferta, por no haber acreditado la documentación correspondiente a la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos y lugar de la obra, así como, la aceptación de las penalidades.

Del mismo modo, el comité de selección observó que los montos de los gastos generales fijos y variables de la oferta económica del Impugnante, no corresponden al presupuesto de obra, poniendo en riesgo de manera financiera el cumplimiento de las obligaciones; tal como se precisó en el pliego absolutorio.

21. Bajo dicho contexto, a fin de dilucidar la controversia planteada por el Impugnante, corresponde remitirse a lo señalado en las bases integradas del procedimiento de selección, pues éstas constituyen las reglas a las cuales se someten los participantes y/o postores, así como el comité de selección al

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

momento de evaluar las ofertas y conducir el procedimiento.

Con relación a la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos y lugar de la obra, así como, la aceptación de las penalidades.

22. Al respecto, en la sección referida a los “documentos para la admisión de la oferta” contenida en el numeral 2.2 del Capítulo II de la sección específica de las bases integradas, se requirió los siguientes documentos a los postores, **para la admisión de sus ofertas**:

2.2.1. Documentación de presentación obligatoria

2.2.1.1. Documentos para la admisión de la oferta

- a) Declaración jurada de datos del postor. (**Anexo N° 1**)

- b) Documento que acredite la representación de quien suscribe la oferta.

En caso de persona jurídica, copia del certificado de vigencia de poder del representante legal, apoderado o mandatario designado para tal efecto.

En caso de persona natural, copia del documento nacional de identidad o documento análogo, o del certificado de vigencia de poder otorgado por persona natural, del apoderado o mandatario, según corresponda.

En el caso de consorcios, este documento debe ser presentado por cada uno de los integrantes del consorcio que suscriba la promesa de consorcio, según corresponda.

Advertencia

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1246, las Entidades están prohibidas de exigir a los administrados o usuarios la información que puedan obtener directamente mediante la interoperabilidad a que se refieren los artículos 2 y 3 de dicho Decreto Legislativo. En esa medida, si la Entidad es usuaria de la Plataforma de Interoperabilidad del Estado – PIDE® y siempre que el servicio web se encuentre activo en el Catálogo de Servicios de dicha plataforma, no corresponderá exigir el certificado de vigencia de poder y/o documento nacional de identidad.

- c) Declaración jurada de acuerdo con el literal b) del artículo 52 del Reglamento. (**Anexo N° 2**)
- d) Declaración jurada de cumplimiento del Expediente Técnico, según el numeral 3.1 del Capítulo III de la presente sección. (**Anexo N° 3**)
- e) Declaración jurada de plazo de ejecución de la obra. (**Anexo N° 4**)
- f) Promesa de consorcio con firmas legalizadas, de ser el caso, en la que se consigne los integrantes, el representante común, el domicilio común y las

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones. **(Anexo N° 5)**

g) El precio de la oferta en SOLES y:

- ✓ El desagregado de partidas, cuando el procedimiento se haya convocado a suma alzada.
- ✓ Los precios unitarios, considerando las partidas según lo previsto en el último párrafo del literal b) del artículo 35 del Reglamento.

Asimismo, la oferta incluye el monto de la prestación accesorio, cuando corresponda. **(Anexo N° 6)**

El precio total de la oferta y los subtotales que lo componen deben ser expresados con dos (2) decimales. Los precios unitarios pueden ser expresados con más de dos (2) decimales.

Advertencia

El órgano encargado de las contrataciones o comité de selección, según corresponda, no podrá exigir al postor la presentación de documentos que no hayan sido indicados en los acápites "Documentos para la admisión de la oferta", "Requisitos de calificación" y "Factores de evaluación".

23. En atención a lo expuesto, se aprecia que en la sección referida a los "documentos para la admisión de la oferta", no se requirió a los postores la presentación de documentación que acredite la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos, lugar de la obra, ni la aceptación de las penalidades.

Cabe mencionar que, en las bases integradas se estableció como **advertencia**, que el comité de selección no podrá exigir a los postores la presentación de documentos que no hayan sido indicados en los acápites "documentos para la admisión de la oferta", "requisitos de calificación" y "factores de evaluación". **Dicha advertencia, se encuentra contenida también en las bases estándar aplicables al presente procedimiento de selección.**

24. Bajo dicho contexto, deviene en ilegal que el comité de selección haya requerido a los postores la presentación de documentación no prevista en la sección denominada "documentos para la admisión de la oferta", pues **contraviene las reglas previstas en las bases estándar aprobadas por el OSCE, a través de la Directiva N° 001-2019-OCE/CD³, así como las reglas de las bases integradas del procedimiento de selección.**

³ Aprobada con la Resolución N° 013-2019-OSCE/PRE, modificada mediante 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, N° 100-2021-OSCE/PRE, N° 137-

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

25. Cabe agregar que, en el caso de ejecución de obras, **ni en el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley, ni en el numeral 68.4 del artículo 68 del Reglamento**, se ha previsto que una oferta pueda ser rechazada por el incumplimiento de la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos, lugar de la obra, ni la aceptación de las penalidades; pues, dicha figura solo está prevista para aquellos casos, donde se presente una oferta que no se encuentre dentro del rango del límite inferior y superior del valor referencial (en éste último caso, siempre que no se cuente con el certificado de crédito presupuestario).

Por tanto, resulta contrario a dichas disposiciones legales que el comité de selección haya decidido rechazar la oferta del Impugnante por los aspectos antes expuestos.

Con relación a la regla de los porcentajes de los gastos generales fijos y variables

26. Por otro lado, se ha podido identificar que en el **requerimiento** se contempló la siguiente regla para los postores, a efectos de formular su oferta económica:

"(...) Asimismo, corresponderá incluir en el anexo 06 los porcentajes que correspondan a los gastos generales fijos y variables, teniéndose además que estos no pueden ser modificados, dado que con ello se estaría asegurando la presencia del personal idóneo como su participación efectiva correspondiente a la parte técnica como operativamente."

Nótese que, en el requerimiento el área usuaria contempló que los postores debían consignar en su Anexo N° 6 los porcentajes que corresponden a sus gastos fijos y variables, precisándose que éstos no pueden ser modificados.

27. Al respecto, este Tribunal de la revisión al "Pliego de absolución de consultas y observación", ha apreciado que dicha regla fue observada por uno de los participantes del procedimiento de selección (Observación N° 23), solicitándose que la misma se suprima. Sin embargo, no se acogió tal observación.

Para mayor detalle, se muestra el contenido de la observación aludida y su respectiva absolución:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

Observación: Nro. 23

Consulta/Observación:

Se observa que se está solicitando indicar en el anexo 6 los porcentajes que corresponden a los gastos generales fijos y variables, teniéndose además que estos no pueden modificarse.

Dicha exigencia transgrede la base estándar y la Ley de Contrataciones del estado. Por lo que solicita suprimir dicha exigencia, ya que es responsabilidad de los postores ofertar el monto de la obra.

Acápito de las bases : Sección: Especifico **Numeral:** III **Literal:** 3.1 **Página:** 37

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

ANEXO 6, Directiva N° 001-2019-OSCE/CD. ELY 30225

Análisis respecto de la consulta u observación:

SOBRE LO OBSERVADO POR EL PARTICIPANTE NO SE ACOGE LO FORMULADO, DEBIDO A QUE CON DICHA OBSERVACIÓN PRETENDE ADECUAR LO SOLICITADO SOBRE LA ELABORACION DE LA OFERTA ECONOMICA, A UN INTERES PARTICULAR, POR QUE EL AREA USUARIA SE RATIFICA EN SU CONTENIDO. ASI COMO PONER EN RIESGO DE MANERA FINANCIERA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LOS GASTOS

Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:

null

28. En atención a la regla en cuestión, corresponde mencionar que el sistema de contratación que rige el presente procedimiento de selección es por “suma alzada”; así pues, respecto a dicho sistema de contratación, en el literal a) del artículo 35 del Reglamento, se prevé lo siguiente:

“Artículo 35. Sistemas de contratación

Las contrataciones contemplan alguno de los siguientes sistemas de contratación:

a) A suma lazada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memorias descriptivas y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento.

Tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva, presupuesto de obra que forman parte del expediente técnico de obra, en ese orden de prelación; debiendo presentar en su oferta el desagregado de partidas que la sustenta. El mismo orden de prelación se aplica durante la ejecución de la obra.

(...)”.

(Resaltado agregado).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

También debe considerarse que, respecto al contenido de las ofertas económicas, el artículo 52 del Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 52. Contenido mínimo de las ofertas

Los documentos del procedimiento establecen el contenido de las ofertas. El contenido mínimo es el siguiente:

(...)

f) El monto de la oferta, el desagregado de partidas de la oferta en obras convocadas a suma alzada, el detalle de precios unitarios, tarifas, porcentajes, honorario fijo y comisión de éxito, cuando dichos sistemas hayan sido establecidos en los documentos del procedimiento de selección; así como, el monto de la oferta de la prestación accesoria, cuando corresponda. Tratándose de compras corporativas, el postor formula su oferta considerando el monto por cada Entidad participante.

Las ofertas incluyen todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del bien, servicio en general, consultoría u obra a adquirir o contratar. Los postores que gocen de alguna exoneración legal, no incluyen en su oferta los tributos respectivos. El monto total de la oferta y los subtotales que lo componen son expresados con dos (2) decimales. Los precios unitarios o tarifas pueden ser expresados con más de dos decimales.”
(Resaltado agregado)

Del mismo modo, para las contrataciones a “suma alzada”, en el numeral 194.3 del artículo 194 del Reglamento se ha establecido lo siguiente:

“Artículo 194. Valorizaciones y metrados

194.3. En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados aplicando las partidas y precios unitarios del desagregado de partidas que dio origen a la propuesta y que fuera presentada al momento de ofertar, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.”

(Resaltado agregado)

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

En esta línea, es oportuno mencionar que, para la determinación del valor referencial la Entidad considera, entre otros conceptos, los montos correspondientes a los “gastos generales”, conforme a lo establecido en el literal a) del numeral 34.2 del artículo 34 del Reglamento, cuyo contenido se señala a continuación:

“Artículo 34. Valor referencial

(...)

34.2. El valor referencial se determina conforme a lo siguiente:

a) En la contratación para la ejecución de obras, corresponde al monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico de obra aprobado por la Entidad. Para obtener dicho monto, la dependencia de la Entidad o el consultor de obra que tiene a su cargo la elaboración del expediente técnico realiza las indagaciones de mercado necesarias que le permitan contar con el análisis de precios unitarios actualizado por cada partida y subpartida, teniendo en cuenta los insumos requeridos, las cantidades, precios o tarifas; además de los gastos generales variables y fijos, así como la utilidad.”
(Resaltado agregado)

Con relación a ello, es pertinente traer a colación también, que en el Reglamento se han considerado las siguientes definiciones:

“Gastos Generales: Son aquellos costos indirectos que el contratista efectúa para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.”

“Gastos Generales Fijos: Son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.”

“Gastos Generales Variables: Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.”

29. Bajo ese sentido, se puede apreciar que en las disposiciones normativas aludidas, no se estableció que las Entidad puedan exigir a los postores que los porcentajes de los gastos generales fijos y variables que oferten, no puedan modificarse respecto a los definidos en el expediente técnico de obra.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

Asimismo, se ha podido advertir que los gastos generales dependen del tipo y magnitud de la obra, en donde estos gastos se deben calcular o analizar.

30. Para mayor detalle, corresponde mostrar el formato del “Anexo N° 6 – Precio de la Oferta” previsto en las bases integradas, donde los postores deben establecer los conceptos de su oferta económica:

ANEXO N° 6
PRECIO DE LA OFERTA
ÍTEM N° [INDICAR NÚMERO]

Señores
[CONSIGNAR ÓRGANO ENCARGADO DE LAS CONTRATACIONES O COMITÉ DE SELECCIÓN, SEGÚN CORRESPONDA]
ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N° [CONSIGNAR NOMENCLATURA DEL PROCEDIMIENTO]
Presente.-

Es grato dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento que, de acuerdo con las bases, mi oferta es la siguiente:

[INCLUIR LA ESTRUCTURA DEL PRESUPUESTO DE OBRA, A FIN DE QUE EL POSTOR CONSIGNE LOS PRECIOS UNITARIOS Y EL PRECIO TOTAL DE SU OFERTA, TAL COMO SE MUESTRA DE MANERA REFERENCIAL EN EL SIGUIENTE EJEMPLO:]

N° ÍTEM	PARTIDA	UNIDAD	METRADO	PU	SUB TOTAL

1	Total costo directo (A)				
2	Gastos generales				
2.1	Gastos fijos				
2.2	Gastos variables				
	Total gastos generales (B)				
3	Utilidad (C)				
	SUBTOTAL (A+B+C)				
4	IGV ³⁵				
5	Monto total de la oferta				

...]

El precio de la oferta en [CONSIGNAR LA MONEDA DE LA CONVOCATORIA] incluye todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo de la obra a ejecutar; excepto la de aquellos postores que gocen de alguna exoneración legal, no incluirán en el precio de su oferta los tributos respectivos.

[CONSIGNAR CIUDAD Y FECHA]

.....
Firma, Nombres y Apellidos del postor o
Representante legal o común, según corresponda

³⁵ Para el cálculo del IGV, aplica el redondeo previsto en la Resolución de Superintendencia SUNAT N° 025-2000/SUNAT o norma que la reemplace. En ese sentido, el porcentaje se calcula considerando dos (2) decimales. Para efectos del redondeo i) Si el primer decimal siguiente es inferior a cinco (5), el valor permanecerá igual, suprimiéndose los decimales posteriores y ii) Si el primer decimal siguiente es igual o superior a cinco (5), el valor será incrementado en un centésimo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

Nótese que, conforme al formato mostrado, los postores debían consignar en sus ofertas económicas, entre otros conceptos, los montos correspondientes a los gastos generales (fijos y variables), **sin explicitarse que éstos deben responder a algún porcentaje o monto previamente fijado por la Entidad en el expediente técnico de obra.**

31. En atención a lo expuesto, se aprecia que, **la Entidad ha formulado una regla ilegal en su requerimiento** al establecer que los postores debían consignar en su Anexo N° 6 el porcentaje de los gastos generales fijos y variables, y que éstos no deben modificarse, es decir que, deben ser los mismos porcentajes previstos en el presupuesto del expediente técnico.
32. Adicionalmente, la Entidad al absolver el recurso de apelación, en su Informe Técnico N° 005-2022-CS/MPP (elaborado por el comité de selección), señaló que en el expediente técnico de obra se estableció que la sumatoria de los gastos generales fijos y variables asciende a S/ 35,705.95, pero el Impugnante ofertó un costo de S/ 32,135.35, lo que porcentualmente no corresponde al 8% del costo directo, y que por el contrario, el Adjudicatario fue el único postor que no modificó el monto que corresponde porcentualmente a los gastos generales establecidos en el expediente técnico.

Vale decir que, lo que la Entidad busca con la regla en discusión, es que los postores oferten no solo los mismos porcentajes previstos en el expediente técnico de obra para los gastos generales fijos y variables, **sino que los postores oferten los mismos montos consignados en el presupuesto contenido en el expediente técnico**, lo que representa una contravención a la libertad con la que cuentan los postores para poder ofertar el monto por gastos generales que mejor les convenga, más aun si dicho concepto está estrictamente vinculado con su propia actividad empresarial (tal es así, que no puede estar comprendido en la partida de la obra).

En ese sentido, la aludida regla contraviene directamente al **principio de libre concurrencia**, por el cual, entre otros aspectos, se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

33. Adicionalmente, con relación al porcentaje de los gastos generales fijos y variables, la Entidad al absolver el recurso impugnativo, en su Informe Técnico N° 005-2022-CS/MPP, manifestó que, en el expediente técnico de obra aprobado, se puede verificar la siguiente información:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

	TOTAL GASTOS GENERALES NO RELACIONADOS CON EL TIEMPO DE EJECUCION DE LA OBRA	S/. 6,705.95		1.50%
	TOTAL GASTOS GENERALES NO RELACIONADOS CON EL TIEMPO DE EJECUCION DE LA OBRA	S/. 29,000.00		6.50%
	TOTAL GASTOS GENERALES	S/. 35,705.95		8.00%

Sobre el particular, sostuvo que la sumatoria de los gastos fijos y variables asciende a S/ 35,705.95, y que porcentualmente corresponde al 8% total del costo directo (S/ 446,324.32).

Asimismo, en dicho informe técnico, la Entidad indicó que el Adjudicatario no modificó los montos que corresponden porcentualmente a los gastos generales establecidos en el expediente técnico; para mayor detalle, se muestra el presupuesto ofertado por aquel postor:

1	Total costo directo (A)	S/ 446,324.32
2	Gastos generales	
2.1	Gastos fijos	S/ 6,705.95
2.2	Gastos variables	S/ 29,000.00
	Total gastos generales (B)	S/ 35,705.95
3	Utilidad (C)	S/ 30,796.38
	SUBTOTAL (A+B+C)	S/ 512,826.65
4	IGV	92,308.80
5	Monto total de la oferta	S/ 605,135.45

34. Así pues, corresponde mencionar también, que en el expediente técnico se estableció el siguiente presupuesto:

COSTO DIRECTO	446,324.32
GASTOS GENERALES (8%)	35,705.95
UTILIDAD (7%)	31,242.70
	=====
SUBTOTAL	513,272.97
IMPUESTO (IGV) 18.00%	92,389.13
	=====
TOTAL PRESUPUESTO	605,662.10

**Información extraída del presupuesto registrado en la Ficha SEACE.*

35. Ahora bien, como se ha señalado, la Entidad en su informe técnico, graficó una parte del expediente técnico de la obra (registrado en la Ficha SEACE del

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

procedimiento de selección), a efectos de mostrar los porcentajes y montos que estableció para los gastos generales fijos y variables; sin embargo, como se ha podido evidenciar, en el expediente técnico ambos conceptos aparecen como “total gastos generales no relacionados con el tiempo de ejecución de la obra”, cuando lo correcto es que, los **gastos generales fijos son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución, pero los gastos generales variables si están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra.**

En ese sentido, se aprecia que, en el expediente técnico se incurre en error al definir que monto (con su respectivo porcentaje) corresponde a gastos generales fijos y variables, respectivamente, pues ambos conceptos fueron contemplados como gastos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la obra; situación que, constituye una contravención al **principio de transparencia** previsto en el artículo 2 de la Ley.

36. Sin perjuicio de lo expuesto, es pertinente mencionar que la Entidad, en su informe técnico, estableció que en el presupuesto de obra, los gastos generales fijos representa el 1.50% del costo directo, esto es S/ 6,705.95, mientras que, los gastos generales variables representan el 6.50% del costo directo, esto es S/ 29,000.00; y que la suma de ambos montos ascienden a S/ 35,705.95, lo cual representa el 8% del costo directo (S/ 446,324.32).

No obstante, si consideramos que el costo directo previsto en el expediente técnico asciende a S/ 446,324.32, se puede determinar que **el 1.50% y 6.50% del mismo, ascienden a S/ 6,694.86 y S/ 29,011.08, respectivamente, y no a S/ 6,705.95 y S/ 29,000.00, como se habría establecido en el expediente técnico publicado en la Ficha SEACE.**

37. De esta manera se aprecia que, el expediente técnico publicado en la Ficha SEACE del procedimiento de selección, contiene errores en la determinación de los montos y porcentajes correspondientes a los gastos generales fijos y variables del presupuesto, lo que implica una **trasgresión del principio de transparencia**, por el cual, las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que 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.
38. Asimismo, como se ha podido advertir en el acta respectiva, el comité de selección otorgó la condición de no admitida a la oferta del Impugnante, señalando en su motivación que **rechazó** dicha oferta, porque los montos de los gastos generales

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

fijos y variables no corresponden al presupuesto de obra; sin embargo, de acuerdo con el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley, y al numeral 68.4 del artículo 68 del Reglamento, en el caso de obras, solo se rechaza una oferta si ésta se encuentra por debajo del noventa por ciento (90%) del valor referencial, o si supera el mismo en más del diez por ciento (10%), y no se cuenta con el certificado de crédito presupuestario.

Por tanto, resulta contrario con la normativa de contratación pública que el comité de selección haya señalado como motivación, que decidió rechazar la oferta del Impugnante, por aspectos que no están referidos a si su oferta económica se encuentra dentro del límite superior o inferior del valor referencial.

Con relación a la evaluación y calificación de ofertas

39. Por otro lado, se ha advertido en el “Acta de apertura de sobres, evaluación de las ofertas y calificación: obras” del 26 de setiembre de 2022, que el comité de selección no realizó la evaluación de la oferta del Adjudicatario (a efectos de asignarle el puntaje correspondiente), ni calificó la oferta, no obstante, decidió otorgarle la buena pro; ello se puede apreciar a continuación:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

9	EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS			
9.1	DETALLE DEL PRECIO DE LA OFERTA			
N°	Nombre o razón social del postor	Precio de su oferta	% del valor referencial	
1	CONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO S.A. CONTRATISTAS GENERALES)	S/605,135.45	99.91	
1	CONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO S.A. CONTRATISTAS GENERALES)	S/605,662.10	100.00	
10	RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN			
De acuerdo a la evaluación realizada, el orden de prelación es el siguiente:				
N° DE ORDEN DE PRELACIÓN	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL DEL POSTOR		PUNTAJE TOTAL	
1°	CONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO S.A. CONTRATISTAS GENERALES)		100	
2°	CONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO S.A. CONTRATISTAS GENERALES)		99.82	
11	CALIFICACIÓN			
Luego de culminada la evaluación, el comité de selección determinó si el postor que obtuvo el primer lugar según el orden de prelación cumple con los requisitos de calificación detallados en las bases:				
11.2	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL DEL POSTOR N° 1		CONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO)	
3.2.- REQUISITOS DE CALIFICACIÓN		CUMPLE	NO CUMPLE	
A	CAPACIDAD TÉCNICA Y PROFESIONAL			
A.1	EQUIPAMIENTO ESTRATÉGICO		NO CORRESPONDE	
B	CAPACIDAD TÉCNICA Y PROFESIONAL			
A.2	CALIFICACIONES DEL PLANTEL PROFESIONAL CLAVE		NO CORRESPONDE	
A.3	EXPERIENCIA DEL PLANTEL PROFESIONAL CLAVE		NO CORRESPONDE	
B	EXPERIENCIA DEL POSTOR			
B1	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD	X		
RESULTADO DE LA CALIFICACIÓN		CALIFICADA		
12	ACUERDO ADOPTADO			
Los integrantes del comité de selección, acuerda por UNANIMIDAD dar por calificada y evaluada la oferta del presente procedimiento de selección.				
13	  			
  				
ING. POOL SOSA SANCHEZ Miembro del Comité de Selección ING. LENIN TALLEDO PEÑA Presidente del Comité de Selección ING. JAVIER ECA ECHE Miembro del Comité de Selección NOMBRES Y FIRMAS DE LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE SELECCIÓN				

Según se advierte, en el acta solo se consignó la evaluación y calificación de la oferta del postor Consorcio Cobertura, indicándose dos (2) ofertas económicas para aquel postor, y se le asignó doble puntaje (100 y 99.82 puntos).

40. Con relación a dicho extremo, corresponde mencionar que en el artículo 66 del Reglamento se ha previsto que la admisión, no admisión, evaluación, calificación, descalificación y el otorgamiento de la buena pro es evidenciada en actas **debidamente motivadas**, las mismas que constan en el SEACE desde la oportunidad del otorgamiento de la buena pro.

Por tanto, se aprecia que el hecho que la Entidad no haya establecido en el acta respectiva la evaluación y calificación de la oferta del Adjudicatario, y que a pesar de ello le haya otorgado la buena pro del procedimiento de selección, implica una

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

contravención al artículo 66 del Reglamento; así como al principio de transparencia recogido en el literal c) del artículo 2 de la Ley.

41. Al respecto, la Entidad al absolver el recurso de apelación, alegó que incurrió en error material al no consignar el nombre del Adjudicatario en el acta; en ese sentido, adjuntó la siguiente “Acta de acuerdo – Fe de erratas”:

ACTA DE ACUERDO FE DE ERRATAS			
En, Piura, a los 26 días de Setiembre del año 2022 en el local de la Oficina del Comité de Selección, sito en el tercer piso del Palacio de la Municipalidad Provincial de Piura, se reunieron los miembros del comité de selección CONFORMADO y designados mediante Resolución de Gerencial N° 108-2022-GM/MPP, de fecha 09 de SETIEMBRE de 2022, encargado de la preparación, conducción y realización del Procedimiento de Selección ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N°036-2022-CSIMP- PRIMERA CONVOCATORIA, cuyo objeto es llevar a cabo la Contratación de ejecución de la Obra: "CONSTRUCCION DE COBERTURA, EN EL(LA) I.E. GENERAL JUAN VELASCO ALVARADO – LA UNION, DISTRITO DE LA UNION, PROVINCIA DE PIURA, DEPARTAMENTO PIURA", a fin de formalizar su instalación., a fin de tomar Acuerdo, sobre el error material involuntario, detectado en el Acta denominada: ACTA DE APERTURA DE SOBRES, EVALUACION DE LAS OFERTAS Y CALIFICACION: OBRAS.			
SOBRE EL QUORUM Y LOS MIEMBROS PARTICIPANTES DE LA SESIÓN SE ACUERDA:			
DICE:			
8 DETALLE DE LAS OFERTAS ADMITIDAS Y QUE PASAN A EVALUACIÓN LAS SIGUIENTES OFERTAS PRESENTADAS FUERON ADMITIDAS			
N°	Nombre o razón social del postor	Ítem(s) a los que postula	
1	L & C CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES E.I.R.L.	ITEM 01	
2	CONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO S.A. CONTRATISTAS GENERALES)	ITEM 01	
9 EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS			
9.1 DETALLE DEL PRECIO DE LA OFERTA			
N°	Nombre o razón social del postor	Precio de su oferta	% del valor referencial
1	L & C CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES E.I.R.L.	S/605,135.45	99.91
2	CONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO S.A. CONTRATISTAS GENERALES)	S/605,662.10	100.00
10 RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN De acuerdo a la evaluación realizada, el orden de prelación es el siguiente:			
N° DE ORDEN DE PRELACIÓN	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL DEL POSTOR	PUNTAJE TOTAL	
1°	L & C CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES E.I.R.L.	100	
2°	CONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO S.A. CONTRATISTAS GENERALES)	99.82	
11 CALIFICACIÓN Luego de culminada la evaluación, el comité de selección determinó si el postor que obtuvo el primer lugar según el orden de prelación cumple con los requisitos de calificación detallados en las bases:			
11.2 NOMBRE O RAZÓN SOCIAL DEL POSTOR N° 1 L & C CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES E.I.R.L.			
3.2.- REQUISITOS DE CALIFICACIÓN		CUMPLE	NO CUMPLE
A CAPACIDAD TÉCNICA Y PROFESIONAL			
A.1 EQUIPAMIENTO ESTRATÉGICO			NO CORRESPONDE
B CAPACIDAD TÉCNICA Y PROFESIONAL			
A.2 CALIFICACIONES DEL PLANTEL PROFESIONAL CLAVE			NO CORRESPONDE
C EXPERIENCIA DEL PLANTEL PROFESIONAL CLAVE			
A.3 EXPERIENCIA DEL POSTOR			NO CORRESPONDE
B EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD			
B.1 EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD		X	
RESULTADO DE LA CALIFICACIÓN		CALIFICADA	

Detectado el error material en las celdas que corresponden ítem N° 01 al nombre del Postor L & C CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS GENERALES E.I.R.L. y NOCONSORCIO COBERTURA (CONSULTORES Y CONSTRUCTORES Q + WORKS E.I.R.L. - YAKSETIG GUERRERO S.A. CONTRATISTAS GENERALES).

Motivo por el cual en amparo a lo establecido en el art. 201 de la Ley 27444 – LPAG, se procede en tomar dicho acuerdo haciéndose la presente fe de erratas.

A las 14:00 hrs, del mismo día, mes y año, se suscribe la presente acta.

ING. POOL SOSA SANCHEZ
Miembro del Comité de Selección

ING. LENIN TALLEDO PEÑA
Presidente del Comité de Selección

ING. JAVIER ECA ECHE
Miembro del Comité de Selección

42. No obstante, dicha acta remitida por la Entidad no se encuentra publicada en la Ficha SEACE del procedimiento de selección, por lo que no ha sido conocida por todos los postores.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

Además, si se tuviera en cuenta la información contenida en el “Acta de acuerdo – Fe de erratas”, ya no se tendría certeza si el comité de selección cumplió con calificar la oferta del postor Consorcio Cobertura (quien habría ocupado el segundo lugar), pues lo que hizo la Entidad en el numeral 11.2 de dicho documento, para corregir el supuesto error, es intercambiar el nombre del Consorcio Cobertura por el Adjudicatario.

43. Así pues, habiéndose advertido que **(i)** el comité de selección requirió a los postores la presentación de documentación no prevista para la admisión de las ofertas, para acreditar la disponibilidad de personal durante la ejecución de la obra, la calidad de los equipos, lugar de la obra, y la aceptación de las penalidades, **(ii)** que se estableció una regla ilegal en el requerimiento (para no modificar el porcentaje de los gastos generales fijos y variables respecto al establecido en el presupuesto), **(iii)** que en el expediente técnico se incurrió en error al definir el monto y porcentaje correspondiente a los gastos generales fijos y variables, y **(vi)** que en el acta respectiva no se motivó si evaluó y calificó la oferta del Adjudicatario, y que todos estos aspectos constituyen vicios de nulidad en el procedimiento de selección, mediante Decreto del 2 de noviembre de 2022, se requirió a la Entidad, el Impugnante, el Adjudicatario y al Consorcio Cobertura, emitir su pronunciamiento sobre los mismos, otorgándoles para ello un plazo de cinco (5) días hábiles.

No obstante, a la fecha, ninguna de las partes se ha pronunciado sobre los vicios de nulidad advertidos en el procedimiento de selección.

44. En ese sentido, teniendo en cuenta lo expuesto, cabe señalar que los procedimientos y requisitos para la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos son señalados obligatoriamente en la Ley de Contrataciones del Estado, la cual, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

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, dentro de un adecuado marco que garantice 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 armónico 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 participantes, con el propósito de seleccionar la mejor oferta.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

Asimismo, cabe resaltar la importancia que, en el desarrollo de los procedimientos de selección, reviste el cumplimiento de las actividades y/o funciones de entera responsabilidad del comité de selección, pues el correcto ejercicio de las funciones y del cumplimiento que en ellas se realice de las disposiciones y/o regulaciones que las rigen, dependerá la consecución de los objetivos buscados; lo cual, en última instancia, redundará, en el cumplimiento de los fines públicos que subyacen al desarrollo de los procedimientos de selección.

De otro lado, las bases de un procedimiento de selección deben contener las condiciones mínimas que establece la normativa de contrataciones y los factores de evaluación, cuya finalidad está orientada a elegir la mejor propuesta **sobre la base de criterios y calificaciones objetivas**, sustentadas y accesibles a los postores, que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad y discrecionalidad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica.

45. Ahora bien, debe tenerse presente que el artículo 44 de La Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos si advierte que los mismos han sido expedidos por un órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

Sobre el particular, es necesario 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 procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración.

En ese sentido, el legislador establece los supuestos de *"gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional”.

Ello obedece a que, en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos, y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran las causas expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.

46. En esa línea, los vicios incurridos resultan trascendentes, toda vez que de la revisión del expediente técnico registrado en la Ficha SEACE del procedimiento de selección, se ha evidenciado que los gastos de incidencia de los gastos generales fijos y variables han sido mal calculados, pues no representan el 1.50% y 6.50% del costo directo (S/ 446,324.32), respectivamente, como se indicó en el expediente técnico; además, cuando en el expediente técnico de obra, se hace alusión a estos conceptos se indica que ambos corresponden a gastos que no están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de obra, pese a que, conforme a la definición contenida en el Reglamento, los gastos generales variables sí están relacionados con el tiempo de ejecución de la obra, situación que representa una afectación al principio de transparencia previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley.

Asimismo, el área usuaria estableció como regla en su requerimiento, que los postores debían consignar el porcentaje de los gastos generales fijos y variables, y que éstos no debían ser modificados; no solo ello, sino que la Entidad, a través del comité de selección, al absolver el recurso impugnativo, dio a conocer que su intención era que los postores ofertaran montos iguales al determinado en el presupuesto contenido en el expediente técnico; lo que constituye una regla ilegal que transgrede la libertad que tienen los postores de ofertar un determinado monto por concepto de sus gastos generales, más aun cuando el mismo está vinculado con la propia actividad empresarial de los postores. Por tanto, esta situación constituye una contravención a los principios de libertad de concurrencia y transparencia, previstos en los literales a) y c) del artículo 2 de la Ley.

Del mismo modo, se advirtió que el comité de selección contravino las reglas de las bases estándar e integradas del procedimiento de selección, al requerir a los postores la presentación de documentación no prevista en la sección referida a los “documentos para la admisión de la oferta” de las bases integradas; y que, decidió rechazar la oferta del Impugnante, a pesar de no haber incurrido en las

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

causales previstas en el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley, y el numeral 68.4 del artículo 68 del Reglamento.

Por otro lado, se identificó también, que el comité de selección no motivó la evaluación y calificación de la oferta del Adjudicatario, por el contrario en el acta correspondiente, le asignó doble oferta económica, y doble evaluación (asignación de puntaje) al postor Consorcio Cobertura; situación que contraviene el artículo 66 del Reglamento, así como, el principio de transparencia previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley.

47. De lo expuesto, resulta plenamente justificable que el Tribunal disponga la nulidad del procedimiento de selección y lo retrotraiga a la **etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases**, y se realicen las siguientes acciones:

- Se verifique, y ser el caso, se ajusten los porcentajes o los montos de los gastos generales (fijos y variables) del expediente técnico, según sea el caso, toda vez que, se ha identificado que los mismos fueron erróneamente calculados en el expediente técnico.

Al respecto, se deberá tener en cuenta que conforme a la definición contenida en el Reglamento, los gastos generales fijos, son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución, mientras que, los gastos generales variables, son aquellos que están directamente vinculados con el tiempo de ejecución de la prestación; esto en la medida que, en el expediente técnico la Entidad contempló que ambos conceptos no están relacionados con el tiempo de ejecución de la obra.

- Se desestime en el requerimiento, la regla referida a que los postores deben incluir en su Anexo N° 6 los porcentajes de los gastos generales fijos y variables, y que estos no deben ser modificados; pues, como se ha señalado atenta contra la libertad que tiene cada postor de formular su oferta económica, más aun si dichos conceptos son propios de la propia actividad empresarial de los postores.
- Por otro lado, el comité de selección en las etapas correspondientes, deberá tener el debido cuidado para motivar adecuadamente sus actas, debiendo dejar constancia de las evaluaciones y calificaciones de todos los postores que correspondan.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3926-2022-TCE-S4

- Asimismo, en caso el comité de selección decida rechazar alguna oferta, deberá observar que dicha condición solo aplica a los casos contemplados en el artículo 28 de la Ley y el artículo 68 del Reglamento, según corresponda.

48. Adicionalmente, cabe precisar que **los vicios incurridos resultan trascendentes, no siendo materia de conservación del acto**, por haberse contravenido lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento, el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley, y el numeral 68.4 del artículo 68 del Reglamento; además de ello, los principios de libertad de concurrencia y transparencia establecidos en el artículo 2 de la Ley, así como las reglas de las bases estándar aplicables; cabe precisar que, los vicios advertidos tienen directa relación con la materia en controversia en el presente recurso impugnativo.

Finalmente, constituye un obstáculo para que este Tribunal pueda conservar el acto viciado, el hecho que en el requerimiento se haya exigido a los postores no modificar los porcentajes de los gastos generales fijos y variables establecidos en el expediente técnico (a efectos de conseguir los mismos montos consignados en el presupuesto de la Entidad); pues dicha exigencia, altera las reglas de evaluación de las ofertas económicas, lo que atenta contra el principio de eficacia y eficiencia.

49. En adición, debe señalarse que la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el cual constituye antecedente necesario para cualquier interés público de su actuación, por ello, la posibilidad de la nulidad de oficio implica una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo que lleva implícito un vicio, debiendo tenerse en cuenta que las autoridades no pueden pretender sobrepasar los límites legales o actuar al margen de ella.
50. Por lo tanto, a efectos de evitar futuras nulidades, y con ello la innecesaria dilación del procedimiento de selección, debiendo fomentar con ello una amplia, objetiva e imparcial concurrencia y participación de postores, se debe reformular las bases de conformidad a la normativa de Contrataciones del Estado.
51. En consecuencia, 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 artículo 128 del Reglamento, corresponde declarar de oficio la nulidad del procedimiento de selección, **debiendo retrotraerse el mismo a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases, a efectos que se corrijan los vicios detectados en el expediente técnico y en el requerimiento, de acuerdo a los fundamentos**

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

expuestos en el presente pronunciamiento; además, la Entidad deberá tomar las medidas necesarias para procurar que acciones como las que ha adoptado el comité de selección (donde, entre otros, no ha dejado constancia en las actas, si evaluó y calificó la oferta del Adjudicatario, y ha requerido a los postores no modificar los montos de sus ofertas económicas, bajo el sustento que, no podían modificar el porcentaje de los gastos generales fijos y variables) no vuelvan a ocurrir, pues dichos vicios retrasan la contratación y atentan directamente contra la oportuna atención de la necesidad que se desea atender con el presente procedimiento de selección; por tanto, carece de objeto proseguir con el análisis de los cuestionamientos planteados en el presente procedimiento.

52. En atención a lo dispuesto por el numeral 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG, este Colegiado considera que debe ponerse en **conocimiento del Titular de la Entidad la presente resolución**, a fin que conozca de los vicios advertidos y adopte las medidas del caso.
53. De conformidad con lo dispuesto en el literal b) numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, corresponde devolver la garantía presentada por el Impugnante para la interposición del recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la vocal ponente Violeta Lucero Ferreyra Coral, y la intervención de los vocales Víctor Manuel Villanueva Sandoval (en reemplazo del vocal Cristian Joe Cabrera Gil) y Annie Elizabeth Pérez Gutiérrez, atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021 y conforme al rol de turnos de vocales vigente, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, 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° 036-2022-CS/MPP – Primera Convocatoria, efectuada por la **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PIURA**, para la contratación de ejecución de obra *“Construcción de cobertura, en el (la) I.E. General Juan Velasco Alvarado – La Unión, distrito de La Unión, provincia de Piura, departamento Piura”*, y retrotraerla hasta la etapa de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3926-2022-TCE-S4

convocatoria, previa reformulación de las bases, conforme a los fundamentos expuestos.

2. **DEVOLVER** la garantía presentada por el postor **CONSORCIO AP** para la interposición de su recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el artículo 132 del Reglamento.
3. **PONER** la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, a fin de que se realicen las acciones de su competencia, conforme al **fundamentos 52**.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VIOLETA LUCERO FERREYRA CORAL
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

ANNIE ELIZABETH PÉREZ GUTIÉRREZ
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

VICTOR MANUEL VILLANUEVA
SANDOVAL
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

SS.
Villanueva Sandoval.
Ferreya Coral.
Pérez Gutiérrez.