



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

Sumilla:

“(…) es pertinente resaltar que para acreditar la existencia de una causal justificada debe probarse fehacientemente que concurrieron circunstancias que hicieron imposible física o jurídicamente la formalización del Acuerdo Marco o que, no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible al Adjudicatario formalizar el mismo debido a factores ajenos a su voluntad.”.

Lima, 23 de diciembre de 2022

VISTO en sesión del **23 de diciembre de 2022**, de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 6221/2021.TCE**, sobre el procedimiento administrativo sancionador generado contra la empresa **POLYFLEX GROUP S.A.C. (con R.U.C. N° 20539765061)**; por su supuesta responsabilidad al haber incumplido injustificadamente con su obligación de formalizar el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 convocado por la **CENTRAL DE COMPRAS PÚBLICAS – PERÚ COMPRAS**; infracción tipificada en el literal b) numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341; y, atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. A través de la Resolución Jefatural N° 015-2016-PERÚ COMPRAS, se estableció el 18 de marzo de 2016 como fecha de inicio de las operaciones y funciones de la Central de Compras Públicas - Perú Compras.

El 28 de noviembre de 2018, la Central de Compras Públicas – Perú Compras, en adelante **la Entidad**, convocó el Procedimiento de Implementación de proveedores de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco IM-CE-2018-9, en adelante el **Procedimiento de Implementación**, aplicable para los siguientes catálogos:

- *“i) Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y
ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos”*



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

En la misma fecha, Perú Compras publicó en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE y en su portal web (www.perucompras.gob.pe), los documentos asociados a la convocatoria.

Debe tenerse presente que el procedimiento objeto de análisis se llevó a cabo durante la vigencia Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, en adelante la **Ley** y su Reglamento aprobado con Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante, el **Reglamento**.

Desde el 29 de noviembre de 2018 al 10 de diciembre de 2018, se llevó a cabo el registro de participantes y la presentación de ofertas y, el 11 del mismo mes y año la admisión y evaluación de ofertas. El 12 del mismo mes y año se publicaron los resultados de la evaluación de ofertas presentadas en el procedimiento de Implementación, en la plataforma del SEACE y en el portal web de Perú Compras.

El 27 de diciembre de 2018, Perú Compras efectuó la suscripción automática de los Acuerdos Marco adjudicados, en virtud de la aceptación efectuada en la declaración jurada realizada por los mismos en la fase de registro y presentación de ofertas.

2. Mediante Oficio N° 000186-2021-PERÚ COMPRAS-GG¹ del 03 de agosto de 2021, presentado en la misma fecha ante la Mesa de Partes Digital del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la Entidad puso en conocimiento al Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el **Tribunal**, que el proveedor **POLYFLEX GROUP S.A.C. (con R.U.C. N° 20539765061)**, en adelante el Adjudicatario, habría incurrido en infracción, al incumplir con su obligación de formalizar el **Acuerdo Marco IM-CE-2018-9**, en adelante el **Acuerdo Marco**.

Para tal efecto, adjuntó, entre otros, el Informe N° 000283-2021-PERÚ COMPRAS-OAJ del 22 de julio de 2021, en el cual se señala lo siguiente:

- El procedimiento estableció las condiciones y obligaciones que asumirían los participantes al registrarse. En ese sentido, de resultar proveedores adjudicatarios, debían realizar el depósito de la garantía de fiel cumplimiento,

¹ Obrante a folio 3 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

con lo cual se generaría la suscripción de manera automática, caso contrario se les tendría por desistidos de suscribir en el Acuerdo Marco.

- Dicho requisito se encontraba establecido en la documentación estándar asociada, como un requisito indispensable para formalizar los Acuerdos Marco IM-CE-2018-4, IM-CE-2018-5, IM-CE-2018-6, IM-CE-2018-7 y **IM-CE-2018-9**.
 - Precisa que los Proveedores Adjudicatarios del Acuerdo Marco **IM-CE-2018-9**, debían efectuar el depósito de la garantía de fiel cumplimiento, del 13 de diciembre de 2018 al 26 de diciembre de 2018.
 - Por medio del Informe N° 000187-2021-PERÚ COMPRAS-DAM del 21 de julio de 2021, la Dirección de Acuerdos Marco de la Entidad, reportó que el Adjudicatario no cumplió con efectuar el depósito de la garantía de fiel cumplimiento, conforme a lo establecido en la documentación asociada y al compromiso asumido por el proveedor al momento de suscribir de forma electrónica la declaración jurada establecida en las reglas (Anexo N° 02 – Declaración jurada del proveedor).
 - Refiere que el no perfeccionamiento del acuerdo marco genera efectos negativos, toda vez que el rango de las ofertas adjudicadas por Ficha-producto se determina en función de los proveedores admitidos (promedio aritmético), lo que podría provocar que, por dichas ofertas adjudicadas que no suscribieron, se haya excluido durante la evaluación una o más ofertas puesto que se consideraron los rangos de precios adjudicados, afectándose potencialmente las ofertas de otros proveedores. Agrega que, también se afecta el nivel de competencia en la herramienta de los Catálogos Electrónicos, pues al contarse con menos proveedores los precios se elevarían.
 - Concluye que el Adjudicatario habría incurrido en la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 de la Ley.
3. A través del Decreto N° 480814 del 26 de setiembre de 2022, se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Adjudicatario, por su supuesta responsabilidad al haber incumplido injustificadamente con su obligación de formalizar acuerdos marco, respecto de la Implementación de proveedores en los Catálogos Electrónicos del Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 “i)



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos”; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Asimismo, se otorgó al Adjudicatario el plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente en caso de incumplir el requerimiento.

4. El Adjudicatario fue notificado con el Decreto N° 480814 del 26 de setiembre de 2022, que dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador, el 29 de setiembre de 2022 a través de la Casilla Electrónica del OSCE (bandeja de mensajes del Registro Nacional de Proveedores), en cumplimiento de la Directiva N° 008-2020-OSCE/CD “CASILLA ELECTRÓNICA DEL OSCE” y del artículo 267 del Reglamento, fecha desde la cual se computa para la presentación de sus descargos.
5. Mediante escrito s/n del 12 de octubre de 2022, presentado en la misma fecha ante la Mesa de Partes del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, el Adjudicatario se apersonó y presentó sus descargos, señalando lo siguiente:
 - Reconoce la comisión de la infracción al no haber depositado la garantía de fiel cumplimiento y no haber formalizado el acuerdo marco. Alega que ha participado en el procedimiento del Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 pero que no conocía la obligación del depósito de la garantía por fiel cumplimiento, por lo que, por omisión involuntaria, no realizó el depósito conforme al cronograma del procedimiento, además de desconocer la existencia de una sanción administrativa.
 - Solicita la aplicación de la retroactividad benigna debido a que la norma vigente, Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado, resulta ser más favorable al infractor que la norma que estuvo vigente a la fecha de la comisión de la infracción, Ley N° 30225 modificada por Decreto Legislativo N° 1341.
 - Sobre la determinación de la cuantía para efectos de la multa, solicita la aplicación del principio de Proporcionalidad y Razonabilidad; por lo cual solicita



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

se le aplique una multa de una (1) UIT, debido a que el monto de la garantía de fiel cumplimiento que debió abonar ascendía a la suma de S/ 500.00 (quinientos con 00/100 soles).

- Solicitó la graduación de la sanción, para lo cual debe tenerse en cuenta, como atenuante, su conducta coherente al reconocer la infracción y que no existió daño a la Entidad, porque no se acreditó el perjuicio que habría causado al no perfeccionar el acuerdo marco.
6. Con Decreto N° 483282 del 17 de octubre de 2022, se tuvo por apersonado al procedimiento administrativo sancionador al Adjudicatario y por presentado sus descargos.

Asimismo, se remitió el expediente a la Sexta Sala del Tribunal para que resuelva, efectivizándose el 18 de octubre de 2022.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Norma aplicable

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador determinar la responsabilidad administrativa del Adjudicatario por incumplir con su obligación de formalizar el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 correspondiente al Catálogo de *“i) Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos”*; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Naturaleza de la infracción

2. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado contra el Adjudicatario, por su presunta responsabilidad al incumplir injustificadamente con su obligación de formalizar el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 correspondiente al Catálogo de *“i) Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos”*; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, ahora tipificada en el mismo literal y artículo de la nueva Ley, el cual indica lo siguiente:



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

“Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

b) Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco.

[El subrayado es agregado].

En esa línea, tenemos que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, que incumplan con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco.

Asimismo, de la lectura de la infracción en comentario, se aprecia que ésta contiene dos supuestos de hecho distintos y tipificados como sancionables, siendo pertinente precisar, a fin de realizar el análisis respectivo, en el presente caso, corresponde el supuesto de hecho referido a incumplir injustificadamente con su obligación de formalizar Acuerdos Marco.

3. Al respecto, debe tenerse presente que, para la configuración del tipo infractor materia de análisis, es importante considerar la normativa aplicable al caso concreto y su materialización a partir de la omisión del proveedor adjudicado.

Así pues, cabe precisar que el literal b) del numeral 115.1 del artículo 115 del vigente Reglamento, previó que, la implementación de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, estaba sujeta a reglas especiales del procedimiento cuyas condiciones debían cumplirse para realizar las actuaciones preparatorias, las reglas del procedimiento, las condiciones a ser aplicadas durante la ejecución contractual, rigiéndose por lo previsto en la Directiva correspondiente, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en la nueva Ley y en el nuevo Reglamento.

En esa línea, la Directiva N° 007-2017-OSCE/CD “Disposiciones Aplicables a los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco” respecto a los procedimientos a



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

cargo de Perú Compras, establece en su numeral 8.2. que los proveedores seleccionados para ofertar en los Catálogos Electrónicos están obligados a formalizar los respectivos Acuerdos Marco, situación que supone la aceptación de todos los términos y condiciones establecidos en el procedimiento.

En ese orden de ideas, conforme se ha señalado en el acápite anterior, en el presente caso, para efectos del procedimiento de selección de proveedores, resulta aplicable las reglas establecidas en la Directiva N° 013-2016-PERÚ COMPRAS *“Directiva de Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco”*². Así, tenemos que, el literal a) del numeral 8.2.2.1 de la referida directiva, estableció lo siguiente:

“(...) Documento que contendrá las reglas del procedimiento, que incluye los plazos, requisitos, criterios de admisión y evaluación, texto del Acuerdo Marco, entre otros, y que serán aplicables como parte de la selección de los proveedores participantes en las convocatorias para la implementación de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.

*Estas reglas podrán incluir, según corresponda, que **el proveedor deba acreditar** experiencia, capacidad financiera, **el compromiso de constituir una garantía de fiel cumplimiento durante la vigencia del Catálogo Electrónico**, el compromiso de stock mínimo, entre otras condiciones. (...)*
(El resaltado es agregado)

Asimismo, en cuanto a la formalización del Acuerdo de Convenio Marco, el numeral 8.2.3. de la mencionada directiva, establecía lo siguiente:

“(...) Los Proveedores Adjudicatarios estarán obligados a perfeccionar los Acuerdos Marco, lo que supone la aceptación de los términos y condiciones establecidos como parte de la convocatoria para la Implementación o Extensión de Vigencia, según corresponda (...)”.

Adicionalmente, en las disposiciones del Procedimiento, aplicables al acuerdo marco materia de análisis, respecto de la garantía de fiel cumplimiento, se establecía lo siguiente:

²Véase: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/522187/251089385654335844720200213-14458-1jhmo37.pdf>



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

3.9 Garantía de fiel cumplimiento

El (los) PROVEEDOR (es) ADJUDICATARIOS deberán realizar el depósito de garantía de fiel cumplimiento en la cuenta bancaria que PERÚ COMPRAS comunicará a cada proveedor adjudicatario en el documento de publicación de resultados, debiendo tenerse en cuenta:

- a) ENTIDAD BANCARIA: BBVA Banco Continental. MONTO: S/ 850.00 (Ochocientos Cincuenta y 00/100 soles)
- b) PERIODO DE DEPÓSITO: Desde el 23 de febrero de 2018 hasta el 06 de marzo de 2018.
- c) CODIGO DE CUENTA RECAUDACIÓN: 7844.
- d) NOMBRE DEL RECAUDO: IM-CE-2017-7.
- e) CAMPO DE IDENTIFICACIÓN: Indicar el RUC.

Asimismo, el numeral 3.9 de la Documentación referida al Procedimiento para la Selección de Proveedores para la Implementación de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo marco, especificaba lo siguiente:

El depósito es por Acuerdo Marco independientemente de la cantidad de ofertas adjudicadas.

La garantía deberá mantenerse durante todo el periodo de vigencia del Acuerdo Marco, pudiendo ser renovada conforme a lo señalado en el procedimiento de la extensión de la misma, caso contrario previa solicitud se procederá con su devolución finalizada la vigencia.

El (los) PROVEEDOR (es) ADJUDICATARIOS que no realicen el depósito dentro del plazo señalado, faltarán a lo declarado en el **Anexo No. 01 Declaración jurada del proveedor**, no pudiendo suscribir el Acuerdo Marco correspondiente procediéndose de acuerdo a lo establecido en la LEY y su REGLAMENTO.

El (los) PROVEEDOR (es) ADJUDICATARIOS que no realicen el depósito dentro del plazo señalado, se tendrá por desistido de suscribir el Acuerdo Marco.

4. Dicho procedimiento de implementación se lleva a cabo conforme a los requisitos, reglas, plazos y formalidades establecidos en las reglas para el procedimiento de selección de proveedores asociada a la convocatoria para la implementación de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, salvo aquellas disposiciones que no resulten aplicables al momento de la convocatoria del procedimiento de Implementación de proveedores, conforme a lo señalado y sustentado por la Dirección de Acuerdos Marco. Las referidas disposiciones obligan al postor denominado proveedor adjudicatario a presentar la documentación requerida por el procedimiento para la Implementación de proveedores, a fin de formalizar el Acuerdo Marco, siendo, en estricto, su responsabilidad garantizar que el depósito de la garantía de fiel cumplimiento se realice conforme a lo solicitado por la Entidad.



Tribunal de Contrataciones del Estado *Resolución N° 4502-2022-TCE-S6*

5. Siendo así, corresponde a este Colegiado analizar la responsabilidad administrativa del Adjudicatario por incumplir con su obligación de formalizar el Acuerdo Marco, respecto a la infracción prevista en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, de acuerdo con las disposiciones normativas precitadas, debiendo precisarse que le corresponde al Tribunal determinar si dicha conducta es injustificada, para lo cual le compete al postor adjudicado probar, fehacientemente, que: i) concurren circunstancias que le hicieron imposible física o jurídicamente la suscripción del acuerdo marco; o, ii) no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible formalizar el Acuerdo Marco debido a factores ajenos a su voluntad.

Configuración de la infracción.

i. Incumplimiento de la obligación de formalizar el Acuerdo Marco

6. En primer orden, a efectos de analizar la eventual configuración de la infracción por parte del Adjudicatario, en el presente caso, corresponde determinar el plazo con el que, aquel contaba para formalizar el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9, según el procedimiento, plazos y requisitos previstos en el documento denominado “Reglas del método especial de contratación a través de los catálogos electrónicos de acuerdo marco”.

Al respecto, cabe precisar que a través del INFORME N° 000283-2021-PERÚ COMPRAS-OAJ del 22 de julio de 2021 la Entidad señaló que el cronograma para la implementación del Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 se estableció de la siguiente manera:

Fases	Duración
Convocatoria.	28/11/2018
Registro de participantes y presentación de ofertas.	Del 29/11/2018 al 10/12/2018
Admisión y evaluación.	11/12/2018
Publicación de resultados.	12/12/2018
Suscripción automática de Acuerdos Marco.	27/12/2018
Periodo de depósito de la garantía de fiel cumplimiento	13/12/2018 al 26/12/2018



Tribunal de Contrataciones del Estado Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

De lo antes descrito, se tiene que todos los proveedores que participaron en el procedimiento de Implementación conocieron las fechas respecto a cada etapa del mismo, y las exigencias previas para la suscripción del Acuerdo Marco IM-CE-2018-9. Bajo dichas consideraciones, los proveedores adjudicatarios tenían como plazo para realizar el depósito por concepto de “Garantía de Fiel Cumplimiento”, desde el 13 al 26 de diciembre de 2018.

7. Sobre el particular, de la documentación remitida por la Entidad, se aprecia que en el Anexo N° 2, denominado “*Proveedores adjudicatarios que no suscribieron el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9*”, adjunto al Informe N° 000187-2021-PERÚ COMPRAS-DAM, la Dirección de Acuerdos Marco señaló, entre otros, que el Adjudicatario incumplió con su obligación de realizar el depósito de la garantía de fiel cumplimiento, generando así la no suscripción automática (formalización) del Acuerdo Marco, tal como aparece en el extracto de la parte pertinente del citado Anexo N° 5:

63	20539765061	POLYFLEX GROUP S.A.C.	NO SUSCRITO
----	-------------	-----------------------	-------------

Cabe añadir que, el numeral 3.10 del procedimiento para la selección de proveedores para la implementación de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco, establecía, en relación a la suscripción automática de los Acuerdos Marco, lo siguiente:

3.10 Suscripción automática de los Acuerdos Marco

PERÚ COMPRAS, en la fecha señalada en el cronograma para esta fase, de forma automática a través del APLICATIVO, registrará la suscripción del Acuerdo Marco con el proveedor ADJUDICATARIO, en virtud de la aceptación otorgada en la declaración jurada realizada en la fase de registro y presentación de ofertas, a partir de dicho momento podrá acceder a través del APLICATIVO, a un archivo con el contenido del Acuerdo Marco suscrito, generado sobre la base del **Anexo No. 04 Proforma de Acuerdo Marco**.

El proveedor ADJUDICATARIO a partir del registro de la suscripción automática del Acuerdo Marco será denominado como proveedor SUSCRITO, caso contrario será denominado como proveedor NO SUSCRITO.

Ahora bien, de la revisión del Anexo N° 02 – Declaración Jurada del Proveedor, obrante en la oferta del Adjudicatario, se observa que éste declaró expresamente, lo siguiente: “**Efectuaré el depósito por concepto de garantía de cumplimiento antes de la fecha de suscripción automática del Acuerdo, conforme a las consideraciones establecidas en el Procedimiento para la Selección de Proveedores para la Implementación de los Catálogos Electrónicos**”



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

de Acuerdos Marco”; lo cual evidencia que el Adjudicatario conocía de tal obligación, incluso antes de registrarse como participante ante la Entidad.

No obstante, aun cuando conocía de su obligación de efectuar el depósito de la citada garantía, no efectuó tal acción, generándose con ello que no se concretara la suscripción del acuerdo marco materia de análisis.

8. Por lo tanto, de la documentación obrante en el expediente administrativo, se ha verificado que el Adjudicatario no realizó el depósito de la “Garantía de Fiel Cumplimiento”, lo cual impidió que cumpliera con su obligación de formalizar el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9.
9. Del análisis realizado a la documentación y argumentos presentados, este Colegiado puede concluir que el Adjudicatario no formalizó el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 para su Implementación en el Catálogo Electrónico de “*Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos*”, pese a estar obligado para ello, con lo cual se verificó la configuración del primer elemento constitutivo de la infracción materia de análisis; por lo que, corresponde evaluar si se ha acreditado que existió una causa justificante para dicha conducta.

Sobre la posibilidad de aplicar el principio de retroactividad benigna

10. Antes de iniciar el análisis de la causa justificante de la conducta infractora, y considerando que el Adjudicatario ha solicitado la aplicación de la retroactividad benigna, es pertinente referirnos al numeral 5 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante **el TUO de la LPAG**, el cual contempla el principio de irretroactividad, según el cual:

“Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción,



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición”.

(Subrayado es agregado).

En tal sentido, si bien bajo el principio de irretroactividad, como regla general, en los procedimientos administrativos sancionadores la norma aplicable es aquella vigente al momento de la comisión de la infracción; como excepción al referido principio, de existir una norma posterior, que, de manera integral, resultase más favorable para el administrado, aquella debe ser aplicada.

En este punto, cabe indicar que dicho examen de norma más favorable implica realizar una valoración integral de los elementos del caso bajo análisis, tales como una tipificación que exima de responsabilidad, una sanción menos gravosa o un plazo de prescripción que impida determinar la existencia de infracciones.

11. En atención de lo expuesto, en el presente caso, si bien el procedimiento se inició por la presunta comisión de la infracción establecida en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, norma vigente al momento de ocurridos los hechos cuestionados; cabe mencionar que, el 13 de marzo de 2019, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, el cual consolida las modificaciones incorporadas en la Ley a través de los Decretos Legislativos N° 1341 y 1444; y el 30 de enero de 2019 entró en vigencia el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, que derogó el Reglamento de la Ley N° 30225. En el presente caso, en lo sucesivo, a dichas normas se les denominará el **TUO de la Ley** y el **nuevo Reglamento**, respectivamente; siendo preciso verificar si la aplicación de la referida normativa resulta más beneficiosa a los administrados, atendiendo al principio de retroactividad benigna.
12. En este punto, conviene precisar que, en relación a la nueva Ley y el nuevo Reglamento, normativa vigente a la fecha, se observa que el tipo infractor ha mantenido los mismos elementos materia de análisis (incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco), no obstante, se ha incluido un elemento adicional, ahora tipificada como *“incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato (...)”*. Tal como se advierte, se ha introducido el término “injustificadamente”, el cual permite



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

que al momento de evaluar la conducta infractora materia de análisis se pueda revisar si aquella tuvo alguna causa justificante que motivó la infracción.

13. Por otra parte, se ha verificado que, en cuanto a la sanción, en el TUO de la Ley se prevé la aplicación de una multa no menor al cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y, como medida cautelar, la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, **por un plazo no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses**, la cual además no se computa para el plazo de inhabilitación definitiva.

Ello, a diferencia de la normativa anterior en la que se precisaba que, en la resolución por la que se imponga multa, se debe establecer —como medida cautelar— la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor.

14. Por lo expuesto, en el presente caso, corresponde aplicar el TUO de Ley, en tanto resulta más beneficioso para el administrado.

ii. Causa justificante para la no formalización del Acuerdo Marco.

15. Sobre el particular, el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley dispone que incurre en responsabilidad administrativa el postor ganador de la buena pro que incumpla injustificadamente con la obligación de perfeccionar el contrato o formalizar el Acuerdo Marco.
16. En ese sentido, es pertinente resaltar que, para acreditar la existencia de una causa justificada, debe probarse fehacientemente que concurrieron circunstancias que hicieron imposible física o jurídicamente la formalización del Acuerdo Marco o que, no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible al Adjudicatario formalizar el mismo debido a factores ajenos a su voluntad.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

17. Sobre el particular, el Tribunal ha reconocido en reiteradas resoluciones que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la imposibilidad física del postor adjudicado se encuentra referida a un obstáculo temporal o permanente que lo inhabilite o imposibilite, irremediable e involuntariamente, a cumplir con su obligación de perfeccionar la relación contractual; mientras que la imposibilidad jurídica consiste en la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona natural o jurídica para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues de hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados.
18. Ahora bien, como parte de los alegatos esbozados por el Adjudicatario, éste arguyó que, el incumplimiento de su obligación de depositar la garantía de fiel cumplimiento, se debió al desconocimiento de la obligación del depósito y que por omisión involuntaria no lo realizó conforme al cronograma del procedimiento y porque, además, desconocía que existía una sanción administrativa por tal hecho.

Al respecto, tal como se aprecia, el Adjudicatario basa su argumento en el desconocimiento de las reglas aplicables al Acuerdo Marco; sin embargo, desconoce que desde el momento que se inició la convocatoria del Acuerdo Marco, tuvo conocimiento no solo del procedimiento del citado método de contratación sino también del periodo establecido para efectuar el depósito por concepto de “Garantía de Fiel Cumplimiento”, razón por la cual le correspondía evaluar y hacer el seguimiento a cada una de las etapas del procedimiento de selección para el Acuerdo Marco, a efectos de verificar las actuaciones que debía ejecutar, entre lo que se encontraba el depósito de la citada garantía. En ese sentido, la falta de cumplimiento del depósito de la garantía de fiel cumplimiento no hace más que evidenciar la falta de diligencia por parte del Adjudicatario, por lo que, su argumento no resulta amparable.

Asimismo, tenemos que el Adjudicatario suscribió el Anexo N° 2 “*Declaración Jurada del Proveedor*”, mediante el cual declaró, entre otros aspectos, conocer, aceptar y someterse a todas las consideraciones previstas en las Reglas, así como a los términos y condiciones establecidos para la suscripción automática del Acuerdo Marco, lo cual incluía efectuar el depósito de la “*Garantía de Fiel*



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

Cumplimiento”, como requisito indispensable para la formalización del mencionado acuerdo marco.

19. Finalmente, el Adjudicatario requiere la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad; por lo cual solicita se le aplique una multa de una (1) UIT, debido a que el monto de la garantía de fiel cumplimiento que debió abonar ascendía a la suma de S/ 500.00 (quinientos con 00/100 soles), solicitando, además que, en la graduación de la sanción, debe tenerse en cuenta, como atenuante, su conducta coherente al reconocer la infracción y que no existió daño a la Entidad, porque no se acreditó el perjuicio que habría causado al no perfeccionar el Acuerdo Marco.

Sobre lo expuesto, debe indicarse que, la multa a imponer será determinada luego del análisis de los criterios de graduación aplicables al presente caso.

20. Bajo dichas consideraciones, no se aprecia la existencia de alguna imposibilidad física o jurídica que haya impedido al Adjudicatario cumplir con su obligación de formalizar el Acuerdo Marco dentro del plazo previsto por la Entidad, conforme a los fundamentos precedentes.
21. En consecuencia, habiéndose acreditado que el Adjudicatario no cumplió con formalizar el Acuerdo Marco, y no habiéndose verificado la existencia de alguna situación de imposibilidad jurídica o física para dicha conducta, se ha acreditado la responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley.

Graduación de la sanción

22. El literal a) del numeral 50.2 del artículo 50 de la nueva Ley prevé que corresponde al infractor pagar una multa no menor al cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, y ante la imposibilidad de determinar el monto de la oferta económica o del contrato se impondrá una multa de entre cinco (5) y quince (15) UIT.

En esa misma línea, el citado literal establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, **por un plazo no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses**, la cual además no computa para el plazo de inhabilitación definitiva.

23. Ahora bien, tal como se ha detallado precedentemente, a fin de determinar el monto de la multa a imponer al Adjudicatario, resulta necesario conocer el monto de la propuesta económica o del contrato; no obstante, en el presente caso, debe tenerse en consideración que, debido a la naturaleza de la modalidad de selección del Acuerdo Marco, éste no contempla oferta económica alguna por parte de los proveedores, dado que dicha modalidad tiene como finalidad seleccionar a los proveedores que debido a sus características deben integrar el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.

Sobre ello es necesario señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 de la nueva Ley se prevé que **ante la imposibilidad de determinar el monto de la oferta económica o del contrato se impondrá una multa entre cinco (5) y quince (15) UIT**; razón por la cual, corresponde imponer sanción administrativa al Adjudicatario, en aplicación del referido texto legal.

24. Teniendo como referencia las consideraciones expuestas, en el presente caso, la multa a imponer no puede ser inferior a cinco UIT³ (S/ 23,000.00) ni mayor a quince UIT (S/69,000.00).

Bajo dicha premisa, corresponde imponer al Adjudicatario, la sanción de multa prevista en la nueva Ley, para lo cual se tendrá en consideración los criterios de graduación previstos en el artículo 264 del nuevo Reglamento.

25. Conforme a lo dispuesto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, respecto al principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida

³ Mediante Decreto Supremo N° 398-2021-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de diciembre de 2021, se estableció que el valor de la UIT para el año 2022, corresponde a S/ 4,600.00 (cuatro mil seiscientos y 00/100 soles)



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido, criterio que también será tomado en cuenta al momento de fijar la sanción a ser impuesta.

26. En tal sentido, a efectos de graduar la sanción a imponerse a el Adjudicatario, se deben considerar los siguientes criterios:

- a) **Naturaleza de la infracción:** Desde el momento en que el Adjudicatario se registró como participante quedó obligado a cumplir con las disposiciones previstas en la normativa de contratación pública y los Parámetros establecidos para el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 para su Implementación en el Catálogo Electrónico de *“Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos”*, resultando una de éstas la obligación de efectuar el depósito por concepto de *“Garantía de Fiel Cumplimiento”* dentro del plazo establecido en el cronograma aprobado por la Entidad, lo cual constituía requisito indispensable para la formalización del referido acuerdo marco.
- b) **Ausencia de intencionalidad del infractor:** El Adjudicatario tenía la obligación de formalizar el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 para su Implementación en el Catálogo Electrónico de *“Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos”*, para lo cual debía efectuar el depósito por concepto de *“Garantía de Fiel Cumplimiento”* a efectos de formalizar [de manera automática] el referido acuerdo marco. Es así que, la falta de diligencia y la ausencia de causal justificante, respecto de no realizar el referido depósito, dio lugar a que no se incorporara en el Catálogo de Acuerdo Marco, pese a haber sido adjudicado.

Además, el Adjudicatario en la etapa de *“Registro de participantes y presentación de ofertas”* presentó el Anexo N° 2 *“Declaración Jurada del Proveedor”* mediante el cual declaró, entre otros aspectos, conocer, aceptar y someterse a todas las consideraciones establecidas en los Parámetros y; a los términos y condiciones establecidos para la formalización automática del Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 para su Implementación en el Catálogo Electrónico de *“Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos”*.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos”.

- c) **La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad:** Sobre este aspecto, la Entidad ha informado que el no perfeccionamiento del contrato genera efectos negativos, por cuanto el rango de las ofertas adjudicadas son el resultado de un procedimiento de evaluación y podría afectarse potencialmente a otros proveedores, y además porque se afectaría el nivel de competencia en los catálogos electrónicos pues al existir menos proveedores el precio del producto se incrementa. En tal sentido, precisa que se perjudica la eficacia de la herramienta de los catálogos electrónicos que administra.
- d) **El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada:** Conforme a la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el que el Adjudicatario haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera denunciado.
- e) **Conducta procesal:** El Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y presentó sus descargos.
- f) **La adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 50.10 del artículo 50 de la nueva Ley:** De la revisión de la documentación que obra en el expediente, no hay información que acredite que el Adjudicatario haya adoptado o implementado algún modelo de prevención.
- g) **Que el administrado tenga la condición de Micro y Pequeña Empresa (MYPE), y que se haya visto afectado de las actividades productivas o de abastecimiento en tiempos de crisis sanitaria⁴:** El Adjudicatario se encuentra acreditado como Microempresa en el Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa – REMYPE⁵; no obstante, no obra en el expediente administrativo alguna información que permita analizar la existencia de una posible afectación a las actividades productivas o de abastecimiento del Adjudicatario, en los tiempos de crisis sanitaria.

⁴ Incorporado como criterio de graduación de la sanción a través de la Ley N° 31535, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de julio de 2022.

⁵ <https://apps.trabajo.gob.pe/consultas-remype/app/index.html>



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

Procedimiento y efectos del pago de la multa

27. Al respecto, de conformidad con el procedimiento establecido en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - “Lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado”, aprobada mediante Resolución N° 058-2019-OSCE/PRE, publicada el 3 de abril de 2019 en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE:
- El proveedor sancionado debe pagar el monto íntegro de la multa y comunicar al OSCE dicho pago, adjuntando el comprobante original respectivo. En caso no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la resolución sancionadora, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente.
 - El pago se efectúa mediante Depósito en la Cuenta Corriente N° 0000-870803 del OSCE en el Banco de la Nación.
 - La comunicación del pago se efectúa a través de la presentación del formulario denominado “Comunicación de Pago de Multa” únicamente en la mesa de partes de la sede central del OSCE o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas. El proveedor sancionado es responsable de consignar correctamente los datos que se precisan en el citado formulario.
 - La obligación de pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE o del día siguiente al término del período máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar.
 - La condición de proveedor suspendido se genera el día siguiente al vencimiento del plazo de siete (7) días hábiles de haber quedado firme la resolución sancionadora sin que el proveedor sancionado efectúe y comunique el pago del monto íntegro de la multa, esta misma condición se genera el día siguiente a aquel en que la Unidad de Finanza de la Oficina de Administración del OSCE verifique que la comunicación de pago del proveedor sancionado no ha sido efectiva.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

- Cuando el proveedor comunique el pago de la multa con posterioridad a su suspensión, dicha suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber sido registrada en el SITCE la verificación del pago.

Asimismo, de no realizarse y comunicarse el pago de la multa por parte del proveedor suspendido, la suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber transcurrido el plazo máximo dispuesto por la medida cautelar contenida en la resolución sancionadora firme.

28. Finalmente, cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley (y actualmente tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF), por parte del Adjudicatario, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar el **26 de diciembre de 2018**, fecha máxima en la cual aquella debía presentar la garantía de fiel cumplimiento a fin de poder formalizar el Acuerdo Marco.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la vocal Mariela Nereida Sifuentes Huamán y la intervención de la vocal Cecilia Berenise Ponce Cosme y el vocal Roy Nick Álvarez Chuquillanqui, atendiendo a la conformación de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000198- 2022-OSCE/PRE del 3 de octubre de 2022, publicada el 4 del mismo mes y año en el Diario Oficial “El Peruano”, 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 por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el 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. **SANCIONAR** a la empresa **POLYFLEX GROUP S.A.C. (con R.U.C. N° 20539765061)**, con una multa ascendente a **S/ 23,000.00 (veintitrés mil con 00/100 soles)**, por su responsabilidad al haber incumplido injustificadamente con su obligación de formalizar el Acuerdo Marco IM-CE-2018-9 para su Implementación en el



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

Catálogo Electrónico de “*Bienes varios para ayuda humanitaria y usos diversos y ii) Herramientas para ayuda humanitaria y usos diversos*”, convocado por la Central de Compras Públicas - Perú Compras; por los fundamentos expuestos. El procedimiento para la ejecución de la multa se iniciará luego de que haya quedado firme la presente resolución por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto el recurso de reconsideración contra aquella, o porque, habiéndose presentado el recurso, este fue desestimado.

2. **Disponer como medida cautelar**, la suspensión de la empresa **POLYFLEX GROUP S.A.C. (con R.U.C. N° 20539765061)**, por el plazo de **cuatro (4) meses** para participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en caso el infractor no cancele la multa según el procedimiento establecido en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - “*Lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado*”.
3. Disponer que el pago de la multa impuesta se realice en la cuenta del OSCE N° 0000-870803 en el Banco de la Nación. En caso el administrado no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la presente resolución, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente. Una vez comunicado el pago efectuado, el OSCE tiene un plazo máximo de tres (3) días hábiles para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva. La obligación de pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE o del día siguiente al término del período máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar.
4. Disponer que, una vez que la presente resolución haya quedado administrativamente firme, se proceda conforme a las disposiciones contempladas en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - “*Lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado*”, aprobada mediante Resolución N° 058-2019-OSCE/PRE.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4502-2022-TCE-S6

Regístrese, comuníquese y publíquese

CECILIA BERENISE PONCE COSME
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

ROY NICK ÁLVAREZ CHUQUILLANQUI
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

MARIELA NEREIDA SIFUENTES
HUAMÁN
PRESIDENTA
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

SS.

Sifuentes Huamán.

Ponce Cosme.

Álvarez Chuquillanqui.