



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Sumilla: *"(...) las bases de un procedimiento de selección deben contener las condiciones mínimas que establece la normativa de contrataciones y las bases estándar, 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. (...)"*

Lima, 5 de enero de 2023

VISTO en sesión del 5 de enero de 2023 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el **Expediente N° 8422/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor **SERVICIOS INGENIERÍA GEOSINTETICOS E.I.R.L.**, en el marco de la Licitación Pública N° 03-2022-GR.CAJ/DRAC-CS – (Primera Convocatoria), convocada por la Dirección Regional de Agricultura - Gobierno Regional de Cajamarca; y, atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. Según la ficha del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, el 12 de setiembre de 2022, la Dirección Regional Agraria Cajamarca, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Licitación Pública N° 03-2022-GR.CAJ/DRAC-CS – (Primera Convocatoria), para la contratación de suministro de bienes *"Adquisición de 166,00m² de geomembrana HDPE de 1mm en el marco del Programa de Actividades e Inversiones de Siembra y Cosecha de Agua en el ámbito de la región Cajamarca - Revolución Azul - Actividades 2022"*, con un valor estimado de S/2'257,600.00 (dos millones doscientos cincuenta y siete mil seiscientos con 00/100 soles), en lo sucesivo **el procedimiento de selección**.

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

De acuerdo con el respectivo cronograma, el 26 de octubre de 2022, se llevó a cabo la presentación de ofertas por vía electrónica, y el 3 de noviembre del mismo año se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro a favor del postor CONSORCIO SAN MARTÍN, integrado por la empresa POLYFLEX GROUP

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

S.A.C. y el señor TUESTA RENGIFO RODOLFO WINSTON, en lo sucesivo **el Consorcio Adjudicatario**, por el monto de su oferta ascendente a S/ 2'249,300.00 (dos millones doscientos cuarenta y nueve mil trescientos con 00/100 soles), conforme al siguiente detalle:

POSTOR	ETAPAS					BUENA PRO
	ADMISIÓN	EVALUACIÓN			CALIFICACIÓN	
		OFERTA ECONÓMICA S/	PUNTAJE TOTAL	OP		
CONSORCIO CAJAMARCA	ADMITIDO	2'108,200.00	100	1°	NO CALIFICA	NO
CONSORCIO SAN MARTIN	ADMITIDO	2'249,300.00	95.30	2°	CALIFICA	SI
PROMAINGSA SAC	NO ADMITIDO					
CONSORCIO SIG	NO ADMITIDO					
SERVICIOS INGENIERÍA GEOSINTETICOS E.I.R.L.	NO ADMITIDO					

2. Mediante escrito N° 1 presentado el 15 de noviembre de 2022, debidamente subsanado el 17 del mismo mes y año, ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, el postor SERVICIOS INGENIERÍA GEOSINTETICOS E.I.R.L., en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta, y solicitó la nulidad del procedimiento de selección, conforme a los argumentos que se exponen:

- Interpuso recurso de apelación contra la decisión del comité de selección de no admitir su oferta, y como consecuencia de ello, se revierta su situación jurídica en el marco del procedimiento de selección.
- Sostiene que el procedimiento de selección se convocó sin tener en cuenta las disposiciones de las bases estándar vigentes, lo cual constituye un vicio de nulidad. Asimismo, en mérito de la observación efectuada por uno de los postores dichas disposiciones recién fueron adecuadas -de manera irregular- como bases integradas.
- Por otro lado, indica que las bases integradas incluyeron como requisito de admisibilidad la presentación de una muestra, lo cual constituye un vicio dado que vulnera los principios de transparencia, libre concurrencia y trato

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

justo, dado que solo uno de los cinco postores cumpliría con dicho requisito.

- El “Acta de apertura de propuestas para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, registrado en el SEACE el 3 de noviembre de 2022, contiene un elemento contrario a la normativa de contratación pública, pues, a pesar de haberse declarado la no admisión de la oferta del postor Consorcio Cajamarca, se procedió a evaluarla y a calificarla.
 - Solicitó el uso de la palabra.
3. A través del Decreto del 21 de noviembre de 2022, publicado en el Toma Razón Electrónico del SEACE el 24 del mismo mes y año, se dispuso que, en atención a lo dispuesto en los numerales 3.3 y 3.4 del artículo 3 del Decreto Supremo N° 103-2020-EF y en el Acuerdo de Sala Plena N° 005-2020/TCE, la Entidad emita pronunciamiento sobre la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección a los protocolos sanitarios y demás disposiciones dictados por los sectores y autoridades competentes en el marco de la reanudación gradual y progresiva de actividades económicas, teniendo como contexto la Emergencia Sanitaria Nacional declarada ante las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. A tal efecto, se otorgó a la Entidad el plazo máximo de tres (3) días hábiles.

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

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

4. Mediante Escrito N° 1 presentado el 29 de noviembre de 2022 en la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Consorcio Adjudicatario -dentro del plazo establecido- se apersonó al procedimiento administrativo, a efectos de absolver el recurso impugnativo, manifestando lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Respecto a que se declare improcedente el recurso de apelación

- El Impugnante está impedido para participar en el procedimiento de selección dado que forma parte del mismo grupo económico con la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. (integrante del Consorcio SIG), también postor del procedimiento de selección, ello debido a que el representante legal del Impugnante, señor Gianfranco Zanelli Arana, es hijo del señor Luis Felipe Zanelli Martínez, quien es representante legal de la empresa Grandes Superficies Argentinas S.A.C, y representante común del Consorcio SIG, lo cual evidencia una relación de parentesco y una relación económica entre ambos postores.

Asimismo, el Impugnante y el señor Luis Felipe Zanelli Martínez tienen el mismo domicilio sito en “Av. Alameda La Encantada N° 264, Interior 101, Urb. La Encantada de Villa-Lima Chorrillos”, conforme se aprecia del RNP del Impugnante y el DNI de este último.

- Además, tanto el Impugnante y la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. se dedican al mismo objeto de contratación como es la venta de Geomembrana HDPE; por tanto, se ha vulnerado el artículo 11 de la Ley.
- Por otro lado, el Impugnante en su recurso de apelación no ha presentado ningún argumento contra la no admisión de su oferta a efectos de revertir su condición de no admitido, únicamente cuestiona las bases integradas solicitando se declare la nulidad del procedimiento de selección por haberse empleado supuestamente bases estándar no vigentes, el cual según lo establecido en el literal c) del artículo 118 del Reglamento, constituye un acto no impugnabile.
- Por ello, el recurso de apelación debe ser declarado improcedente, de conformidad con el artículo 123 del Reglamento.
- Con relación a lo anterior, precisa que, el Tribunal, en sendos pronunciamientos, tales como las Resoluciones N° 0651-2019-TCE-S1 y N° 1470-2022-TCE-S4, ha señalado que el recurso de apelación es declarado improcedente por falta de interés para obrar, si el postor impugna sin antes haber cuestionado la no admisión de su oferta, por lo que en el caso en concreto debe tenerse en cuenta el principio de predictibilidad.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Respecto a que se confirme y/o ratifique el otorgamiento de la buena pro a su favor

- En la medida que el recurso de apelación será declarado improcedente, solicita que el Tribunal disponga confirmar y/o ratificar la buena pro otorgada a su favor.
 - Solicitó el uso de la palabra.
5. Por medio del Decreto del 1 de diciembre de 2022, se tuvo por apersonado al Consorcio Adjudicatario al procedimiento administrativo, y por absuelto el traslado del recurso impugnativo, dejándose a consideración de la Sala la solicitud de uso de la palabra formulada por aquél.
 6. Con Decreto del 1 de diciembre de 2022, luego de verificarse que la Entidad no cumplió con registrar en el SEACE el informe Técnico Legal requerido mediante el Decreto del 21 de noviembre del mismo año, se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en autos, remitiéndose el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal, siendo recibido por la vocal ponente el 2 del mismo mes y año.
 7. Mediante Decreto del 6 de diciembre de 2022, se programó audiencia pública para el 15 del mismo mes y año, precisándose que la misma se realizaría de manera virtual a través de la plataforma *Google Meet*.
 8. Por medio del Oficio N° 303-2022-GR-CAJ/DRA-OAJ del 2 de noviembre de 2022, registrado en el SEACE el 6 del mismo mes y año, la Entidad, de manera extemporánea, se pronunció sobre el recurso de apelación, conforme a los argumentos que se exponen:
 - Recomienda que el procedimiento de selección sea declarado nulo y se retrotraiga hasta la etapa de la convocatoria al haberse vulnerado los principios de trato igualitario y transparencia; toda vez que las bases integradas carecen de precisión y contienen ambigüedades, tales como el horario de presentación de las muestras, al haberse establecido que las misma debían ser presentadas dentro de las cinco (5) horas, cuando lo correcta era ocho de (8) horas, según lo establecido en las bases estándar.
 - Señala que el recurso de apelación debe ser declarado procedente.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

9. A través del Decreto del 15 de diciembre de 2022, se requirió la siguiente información:

DIRECCION REGIONAL DE AGRICULTURA - GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

Sírvase **REMITIR** un **informe técnico-legal complementario** donde su representada emita su opinión sobre los siguientes aspectos:

- De la revisión de la ficha del SEACE correspondiente al procedimiento de selección, se advierte que el **3 de noviembre de 2022**, se publicó el “Acta de apertura de propuesta para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, donde se señaló que la oferta del **Consortio Cajamarca** no fue admitida; según se aprecia de la gráfica:

	DOCUMENTOS PARA LA ADMISIÓN DE LAS OFERTAS	SERVICIOS INGENIERIA GEOSINTETICOS E.I.R.L.	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO SAN MARTIN	CONSORCIO SIG	PROMAINGSA SAC
a)	Declaración Jurada de datos del postor. (Anexo N°1)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
b)	Documento que acredite la representación de quien suscribe la oferta.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
c)	Declaración jurada de acuerdo con el literal b) del artículo 52 del Reglamento. (Anexo N°2)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
d)	Declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas contenidas en el numeral 3.1 del capítulo III de la presente sección. (Anexo N°3)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
e)	Muestra y análisis emitido por fabricante.	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA	NO CUMPLE Presentó muestra FUERA DE HORARIO	CUMPLE Presentó muestra	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA
f)	Declaración jurada de plazo de entrega. (Anexo N°4)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
g)	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 obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones (Anexo N°5)	NO APLICA	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	NO APLICA
h)	El precio de la oferta en SOLES. Adjuntar obligatoriamente el Anexo N°6	CUMPLE 2'050,100.00	CUMPLE 2'108,200.00	CUMPLE 2'249,300.00	CUMPLE 2'119,820.00	CUMPLE 1'792,800.00
	fichas técnicas o documentos técnicos similares para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
	ESTADO	NO ADMITIDA	NO ADMITIDA	ADMITIDA	NO ADMITIDA	NO ADMITIDA

Sin embargo, en dicha acta se admite y evalúa [se asigna orden de prelación] e incluso se descalifica la oferta del **Consortio Cajamarca**, conforme es de preciarse de la siguiente imagen:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Acto seguido y en cumplimiento al artículo Nro. 70 del reglamento de la Ley de Contrataciones del estado se procede a evaluar las ofertas de los postores admitidos.

	FACTORES DE EVALUACIÓN	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO SAN MARTIN
A)	PRECIO 75 puntos	S/ 2' 108,200.00 = 75.00 PTS	S/ 2' 249,300.00 = 70.30 PTS
B)	PLAZO DE ENTREGA 10 puntos	50 DC = 10 PTS	60 DC = 10 PTS
C)	MEJORAS 15 puntos	ISO 9001, 14001, 45001 = 15 PTS	ISO 9001, 14001, 45001 = 15 PTS
	RESULTADO	100 PTS	95.30 PTS
	ORDEN DE PRELACIÓN	PRIMER LUGAR	SEGUNDO LUGAR

Acto seguido se procederá a calificar las ofertas de los postores evaluados que obtuvieron el primer y segundo lugar según orden de prelación¹;

3.2	REQUISITOS DE CALIFICACIÓN	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO SAN MARTIN
B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/ 2 500 000.00 (Dos millones quinientos mil con 00/100 soles), por la venta de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda. Se consideran bienes similares a los siguientes: <i>Venta de geomembrana de polietileno de alta densidad (HDPE), venta de geomembrana de polietileno de baja densidad (LDPE) y/o productos elaborados de polietileno en general.</i> Acreditación: La experiencia del postor en la especialidad se acreditará con copia simple de (i) contratos u órdenes de compra, y su respectiva conformidad o constancia de prestación, o (ii) comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente con voucher de depósito, nota de abono, reporte de estado de cuenta, cualquier otro documento emitido por Entidad del sistema financiero que acredite el abono o mediante cancelación en el mismo comprobante de pago, correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.	No cumple El postor acredita experiencia por el importe de S/ 2,152,900.80 a razón que la conformidad de la empresa CORPORACIÓN Y SERVICIOS GENERALES TRUJILLO SAC no se encuentra dentro de los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago.	Cumple Acredita S/ 2,576,868.50 de experiencia
		DESCALIFICADA	CALIFICADA

En ese sentido, sírvase **precisar por qué existen dos cuadros con resultados distintos**, por un lado, declara la no admisión de la oferta del **Consortio Cajamarca** y, por otro lado, lo admite, evalúa e incluso se fija un orden de prelación.

- De otro lado, sírvase **precisar** si publicó en el SEACE el acta de evaluación de muestras.
- Por otro lado, sírvase **señalar** si las bases del procedimiento de selección fueron elaboradas teniendo en cuenta las bases estandarizadas vigentes que corresponden a dicho procedimiento.
(...)"

10. El 15 de diciembre de 2022, se llevó a cabo la audiencia pública contando con la participación de los representantes del Impugnante y del Consortio Adjudicatario, dejándose constancia que la Entidad no se presentó a dicha audiencia.

11. Mediante Escrito N° 2 presentado el 19 de diciembre de 2022 en la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Consortio Adjudicatario remitió alegatos adicionales para mejor resolver, cuyos argumentos son los que se exponen:

Tribunal de Contrataciones del Estado

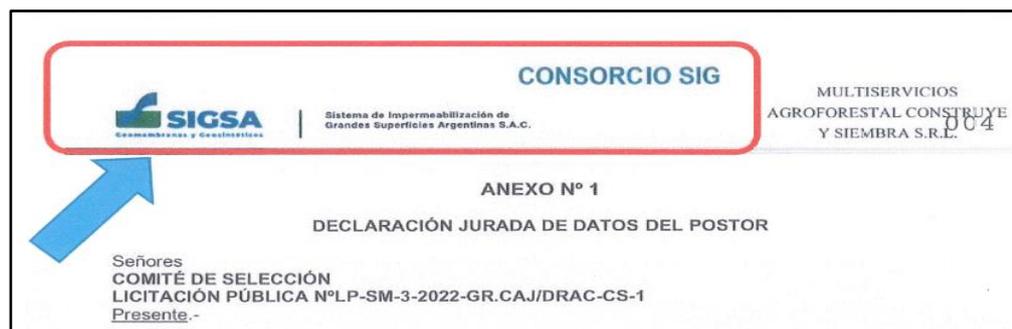
Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

- El Impugnante y el Consorcio SIG (integrado por la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C.), fueron postores del procedimiento de selección, siendo que el señor Luis Felipe Zanelli Martínez, gerente general de la citada empresa conforme se advierte de la Partida Electrónica N° 11889203 de la Oficina Registral de Lima, ejerce el control efectivo del Impugnante al registrar el mismo domicilio legal que aquél.
- Otro hecho que permite evidenciar la presencia de grupo económico es que el archivo PDF del recurso de apelación tiene el nombre de la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. [SIGSA], integrante del Consorcio SIG, conforme se verifica de la siguiente imagen:

DATOS DEL TRÁMITE SOLICITADO	
Trámite o Servicio	RECURSO DE APELACIÓN/REVISIÓN - TCE
Sede	LIMA
Subsanación	NO
Expedient TCE	NO

ANEXOS	
N° Folios	26
SIGSA APELACION.pdf (Documento principal)	

- En ese sentido, la documentación antes señalada demuestra que la decisión de formular el recurso de apelación fue de la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C.), y no del Impugnante, pues de otra forma no se explica por qué el archivo PDF del recurso de apelación tiene el nombre de esta empresa. Al respecto, se grafica las imágenes correspondientes donde se aprecia que la sigla SIGSA le corresponde a la empresa mencionada:



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

CONSORCIO SIG

MULTISERVICIOS AGROFORESTAL CONSTRUYE Y SIEMBRA S.R.L.

SIGSA | Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C.

ANEXO N° 2
DECLARACIÓN JURADA
(ART. 52 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO)

Señores
COMITÉ DE SELECCIÓN
LICITACIÓN PÚBLICA N° LP-SM-3-2022-GR.CAJ/DRAC-CS-1
Presente.-

- Lo antes expuesto demuestra la subordinación del Impugnante con respecto a la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C.
- En esa misma línea de ideas, la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. y el Impugnante forman una unidad de decisión, pues en los Anexos 1 Declaración jurada de datos del postor presentados al procedimiento de selección, aquellos consignaron el mismo número de celular, esto es, 993509807, conforme se aprecia de las gráficas:

ANEXO N° 1
DECLARACIÓN JURADA DE DATOS DEL POSTOR

Señores
COMITÉ DE SELECCIÓN
LICITACIÓN PÚBLICA N° LP-SM-3-2022-GR.CAJ/DRAC-CS-1
Presente.-

El que se suscribe, **GIAN FRANCO ZANELLI ARANA**, Representante Legal de **SERVICIOS INGENIERÍA GEOSINTÉTICOS E.I.R.L.**, identificado con DNI N° 76380274, con poder inscrito en la localidad de LIMA en la Ficha N° 13810218 Asiento N° C00002, **DECLARO BAJO JURAMENTO** que la siguiente información se sujeta a la verdad:

Nombre, Denominación o Razón Social : SERVICIOS INGENIERÍA GEOSINTÉTICOS E.I.R.L.			
Domicilio Legal: AV.ALAMEDA LA ENCANTADA NRO. 264 INT. 101 URB. LA ENCANTADA DE VILLA LIMA - LIMA - CHORRILLOS			
RUC : 20601869846	Teléfono(s) :	955326669	993509807
MYPE		Si	No
Correo electrónico: oficinatecnica@singeo.com.pe gianfrancozanelli@singeo.com.pe			

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

CONSORCIO SIG
MULTISERVICIOS AGROFORESTAL CONSTRUYE Y SIEMBRA S.R.L.

SIGSA | Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C.

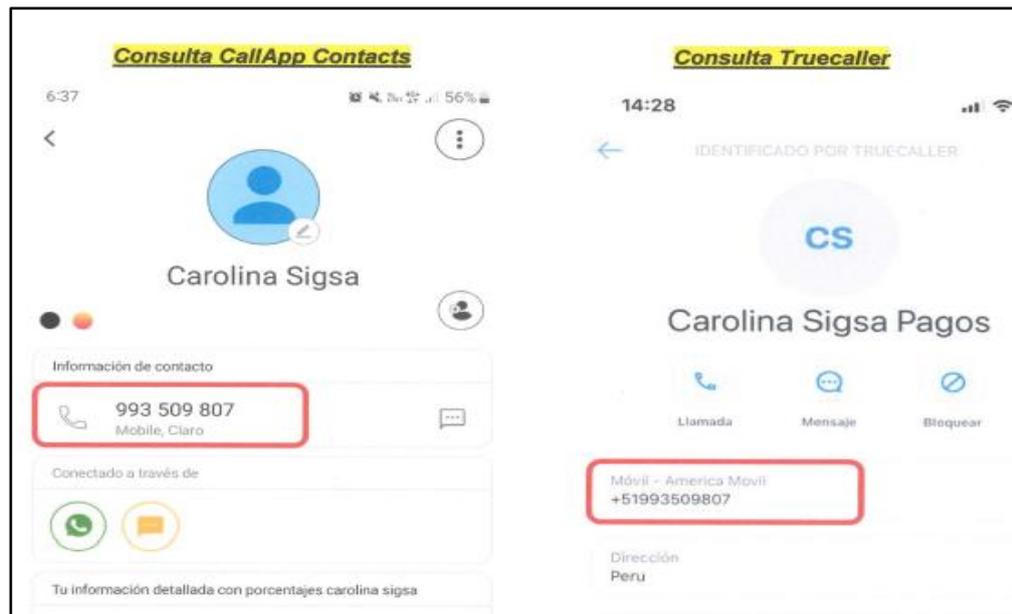
ANEXO N° 1
DECLARACIÓN JURADA DE DATOS DEL POSTOR

Señores
COMITÉ DE SELECCIÓN
LICITACIÓN PÚBLICA N°LP-SM-3-2022-GR.CAJ/DRAC-CS-1
Presente -

El que se suscribe, **LUIS FELIPE ZANELLI MARTÍNEZ**, representante común del **CONSORCIO SIG**, identificado con **DNI N° 09933198**, **DECLARO BAJO JURAMENTO** que la siguiente información se sujeta a la verdad:

Datos del consorciado 1			
Nombre, Denominación o Razón Social: SISTEMA DE IMPERMEABILIZACIÓN DE GRANDES SUPERFICIES ARGENTINAS S.A.C.			
Domicilio Legal: AV. ALFREDO BENAVIDES N° 1180, OFICINA 901, MIRAFLORES, LIMA - PERÚ			
RUC: 20513261056	Teléfono(s) :	993 509810	993 509807
Correo electrónico: lzanel@sigsa.com.pe / carolinaespinoza@sigsa.com.pe			

- De acuerdo con el aplicativo *CallApp* Contacts y/o *Truecaller* se verifica que el número 993509807 le pertenece a una persona de nombre Carolina que es de la empresa SIGSA; a saber:



- Sobre ello, en la Opinión N° 91-2021/DTN, la Dirección Técnico Normativo del

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

OSCE, estableció que, para que exista control respecto a otras personas naturales o jurídicas debe existir la confluencia entre directivos, representantes legales, así como la relación de parentesco entre titulares, propietarios, directivos o miembros con poder de decisión. Lo cual, en el presente caso, se encuentra acreditado dado que el Impugnante y la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. forman parte de un mismo grupo económico.

- Por otro lado, indica que, en la Licitación Pública SM-30-2021-MML-GA-SLC convocada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, el Impugnante y la empresa Zane Construcción S.A.C. [cuyo gerente fue el señor Luis Felipe Zanelli], formaron parte del Consorcio San Francisco.
 - Agrega que, los señores Gianfranco Zanelli Arana [hijo] y Luis Felipe Zanelli Martínez [padre], son integrantes del órgano de administración de la empresa Zane Construcción S.A.C., en calidad de apoderado y gerente general, respectivamente; por tanto, con este hecho se demuestra que el Impugnante pertenece a un grupo económico.
12. Con Decreto del 20 de diciembre de 2022, se solicitó al Impugnante, al Consorcio Adjudicatario y a la Entidad, pronunciarse respecto a posibles vicios de nulidad en el procedimiento de selección, en los siguientes términos:

A LA ENTIDAD [DIRECCIÓN REGIONAL DE AGRICULTURA - GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA], AL IMPUGNANTE [SERVICIOS INGENIERIA GEOSINTETICOS E.I.R.L.] Y AL ADJUDICATARIO [CONSORCIO SAN MARTIN]:

De la revisión a los documentos que obran en el SEACE, se advierte que existirían posibles vicios de nulidad en los siguientes extremos:

1. De acuerdo con el literal e) del numeral 2.2 del Capítulo II de la sección específica de las bases integradas del procedimiento de selección, se requirió a los postores la presentación de “muestras” de los bienes ofertados. Dicho requerimiento se formuló de la siguiente manera:

“e) Muestra:

*El postor deberá presentar una muestra del bien solicitado para verificar que el producto a entregar cumpla con todos los requerimientos mínimos establecidos por el área usuaria. De la misma manera, la muestra debe estar acompañada de su análisis emitido por el fabricante. **La recepción de***

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

las muestras será la misma fecha de presentación de ofertas en el horario de 08:00 am a 1:00 pm en la dirección regional de agricultura sito en carretera baños del Inca km 3.5. De otro lado, la muestra deberá ser de las siguientes dimensiones 12 cm x 12 cm.
(...)"

[El énfasis es agregado]

Conforme a lo anterior, la Entidad estableció que las muestras debían ser presentadas por los postores en la misma fecha de la presentación de ofertas y en el horario comprendido entre las **08: 00 a. m. hasta la 1:00 p. m.**

Respecto a lo anterior, en las bases estándar aplicable a la Licitación Pública para la contratación de suministro de bienes [folio 16], se indicó lo siguiente:

"(...)
Cuando excepcionalmente la Entidad requiera la presentación de muestras, deberá precisar lo siguiente: (i) los aspectos de las características y/o requisitos funcionales que serán verificados mediante la presentación de la muestra; (ii) la metodología que se utilizará; (iii) los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales que la Entidad ha considerado pertinente verificar; (iv) el número de muestras solicitadas por cada producto; (v) el órgano que se encargará de realizar la evaluación de dichas muestras; y (vi) dirección, lugar exacto y **horario para la presentación de muestras.**
(...)"

Asimismo, con relación al horario, en el pie de página del folio 16, se dispuso que "Las muestras se presentan el mismo día programado en el calendario para la presentación de ofertas. **Al consignar el horario debe tenerse en cuenta que el horario de atención no podrá ser menor a 8 (ocho) horas**". [El énfasis es agregado]

En ese sentido, de la revisión de las bases integradas del procedimiento de selección, se aprecia que la Entidad no habría seguido adecuadamente las disposiciones previstas en las bases estándar aplicables, pues contrariamente a lo establecido en ésta, **estableció un horario menor a las ocho (8) horas para la presentación de la muestra**, en este caso, cinco (5) horas.

Siendo así, la situación expuesta, revelaría que las bases integradas contravendrían las bases estándar aplicables; lo cual, implicaría una contravención al numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, donde se indica que el comité de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado.

- Por otro lado, de la revisión de la ficha del SEACE correspondiente al procedimiento de selección, se advierte que el **3 de noviembre de 2022**, se publicó el “Acta de apertura de propuesta para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, donde se señaló que la oferta del **Consortio Cajamarca** no fue admitida; según se aprecia de la gráfica:

	DOCUMENTOS PARA LA ADMISIÓN DE LAS OFERTAS	SERVICIOS INGENIERIA GEOSINTETICOS E.I.R.L.	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO SAN MARTIN	CONSORCIO SIG	PROMAINGSA SAC
a)	Declaración Jurada de datos del postor. (Anexo N°1)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
b)	Documento que acredite la representación de quien suscribe la oferta.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
c)	Declaración jurada de acuerdo con el literal b) del artículo 52 del Reglamento. (Anexo N°2)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
d)	Declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas contenidas en el numeral 3.1 del capítulo III de la presente sección. (Anexo N°3)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
e)	Muestra y análisis emitido por fabricante.	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA	NO CUMPLE Presentó muestra FUERA DE HORARIO	CUMPLE Presentó muestra	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA

f)	Declaración jurada de plazo de entrega. (Anexo N°4)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
g)	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 obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones (Anexo N°5)	NO APLICA	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	NO APLICA
h)	El precio de la oferta en SOLES. Adjuntar obligatoriamente el Anexo N°6	CUMPLE 2'050,100.00	CUMPLE 2'108,200.00	CUMPLE 2'249,300.00	CUMPLE 2'119,820.00	CUMPLE 1'792,800.00
	fichas técnicas o documentos técnicos similares para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
	ESTADO	NO ADMITIDA	NO ADMITIDA	ADMITIDA	NO ADMITIDA	NO ADMITIDA

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Sin embargo, en dicha acta se admite y evalúa [se asigna orden de prelación] e incluso se descalifica la oferta del **Consortio Cajamarca**, conforme es de preciarse de la siguiente imagen:

Acto seguido y en cumplimiento al artículo Nro. 70 del reglamento de la Ley de Contrataciones del estado se procede a evaluar las ofertas de los postores admitidos.

	FACTORES DE EVALUACIÓN	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO SAN MARTIN
A)	PRECIO 75 puntos	S/ 2' 108,200.00 – 75.00 PTS	S/ 2' 249,300.00 – 70.30 PTS
B)	PLAZO DE ENTREGA 10 puntos	50 DC = 10 PTS	60 DC = 10 PTS
C)	MEJORAS 15 puntos	ISO 9001, 14001, 45001 = 15 PTS	ISO 9001, 14001, 45001 = 15 PTS
	RESULTADO	100 PTS	95.30 PTS
	ORDEN DE PRELACIÓN	PRIMER LUGAR	SEGUNDO LUGAR

Acto seguido se procederá a calificar las ofertas de los postores evaluados que obtuvieron el primer y segundo lugar según orden de prelación¹:

3.2	REQUISITOS DE CALIFICACIÓN	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO SAN MARTIN
B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD		
	<p>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/ 2 500 000.00 (Dos millones quinientos mil con 00/100 soles), por la venta de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda.</p> <p>Se consideran bienes similares a los siguientes: <u>Venta de geomembrana de polietileno de alta densidad (HDPE), venta de geomembrana de polietileno de baja densidad (LDPE) y/o productos elaborados de polietileno en general.</u></p> <p><u>Acreditación:</u></p> <p>La experiencia del postor en la especialidad se acreditará con copia simple de (i) contratos u órdenes de compra, y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o (ii) comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente con voucher de depósito, nota de abono, reporte de estado de cuenta, cualquier otro documento emitido por Entidad del sistema financiero que acredite el abono o mediante cancelación en el mismo comprobante de pago, correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.</p>	<p>No cumple</p> <p>El postor acredita experiencia por el importe de S/ 2,152,900.80 a razón que la conformidad de la empresa CORPORACIÓN Y SERVICIOS GENERALES TRUJILLO SAC no se encuentra dentro de los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago.</p>	<p>Cumple</p> <p>Acredita S/ 2,576,868.50 de experiencia</p>
		DESCALIFICADA	CALIFICADA

De lo anterior, se aprecia que el comité de selección decidió no admitir la oferta del Consortio Cajamarca, bajo el argumento que no presentó dentro del horario establecido la muestra y análisis emitido por el fabricante y, pese a ello, después, evaluó la oferta de aquél, fijo un orden de prelación, y finalmente lo descalificó por no cumplir con la experiencia del postor en la especialidad.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

En ese contexto, lo antes señalado, revelaría que el comité de selección alteró el desarrollo del procedimiento de selección, al haber evaluado y calificado una oferta que no fue admitida, lo cual contravendría el principio de transparencia y el numeral 73.2. del artículo 73 del Reglamento, establece que, para la admisión de las ofertas, el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en los literales a), b), c), e) y f) del artículo 52 y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas especificadas en las bases. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida.

3. De otro lado, de la revisión del SEACE se aprecia que no se encuentra publicado el acta de evaluación de muestra, lo cual contravendría el principio de publicidad y el artículo 66 del Reglamento, el cual dispone 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.

(...)”

13. A través del Decreto del 20 de diciembre de 2022, se dejó a consideración de la Sala los alegatos adicionales [Escrito N° 2] remitido por el Consorcio Adjudicatario.
14. Mediante Escrito N° 2 presentado el 28 de diciembre de 2022 en la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Consorcio Adjudicatario se pronunció sobre los presuntos vicios de nulidad, en el siguiente sentido:
 - Al margen de lo estipulado en las bases integradas del procedimiento de selección, lo cierto es que, en aplicación del principio de verdad material, la Entidad recibió las muestras de los postores en el horario de ocho (8) horas, prueba de ello es la recepción de la muestra presentada por el Consorcio Cajamarca.

Sin embargo, en el caso del Impugnante se aprecia que éste no presentó la muestra en el horario previsto en las bases, ello conforme fue admitido por aquél en la audiencia pública llevada a cabo el 15 de diciembre de 2022

 - En ese sentido, lo advertido por el Tribunal no constituye un vicio de nulidad, sino un acto pasible de conservación.
15. Con Decreto del 28 de diciembre de 2022, se declaró el expediente listo para resolver.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

16. A través del Informe Legal N° 17-2022-GR.CAJ-DRAC/OAJ presentado el 29 de diciembre de 2022 en la Mesa de Partes Digital del Tribunal, la Entidad remitió el Informe N° 137-2022-GR-CAJ-DRAC/OAD-LOG del 20 del mismo mes y año, mediante el cual se pronunció sobre los posibles vicios de nulidad, conforme a los argumentos que se detallan:

- *“Respecto a la muestra del postor CONSORCIO CAJAMARCA, que según acta de evaluación de fecha 27 de octubre de 2022, efectivamente no se habría presentado dentro del horario establecido en la Bases Integradas del procedimiento de selección, sin embargo, este colegiado procedió a evaluar y calificar la oferta del postor CONSORCIO CAJAMARCA, dado que su muestra sí fue presentada.*

Sin bien es cierto existe error material al consignar la admisibilidad de la oferta del Consorcio Cajamarca, cuando debió ser NO ADMITIDA (error de plantilla que se digita), lo cierto es que ello generó la continuidad en la evaluación y calificación, conforme se puede apreciar en el cuadro señalado por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Que si tenemos en cuenta a la no admisibilidad y no haber cumplido los requisitos de calificación, conllevando al mismo resultado, vale decir a la DESCALIFICACIÓN de la oferta, por lo que en este sentido consideramos y asumimos nuestro error involuntario, sin embargo, consideramos que se obtendría el mismo resultado, por lo que estando a la necesidad del área usuaria, consideramos válido la conservación del acto administrativo de la buena pro (...). (Sic)

- El hecho de haberse evaluado la oferta del Consorcio Cajamarca no ha vulnerado ningún derecho de aquél ni de los demás postores.
- Por otra parte, remitió la Carta N° 018-22-FQAPERÚ-SAC del 2 de noviembre de 2022, que contiene el análisis físico de ensayo de calidad de una muestra; precisando que en mérito de este documento y conforme a sus atribuciones el comité de selección otorgó la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Adjudicatario.
- Finalmente, señala que, si bien las disposiciones de las bases integradas del procedimiento de selección difieren con las contenidas en las bases estándar aplicables al presente caso, no vulnera los derechos de los postores, ya que

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

ello solo es una cuestión de forma y no de fondo.

17. Mediante Decreto del 29 de diciembre de 2022, se dejó a consideración de la Sala la absolución del traslado de nulidad remitida por el Consorcio Adjudicatario.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante en el marco de la Licitación Pública N° 03-2022-GR.CAJ/DRAC-CS – (Primera Convocatoria), convocado estando en vigencia la Ley y el Reglamento; por tanto, tales normas son 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, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.
2. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia enumeradas en el artículo 123 del Reglamento, a fin de determinar si el recurso interpuesto es procedente.

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

3. El numeral 117.1 del artículo 117 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado sea superior a cincuenta (50) UIT y cuando se trate de procedimientos para

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. También dispone que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor estimado total del procedimiento original determina ante quien se presenta el recurso de apelación. Asimismo, con independencia del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección, según corresponda, la declaración de nulidad de oficio o la cancelación del procedimiento se impugnan ante el Tribunal.

Bajo tal premisa normativa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto de una licitación pública, cuyo valor estimado asciende a 2'257,600.00 (dos millones doscientos cincuenta y siete mil seiscientos con 00/100 soles), este Tribunal es competente para conocerlo.

b) Sea 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 recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y contra las bases integradas del procedimiento de selección solicitando la nulidad de la misma.

Al respecto, el Consorcio Adjudicatario solicitó se declare improcedente el recurso de apelación, bajo el argumento que el cuestionamiento contra los documentos del procedimiento de selección y/o su integración son actos no impugnables.

Siendo así, corresponde amparar lo solicitado por el Consorcio Adjudicatario, toda vez que los documentos del procedimiento de selección y/o su integración no resultan impugnables, conforme a lo establecido en el numeral c) del artículo 118 del Reglamento; en consecuencia, este extremo de la nulidad formulada por el Impugnante corresponde ser declarado improcedente.

Por otro lado, y en la medida que la apelación formulada contra la no admisión de la oferta, no se encuentra comprendido en la lista de actos inimpugnables, se advierte que este extremo del recurso no está inmerso en esta causal de improcedencia.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

c) *Sea interpuesto fuera del plazo.*

5. El numeral 119.1 del artículo 119 del 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, el numeral 119.2 del artículo 119 del Reglamento establece que la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación.

En concordancia con ello, el numeral 76.3 del artículo 76 del mismo cuerpo normativo establece que, definida la oferta ganadora, el comité de selección otorga 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, aun cuando ésta pueda haberse efectuado en acto público.

En ese sentido, de la revisión del SEACE se aprecia que el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección fue notificado el 3 de noviembre de 2022; por tanto, en aplicación de lo dispuesto en los precitados artículos y el citado Acuerdo de Sala Plena, el Impugnante contaba con un plazo de ocho (8) días hábiles para interponer recurso de apelación, esto es, hasta el 15 de ese mismo año.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2022, debidamente subsanado el 17 de ese mismo mes y año, el Impugnante interpuso su recurso de apelación; por consiguiente, se verifica que éste ha sido interpuesto dentro del plazo estipulado en la normativa vigente.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

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

6. De la revisión del recurso de apelación interpuesto, se aprecia que aparece suscrito por el representante legal del Impugnante, el señor Gian Franco Zanelli Arma.

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

De acuerdo con los documentos que obran en el expediente administrativo, se advierte que el Consorcio Adjudicatario ha puesto en conocimiento de este Tribunal que el Impugnante [empresa Servicios Ingeniería Geosintéticos E.I.R.L.] se encontraría inmerso en la causal de impedimento prevista en el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, al formar parte de un grupo económico conjuntamente con la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. (integrante del Consorcio SIG).

En ese contexto, a efectos de proseguir con la revisión de la procedencia del medio impugnativo, corresponde en este extremo, determinar si el Impugnante estaba o no impedido para ser participante, postor y/o contratista al momento de participar en el procedimiento de selección.

7. Al respecto, el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, establece lo siguiente:

“(…)

Artículo 11.- Impedimento

*11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, **están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, las siguientes personas:***

(…)

*p) En un mismo procedimiento de selección las personas naturales o jurídicas **que pertenezcan a un mismo grupo económico, conforme se define en el reglamento.***

(…)”

[El énfasis es agregado]

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

8. A efectos de establecer la definición de “grupo económico”, es preciso remitirnos al Anexo N° 1 – “Definiciones” del Reglamento, según el cual:

“Grupo económico: Es el conjunto de personas, naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos (2) de ellas, donde alguna ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión”.

[El resaltado es agregado]

Asimismo, el referido Anexo define el “control”, como “la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, la junta de accionistas o socios, u otros órganos de decisión de una persona jurídica”.

En ese sentido, el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas las personas naturales o jurídicas que participen en un mismo procedimiento de selección y formen parte del mismo grupo económico; siendo que, para considerar la existencia del grupo económico, se requerirá identificar la existencia de dos (2) o un grupo de personas, sean naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, **donde alguna de aquellas ejerza el control sobre la o las otras, o cuando el control corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión.**

9. A mayor abundamiento, cabe traer a colación lo mencionado por la Dirección Técnico Normativa del OSCE en la Opinión 082-2019/DTN:

(...)

2.1.2. En coherencia con lo anterior, debe indicarse que entre los impedimentos previstos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en virtud del literal p) están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, “En un mismo procedimiento de selección, las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, conforme se define en el reglamento”.

(...)

En relación con lo anterior, el artículo 7 del referido Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico señala que: “Grupo Económico es el conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

*control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como **unidad de decisión**. Las personas naturales no forman parte del grupo económico.” (...)” (Resaltado agregado).*

Asimismo, en la Opinión N° 117-2019-DTN, se señaló que:

“(…)

*De la disposición citada se puede apreciar que dos o más personas se encontrarán impedidas de ser participantes, postoras, contratistas o subcontratistas en un mismo procedimiento de selección, cuando una de estas ejerza el control sobre las otras o cuando el control corresponda a una o varias personas naturales que actúan como **unidad de decisión**.” (Resaltado agregado).*

Al respecto, de dichas opiniones resulta pertinente resaltar que para la aplicación del impedimento en cuestión se requiere la identificación del control ejercido por una persona natural o jurídica sobre otra u otras, o cuando dicho control corresponda a una o varias personas naturales que actúan como **unidad de decisión**.

10. Dicho lo anterior, cabe señalar que de la revisión al listado de participantes del procedimiento de selección se verifica que fueron veinticinco (25) los proveedores que se registraron como participantes del mismo:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Nro.	Tipo proveedor	RUC/Código	Nombre o Razón Social	Fecha de registro en el procedimiento	Estado
1	Proveedor con RUC	10413111680	TUESTA RENGIFO RODOLFO WINSTON	22/09/2022	Válido
2	Proveedor con RUC	20101391397	COMERCIAL INDUSTRIAL DELTA S A CIDELSA	26/09/2022	Válido
3	Proveedor con RUC	20421367605	ORBES AGRICOLA S.A.C	16/09/2022	Válido
4	Proveedor con RUC	20440318763	LOS ANDENES EXPORT IMPORT S.R.L.	21/09/2022	Válido
5	Proveedor con RUC	20448822304	INTERNATIONAL LOGISTIC GROUP PERU S.A.C.	10/10/2022	Válido
6	Proveedor con RUC	20479958689	DISTRIBUIDORA COMERCIAL BUSTAMANTE SRL	03/10/2022	Válido
7	Proveedor con RUC	20494442141	A & C CONSULTORES Y MULTISERVICIOS S.A.C.	15/09/2022	Válido
8	Proveedor con RUC	20513261056	SISTEMA DE IMPERMEABILIZACION DE GRANDES SUPERFICIES ARGENTINAS SOCIEDAD ANONIMA CERRADA	14/09/2022	Válido
9	Proveedor con RUC	20539765061	POLYFLEX GROUP S.A.C.	13/09/2022	Válido
10	Proveedor con RUC	20554158545	INNOVA CONTRATISTAS Y CONSULTORES SOCIEDAD ANONIMA CERRADA	15/09/2022	Válido

Nro.	Tipo proveedor	RUC/Código	Nombre o Razón Social	Fecha de registro en el procedimiento	Estado
11	Proveedor con RUC	20600064020	SANTO DOMINGO BG S.A.C	15/09/2022	Válido
12	Proveedor con RUC	20600616235	PROMAINGSA S.A.C.	16/09/2022	Válido
13	Proveedor con RUC	20600664612	O & B INGENIEROS CONSULTORES S.A.C.	22/09/2022	Válido
14	Proveedor con RUC	20601548021	INVERSIONES, MATERIALES Y SOLUCIONES SOCIEDAD ANONIMA CERRADA - IMASOL S.A.C.	26/09/2022	Válido
15	Proveedor con RUC	20601636931	GRUPO GEOTEC S.A.C.	14/10/2022	Válido
16	Proveedor con RUC	20601723787	R.H. GLOBAL TRADE E.I.R.L.	20/10/2022	Válido
17	Proveedor con RUC	20601869846	SERVICIOS INGENIERIA GEOSINTETICOS E.I.R.L.	14/09/2022	Válido
18	Proveedor con RUC	20602324380	HACHT CONSULTORES Y CONSTRUCTORES S.A.C.	13/09/2022	Válido
19	Proveedor con RUC	20602818269	PLANV PUBLICIDAD Y SERVICIOS S.A.C.	21/09/2022	Válido
20	Proveedor con RUC	20603284667	COB & L SERVICIOS GENERALES S.R.L.	15/09/2022	Válido

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Del mismo modo, es de apreciarse que fueron cinco (5) los postores que presentaron sus respectivas ofertas al procedimiento de selección; a saber:

Nro.	RUC/Código	Nombre o Razón Social	Fecha de registro	Hora de registro	Usuario de registro	Fecha de presentación	Hora de presentación	Estado de la propuesta	Estado
1	20601869846	SERVICIOS INGENIERIA GEOSINTETICOS E.I.R.L.	26/10/2022	19:26:49	20601869846	26/10/2022	19:29:16	Enviado	Valido
2	20513261056	CONSORCIO SIG	26/10/2022	19:31:22	20513261056	26/10/2022	19:34:42	Enviado	Valido
3	20600616235	PROMAINGSA S.A.C.	26/10/2022	23:24:00	20600616235	26/10/2022	23:24:22	Enviado	Valido
4	20440318763	CONSORCIO CAJAMARCA	26/10/2022	16:29:30	20440318763	26/10/2022	18:10:14	Enviado	Valido
5	10413111680	CONSORCIO SAN MARTIN	26/10/2022	17:42:54	10413111680	26/10/2022	17:44:35	Enviado	Valido

5 registros encontrados, mostrando 5 registro(s), de 1 a 5. Página 1 / 1.

Integrantes del consorcio

Nro.	Tipo proveedor	RUC/Código	Nombre o Razón Social	Registro RNP	% Participación	Pais Origen	MYPE	Et	pt
1		20513261056	SISTEMA DE IMPERMEABILIZACION DE GRANDES SUPERFICIES ARGENTINAS SOCIEDAD ANONIMA CERRADA	Proveedor de Bienes	50	PERU			
2		20601589002	MULTISERVICIOS AGROFORESTAL,CONSTRUYE Y SIEMBRA S.R.L.	Proveedor de Bienes	50	PERU			

11. De la información vertida anteriormente, es posible sostener que la empresa Servicios Ingeniería Geosintéticos E.I.R.L. [El Impugnante] y la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C., se inscribieron como participantes en el procedimiento de selección, así como también presentaron sus respectivas ofertas, siendo que esta última empresa lo hizo a través de Consorcio SIG [conformado por esta empresa y la empresa Multiservicios Agroforestal Construye y Siembra S.R.L.]
12. Estando a lo anterior, corresponderá determinar si las empresas Servicios Ingeniería Geosintéticos E.I.R.L. [El Impugnante] y Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C., conforman un grupo económico, para lo cual, debe recordarse que: i) una de ellas ejerce el control sobre la otra, o ii) que el control de dichas personas jurídicas reside en una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión; por lo que, resulta relevante verificar la información de dichas personas jurídicas, a efectos de determinar si las personas que ostentan la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, de la junta general de accionistas o de sus socios, u otros órganos de decisión, coinciden entre ellas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

13. Al respecto, es importante señalar que el artículo 36 del Decreto Ley N° 21621 - Ley que norma la empresa individual de responsabilidad limitada, señala que los órganos de la empresa son el Titular y la Gerencia; siendo el primero de ellos "*el órgano máximo de la Empresa y tiene a su cargo la decisión sobre los bienes y actividades de ésta*"; en tanto que la segunda es "*el órgano máximo de la Empresa y tiene a su cargo la decisión sobre los bienes y actividades de ésta*", conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de dicha norma. En ese sentido, ambos órganos califican como "órganos de decisión".

Siendo así, y en la medida que el Impugnante es una empresa individual de responsabilidad limitada, de la consulta al Servicio de Publicidad Registral en Línea de la SUNARP, se aprecia que en la Partida Electrónica N° 13810218, correspondiente a éste, figura como titular-gerente el señor Zanelli Arana Gian Franco.

14. Por otro lado, debe tener en cuenta que, la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, en su Sección Cuarta del Libro Segundo regula los órganos de la sociedad anónima, entre los cuales se encuentran la Junta General de Accionistas, el Directorio y la Gerencia; asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 247 de dicha Ley, el pacto social o el estatuto pueden establecer que la sociedad anónima cerrada no tenga directorio; en ese caso, sus funciones serán asumidas por el gerente general.

Conforme a ello, de la consulta al Servicio de Publicidad Registral en Línea de la SUNARP, correspondiente a la Partida Electrónica 11889203 de la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C., se aprecia que el señor Zanelli Martínez Luis Felipe figura como gerente general de esta empresa.

15. Estando a lo antes expuesto, y teniendo en cuenta los documentos obrantes en el expediente administrativo, es importante detallar la información comparada de los proveedores cuestionados; a saber:

DESCRIPCIÓN	SERVICIOS INGENIERÍA GEOSINTETICOS E.I.R.L. [EL IMPUGNANTE]	SISTEMA DE IMPERMEABILIZACIÓN DE GRANDES SUPERFICIES ARGENTINAS S.A.C.
REPRESENTANTE LEGAL/Gerente General	ZANELLI ARANA GIAN FRANCO [TITULAR - GERENTE]	ZANELLI MARTÍNEZ LUIS FELIPE

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

SOCIOS	ZANELLI ARANA GIAN FRANCO	-ZANELLI MARTÍNEZ LUIS FELIPE [49.00 %] -TEGEIRO FERNANDO LUIS [51.00 %]
DIRECCIÓN REGISTRADA EN EL RNP	AV. ALAMEDA LA ENCANTADA NRO. 264 INT. 101 URB. LA ENCANTADA DE VILLA LIMA - LIMA - CHORRILLOS	AVENIDA ALFREDO BENAVIDES 1180 901 /LIMA-LIMA-MIRAFLORES
DOMICILIO FISCAL SEGÚN SUNAT	AV. ALAMEDA LA ENCANTADA NRO. 264 INT. 101 URB. LA ENCANTADA DE VILLA LIMA - LIMA - CHORRILLOS	AV. JOSE ANTONIO LAVALLE MZA. K LOTE. 07-A URB. SAN JUAN BAUTISTA DE VILLA LIMA - LIMA - CHORRILLOS
OBJETO SOCIAL	DEDICARSE A LA INSTALACIÓN DE GEOSINTETICOS COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS TÉCNICOS PARA LA ACTIVIDAD DE LA INGENIERÍA, MINERÍA, PETROLERA, SANITARIA (...).	DEDICARSE A LA INSTALACIÓN DE GEOSINTETICOS COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS TÉCNICOS PARA LA ACTIVIDAD DE LA INGENIERÍA, MINERÍA, PETROLERA, SANITARIA (...).

16. Cabe agregar que, según la consulta al Servicio en Línea del Registro de Identificación y Estado Civil – RENIEC, el señor Zanelli Arana Gian Franco [gerente general del Impugnante], es hijo del señor Zanelli Martínez Luis Felipe; por tanto, se aprecia que entre aquellos existe un vínculo de parentesco en primer grado de consanguinidad.

Además, de la revisión de las fichas RENIEC, ambas personas registran el mismo domicilio sito en “Av. Alameda la Encantada Nro. 264 Int. 101 Urb. la Encantada de Villa Lima - Lima – Chorrillos”.

17. En ese sentido, y según la información detallada, corresponde señalar que las empresas Servicios Ingeniería Geosintéticos E.I.R.L. [El Impugnante] y Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C., **no comparten representante legal, accionistas, ni integrantes del órgano de administración.**

Asimismo, si bien los señores Zanelli Arana Gian Franco y Zanelli Martínez Luis Felipe son parientes en primer grado de consanguinidad y registran el mismo domicilio [domicilio que también registra el Impugnante], y además, que los proveedores cuestionados tienen el mismo objeto social, debe precisarse que, estos hechos no son elementos suficientes para sostener la existencia de un grupo económico, dado que no se evidencia que el señor Zanelli Arana Gian Franco sea accionista o gerente general en la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C., o que el señor señor Zanelli Martínez Luis Felipe forme parte del órgano de administración del Impugnante.

Por ello, lo señalado por el Consorcio Adjudicatario, en el sentido que el vínculo

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

consanguíneo y el hecho de registrar el mismo domicilio y objeto social, acredita que la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. ejerce un control efectivo sobre el Impugnante, no resulta amparable, en la medida que dichos elementos no acreditan el control efectivo por parte de esta empresa sobre el Impugnante.

18. Por otro lado, el Consorcio Adjudicatario, también, manifestó que existe otro elemento que acredita la existencia de un grupo económico, pues el escrito de apelación del Impugnante, esto es, el archivo PDF remitido a la Mesa de Partes Digital del Tribunal, tiene como nombre la sigla [SIGSA], correspondiente a la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. [integrante del Consorcio SIG], conforme se verifica de la siguiente imagen:

DATOS DEL TRÁMITE SOLICITADO	
Trámite o Servicio	RECURSO DE APELACIÓN/REVISIÓN - TCE
Sede	LIMA
Subsanación	NO
Expedient TCE	NO

ANEXOS	
N° Folios	26
SIGSA APELACION.pdf (Documento principal)	

En ese sentido, sostiene que, dicha documentación revela que la decisión de formular el recurso de apelación fue de esta empresa y no del Impugnante, pues de otra forma no se explica por qué el archivo PDF del recurso de apelación tiene el nombre [SIGSA].

19. Ahora bien, conforme es de apreciarse, el escrito de apelación del Impugnante tiene como nombre “*SIGSA Apelación (documento principal)*”, lo cual coincide con la sigla SIGSA de la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C.; sin embargo, más allá de dicha coincidencia, este hecho no permite evidenciar que esta empresa tenga el control efectivo sobre el Impugnante, pues conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes no se ha determinado la confluencia de los mismos representantes legales, accionistas, o integrantes del órgano de administración entre ambas empresas.

Además, que, de la revisión del recurso de apelación no se evidencia ningún elemento que permita sostener que el mismo guarde conexión con la empresa

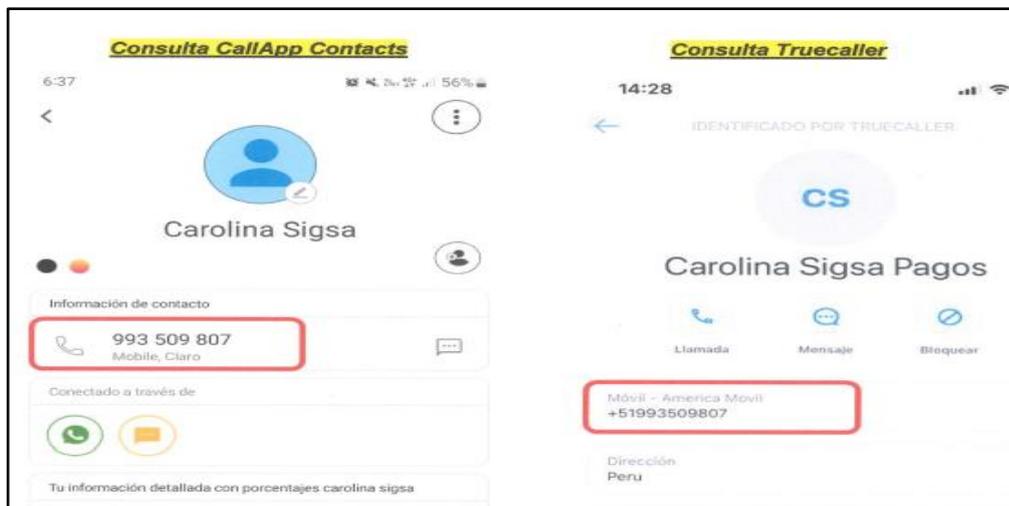
Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. y que por tanto exista un control efectivo por parte de aquel, o en términos del Consorcio Adjudicatario que este recurso impugnativo deviene de una unidad de decisión; es consecuencia, dicho elemento advertido por el Consorcio Adjudicatario no aporta mayores datos en cuanto a la existencia de un grupo económico.

20. Por otra parte, el Consorcio Adjudicatario sostuvo que la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. y el Impugnante forman una unidad de decisión, pues de acuerdo con los Anexos N° 1 Declaración jurada de datos del postor presentados por aquellos al procedimiento de selección, ambos comparten el mismo número de celular, esto es, 993509807.

Y que, de acuerdo con el aplicativo *CallApp Contacts* y/o *Truecaller* el referido número de celular le pertenece a la persona de nombre Carolina que es de la empresa SIGSA; a saber:



21. Según es de apreciarse de lo anterior, tanto el Impugnante y la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C., consignaron en sus respectivos Anexos N° 1 Declaración jurada de datos del postor el mismo número de celular; asimismo, dicho número de celular, también, se encuentra consignado en el pie de página del recurso de apelación.

Sin embargo, este Tribunal aprecia que el hecho que dichas empresas compartan el mismo número de celular, no constituye un elemento suficiente que determine un control efectivo por parte de la empresa Sistema de Impermeabilización de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Grandes Superficies Argentinas S.A.C. con respecto al Impugnante, así como tampoco que la oferta presentada por aquél al procedimiento de selección responda a una unidad de decisión conformada por las personas naturales que representan a dichos proveedores cuestionados; máxime si no se ha acreditado la confluencia entre sus directivos u órganos de administración.

22. En este punto, cabe traer a colación lo señalado por la Dirección Técnico Normativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en la Opinión N° 091-2021/DTN del 28 de septiembre de 2021, cuyo texto es el siguiente:

*“(…) para determinar la existencia de un control respecto de otras personas (naturales o jurídicas) se pueden tomar en consideración factores como (i) **la propiedad o titularidad de los activos**, (ii) **el giro de negocio**, (iii) **la confluencia entre directivos, representantes legales u otras personas que desempeñen cargos con capacidad para decidir en asuntos de relevancia como la dirección de actividades, operaciones, etc.**, (iv) **la relación de parentesco entre titulares, propietarios, directivos o miembros con poder de decisión, entre otros elementos tanto de índole legal como fáctica que coadyuven a realizar dicha valoración** (…).” (sic.) [lo resaltado y subrayado es agregado].*

23. Conforme a ello, se tiene que existen determinados factores para establecer la existencia de un grupo económico; no obstante ello, si bien, en el presente caso, se aprecia determinados elementos como la relación de parentesco entre señores Zanelli Arana Gian Franco y Zanelli Martínez Luis Felipe, y que estos consignan el mismo domicilio, así como los proveedores consignan el mismo número de celular y objeto social, **estos elementos no acreditan que la actuación de quienes la representan sea como consecuencia de una unidad de decisión, pues no se evidencia la confluencia entre sus directivos u órgano de administración, que permite establecer la capacidad de toma de decisiones por parte de una empresa sobre la otra.**

Cabe precisar que, para determinar la existencia de un grupo económico la normativa de contratación pública ha establecido que el elemento esencial radica en la “capacidad de control”, entendida como la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, la junta de accionistas o socios, u otros órganos de decisión de una persona jurídica.

En este punto, es importante agregar que, teniendo en cuenta que el señor Zanelli

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Martínez Luis Felipe, es accionista minoritario [49.00 %] en la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C., esta situación de alguna forma afecta el poder de decisión que aquél ostenta en su calidad de gerente general.

Por lo expuesto, no ha sido posible determinar que la empresa Sistema de Impermeabilización de Grandes Superficies Argentinas S.A.C. ejerza el control sobre el Impugnante, así como tampoco que la oferta de aquél presentada al procedimiento de selección sea parte de una unidad de decisión conformada por ambos proveedores cuestionados.

24. Razón por la cual, no existen suficientes elementos de convicción que evidencien un grupo económico conformado por las citadas empresas, conforme a lo establecido en el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por lo que el recurso de apelación no se encuentra inmerso dentro de la causal de improcedencia; en consecuencia, corresponde proseguir con los siguientes elementos de análisis.

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

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

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

26. 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, modificado por Ley N° 31465, 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 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

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 este punto, el Consorcio Adjudicatario manifestó que el Tribunal a través de las Resoluciones N° 0651-2019-TCE-S1 y N° 1470-2022-TCE-S4, declaró improcedente el recurso de apelación por falta de interés para obrar de la empresa impugnante; en ese contexto, solicita que el criterio expuesto en estas resoluciones se aplique al presente caso, en atención al principio de predictibilidad y, por consiguiente, se declare improcedente el recurso de apelación.

Ahora bien, de la revisión efectuada a la Resolución N° 1470-2022-TCE-S4, se aprecia que el Tribunal dispuso declarar improcedente el recurso de apelación, debido a que la empresa impugnante no cuestionó la no admisión de su oferta; y en la Resolución N° 0651-2019-TCE-S1, el recurso de apelación fue declarado improcedente, toda vez que el impugnante no logró revertir su condición de no admitido.

En esa medida, los criterios adoptados en dichas resoluciones no resultan aplicables al presente caso, toda vez que estos hechos son totalmente distintos con los analizados en aquellas, más aún si, en el presente caso, se aprecia que el Impugnante sí cuestionó la no admisión de su oferta a efectos de revertir su situación jurídica de no admitido; por tanto, lo alegado en este punto no resulta amparable.

Por lo expuesto, se tiene que el Impugnante cuenta con *interés para obrar*, respecto a la decisión del comité de selección de no admitir su oferta y de otorgar la buena pro al Consorcio Adjudicatario. En tanto que, está legitimado procesalmente para cuestionar la no admisión de su oferta; 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.

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

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Al respecto, el Consorcio Adjudicatario ha solicitado se declare improcedente el recurso de apelación, debido a que el Impugnante no ha presentado ningún argumento contra la no admisión de su oferta a efectos de revertir su condición de no admitido.

Con relación a lo anterior, debe precisarse que de la revisión del recurso de apelación se verifica que el Impugnante ha cuestionado la no admisión de su oferta; asimismo, se aprecia que los fundamentos de hecho de dicho recurso, están orientados a revertir su situación jurídica en el marco del procedimiento de selección, habiendo cuestionado incluso el “Acta de apertura de propuestas para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, registrado en el SEACE el 3 de noviembre de 2022.

Por tanto, y en la medida que los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se encuentran orientados a sustentar su pretensión de no admisión de su oferta, se advierte que no se ha incurrido en la presente causal de improcedencia.

28. 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.

B. PRETENSIONES:

29. El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se revoque la decisión del comité de selección de no admitir su oferta.

Por su parte, el Consorcio Adjudicatario solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se confirme el otorgamiento de la buena pro.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

30. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando los petitorios señalados de forma precedente, corresponde efectuar su análisis de fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos en relación a los cuestionamientos planteados.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 y en el 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 del referido recurso, presentados dentro del plazo previsto**, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho pronunciamiento.

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

31. 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 24 de noviembre de 2022, según se aprecia de la información obtenida del SEACE¹, razón por la cual contaban con tres (3) días hábiles para absolver el traslado del citado recurso, esto es, hasta el **29 del mismo mes y año.**

Al respecto, de la revisión al expediente administrativo se advierte que mediante Escrito N° 1 presentado el 29 de noviembre de 2022 ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Consorcio Adjudicatario presentó su escrito de apersonamiento, en el cual absolvió el traslado del recurso de apelación. En razón de lo expuesto, se advierte que aquel cumplió con presentar la absolución del recurso de apelación dentro del plazo establecido, por lo que corresponde considerar los cuestionamientos que haya podido formular contra la oferta del Impugnante en la determinación de los puntos controvertidos.

Asimismo, el Adjudicatario presentó ante el Tribunal alegatos adicionales al recurso de apelación; sin embargo, al ser escrito presentado con posterioridad, no serán considerados por este Tribunal para la determinación de los puntos controvertidos. Sin perjuicio de verificar, si el mismo constituye prueba adicional

¹ De acuerdo al literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

que coadyuvará a la resolución del presente procedimiento.

32. 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, debe dejarse sin efecto la buena pro otorgada a aquel.

D. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

33. 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.
34. 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 del punto controvertido planteado en el presente procedimiento de impugnación.

35. No obstante, preliminarmente en el presente caso, **se ha advertido la existencia de posibles vicios de nulidad en las bases primigenias e integradas del procedimiento de selección**, toda vez que: **i)** el comité de selección habría utilizado bases estándar aprobadas por el OSCE que, a la fecha de convocatoria del procedimiento de selección, no se encontraban vigentes, y **ii)** en las bases primigenias e integradas se requirió la presentación de una muestra, cuyo horario de presentación no se condice con lo establecido en las bases estándar aplicables; además que, **(iii)** el “Acta de apertura de propuestas para admisión, evaluación,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, registrado en el SEACE el 3 de noviembre de 2022, contendría hechos no acorde a la normativa de contratación pública.

En ese sentido, corresponde que, como **cuestión previa**, se analice si efectivamente, existen vicios que ameriten la declaración de nulidad del procedimiento selección.

➤ **Respecto a los supuestos vicios de nulidad en el procedimiento de selección**

36. De manera previa al análisis de fondo, y teniendo en cuenta la existencia de posibles vicios de nulidad, se advierte la necesidad, en virtud de la facultad atribuida mediante el artículo 44 de la Ley, y a lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, de revisar la legalidad de las bases primigenias e integradas del procedimiento de selección, y el Acta de apertura de propuestas para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, a efectos de verificar que éstas no se hayan establecido contraviniendo normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento.
37. Con relación a este extremo, corresponde precisar que, de la revisión a la documentación e información obrante en el expediente y en la ficha SEACE del procedimiento de selección, este Tribunal ha podido identificar lo siguiente:
- De acuerdo con el literal e) del numeral 2.2 del Capítulo II de la sección específica de las bases integradas del procedimiento de selección, se requirió a los postores la presentación de “muestras” de los bienes ofertados. Dicho requerimiento se formuló de la siguiente manera:

“e) Muestra:

*El postor deberá presentar una muestra del bien solicitado para verificar que el producto a entregar cumpla con todos los requerimientos mínimos establecidos por el área usuaria. De la misma manera, la muestra debe estar acompañada de su análisis emitido por el fabricante. **La recepción de las muestras será la misma fecha de presentación de ofertas en el horario de 08:00 am a 1:00 pm en la dirección regional de agricultura sito en carretera baños del Inca km 3.5. De otro lado, la muestra deberá ser de las siguientes dimensiones 12 cm x 12 cm.**
(...)”*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

[El énfasis es agregado]

Conforme a lo anterior, la Entidad estableció que las muestras debían ser presentadas por los postores en la misma fecha de la presentación de ofertas y en el horario comprendido entre las **08: 00 a. m. hasta la 1:00 p. m.**

Respecto a lo anterior, en las bases estándar aplicable a la Licitación Pública para la contratación de suministro de bienes [folio 16], se indicó lo siguiente:

*“(…) Cuando excepcionalmente la Entidad requiera la presentación de muestras, deberá precisar lo siguiente: (i) los aspectos de las características y/o requisitos funcionales que serán verificados mediante la presentación de la muestra; (ii) la metodología que se utilizará; (iii) los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales que la Entidad ha considerado pertinente verificar; (iv) el número de muestras solicitadas por cada producto; (v) el órgano que se encargará de realizar la evaluación de dichas muestras; y (vi) dirección, lugar exacto y **horario para la presentación de muestras.** (…)”.*

Asimismo, con relación al horario, en el pie de página del folio 16, se dispuso que *“Las muestras se presentan el mismo día programado en el calendario para la presentación de ofertas. **Al consignar el horario debe tenerse en cuenta que el horario de atención no podrá ser menor a 8 (ocho) horas**”.* [El énfasis es agregado]

En ese sentido, de la revisión de las bases integradas del procedimiento de selección, se aprecia que la Entidad no habría seguido adecuadamente las disposiciones previstas en las bases estándar aplicables, pues contrariamente a lo establecido en ésta, **estableció un horario menor a las ocho (8) horas para la presentación de la muestra**, en este caso, cinco (5) horas.

Siendo así, la situación expuesta, revelaría que las bases integradas contravendrían las bases estándar aplicables; lo cual, implicaría una contravención al numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, donde se indica que el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado.

- Por otro lado, de la revisión de la ficha del SEACE correspondiente al procedimiento de selección, se advierte que el **3 de noviembre de 2022**, se publicó el “Acta de apertura de propuesta para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, donde se señaló que la oferta del **Consortio Cajamarca** no fue admitida; según se aprecia de la gráfica:

	DOCUMENTOS PARA LA ADMISIÓN DE LAS OFERTAS	SERVICIOS INGENIERIA GEOSINTETICOS E.I.R.L.	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO O SAN MARTIN	CONSORCIO SIG	PROMAINGSA SAC
a)	Declaración Jurada de datos del postor. (Anexo N°1)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
b)	Documento que acredite la representación de quien suscribe la oferta.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
c)	Declaración jurada de acuerdo con el literal b) del artículo 52 del Reglamento. (Anexo N°2)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
d)	Declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas contenidas en el numeral 3.1 del capítulo III de la presente sección. (Anexo N°3)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
e)	Muestra y análisis emitido por fabricante.	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA	NO CUMPLE Presentó muestra FUERA DE HORARIO	CUMPLE Presentó muestra	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA	NO CUMPLE NO PRESENTO MUESTRA

f)	Declaración jurada de plazo de entrega. (Anexo N°4)	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
g)	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 obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones (Anexo N°5)	NO APLICA	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	NO APLICA
h)	El precio de la oferta en SOLES. Adjuntar obligatoriamente el Anexo N°6	CUMPLE 2'050,100.00	CUMPLE 2'108,200.00	CUMPLE 2'249,300.00	CUMPLE 2'119,820.00	CUMPLE 1'792,800.00
	fichas técnicas o documentos técnicos similares para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
	ESTADO	NO ADMITIDA	NO ADMITIDA	ADMITIDA	NO ADMITIDA	NO ADMITIDA

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Sin embargo, en dicha acta se admite y evalúa [se asigna orden de prelación] e incluso se descalifica la oferta del **Consorcio Cajamarca**, conforme es de preciarse de la siguiente imagen:

Acto seguido y en cumplimiento al artículo Nro. 70 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se procede a evaluar las ofertas de los postores admitidos.

	FACTORES DE EVALUACIÓN	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO SAN MARTIN
A)	PRECIO 75 puntos	S/ 2' 108,200.00 = 75.00 PTS	S/ 2' 249,300.00 = 70.30 PTS
B)	PLAZO DE ENTREGA 10 puntos	50 DC = 10 PTS	60 DC = 10 PTS
C)	MEJORAS 15 puntos	ISO 9001, 14001, 45001 = 15 PTS	ISO 9001, 14001, 45001 = 15 PTS
RESULTADO		100 PTS	95.30 PTS
ORDEN DE PRELACIÓN		PRIMER LUGAR	SEGUNDO LUGAR

Acto seguido se procederá a calificar las ofertas de los postores evaluados que obtuvieron el primer y segundo lugar según orden de prelación¹:

3.2	REQUISITOS DE CALIFICACIÓN	CONSORCIO CAJAMARCA	CONSORCIO SAN MARTIN
B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD		
	<p>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/ 2 500 000.00 (Dos millones quinientos mil con 00/100 soles), por la venta de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda.</p> <p>Se consideran bienes similares a los siguientes: <u>Venta de geomembrana de polietileno de alta densidad (HDPE), venta de geomembrana de polietileno de baja densidad (LDPE) y/o productos elaborados de polietileno en general.</u></p> <p>Acreditación:</p> <p>La experiencia del postor en la especialidad se acreditará con copia simple de (i) contratos u órdenes de compra, y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o (ii) comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente con voucher de depósito, nota de abono, reporte de estado de cuenta, cualquier otro documento emitido por Entidad del sistema financiero que acredite el abono o mediante cancelación en el mismo comprobante de pago, correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.</p>	<p>No cumple</p> <p>El postor acredita experiencia por el importe de S/ 2,152,900.80 a razón que la conformidad de la empresa CORPORACIÓN Y SERVICIOS GENERALES TRUJILLO SAC no se encuentra dentro de los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago.</p>	<p>Cumple</p> <p>Acredita S/ 2,576,868.50 de experiencia</p>
		DESCALIFICADA	CALIFICADA

De lo anterior, se aprecia que el comité de selección decidió no admitir la oferta del Consorcio Cajamarca, bajo el argumento que no presentó dentro del horario establecido la muestra y análisis emitido por el fabricante y, pese a ello, después, evaluó la oferta de aquél, fijó un orden de prelación, y

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

finalmente lo descalificó por no cumplir con la experiencia del postor en la especialidad.

En ese contexto, lo antes señalado, revelaría que el comité de selección alteró el desarrollo del procedimiento de selección, al haber evaluado y calificado una oferta que no fue admitida, lo cual contravendría el principio de transparencia y el numeral 73.2. del artículo 73 del Reglamento, establece que, para la admisión de las ofertas, el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en los literales a), b), c), e) y f) del artículo 52 y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas especificadas en las bases. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida.

- De otro lado, de la revisión del SEACE se aprecia que no se encuentra publicado el acta de evaluación de muestra, lo cual contravendría el principio de publicidad y el artículo 66 del Reglamento, el cual dispone 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.

- 38.** Conforme a lo anterior, se puede evidenciar que las bases integradas se habrían elaborado utilizando bases estándar no vigentes a la fecha de la convocatoria del procedimiento de selección, y que, como consecuencia de ello, habría contravenido las reglas o disposiciones de las bases estándar aplicables para la licitación pública para la contratación de suministro de bienes, aprobadas con la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD [modificada con Resolución de Presidencia N° D00012-2022-OSCE/PRE] y el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento.

Del mismo modo, al haberse evaluado y calificado la Oferta del Consorcio Cajamarca, pese a no haberse admitido su oferta, conforme se aprecia del *“Acta de apertura de propuesta para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”*, el comité de selección habría contravenido el principio de transparencia y el numeral 73.2. del artículo 73 del Reglamento.

Así también, al no haberse expuesto en el *“Acta de apertura de propuesta para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”*, el resultado de evaluación de la muestra ni haberse dado cuenta del laboratorio a cargo de dicha evaluación, así como tampoco haberse publicado en el SEACE la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

evaluación de muestra, se habría contravenido los principios de transparencia, publicidad y el numeral 73.2. del artículo 73 del Reglamento.

39. Teniendo en cuenta lo antes señalado y, conforme a la facultad otorgada a este Tribunal, con Decreto del 20 de diciembre de 2022, se corrió traslado de los posibles vicios de nulidad a la Entidad, al Impugnante y al Consorcio Adjudicatario, concediéndoles un plazo de cinco (5) días hábiles para que, de considerarlo pertinente, emitan su pronunciamiento.
40. En este punto corresponde mencionar que, el Impugnante no se pronunció sobre los vicios de nulidad advertidos en el procedimiento de selección.
18. Por su parte, el Consorcio Adjudicatario manifestó que, al margen de lo estipulado en las bases integradas del procedimiento de selección, lo cierto es que, en aplicación del principio de verdad material, la Entidad recibió las muestras de los postores en el horario de ocho (8) horas, prueba de ello es la recepción de la muestra presentada por el Consorcio Cajamarca.

Sin embargo, en el caso del Impugnante se aprecia que éste no presentó la muestra en el horario previsto en las bases, ello conforme fue admitido por aquél en la audiencia pública llevada a cabo el 15 de diciembre de 2022.

En ese sentido, lo advertido por el Tribunal no constituye un vicio de nulidad, sino un acto pasible de conservación.

19. A su turno, la Entidad manifestó que *“Respecto a la muestra del postor CONSORCIO CAJAMARCA, que según acta de evaluación de fecha 27 de octubre de 2022, efectivamente no se habría presentado dentro del horario establecido en la Bases Integradas del procedimiento de selección, sin embargo, este colegiado procedió a evaluar y calificar la oferta del postor CONSORCIO CAJAMARCA, dado que su muestra sí fue presentada.*

Si bien es cierto existe error material al consignar la admisibilidad de la oferta del Consorcio Cajamarca, cuando debió ser NO ADMITIDA (error de plantilla que se digita), lo cierto es que ello generó la continuidad en la evaluación y calificación, conforme se puede apreciar en el cuadro señalado por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Que, si tenemos en cuenta a la no admisibilidad y no haber cumplido los requisitos de calificación, conllevando al mismo resultado, vale decir a la DESCALIFICACIÓN

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

de la oferta, por lo que en este sentido consideramos y asumimos nuestro error involuntario, sin embargo, consideramos que se obtendría el mismo resultado, por lo que estando a la necesidad del área usuaria, consideramos válido la conservación del acto administrativo de la buena pro (...). (Sic)

Asimismo, indicó que, el hecho de haberse evaluado la oferta del Consorcio Cajamarca, no ha vulnerado ningún derecho de aquél ni de los demás postores.

Por otra parte, remitió la Carta N° 018-22-FQAPERÚ-SAC del 2 de noviembre de 2022, que contiene el análisis físico de ensayo de calidad de una muestra; precisando que, en mérito a este documento y conforme a sus atribuciones, el comité de selección otorgó la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Adjudicatario.

Finalmente, señaló que, si bien las disposiciones de las bases integradas del procedimiento de selección difieren con las contenidas en las bases estándar aplicables al presente caso, no se ha vulnerado los derechos de los postores, ya que ello solo es una cuestión de forma y no de fondo.

Con relación a las bases estándar aplicables

41. En este punto, cabe precisar que **las bases de un procedimiento de selección deben contener las condiciones mínimas que establece la normativa de contrataciones y las bases estándar**, 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 objeto evitar conductas revestidas de subjetividad y discrecionalidad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica.

En esa línea, las bases de un procedimiento de selección deben contener las condiciones mínimas previamente establecidas en la normativa de contrataciones, cuya finalidad está orientada a elegir la mejor propuesta sobre la base de criterios objetivos, sustentados y accesibles a los postores.

42. Dicho ello, y atendiendo los alegatos expuestos por las partes, es pertinente traer a colación lo señalado en las bases integradas del procedimiento de selección,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

pues estas constituyen las reglas a las cuales se debieron someter los participantes y/o postores, así como el comité de selección al momento de revisar las ofertas.

Así, en el literal e) del numeral 2.2.1 del Capítulo II de la sección específica de las bases integradas del procedimiento de selección, se requirió a los postores la presentación de “muestras” de los bienes ofertados, conforme al siguiente detalle:

“(…)

2.1.1. Documentación de presentación obligatoria

2.1.1.1. Documentos para la admisión de la oferta

(…)

e) Muestra

*El postor deberá presentar una muestra del bien solicitado para verificar que el producto a entregar cumpla con todos los requerimientos mínimos establecidos por el área usuaria. De la misma manera, la muestra debe estar acompañada de su análisis emitido por el fabricante. **La recepción de las muestras será la misma fecha de presentación de ofertas en el horario de 08:00 am a 1:00 pm** en la dirección regional de agricultura sito en carretera baños del Inca km 3.5. De otro lado, la muestra deberá ser de las siguientes dimensiones 12 cm x 12 cm.*

(…)”

Según lo anterior, la Entidad estableció que las muestras debían ser presentadas por los postores en la misma fecha de presentación de ofertas [26 de octubre de 2022], en el horario comprendido entre las **08: 00 a. m. hasta la 1:00 p. m.**

- 43.** En cuanto a lo expuesto, las bases estándar de licitación pública para la contratación de suministro de bienes², aplicable al presente caso, se estableció lo siguiente:

2.2. CONTENIDO DE LAS OFERTAS

La oferta contendrá, además de un índice de documentos³, la siguiente documentación:

2.2.1. Documentación de presentación obligatoria

2.2.1.1. Documentos para la admisión de la oferta

(…)

² Vigente desde el 14 de junio de 2022.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Importante para la Entidad

En caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, el postor deba presentar algún otro documento, consignar en el siguiente literal:

e) [CONSIGNAR LA DOCUMENTACIÓN ADICIONAL QUE EL POSTOR DEBE PRESENTAR TALES COMO AUTORIZACIONES DEL PRODUCTO, FOLLETOS, INSTRUCTIVOS, CATÁLOGOS O SIMILARES⁵] para acreditar [DETALLAR QUÉ CARACTERÍSTICAS Y/O REQUISITOS FUNCIONALES ESPECÍFICOS DEL BIEN PREVISTOS EN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEBEN SER ACREDITADAS POR EL POSTOR].

La Entidad debe especificar con claridad qué aspecto de las características y/o requisitos funcionales serán acreditados con la documentación requerida. En este literal no debe exigirse ningún documento vinculado a los requisitos de calificación del postor, tales como: i) capacidad legal, ii) capacidad técnica y profesional: experiencia del personal clave y iii) experiencia del postor. Tampoco se puede incluir documentos referidos a cualquier tipo de equipamiento, infraestructura, calificaciones y experiencia del personal en general.

Además, no debe requerirse declaraciones juradas adicionales cuyo alcance se encuentre comprendido en la Declaración Jurada de Cumplimiento de Especificaciones Técnicas y que, por ende, no aporten información adicional a dicho documento.

Cuando excepcionalmente la Entidad requiera la presentación de muestras, deberá precisar lo siguiente: (i) los aspectos de las características y/o requisitos funcionales que serán verificados mediante la presentación de la muestra; (ii) la metodología que se utilizará; (iii) los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales que la Entidad ha considerado pertinente verificar; (iv) el número de muestras solicitadas por cada producto; (v) el órgano que se encargará de realizar la evaluación de dichas muestras; y (vi) dirección, lugar exacto y horario⁶ para la presentación de muestras.

No corresponde exigir la presentación de muestras cuando su excesivo costo afecte la libre concurrencia de proveedores.

Incorporar a las bases o eliminar, según corresponda.

- f) Declaración jurada de plazo de entrega. (Anexo N° 4)⁷
- g) 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 obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones. (Anexo N° 5)
- h) El precio de la oferta en [CONSIGNAR LA MONEDA EN LA QUE SE DEBE PRESENTAR LA OFERTA]. Adjuntar obligatoriamente el Anexo N° 6.

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

Importante

El comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida.

⁵ Por ejemplo, en el caso de medicamentos aquellas autorizaciones relacionadas al producto, como el Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario del producto, el Certificado de Análisis, entre otros.

⁶ Las muestras se presentan el mismo día programado en el calendario para la presentación de ofertas. Al consignar el horario debe tenerse en cuenta que el horario de atención no podrá ser menor a 8 (ocho) horas.

⁷ En caso de considerar como factor de evaluación la mejora del plazo de entrega, el plazo ofertado en dicho anexo servirá también para acreditar este factor.

Nótese que, en las bases estándar, se estableció que “Las muestras se presentan el mismo día programado en el calendario para la presentación de ofertas. **Al**

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

consignar el horario debe tenerse en cuenta que el horario de atención no podrá ser menor a 8 (ocho) horas". [El énfasis es agregado]

44. En ese sentido, es de advertirse que a pesar que las bases estándar aplicable al presente caso, establecían que el horario de atención para la presentación de muestras no puede ser **menor a ocho (8) horas**, la Entidad contempló en las bases integradas un horario de cinco (5) horas; esto es, un horario menor a lo aprobado en las bases estándar.

Siendo así, se evidencia que la Entidad no ha seguido adecuadamente las disposiciones de las bases estándar, pues el horario previsto en las bases integradas contraviene las disposiciones que fueron aprobadas por el OSCE, la cual al constituir reglas mínimas que garantiza la libre competencia de los postores, su limitación se encuentra proscrita.

45. Bajo dicho contexto, cabe señalar que en el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, se prevé que el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento a su cargo, **utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE** y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación.

En ese sentido, queda claro que el comité de selección se encontraba en la obligación de utilizar las bases estándar modificadas por el OSCE a través de la Resolución de Presidencia N° D00012-2022-OSCE/PRE, toda vez que éstas se encontraban vigentes a la fecha en que se convocó el procedimiento de selección; sin embargo, como ha quedado evidenciado dicho comité no tomó en cuenta las disposiciones contenidas en dichas bases aplicables.

Al respecto, la Entidad ha señalado que, si bien las disposiciones de las bases integradas del procedimiento de selección difieren con las contenidas en las bases estándar aplicables al presente caso, no se ha vulnerado los derechos de los postores, ya que ello solo es una cuestión de forma y no de fondo.

De acuerdo con lo anterior, la Entidad admite que las bases integradas no guardan uniformidad y coherencia con las disposiciones de las bases estándar aplicables; no obstante, este hecho no puede ser tomado como una simple omisión u error de forma como pretende dar a entender la Entidad; por cuanto, ello no solo infringe lo dispuesto en el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, sino también, tiene incidencia en el derecho de los participantes y postores que las

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

reglas a las cuales se someten sen encuentren de conformidad con las bases estándar, con el objeto de no verse afectados con la disminución de las horas de presentación de muestras aprobadas previamente por el OSCE.

Además, de lo expuesto por la Entidad, en el sentido que “(...) *la muestra del postor CONSORCIO CAJAMARCA, que según acta de evaluación de fecha 27 de octubre de 2022, efectivamente no se habría presentado dentro del horario establecido en la Bases Integradas del procedimiento de selección, sin embargo, este colegiado procedió a evaluar y calificar la oferta del postor CONSORCIO CAJAMARCA, dado que su muestra sí fue presentada*; da cuenta que la Entidad a través del comité de selección habría dado un trato privilegiado al Consorcio Cajamarca con relación a los demás postores, al haber recibido su oferta en horario posterior al establecido en las bases integradas, vulnerando de esta manera el principio de trato igualitario.

46. En tal sentido, este Tribunal ha identificado que la Entidad a través del comité de selección ha vulnerado las disposiciones del numeral 47.3 del artículo 47 y el principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG, por el cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Respecto a la evaluación y calificación de la oferta del Consorcio Cajamarca pese a no haber sido admitida

47. En este punto, se advierte que el “Acta de apertura de propuestas para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, registrado en el SEACE el 3 de noviembre de 2022, **contiene información contradictoria entre sí respecto a la condición de “admitido” y “no admitido” del Consorcio Cajamarca**, toda vez que, por un lado, se admite la oferta de aquél y, por otro lado, se evalúa, califica e incluso se le otorga el primer lugar en el orden de prelación.
48. Con relación a lo anterior, el numeral 73.2 del artículo 73 del Reglamento, dispone que “*Para la admisión de las ofertas, el comité de selección verifica la presentación de lo exigido en los literales a), b), c), e) y f) del artículo 52 y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas especificadas en las bases. **De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida**”.*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

De este modo, siendo que las etapas del procedimiento de selección, como lo es la admisión de ofertas, son preclusivas, pues, una vez transcurrido el plazo señalado en la norma, el comité de selección no puede evaluar y calificar una oferta que previamente ha sido desestimada, como ocurre en el caso del Consorcio Cajamarca, dicha circunstancia infringe lo dispuesto en la norma antes citada.

49. Sobre ello, la Entidad como parte de la absolución del traslado de nulidad manifestó que “(...) *si bien existe error material al consignar la admisibilidad de la oferta del Consorcio Cajamarca, cuando debió ser NO ADMITIDA (error de plantilla que se digita), lo cierto es que ello generó la continuidad en la evaluación y calificación, conforme se puede apreciar en el cuadro señalado por el Tribunal de Contrataciones del Estado*”.

Como es de verse, la Entidad ha admitido que la oferta del Consorcio Cajamarca no debió ser admitida; por esta razón, el hecho de haberse evaluado y calificado la oferta de aquel, otorgándole el primer lugar en el orden de prelación, constituye un vicio de nulidad al haberse alterado el desarrollo del procedimiento de selección, aún cuando se ha continuado con las actuaciones conducentes y se haya otorgando finalmente la buena por al Consorcio Adjudicatario.

En este punto, cabe anotar que la situación antes descrita, revela que el comité de selección actuó **deficientemente** durante las labores encomendadas en dicho procedimiento, poniendo en riesgo la transparencia y objetividad que debe regir en éste.

50. Por tanto, se aprecia que el comité de selección alteró el desarrollo del procedimiento de selección, contraviniendo la normativa de contratación pública **como es el numeral 73.2 del artículo 73 del Reglamento**, y el **principio de legalidad**, que exige que las actuaciones administrativas deben ajustarse a los dispuesto en la ley.

Con respecto a los resultados de la evaluación de muestra

51. Sobre el particular, de la revisión del “Acta de apertura de propuestas para admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro”, se aprecia que éste no contiene los resultados de la evaluación de muestra; así como tampoco obra publicado en el SEACE, a efectos de que los demás postores del procedimiento de selección puedan tomar conocimiento que en efecto la muestra del Consorcio Adjudicatario cumple con las características técnicas establecidas en

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

las bases integradas; ello en garantía de los principios de transparencia y publicidad.

52. Sobre ello, tanto la Entidad y el Consorcio Adjudicatario, con ocasión de la absolución del traslado del vicio de nulidad antes señalada, no han presentado ningún argumento. No obstante, se advierte que la Entidad remitió la Carta N° 18-2022-FQAPERÚ SAC del 2 de noviembre de 2022, emitido por el Laboratorio Físico Químico Ambiental SA.C., que contiene el certificado de calidad [resultados] de la muestra presentada al procedimiento de selección.
53. En este punto, cabe recordar que conforme al artículo 66 del Reglamento, el cual dispone que la admisión, evaluación, calificación, descalificación y el otorgamiento de la buena pro es evidenciada en actas debidamente motivadas, **las mismas que deben constar en el SEACE.**
54. En ese sentido, se aprecia que la Entidad en esta instancia administrativa recién ha remitido la Carta N° 18-2022-FQAPERÚ SAC del 2 de noviembre de 2022, emitido por el Laboratorio Físico Químico Ambiental SA.C., que contiene el resultado de evaluación de la muestra del Consorcio Adjudicatario; lo cual no fue publicado en el SEACE en su debida oportunidad para el conocimiento de los postores del procedimiento de selección.

Por tanto, lo anotado anteriormente infringe los principios de transparencia y publicidad previstos en los literales d) y e) del artículo 2 de la Ley, así como el artículo 66 del Reglamento.

55. Ahora bien, cabe señalar que el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, establece que en los casos que conozca el Tribunal declarará nulos **los actos administrativos emitidos por la Entidad**, cuando hayan sido expedidos por órgano incompetente, **contravengan normas legales**, contengan un imposible jurídico, o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

De acuerdo a ello, se ha determinado que, en el presente caso, se ha vulnerado el numeral 47.3 del artículo 47, el artículo 66, el numeral 73.2 del artículo 73 del Reglamento, así como los principios de transparencia, publicidad y legalidad; por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley y lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, **corresponde declarar de oficio la nulidad del procedimiento de selección.**

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

Siendo así, y en la medida que la trasgresión al numeral 47.3 del artículo 47 de la Ley [el cual dispone que las bases integradas deben guardar uniformidad con las disposiciones de las bases estándar], precede a los demás vicios de nulidad antes advertidos, **corresponde que el procedimiento de selección se retrotraiga hasta la etapa de la convocatoria, previa reformulación de las bases**, a efectos que la Entidad, a través del comité de selección, utilice las bases estándar vigentes para formular las bases del procedimiento de selección.

56. Cabe precisar que, la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pueda viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada por la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha situación afecte la decisión final tomada por la administración.

Al respecto, 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 la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional”³. Ello obedece a que, en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales 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.

57. Cabe señalar, que los vicios advertidos por este Tribunal son **trascendentes** y, por tanto, no es posible conservarlos, toda vez que se ha contravenido los principios de transparencia, publicidad, recogidos en los literales c) y d) del artículo 2 de la Ley, además, el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, que dispone que los documentos del procedimiento de selección se elaboran utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE.

En efecto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del TUO de la LPAG, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias son causales de nulidad de los actos administrativos,

³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón; Curso de Derecho Administrativo; Civitas, Madrid, 1986, Tomo I; p. 566.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

los cuales no son conservables⁴.

58. Siendo así, considerando que este Tribunal declarará de oficio la nulidad del procedimiento de selección y lo retrotraerá a su convocatoria, **corresponde que el comité de selección elabore las bases del procedimiento de selección, utilizando las bases estándar vigentes a la fecha de convocatoria**, y observe las disposiciones y reglas previstas en dichas bases, a efectos de no incurrir en vicios que puedan generar nuevamente la nulidad del procedimiento de selección.
59. Por otro lado, considerando que el procedimiento de selección se retrotraerá a su convocatoria y que, eventualmente, de considerarlo, los postores deberán presentar nuevamente sus ofertas, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el punto controvertido.
60. Finalmente, de acuerdo a lo establecido en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, corresponde devolver la garantía presentada por el Impugnante para la interposición de su recurso de apelación.
61. Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado estima pertinente poner la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, para que tome conocimiento de los vicios advertidos, e imparta las directrices correspondientes, a efectos de que, en los sucesivos, se actúe de conformidad con lo establecido en la normativa de contratación pública.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la vocal ponente Annie Elizabeth Pérez Gutiérrez, y la intervención de los vocales Cristian Joe Cabrera Gil y Violeta Lucero Ferreyra Coral, 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, la Resolución N° D000090-2022-OSCE-PRE, 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;

⁴ Cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el inicio 2 del citado artículo, en concordancia con el artículo 14 de la LPAG solo serán conservables cuando el vicio del acto administrativo, **por el incumplimiento de sus elementos de validez, que no sea trascendente** (negrita agregada).



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00045-2023-TCE-S4

LA SALA RESUELVE:

1. **Declarar de oficio la NULIDAD** de la Licitación Pública N° 03-2022-GR.CAJ/DRAC-CS – (Primera Convocatoria), para la contratación de suministro de bienes "*Adquisición de 166,00m2 de geomembrana HDPE de 1mm en el marco del Programa de Actividades e Inversiones de Siembra y Cosecha de Agua en el ámbito de la región Cajamarca - Revolución Azul - Actividades 2022*", **y retrotraerla hasta la etapa de su convocatoria, previa reformulación de las bases**, conforme a los fundamentos expuestos. En consecuencia, corresponde:
 - 1.1 **REVOCAR** la buena pro de la Licitación Pública N° 03-2022-GR.CAJ/DRAC-CS – (Primera Convocatoria), otorgada al **CONSORCIO SAN MARTÍN**, integrado por las empresas POLYFLEX GROUP S.A.C. y TUESTA RENGIFO RODOLFO WINSTON.
2. **DEVOLVER** la garantía presentada por el postor **SERVICIOS INGENIERÍA GEOSINTETICOS E.I.R.L.**, para la interposición de su recurso de apelación, por los fundamentos expuestos.
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 fundamento 61.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VIOLETA LUCERO FERREYRA CORAL

VOCAL

DOCUMENTO FIRMADO

DIGITALMENTE

ANNIE PÉREZ GUTIÉRREZ

VOCAL

DOCUMENTO FIRMADO

DIGITALMENTE

CRISTIAN JOE CABRERA GIL

PRESIDENTE

DOCUMENTO FIRMADO

DIGITALMENTE

ss.

Cabrera Gil.

Ferreya Coral.

Pérez Gutiérrez.