

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

Sumilla: *“Ni la Ley, ni el Reglamento, ni las bases estándar aplicables al procedimiento de selección, contemplan la posibilidad de que la Entidad limite a los postores a someterse a porcentajes específicos para la supervisión y para la liquidación de la obra en la distribución del monto total ofertado, que, luego pasaría a ser el monto contratado, en el caso del adjudicatario”.*

Lima, 16 de enero de 2023.

VISTO en sesión del 16 de enero de 2023, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N.º 9452/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el señor Hilmerd Roberto Romainville Yturriaga contra el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N.º 035-2022-MPCH/C-1 – Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. De acuerdo a la información registrada en el SEACE, el 24 de octubre de 2022, la Municipalidad Provincial de Chumbivilcas – Santo Tomás, en adelante **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N.º 035-2022-MPCH/C-1 – Primera Convocatoria, efectuada para la contratación del servicio de consultoría de obra *“Mejoramiento del servicio educativo en la I.E. N.º 56354 Allhuacchuyo del distrito de Santo Tomás, provincia de Chumbivilcas – departamento de Cusco”*, con un valor referencial de S/ 329 560.31 (treientos veintinueve mil quinientos sesenta con 31/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y modificatorias, en lo sucesivo **el Reglamento**.

Según el cronograma del procedimiento de selección, el 8 de noviembre de 2022 se llevó a cabo la presentación electrónica de ofertas y el 23 del mismo mes y año, se notificó a través del SEACE el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Allhuacchuyo, conformado por el señor Tomás Ticona Vargas y las empresas Ingeniería y Construcción J y M Kallpa Sociedad Anónima Cerrada y Corporación Icons S.A.C., en adelante **el Consorcio Adjudicatario**, por el valor de su oferta económica, ascendente a S/ 296 604.28 (doscientos noventa y

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

seis mil seiscientos cuatro con 28/100 soles); obteniéndose los siguientes resultados¹:

POSTOR	ETAPAS					
	Admisión	Calificación	Evaluación			Resultado
			Puntaje obtenido en evaluación técnica	Evaluación económica (Precio ofertado/ Puntaje obtenido)	Puntaje total con bonificación	
Consortio Allhuacchuyo, conformado por: - Tomás Ticona Vargas - Ingeniería y Construcción J y M Kallpa Sociedad Anónima Cerrada - Corporación Icons S.A.C.	Admitido	Calificado	95.00	S/ 296 604.28 (100 puntos)	100.80	Adjudicatario
Hilmerd Roberto Romainville Yturriaga	Admitido	Calificado	90.00	S/ 296 604.28 (100 puntos)	96.60	2do. Lugar
Consortio Allhuacchuyo, conformado por: - Washington Arévalo Quijano - Darval Supervisores S.R.L.	Admitido	Calificado	87.00	S/ 296 604.28 (100 puntos)	94.08	3er. Lugar
Consortio San Marcos, conformado por: - Gecsa Ingenieros Sociedad Anónima Cerrada - Ismael Colla Supo	Admitido	Calificado	80.00	S/ 296 604.28 (100 puntos)	88.20	4to. Lugar
Consortio Chumbivilcas	Admitido	Descalificado por estar impedido	100.00	-	-	Descalificado

¹ Información extraída del *Acta de admisión, calificación y evaluación técnica* y el *Acta de evaluación económica y otorgamiento de la buena pro*, ambas de fecha 23 de noviembre de 2022.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

		para contratar				
--	--	-------------------	--	--	--	--

2. Por medio de la Carta N.º 01-2022-HR CONSULTORES & EJECUTORES/HRRY, presentada el 30 de noviembre de 2022 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, y subsanada el 2 de diciembre de 2022, por medio de su Escrito N.º 2, el señor Hilmerd Roberto Romainville Yturriaga, en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección, señalando como pretensiones que se desestime la oferta del Consorcio Adjudicatario, se revoque la buena pro que se le otorgó, se corrija la evaluación técnica de su oferta y se le adjudique la buena pro del procedimiento de selección. Al respecto, expuso los siguientes argumentos:

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

Respecto al requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad”:

- Cuestiona la acreditación del requisito de calificación “Experiencia del postor en la especialidad”, al considerar no válidos nueve de las quince experiencias presentadas, al no haberse verificado en los contratos de consorcio respectivos de manera debida la participación de sus integrantes en los consorcios que ejecutaron los servicios de consultoría.
- Respecto a las experiencias 1, 2, 3, 4 y 13, manifiesta que los contratos de consorcio no detallan las obligaciones de cada consorciado, sino solo las participaciones, además se establece que su participación es solidaria sobre las utilidades líquidas que se obtengan de la supervisión.
- De manera similar, respecto a las experiencias 5, 6, 10 y 11, alega que el contrato de consorcio no detalla las obligaciones de cada consorciado, sino solo las participaciones. En el caso de la experiencia 10, señala que los consorciados asumirán en forma solidaria y en la experiencia 11, que las participaciones serán en las ganancias, pérdidas y aportes de capital necesarios, así como en las responsabilidades financieras.
- Considerando ello, advierte que, al descartar dichas contrataciones, el referido postor únicamente lograría acreditar el monto de S/ 236 437.21, el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

cual es menor al valor mínimo exigido en las bases integradas (S/ 720 168.75); por lo cual, solicita que se descalifique al Consorcio Adjudicatario.

Respecto a la oferta económica:

- Indica que en el numeral 1.8 de los términos de referencia, se establece un esquema mixto, por tarifas y a suma alzada, representando cada uno de ellos 90% y 10% del monto del contrato, respectivamente, lo cual debía tomarse en cuenta al momento de formular la oferta económica.
- Sin embargo, sostiene que el Consorcio Adjudicatario no ha cumplido con tal condición; ya que el monto de la supervisión representa el 88.88934% del monto total del contrato, y el de la liquidación, el 11.11066%.

Sobre su pretensión referida a que se corrija la evaluación técnica de su oferta:

Respecto al factor de evaluación “metodología propuesta”:

- Por otro lado, el Impugnante indica que el comité de selección únicamente le otorgó 25 puntos en el factor de evaluación “metodología propuesta”, pues consideró que no presentó un análisis básico de desarrollo de metodología y actividades propuestas a través de una EDT, es decir, que solo habría desarrollado seis de los siete numerales solicitados.

Al respecto, sostiene que sí consignó el punto observado por el comité, lo cual se puede verificar en el folio 445 de su oferta, en el cual obra una estructura de desglose de trabajo (EDT).

Respecto a los factores de evaluación “sostenibilidad ambiental y social” e “integridad en la contratación pública”:

- Añade que el órgano colegiado también observó que no presentó documentación para sustentar los factores de evaluación “sostenibilidad ambiental y social” e “integridad en la contratación pública”, lo cual confirma es cierto, ya que, por error humano, no pudo presentarlo; no obstante, asegura que cuenta con documentación para acreditar dichos factores.
- Por ende, considera que la evaluación de ofertas no se ajusta a lo exigido en las bases integradas y, con ese actuar, se ha vulnerado los el debido procedimiento, la seguridad jurídica, tener una decisión motivada y fundada en derecho, y el principio de trato, justo e igualitario.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

- En esa línea, solicita que se reevalúe su oferta técnica y se le asigne el puntaje completo.

Respecto a sus pretensiones referidas a que se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario y, en su lugar, esta le sea adjudicada:

- Solicita que, por las razones antes señaladas, se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario y, en razón de que su consorcio ocupó el segundo lugar en el orden de prelación en el procedimiento de selección, esta le sea adjudicada.
3. Con decreto del 6 de diciembre de 2022, debidamente notificado en el SEACE el día 12 del mismo mes y año, la Secretaría del Tribunal solicitó a la Entidad que emita su pronunciamiento respecto a la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección, a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes en el marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. Para tal fin se le otorgó el plazo de tres (3) días hábiles.

Asimismo, se admitió a trámite el recurso de apelación presentado en el marco del procedimiento de selección, y se corrió traslado a la Entidad, a fin de que cumpla, entre otros aspectos, con registrar en el SEACE el informe técnico legal, en el que indique su posición respecto de los hechos materia de controversia, en el plazo de tres (3) días hábiles y, además, se dispuso notificar el recurso interpuesto, a los postores distintos del Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución que emita este Tribunal, mediante su publicación en el SEACE, y remitir a la Oficina de Administración y Finanzas el comprobante de depósito en efectivo en cuenta corriente, expedido por el Banco de la Nación, para su verificación.

4. Por medio del escrito s/n, presentado el 15 de diciembre de 2022 ante el Tribunal, el Consorcio Adjudicatario se apersonó al procedimiento y absolvió el recurso de apelación, en los siguientes términos:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

Sobre la pretensión del Impugnante referida a que se desestime su oferta:

Respecto al requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad”:

- Manifiesta que las bases integradas exigen acreditar el porcentaje de las obligaciones asumidas, y no las obligaciones no asumidas, siendo estos datos accesorios.
- Detalla que, a partir de la lectura integral de los contratos de consorcio de sus experiencias, se evidencia que, en una cláusula introductoria los consorciados asumen las obligaciones de supervisión y en otra posterior, se detallan los porcentajes que representa su participación.
- Además, describe que, en todas las experiencias cuestionadas, salvo la experiencia 11, acompañó la constancia de prestación de servicio, en la cual se detallan los porcentajes que asumió en la contratación.

Respecto a la oferta económica:

- Manifiesta que los únicos aspectos que las bases exigían tomar en cuenta para la fijación de su oferta económica son los límites de valor referencial.
- Añade que el numeral 1.8 de los términos de referencia, tiene que ver con la forma de pago y no con la etapa de admisión de ofertas.
- Sin perjuicio de ello, sostiene que, en el supuesto negado que se dé la razón al Impugnante en este punto, procedería una subsanación de su oferta, pues se trataría del mismo valor total y solo se modificaría el porcentaje que representan la supervisión y liquidación.

Respecto a la pretensión del Impugnante referida a que se corrija la evaluación técnica de su oferta:

- Recalca que el Impugnante ha reconocido haber omitido la presentación de la información correspondiente para acreditar los factores de evaluación técnica; por lo cual, considera que el comité de selección ha actuado debidamente al asignar el puntaje que le ha otorgado.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

Respecto a las pretensiones del Impugnante referidas a que se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario y, en su lugar, esta le sea adjudicada:

- Solicita que, por las razones antes señaladas, se declare infundado el recurso en todos sus extremos.
5. El 15 de diciembre de 2022, la Entidad registró en el SEACE el Informe Legal N.º 221-2022-OC-DGA/MPCH/WCHCC, suscrito por el señor Wilver Chaupe Cchua, abogado de la Oficina de Contrataciones, y el Informe técnico N.º 001-2022-BVS-PCS-MPCH, suscrito por el comité de selección, en los que refiere lo siguiente:

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

Respecto al requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad”:

- Considera que, en el procedimiento de selección, el objetivo es acreditar experiencia en el objeto de la convocatoria y no la de determinar responsabilidades administrativas.
- Advierte que el comité de selección valoró de manera integral los contratos, contratos de consorcio, constancia de prestación de consultoría de obra presentados por el Consorcio Adjudicatario, al momento de evaluar su oferta, determinando que esta es correcta.

Respecto a la oferta económica:

- Añade que la forma de pago no es un factor de evaluación, sino que es referencial, y debe ser analizado por los participantes al momento de formular su propuesta; toda vez que ellos son los responsables de la supervisión y liquidación de obra.
- Estima que los montos previstos por el Consorcio Adjudicatario garantizan la ejecución de las prestaciones de forma integral y no perjudica la ejecución y/o liquidación de la obra.

Respecto a la pretensión del Impugnante referida a que se corrija la evaluación técnica de su oferta:

- Incide en que el Impugnante no desarrolla la gestión de riesgos de la metodología propuesta; asimismo, alude que la estructura de desglose no

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

demuestra la descomposición del proyecto, el cual está organizado en varios niveles. En otras palabras, alega que dicho documento permite ver, de una forma más sencilla, los entregables que se deben hacer para procesarlas.

Respecto a las pretensiones del Impugnante referidas a que se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario y, en su lugar, esta le sea adjudicada:

- Señala que, por las razones antes señaladas, se debe declarar infundado el recurso en todos sus extremos.
6. A través del decreto del 19 de diciembre de 2022, se tuvo por apersonado al Consorcio Adjudicatario.
 7. Mediante decreto del 19 de diciembre de 2022, se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que evalúe la información que obra en el mismo y, de ser el caso, dentro del término de cinco (5) días hábiles lo declare listo para resolver; al respecto, el expediente se recibió en sala el día 20 del mismo mes y año.
 8. Con decreto del 21 de diciembre de 2022, se programó audiencia pública para el 29 del mismo mes y año, la cual se llevó a cabo con los representantes de las partes y la Entidad.
 9. Por medio del decreto del 29 de diciembre de 2022, se advirtió un posible vicio de nulidad en los términos de referencia, en tanto que en el numeral 18, se indican ciertos porcentajes que deben representar los montos a pagar por la supervisión y la revisión y conformidad de la liquidación final de contrato de obra y contrato de consultoría, lo cual constituir una contravención a la libertad de empresa y al principio de transparencia.
- En ese sentido, se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que se pronuncien si dicha situación constituiría un vicio que acarree la nulidad del procedimiento de selección.
10. A través del Escrito N.º 3, presentado el 9 de enero de 2023 ante el Tribunal, el Impugnante absolvió el traslado de nulidad, en el siguiente sentido:
 - Alega que en el numeral 1.3 del capítulo I de la sección específica de las bases integradas se hace mención al valor referencial, monto que deriva del desagregado de costos de supervisión formulado en el expediente técnico

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

como parte del presupuesto total de la obra, el cual cumple con la condición descrita en el numeral 18 de los términos de referencia.

- Recalca, entonces, que el valor referencial tiene dos ítems, con cantidades en porcentajes establecidos y/o condiciones que deben cumplir los postores en su oferta económica.
- Añade que el área usuaria ha considerado las condiciones del numeral 18 en mención, con la finalidad de garantizar la proporción correspondiente que deben tener los montos, tanto para la supervisión de la obra, como para la liquidación de obra, en la oferta económica de los postores.

Advierte que, en un escenario en que no se fijen límites, el postor podría proponer su oferta económica en proporciones indistintas, dando mayores o menores cantidades a cada ítem, cumpliendo con el valor referencial del servicio y con los límites establecidos en el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley y el comité no tendría motivo de descalificar una oferta por señalar proporciones diferentes; no obstante, resalta que en el presente caso, el área usuaria ha considerado necesario garantizar las proporciones de los montos entre los ítems de supervisión y liquidación.

- Indica que, por dicha razón, se sintió debidamente motivado para interponer el recurso de apelación dentro del marco normativo.
 - Agrega que hubo una etapa para formular consultas y observaciones a las bases, en la cual no hubo cuestionamientos a las bases, por lo que estas quedaron firmes, siendo estas las reglas definitivas del procedimiento de selección.
 - Por ende, resalta que la propuesta económica del Adjudicatario no se ajusta a lo indicado en el numeral 18 de los términos de referencia, respecto a la forma de pago que, si bien es cierto, se da en la etapa de la ejecución de la misma, su error puede alterar el equilibrio económico, al tener un sistema de contratación de esquema mixto, en tanto, la liquidación a suma alzada se garantizaría en una sola armada, pero no así con la etapa de supervisión de obra a tarifa.
- 11.** Mediante decreto del 9 de enero de 2023, se declaró el expediente listo para resolver.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

III. FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis el recurso de apelación interpuesto por el señor Hilmerd Roberto Romainville Yturriaga contra el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N.º 035-2022-MPCH/C-1 – Primera Convocatoria.

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 mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.
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, es decir, en la procedencia inicia el análisis sustancial, puesto que se hace una confrontación entre determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutor.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento, a fin de determinar si el presente recurso es procedente o si, por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

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

El artículo 117 del Reglamento delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que es conocido y resuelto por el Tribunal cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco. Asimismo, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

uno desierto, el valor estimado o valor referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto a una adjudicación simplificada, cuyo valor referencial asciende a S/ 329 560.31 (trescientos veintinueve mil quinientos sesenta con 31/100 soles), se tiene que dicho monto es superior a 50 UIT², por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

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

El artículo 118 del Reglamento ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: i) las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, ii) las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, iii) los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, iv) las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y v) las contrataciones directas.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la evaluación técnica de su oferta y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección al Adjudicatario; por consiguiente, se advierte que los actos objeto de cuestionamiento no se encuentran comprendidos en la relación de actos inimpugnables.

c) Sea interpuesto fuera del plazo.

El artículo 119 del precitado Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, mientras que, en el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación.

De igual modo, según el literal c) del artículo 122 del Reglamento, la omisión de los requisitos señalados en los literales b), d), e), f) y g) del artículo 121 – identificación del impugnante, el petitorio, las pruebas instrumentales pertinentes, la garantía por interposición del recurso y copia de la promesa de

² El procedimiento de selección fue convocado el 28 de octubre de 2022; por lo cual, la Unidad Impositiva Tributaria aplicable es del año 2022. Mediante Decreto Supremo N° 398-2021-EF, se aprobó el valor de la UIT para el año 2022, ascendiendo a S/ 4600.00, y el de 50 UIT, S/ 230 000.00.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

consorcio, cuando corresponda—, es subsanada por el apelante dentro del plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación del recurso de apelación. Este plazo es único y suspende todos los plazos del procedimiento de impugnación.

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, teniendo en cuenta que el procedimiento de selección se efectuó mediante una adjudicación simplificada, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer su recurso de apelación, el cual vencía el 30 de noviembre de 2022, considerando que la buena pro fue publicada en el SEACE el día 23 del mismo mes y año.

Precisamente, se aprecia que el 30 de noviembre de 2022, el Impugnante presentó su escrito impugnatorio, subsanándolo el 2 de diciembre del mismo año, es decir, dentro de los dos días hábiles posteriores; en ese sentido, se verifica que cumplió con interponer su recurso dentro de los plazos descritos en los artículos 119 y 122 del Reglamento.

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

De la revisión del recurso de apelación, se observa que este aparece suscrito por el señor Luis Alberto Acuña Vargas, gerente general del Impugnante.

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

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual pueda evidenciarse que el Impugnante se encuentre inmerso en causal de impedimento.

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

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte algún elemento a partir del cual se evidencie 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.*

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

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

Nótese que, de determinarse irregular la decisión del comité de selección, causaría agravio al Impugnante en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro, puesto que el otorgamiento de la buena pro habría sido realizado transgrediendo lo establecido en la Ley, el Reglamento y las bases integradas.

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

En el caso concreto, la oferta del Impugnante ocupó el segundo lugar en el orden de prelación.

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

El Impugnante ha señalado como pretensiones que se desestime la oferta del Consorcio Adjudicatario, se revoque la buena pro que se le otorgó, se corrija la evaluación técnica de su oferta y se le adjudique la buena pro del procedimiento de selección; por tanto, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que estos se encuentran orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

3. En consecuencia, atendiendo a las consideraciones descritas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento, por lo que corresponde efectuar el análisis de los asuntos de fondo propuestos.

B. PRETENSIONES:

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

- Se descalifique la oferta del Consorcio Adjudicatario.
- Se corrija la evaluación técnica de su oferta.
- Se revoque la buena pro que se le otorgó.
- Se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

4. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos del presente recurso.

Al respecto, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 y literal b) del artículo 127 del Reglamento, que indica que la determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento.

Asimismo, de acuerdo con el literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, los postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados deben absolver el traslado del recurso de apelación dentro del plazo de tres (3) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de haber sido notificados con el respectivo recurso.

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

En ese contexto, se tiene que recurso presentado y el decreto de su admisión fueron publicados de manera electrónica por el Tribunal en el SEACE el 12 de diciembre de 2022, por lo cual el traslado del recurso de apelación podía hacerse hasta el 15 del mismo mes y año.

Al respecto, el Consorcio Adjudicatario absolvió el recurso de apelación el 15 de diciembre de 2022, respondiendo a los argumentos planteados por el Impugnante y sin señalar cuestionamientos adicionales.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

5. En atención a ello, los puntos controvertidos a esclarecer son los siguientes:

- Determinar si corresponde descalificar la oferta del Consorcio Adjudicatario y, como consecuencia de ello, revocar la buena pro que se le otorgó.
- Determinar si corresponde corregir la evaluación técnica de la oferta del Impugnante.
- Determinar si corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección al Impugnante.

D. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

6. Con el propósito de esclarecer la presente controversia, es relevante destacar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.
7. 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.
8. En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, este Colegiado se avocará al análisis de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento de impugnación.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde descalificar la oferta del Consorcio Adjudicatario y, como consecuencia de ello, revocar la buena pro que se le otorgó.

9. Como primer punto de su recurso de apelación, el Impugnante cuestiona dos aspectos de la oferta del Consorcio Adjudicatario:
- (i) La experiencia del postor en la especialidad: pues considera no válidas nueve de las quince experiencias presentadas, al no verificarse en los

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

contratos de consorcio respectivos de manera debida la participación de sus integrantes en los consorcios que ejecutaron los servicios de consultoría.

- (ii) La oferta económica: al no respetar el porcentaje previsto para la supervisión y liquidación.

10. Si bien debido al orden de las etapas en el análisis de las ofertas en las consultorías de obras, correspondería primero analizar la calificación efectuada a dicho postor y luego, si cabe el caso, la evaluación económica, es pertinente recordar que mediante decreto de fecha 29 de diciembre de 2022, se efectuó el traslado de un posible vicio de nulidad en las bases que se encuentra relacionado al cuestionamiento de la oferta económica del Adjudicatario.

Por dicha razón, conviene abordar en primer lugar este punto, pues de corroborar que existe un vicio de nulidad, carecería de objeto revisar las demás observaciones planteadas en el recurso, pues el procedimiento de selección se retrotraería hasta la etapa de convocatoria.

Sobre la oferta económica:

11. En su recurso de apelación, el Impugnante indicó que en el numeral 1.8 de los términos de referencia, se establece un esquema mixto, por tarifas y a suma alzada, representando cada uno de ellos 90% y 10% del monto del contrato, respectivamente, lo cual debía observarse al momento de formular la oferta económica.

Sin embargo, sostiene que el Consorcio Adjudicatario no ha cumplido con tal condición; ya que el monto de la supervisión representa el 88.88934% del monto total del contrato, y el de la liquidación, el 11.11066%.

12. Por su parte, en su escrito de absolución al recurso de apelación, el Consorcio Adjudicatario refirió que los únicos aspectos que las bases exigían tomar en cuenta para la fijación de su oferta económica eran los límites de valor referencial.

Añade que el numeral 1.8 de los términos de referencia, tiene que ver con la forma de pago y no con la etapa de admisión de ofertas.

Sin perjuicio de ello, sostiene que en el supuesto negado que se dé la razón al Impugnante respecto a la indebida formulación de su oferta económica,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

procedería su subsanación; pues se trataría del mismo monto total y solo se modificaría el porcentaje que representan la supervisión y liquidación.

13. A su turno, la Entidad presentó el Informe Legal N.º 221-2022-OC-DGA/MPCH/WCHCC y el Informe Técnico N.º 001-2022-BVS-PCS-MPCH, en los que señaló que la forma de pago no es un factor de evaluación, sino los montos detallados son referenciales, y debe ser analizado por los participantes al momento de formular su propuesta; toda vez que ellos son los responsables de la supervisión y liquidación de obra.

Así, estima que los montos previstos por el Consorcio Adjudicatario garantizan la ejecución de las prestaciones de forma integral y no perjudica la ejecución y/o liquidación de la obra.

14. Considerando que la controversia gira en torno a un supuesto error en los montos presentados por el Consorcio Adjudicatario en su oferta económica, es necesario traer a colación lo que las bases integradas señalan sobre dicho extremo, así como los conceptos vinculados para la determinación del precio de la oferta.
15. En principio, es pertinente tener en cuenta que el “Anexo N.º 6 – Precio de la oferta” es un documento que es revisado por el comité de selección en la etapa de evaluación económica.

En lo que se refiere a dicha información, se observa que el numeral 1.6 del capítulo I y el numeral 11 del apartado “Términos de referencia”, correspondiente al capítulo III de su sección específica, indican que la consultoría objeto de contratación se desarrollaría bajo el sistema de contratación por esquema mixto, tal como se puede ver:

Capítulo I:

1.6. SISTEMA DE CONTRATACIÓN

El presente procedimiento se rige por el sistema de ESQUEMA MIXTO, la supervisión a TARIFAS y la liquidación a SUMA ALZADA, de acuerdo con lo establecido en el expediente de contratación respectivo.

* Extraído de la página 14 de las bases integradas

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

Capítulo III:

11. SISTEMA DE CONTRATACIÓN

El presente procedimiento se rige por el SISTEMA DE CONTRATACION POR ESQUEMA MIXTO, precisándose que en concordancia con el art. 35 inciso d. de la ley N°30225 de contrataciones del estado, en este caso, el postor formula su oferta para el tiempo de ejecución real de obra proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se basan en tarifas. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades. Y para el periodo de liquidación formulara por el total entregable a suma alzada.

* Extraído de la página 34 de las bases integradas

De acuerdo al artículo 35 del Reglamento, el sistema de contratación a suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento. Tratándose de consultoría de obras, el postor formula su oferta considerando los trabajos necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida, según los términos de referencia y el valor referencial, en ese orden de prelación.

De otro lado, el sistema de tarifas se da para las contrataciones de consultoría en general y consultoría de obra, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se basan en tarifas. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.

Según el literal c) del artículo 35 del Reglamento, el esquema mixto de suma alzada, tarifas y/o precios unitarios, es aplicable para la contratación de servicios en general, obras y consultoría de obras.

16. En congruencia con este extremo de las bases, el numeral 1.3 del capítulo I de la citada sección indica los límites del valor referencial total, así como valores referenciales tanto para la supervisión de obra como para la liquidación de obra:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

1.3. VALOR REFERENCIAL⁴

El valor referencial asciende a S/ 329,560.31 (Trescientos veintinueve mil quinientos sesenta con 31/100 soles), incluidos los impuestos de Ley y cualquier otro concepto que incida en el costo total del servicio de consultoría de obra. El valor referencial ha sido calculado al mes de mayo del 2022.

Valor Referencial (VR)	Límites ⁵	
	Inferior	Superior
S/ 329,560.31 (TRESCIENTOS VEINTINUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA CON 31/100 SOLES).	S/ 296,604.28 (DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUATRO CON 28/100 SOLES).	S/ 362,516.34 (TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS DIECISÉIS CON 34/100 SOLES).

Importante

Las ofertas económicas no pueden exceder los límites del valor referencial de conformidad con el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley.

Importante para la Entidad

- Cuando se trate de una contratación por relación de ítems, se debe consignar los valores referenciales de cada ítem.

- En caso de supervisión de obras, si el sistema de contratación es de tarifas se debe indicar la tarifa referencial correspondiente al periodo o unidad de tiempo definido (día, mes, entre otros) por el plazo de ejecución estimado, según el siguiente detalle:

DESCRIPCIÓN DEL OBJETO	N° DE PERIODOS DE TIEMPO ⁶	PERIODO O UNIDAD DE TIEMPO ⁷	TARIFA REFERENCIAL UNITARIA	VALOR REFERENCIAL TOTAL
Supervisión de obra	270	DÍAS	S/ 1,098.53	S/ 296,604.28

En el caso de supervisión de obras, cuando se haya previsto que las actividades comprenden además la liquidación del contrato de obra, se debe desagregar el monto correspondiente a ambas prestaciones, según el siguiente detalle:

DESCRIPCIÓN DEL OBJETO	N° DE PERIODOS DE TIEMPO ⁸	PERIODO O UNIDAD DE TIEMPO ⁹	TARIFA REFERENCIAL UNITARIA	VALOR REFERENCIAL TOTAL
Supervisión de obra	270	DÍAS	S/ 1,098.53	S/ 296,604.28
Liquidación de obra				S/ 32,956.03
				S/ 329,560.31

* Extraído de las páginas 13 y 14 de las bases integradas

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

No obstante, pese a que en este acápite se indica que los valores precisados para la supervisión como para la liquidación son referenciales –es decir, son informativos mas no obligatorios–, en el acápite 18 de los términos de referencia se menciona que la Entidad realizará el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista, estableciendo para ello una proporción del 90% del monto del contrato por el trabajo de supervisión y el 10%, por la liquidación de la obra, sin indicar que esta división del pago es referencial, según se observa:

18. FORMA DE PAGO:

La entidad realizará el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista en armadas mensuales, bajo el sistema de contratación **Por ESQUEMA MIXTO**, el monto que figure en el contrato, monto que está dividido en los siguientes rubros:

✓ **PRIMERA PARTE: POR TARIFA**

a) **Trabajos de Supervisión de Ejecución de obra.**
90 % del monto del contrato por el servicio efectivamente realizado en la ejecución de la obra, tales como como el control de la obra, presentación de informes mensuales como valorizaciones de obra y del servicio de supervisión, Recepción de Obra y otras actividades propias del servicio. En la etapa de Ejecución de Obra, la Entidad realizará el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista en pagos mensuales según tarifa ofertada, previa conformidad por parte del área usuaria.

✓ **SEGUNDA PARTE: A SUMA ALZADA**

a) **Revisión y Conformidad de la Liquidación Final de Contrato de Obra y contrato de consultoría de obra.**
10% del monto contratado por la etapa de liquidación de la obra. El último pago correspondiente a la Etapa de liquidación del contrato de ejecución de obra, será cancelado en una armada empleando el sistema a suma alzada, según contrato, a la aprobación de la liquidación de la obra. Previa conformidad por parte del área usuaria

* Extraído de la página 41 de las bases integradas

Es pertinente tener en cuenta que los montos precisados en la oferta ganadora finalmente serían los que se paguen al contratista; por lo cual, la distribución de pagos establecida en el citado numeral 18 podría ser distinta a la que oferten los postores, lo que implica que habría una discrepancia o posible incumplimiento con tal disposición si la oferta ganadora contempla una proporción. Ello se torna en aun más grave por cuanto, según lo establece el artículo 138 del Reglamento, tanto las disposiciones contenidas en las bases integradas como en la oferta del ganador de la buena pro, constituirán partes integrantes del contrato, con lo cual la discrepancia generaría reglas contractuales incongruentes y contradictorias.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

17. Bajo ese escenario, atendiendo al numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento, se efectuó el traslado de dicha situación, a fin de que las partes se pronuncien al respecto.
18. En atención a ello, el Impugnante alegó que en el numeral 1.3 del capítulo I de la sección específica de las bases integradas se hace mención al valor referencial, monto que deriva del desagregado de costos de supervisión formulado en el expediente técnico como parte del presupuesto total de la obra, el cual cumple con la condición descrita en el numeral 18 de los términos de referencia.

Recalca, entonces, que el valor referencial tiene dos ítems, con cantidades en porcentajes establecidos y/o condiciones que deben cumplir los postores en su oferta económica.

Añade que el área usuaria ha considerado las condiciones del numeral 18 en mención, con la finalidad de garantizar la proporción correspondiente que deben tener los montos, tanto para la supervisión de la obra, como para la liquidación de obra, en la oferta económica de los postores.

Advierte que, en un escenario en que no se fijen límites, el postor podría proponer su oferta económica en proporciones indistintas, dando mayores o menores cantidades a cada ítem, cumpliendo con el valor referencial del servicio y con los límites establecidos en el numeral 28.2 del artículo 28 de la Ley y el comité no tendría motivo de descalificar una oferta por señalar proporciones diferentes; no obstante, resalta que en el presente caso, el área usuaria ha considerado necesario garantizar las proporciones de los montos entre los ítems de supervisión y liquidación.

Indica que, por dicha razón, se sintió debidamente motivado para interponer el recurso de apelación dentro del marco normativo.

Agrega que hubo una etapa para formular consultas y observaciones a las bases, en la cual no hubo cuestionamientos a las bases, por lo cual estas quedaron firmes, siendo estas las reglas definitivas del procedimiento de selección.

Por ende, resalta que la propuesta económica del Adjudicatario no se ajusta a lo indicado en el numeral 18 de los términos de referencia, respecto a la forma de pago que, si bien es cierto, se da en la etapa de la ejecución de la misma, su error puede alterar el equilibrio económico, al tener un sistema de contratación de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

esquema mixto, en tanto, la liquidación a suma alzada se garantizaría en una sola armada, pero no así con la etapa de supervisión de obra a tarifa.

19. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que ni la Ley, ni el Reglamento, ni las bases estándar aplicables al procedimiento de selección, contemplan la posibilidad de que la Entidad limite a los postores a someterse a porcentajes específicos para la supervisión y para la liquidación de la obra en la distribución del monto total ofertado, que, luego pasaría a ser el monto contratado, en el caso del adjudicatario.

Asimismo, resulta pertinente tener en cuenta que una de las manifestaciones de la libertad de empresa es la libertad de organización, la cual consiste en la facultad que se le otorga al empresario para determinar sus objetivos empresariales, es decir, para ordenar con libertad el proceso económico, combinando los factores productivos (capital y trabajo), buscando maximizar el resultado y reduciendo los costes³.

En el caso concreto, la disposición recogida en el numeral 18 de los términos de referencia restringe la libertad del postor de definir los conceptos que integran el monto de su oferta en atención a sus necesidades, lo cual contraviene el derecho a la libertad de empresa, más aún cuando el análisis de dichos valores no varía el monto de la oferta económica.

20. A ello, cabe añadir que el citado numeral, aunque se refiere a la ejecución contractual, claramente entra en contradicción con el numeral 1.3 del capítulo I, que precisa que los valores precisados para la supervisión y la liquidación son referenciales; ya que se establece una proporción del pago, que puede ser diferente a los montos presentados por el adjudicatario, como ha ocurrido en el presente caso.

En ese sentido, si se considera que la regulación citada solo es aplicable a los pagos que puedan efectuarse durante la ejecución contractual, y no tienen relación con los precios que ofertan los postores, dicha situación podría significar una afectación al principio de transparencia, pues en el citado numeral 18, se establece una distribución de pagos, que podría ser distinta a la que oferten los postores, como ha ocurrido en el presente caso. Además, esta afectación a la transparencia se trasladaría a la etapa contractual, pues, como se ha señalado anteriormente,

³ Gutiérrez, Walter (2006). Libertad de empresa en Walter Gutiérrez (Ed.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (Vol. 1, pp. 799). Editorial Gaceta Jurídica. <http://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/constitucion-politica-comentada-gaceta-juridica-tomo-i.pdf>.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

según lo establece el artículo 138 del Reglamento, tanto las disposiciones contenidas en las bases integradas como en la oferta del ganador de la buena pro, constituirán partes integrantes del contrato, con lo cual la discrepancia generaría reglas contractuales incongruentes y contradictorias.

Ante ello, es pertinente traer a colación el principio de transparencia –consagrado en el literal c) del artículo 2 de la Ley– que ordena a las Entidades a proporcionar información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.

Dicha falta de transparencia, se grafica en el presente caso, precisamente en que la Entidad y el Impugnante han entendido el numeral 18 acotado de forma distinta, pues, según lo expuesto por la Entidad en sus informes, los valores de la oferta para la supervisión y liquidación son referenciales, por lo cual no tendrían que limitarse a un porcentaje estricto; sin embargo, el Impugnante sostiene que los porcentajes descritos en dicha disposición deben ser respetados y por dicha razón es uno de los cuestionamientos en los que basa su recurso de apelación. Adicionalmente, de mantenerse el proceso con los vicios advertidos, la falta de transparencia se extendería hasta la etapa contractual, pues se tendrían disposiciones contractuales incongruentes y contradictorias.

Asimismo, el principio de concurrencia, previsto en el literal a), las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

De igual manera, el principio de competencia, establecido en el literal e) del mismo artículo, rige que los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

En ese sentido, la exclusión de ofertas por exigir un requisito no contemplado en las bases integradas puede generar una limitación al libre acceso y participación de los postores en el procedimiento de selección, así como la competencia entre los proveedores.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

En ese sentido, la incongruencia en este extremo afecta la claridad de las reglas de la contratación, y con ello, constituye una barrera para el entendimiento de potenciales proveedores en el presente procedimiento de selección. En el presente caso, se observa que se registraron 17 participantes, más solo hubo cinco postores.

21. Frente a un escenario como el descrito, la normativa prevé la posibilidad de corregir actos contrarios a sus disposiciones. Al respecto, la nulidad constituye una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita que permita sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.

Por lo expuesto, debe advertirse 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 las Entidades, 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, debiéndose expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

En el mismo sentido, el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento prescribe que, al ejercer su potestad resolutive, cuando el Tribunal verifique alguno de los supuestos del numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, ya sea en virtud de un recurso interpuesto o de oficio, declara la nulidad de los actos que correspondan, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotrae el procedimiento de selección, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.

22. En el caso concreto, se advierte que la decisión del comité de selección de exigir un requisito que no se desprende de las bases integradas [es decir, que el precio de la oferta de los postores contemplen para su cálculo sea en el mismo porcentaje precisado en el numeral 18 de los términos de referencia] contraviene la libertad de empresa y los principios de transparencia, libertad de concurrencia y de competencia
23. Por lo expuesto, este Colegiado concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, concordante con lo dispuesto en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, **corresponde declarar de oficio la nulidad del procedimiento de selección, retrotrayéndose el mismo a la etapa de la convocatoria**, previa reformulación de las bases, a efectos de que se corrija el numeral 18, suprimiéndose los porcentajes referidos al pago para las prestaciones

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

de supervisión y liquidación respectivamente, o se indique que estos son referenciales.

24. La nulidad declarada, evidentemente, deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Adjudicatario.
25. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto por el numeral 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG, este Colegiado considera que debe ponerse en conocimiento del Titular de la Entidad la presente Resolución, a fin de que conozca el vicio advertido y realicen las acciones que correspondan conforme a sus atribuciones, así como para que exhorte al comité de selección y a las áreas que intervengan en la elaboración de los documentos que recogen las bases, que actúen de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar futuras nulidades que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado.
26. Por último, en atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y toda vez que este Tribunal declarará la nulidad de oficio del procedimiento de selección sin pronunciamiento sobre el petitorio del Impugnante, **corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por aquel**, para la interposición de su recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Jorge Luis Herrera Guerra y la intervención del Vocal Cristian Joe Cabrera Gil, quien reemplaza al Vocal Héctor Marín Inga Huamán según el Rol de Turnos de Presidentes de Sala vigente, y la Vocal Paola Saavedra Alburqueque, atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N.º 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a partir del 14 de marzo de 2019, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N.º 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. **Declarar de oficio la nulidad** de la Adjudicación Simplificada N.º 035-2022-MPCH/C-1 – Primera Convocatoria, **retrotrayéndose el mismo a la etapa de convocatoria, previa formulación de las bases**, conforme a la fundamentación.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0151-2023-TCE-S3

2. Devolver la garantía presentada por el señor Hilmerd Roberto Romainville Yturriaga, para la interposición de su recurso de apelación.
3. Comunicar la presente resolución al Titular de la Entidad, conforme a lo señalado en el fundamento 25.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JORGE LUIS HERRERA GUERRA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

CRISTIAN JOE CABRERA GIL
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE