

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00436-2023-TCE-S5

Sumilla: *“Según lo dispuesto en el literal a) del numeral “2.3 Requisitos para perfeccionamiento del contrato” del Capítulo II de las bases integradas, a fin de suscribir el contrato derivado del procedimiento, el postor ganador de la buena pro del procedimiento de selección debía presentar, entre otros documentos, la “garantía de fiel cumplimiento del contrato, de ser el caso.”*

Lima, 30 de enero de 2023.

VISTO en sesión de fecha 30 de enero de 2023 de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 10765/2022.TCE** sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa HIDROLED S.A.C., en la Adjudicación Simplificada N° 066-2022-MIDAGRI-AGROPUR-1 Primera convocatoria, para la contratación de bienes: *“Adquisición de equipo de tratamiento de agua (desalinización de agua), producción mínima de 18m3/día, en el marco del PAM -2022, el PAE-2022 y el decreto supremo N° 149-2022 EF*; y; atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 4 de noviembre de 2022, el Programa de Desarrollo Agrario Rural - AGRORURAL, en lo sucesivo la **Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 066-2022-MIDAGRI-AGROPUR-1 Primera convocatoria, para la contratación de bienes: *“Adquisición de equipo de tratamiento de agua (desalinización de agua), producción mínima de 18m3/día, en el marco del PAM -2022, el PAE-2022 y el decreto supremo N° 149-2022 EF”*, con un valor estimado de S/ 282,000.00 en lo sucesivo el **procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, 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 respectivas modificatorias, en adelante **el Reglamento**.

El 15 de noviembre de 2022, se llevó a cabo la presentación electrónica de oferta y el mismo día se publicó en el SEACE el otorgamiento de la buena pro a favor de la empresa HIDROLED S.A.C., en mérito a los siguientes resultados:

POSTOR	ETAPAS				
	ADMISIÓN	PRECIO OFERTADO (S/.)	EVALUACIÓN Y ORDEN DE PRELACIÓN		RESULTADO
HIDROLED S.A.C.	Admitido	208,469.02	105	1	Adjudicatario
AQUAFIL S.A.C.	Admitido	308, 400.00	64.08	2	Calificado

El 23 de noviembre de 2022, se publicó el consentimiento de la buena pro; sin embargo, el 22 de diciembre del mismo año, se publicó la Carta N° 361-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/UA, mediante la cual se declaró la pérdida automática de la buena pro, al no cumplirse con subsanar las observaciones de los documentos presentados para el perfeccionamiento del contrato.

- Mediante Formulario de interposición de recurso impugnativo y escrito s/n presentado el 28 de diciembre de 2022, ante la Mesa de Partes Virtual del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el **Tribunal**, la empresa HIDROLED S.A.C., en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la pérdida de la buena pro; como consecuencia de ello solicitó que se tenga por subsanadas las observaciones formuladas a la documentación que presentó para la firma del contrato y se perfeccione el contrato; en base a los siguientes argumentos:

La carta fianza no menciona la nomenclatura del procedimiento de selección.

- Manifiesta que mediante Carta N° 334-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRORURAL del 5 de diciembre de 2022, la Entidad requiere la presentación de una carta fianza, sin hacer mención alguna sobre algún requerimiento o contenido especial o adicional. El 13 del mismo mes y año presentó la Carta Fianza N° D000-03794589 expedida por el Banco de Crédito del Perú.
- Indica que a pesar de haber cumplido con lo requerido, mediante Carta N° 361-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/UA del 22 de diciembre de 2022, la Entidad le comunicó la pérdida automática de la buena pro al no haber subsanado las observaciones formuladas a los documentos para la firma del contrato.

- Señala que en dicha oportunidad la Entidad invocó la aplicación del artículo 4 de la Ley N° 27287 y además, indicó lo siguiente *“no se consigna el tipo ni el número de procedimiento de selección, situación que imposibilita determinar lo que se pretende garantizar (...)”*.
 - Señala que la Carta Fianza N° D000-03794589 contempla la información necesaria para cumplir el objetivo de garantizar el cumplimiento de la obligación, no habiendo causal de imprecisión que impida su cobro.
 - Refiere que en cuanto al argumento del artículo 4 de la Ley N° 27287, la carta fianza no es un título valor, ya que, no se encuentra dentro del ámbito de dicha ley, ni por aplicación transitoria, ni suplementaria, siendo una garantía dirigida a respaldar obligaciones de una persona natural o jurídica frente a un acreedor.
3. Con Decreto del 5 de enero de 2023, debidamente notificado el 6 del mismo mes y año, la Secretaría del Tribunal solicitó a la Entidad que emita 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 la constancia de la garantía presentada por el Consorcio Impugnante para su verificación y custodia
4. Con Decreto del 16 de enero de 2023, se dio cuenta que la Entidad no registró en el SEACE el Informe Técnico Legal; asimismo se dispuso la remisión del expediente a la Quinta 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.
5. A través del Decreto del 17 de enero de 2023, se convocó a audiencia pública para el 24 del mismo mes y año.
6. Por Decreto del 20 de enero de 2023, a fin de contar con mayores elementos de juicio

para emitir pronunciamiento se solicitó lo siguiente:

AL PROGRAMA DE DESARROLLO AGRARIO RURAL - AGRORURAL (LA ENTIDAD):

1. *Copia del documento, a través del cual el Impugnante presentó los documentos para el perfeccionamiento del contrato, con sus respectivos anexos y su respectivo cargo de presentación (u otro documento que evidencie la fecha de presentación).*
2. *Copia del documento, a través del cual su representada comunicó las observaciones formuladas a la documentación que presentó el Impugnante para el perfeccionamiento del contrato, con sus respectivos anexos y su respectivo cargo de presentación (u otro documento que evidencie la fecha de presentación).*
3. *Copia del documento, a través del cual el Impugnante subsanó las observaciones formuladas a la documentación para el perfeccionamiento del contrato, con sus respectivos anexos y su respectivo cargo de presentación (u otro documento que evidencie la fecha de presentación).*
4. *De ser el caso, remita copia de otros documentos y/o comunicaciones que hubiera presentado el Impugnante y/o su representada, durante el trámite del perfeccionamiento del contrato, o con posterioridad, con sus respectivos anexos y sus respectivos cargos de presentación (u otro documento que evidencie la fecha de presentación).*
5. *Copia del Informe N° 4885-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO-RURAL-DE/UA-SUA que es mencionado en la Carta N° 361-2022- MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO-RURAL-DE/UA (mediante el cual comunica la pérdida de la buena pro a favor del Impugnante).*

Además, teniéndose en cuenta que a través del Decreto del 6 de enero de 2023, la Secretaría del Tribunal le solicitó que se pronuncie sobre el recurso de apelación interpuesto en el marco del procedimiento de selección, sin que, a la fecha, haya cumplido con ello; se le reitera para que cumpla con tal requerimiento.

A LA EMPRESA HIDROLED S.A.C. (EL IMPUGNANTE):

1. *Copia del documento, a través del cual su representada presentó ante la Entidad, los documentos para el perfeccionamiento del contrato, con sus respectivos anexos y su respectivo cargo de presentación (u otro documento que evidencie la fecha de presentación).*
2. *Copia del documento, a través del cual la Entidad le comunicó las observaciones formuladas a la documentación que presentó su representada para el perfeccionamiento del contrato, con sus respectivos anexos y su respectivo cargo de presentación (u otro documento que evidencie la fecha de presentación).*
3. *Copia del documento, a través del cual su representada subsanó las observaciones formuladas a la documentación para el perfeccionamiento del contrato, con sus*

respectivos anexos y su respectivo cargo de presentación (u otro documento que evidencie la fecha de presentación).

(...)

7. Mediante Decreto del 24 de enero de 2023, se declaró el expediente listo para resolver.

FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra la decisión de la Entidad de declarar la pérdida automática de la buena pro otorgada a su favor en el procedimiento de selección; asimismo, como consecuencia de ello, solicitó que se ordene la suscripción del contrato.

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, sólo 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 por el contrario, si 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) UIT¹ y cuando se trate de procedimientos para 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 o referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto en el marco del procedimiento de selección, cuyo valor estimado asciende a S/ 282, 000. 00, resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, 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 pérdida automática de la buena pro otorgada a su favor en el procedimiento de selección, con el objeto que se disponga la suscripción del contrato; 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.

¹ Unidad Impositiva Tributaria.

Asimismo, 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, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar y, en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles.

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

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer el recurso de apelación, plazo que vencía el 3 de enero de 2023, considerando que la pérdida automática de la buena pro otorgada a su favor se notificó en el SEACE el 22 de diciembre de 2022².

Al respecto, del expediente fluye que, mediante Escrito s/n presentado el 28 de diciembre de 2022 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Impugnante interpuso su recurso de apelación, es decir, dentro de plazo estipulado en la normativa vigente.

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

De la revisión del recurso de apelación, se aprecia que este aparece suscrito por el señor Samuel Ramos Donayre, como gerente 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 alguna causal de impedimento.

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

² Cabe precisar que los días 26 y 30 de diciembre de 2022, así como el 2 de enero de 2023, fueron días no laborables decretados por el Gobierno.

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

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

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, en adelante TUO de la LPAG, establece la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto administrativo que supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante la interposición del recurso correspondiente que, en materia de contrataciones del Estado, es el recurso de apelación.

Nótese que, en el presente caso, la decisión de la Entidad, de determinarse irregular, causaría agravio al Impugnante en su interés legítimo para suscribir contrato con la Entidad, puesto que la pérdida de la buena pro otorgada a su favor se habría realizado transgrediendo lo establecido en la Ley, el Reglamento y las bases; por tanto, cuenta con legitimidad e interés para obrar.

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

En el caso concreto, al Impugnante se le revocó el otorgamiento de la buena pro, decisión que cuestiona en el presente recurso.

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

Al respecto, el Impugnante interpuso su recurso de apelación contra la decisión de la Entidad de declarar la pérdida automática de la buena pro otorgada a su favor en el procedimiento de selección; asimismo, como consecuencia de ello, solicitó que se ordene la suscripción del contrato.

En ese sentido, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que estos se encuentran orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose, por lo tanto, en la presente causal de improcedencia.

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 realizar el análisis sobre los puntos controvertidos planteados.

B. PRETENSIONES:

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

- i. Se deje sin efecto la decisión de la Entidad de declarar la pérdida automática de la buena pro otorgada a su favor en el procedimiento de selección y, por su efecto, se restituya la buena pro otorgada y se ordene la suscripción del contrato.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

4. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar su 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 del Reglamento, el cual establece que las partes formulan sus pretensiones y ofrecen los medios probatorios 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 legal, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento.

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

Al respecto, es de mencionar que el presente recurso impugnativo tiene por objeto revisar la decisión de la Entidad de revocar la buena pro adjudicada al Impugnante, por tanto, solo sus argumentos deben ser tomados en consideración para la determinación de los puntos controvertidos.

En atención a lo expuesto, el único punto controvertido es el siguiente:

- Determinar si corresponde revocar la decisión de la Entidad de declarar la pérdida automática de la buena pro otorgada al Impugnante, así como disponer la suscripción del contrato.

D. ANÁLISIS DEL ÚNICO PUNTO CONTROVERTIDO:

5. 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 de potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.
6. 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 único punto controvertido planteado en el presente procedimiento de impugnación.

ÚNICO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde revocar la decisión de la Entidad de declarar la pérdida automática de la buena pro otorgada al Impugnante, así como disponer la suscripción del contrato.

7. En principio, es importante señalar que, mediante Carta N° 361-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/UA notificado a través del SEACE el 22 de diciembre del 2022, la Entidad declaró la pérdida automática de la buena pro otorgada a favor del Impugnante, documento que se reproduce a continuación:

CARTA N° 361 -2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/UA

Señor
SAMUEL NICOLAS RAMOS DONAYRE
Gerente General
HIDROLED SAC
Calle Escorpión N° 420, Urb. Miguel Grau, distrito Ventanilla, Callao
samuelramos@hidroled.com
Presente. -

ASUNTO : Pérdida automática de la buena pro del procedimiento de selección: Adjudicación Simplificada N° 066-2022-MIDAGRI-AGRORUR-1-PRIMERA CONVOCATORIA CUT 26148-2022

REFERENCIA : a) Carta N° 29112022-EN-1-HIDROLED/LIC
b) Carta N° 12122022-EN-1-HIDROLED/LIC
c) Carta N° 16122022-EN-1-HIDROLED/LIC
d) Carta N° 19122022-EN-1-HIDROLED/LIC
e) Informe N° 4885-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/UA-SUA

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención a los documentos de la referencia a), b), c), y d), relacionados con la presentación de los requisitos para el perfeccionamiento del contrato materia del procedimiento de selección: Adjudicación Simplificada N° 066-2022-MIDAGRI-AGRORUR-1-PRIMERA CONVOCATORIA - "ADQUISICION DE EQUIPO DE TRATAMIENTO DE AGUA (DESALINIZACION DE AGUA), PRODUCCION MINIMA DE 18M3/DIA, EN EL MARCO DEL PAM 2022, EL PAE 2022 Y EL DECRETO SUPREMO N° 149-2022-EF".

Al respecto, mediante el documento de la referencia e), la Sub Unidad de Abastecimiento emite pronunciamiento señalando que su representada no ha cumplido con subsanar las observaciones formuladas a los documentos presentados para el perfeccionamiento del contrato.

En ese sentido, al no haber cumplido con dicha obligación, su representada pierde automáticamente la buena pro, de conformidad con el numeral 141.3 del artículo 141 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Atentamente

*Extraído de la información que obra en el SEACE.

8. Al respecto, cabe mencionar que el Informe N° 4885-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/UA-SUA que es señalado en la referencia de la carta antes citada, no ha sido publicado en el SEACE, asimismo, la Entidad no absolvió el recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento.
9. Es pertinente mencionar que, este Colegiado solicitó a la Entidad para que remita las comunicaciones remitidas en el trámite del perfeccionamiento del contrato de la

presente convocatoria, con sus respectivos cargos de notificación, sin embargo, a la fecha de la emisión de la presente resolución aquella no ha cumplido con lo solicitado, por lo que, se procederá al análisis de los hechos expuestos en esta instancia con la documentación y/o información remitida por el Impugnante en su recurso de apelación, bajo responsabilidad de la Entidad.

10. Bajo esa línea, se ha configurado una infracción al deber de colaboración por lo que, corresponde poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional los hechos expuestos, de conformidad con lo indicado en el segundo párrafo del literal d) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento.
11. Ahora bien, adjunto a su recurso de apelación el Impugnante remitió el Informe N° 4885-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/UA-SUA, mediante el cual se advierte el sustento de la Entidad para retirarle la buena pro, conforme a lo siguiente:

El 13 de diciembre de 2022, mediante el documento de la referencia c), el postor ganador subsana la observación formulada por la entidad y presenta la Carta Fianza N° 993870 – D000-03794589.

Revisado el contenido de la carta fianza se advierte que no se consigna el tipo ni el número de procedimiento de selección, situación que imposibilita determinar lo que se pretende garantizar, contraviene el artículo 4 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores, toda vez que, en base al principio de literalidad, el texto del documento determina los alcances y modalidad de los derechos y obligaciones contenidos en el título valor o, en su caso, en hoja adherida a él. (el subrayado es nuestro)

En ese sentido, el postor ganador no ha cumplido con subsanar las observaciones formuladas por la entidad; por tal razón, éste pierde automáticamente la buena pro, tal como lo dispone el numeral 141.3 del artículo 141 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Es todo cuanto tengo que informar.

*Extraído del folio 28 del recurso de apelación.

12. Según lo citado, se advierte que la Entidad retiró la buena pro otorgada al Impugnante debido a que la Carta Fianza N° 993870-D000-037944589 que presentó como parte de la documentación para el perfeccionamiento del contrato, no consigna el tipo ni número del procedimiento de selección, lo cual, a su consideración imposibilita determinar lo que se pretende garantizar y contraviene el artículo 4 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores (principio de literalidad).
13. Sobre ello, el Impugnante indica que la carta fianza que presentó contempla la información necesaria con el objetivo de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, no existiendo ninguna causal de imprecisión que impida su cobro. Agrega que la carta fianza no es un título valor y no se encuentra dentro del ámbito del artículo 4 de la Ley N° 27287.

14. Cabe mencionar que la Entidad no se pronunció sobre el recurso de apelación pese a que se encuentra debidamente notificada.
15. Sobre el particular, cabe traer a colación lo señalado en las bases integradas del procedimiento de selección, pues estas constituyen las reglas definitivas a las cuales se debieron someter los participantes y/o postores, así como el comité de selección al momento de evaluar las ofertas y conducir el procedimiento.
16. En ese sentido, resulta pertinente mencionar que, según lo dispuesto en el literal a) del numeral “2.3 Requisitos para perfeccionamiento del contrato” del Capítulo II de las bases integradas, a fin de suscribir el contrato derivado del procedimiento, el postor ganador de la buena pro del procedimiento de selección debía presentar, entre otros documentos, la “garantía de fiel cumplimiento del contrato, de ser el caso”. (Véase la página 18 de las bases integradas).
17. Aunado a ello, en el numeral 33.1 del artículo 33 de la Ley, se establece que las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos, asimismo, se indica que sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados en el reglamento.

El numeral 33.2 de la citada norma menciona que las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

18. Por su parte, el artículo 148 del Reglamento establece que los postores y/o contratistas presentan como garantías, cartas fianza o pólizas de caución emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior.

El numeral 149.1 del artículo 149 del Reglamento indica que, como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta se mantiene vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

19. Ahora bien, según la información que obra en el SEACE y la documentación remitida por el Impugnante, se aprecia que, mediante Carta N° 29112022-EN-HIDROLED/LIC del 2 de diciembre de 2022, el Impugnante presentó los documentos para el perfeccionamiento del contrato derivado del procedimiento de selección, debiendo precisarse que en dicha oportunidad no se mencionó que se adjuntaba la garantía de fiel cumplimiento según lo requerido en las bases. (Dicho documento obra a folio 22 del recurso de apelación).
20. Posteriormente, a través de la Carta N° 334-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRORURAL del 5 de diciembre de 2022, la Entidad comunicó al Impugnante sus observaciones a los documentos que presentó para suscribir el contrato. De este modo, observó que no se remitió la garantía de fiel cumplimiento, para lo cual le otorgó el plazo de 4 días hábiles a fin que proceda con su subsanación, conforme a lo siguiente:

CARTA N° 334 -2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/SUA

Señor
SAMUEL NICOLAS RAMOS DONAYRE
Gerente General
HIDROLED S.A.C.
Calle Escorpión N° 420, Urb. Miguel Grau - Ventanilla
samuelramos@hidroled.com
Presente. -

ASUNTO : Observaciones a los documentos presentados para el perfeccionamiento del contrato – Adjudicación simplificada N° 066-2022-MIDAGRI/AGRORUR – Primera Convocatoria
CUT 33588-2022

REFERENCIA : Carta N° 29112022-EN-HIDROLED/LIC

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia, mediante el cual presenta los documentos para el perfeccionamiento del contrato materia del procedimiento de Adjudicación simplificada N° 066-2022-MIDAGRI/AGRORUR – Primera Convocatoria.

Al respecto, revisada la documentación se advierte que no se adjunta la garantía de fiel cumplimiento del contrato, requisito indispensable para el perfeccionamiento del mismo, toda vez que la oferta económica asciende a S/ 208,469.02 y sobrepasa el parámetro establecido en el artículo 152 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.¹

En ese sentido, se solicita subsanar las observaciones formuladas, para lo cual se le otorga un plazo de cuatro (04) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la presente, bajo apercibimiento de perder automáticamente la buena pro.²

Sin otro particular, me despido.

Atentamente

*Extraído del folio 18 del recurso de apelación.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

- 21.** En dicho contexto, mediante Carta N° 12122022-EN-1-HIDROLED/LIC del 13 de diciembre de 2022, esto es, dentro del plazo otorgado por la Entidad, el Impugnante presentó la Carta Fianza N° 993870-D000-037944589³.

Es de mencionar que la comunicación citada no obra en el expediente administrativo, sin embargo, la fecha de su presentación y su contenido han sido referidos en la información presentada por el Impugnante, precisamente en el Informe N° 4885-2022-MIDAGRI-DVDAFIR-AGRO RURAL-DE/UA-SUA emitido por la Entidad.

- 22.** Ahora bien, como parte de su recurso de apelación el Impugnante presentó la Carta Fianza N° 993870-D000-037944589 y su renovación, la cual se presentó para subsanar la observación formulada por el Entidad, la cual se reproduce a continuación:

³ Cabe precisar que los días 8 y 9 fueron días feriados.

Carta Fianza A N° 993870	BCP 023
D000-03794589	RUC 20100047218
LIMA, 1 de Diciembre de 2022	
Señores PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL - AGRO RURAL-20477936882	
Muy señores nuestros:	
A solicitud y/o por cuenta de nuestro afianzado: HIDROLED S.A.C.	
Prestamos en favor de ustedes, fianza solidaria, sin beneficio de excusión, irrevocable e incondicionada, hasta por la suma de: VEINTE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE Y 00/100 SOLES (S/ 20,847.00) y por un plazo que vencerá el 23 de Diciembre de 2022, a fin de garantizar: "ADQUISICION DE EQUIPO DE TRATAMIENTO DE AGUA (DESALINIZACION DE AGUA), PRODUCCION MINIMA DE 18 M3/DIA, EN EL MARCO DEL PAM-2022, EL PAE-2022 Y EL DECRETO SUPREMO N° 149-2022-EF"	
Queda entendido que esta fianza no podrá exceder, por ningún concepto y en ningún caso, el importe arriba expresado y su realización será automática, por el sólo mérito de su requerimiento de pago, y/o la indicación o su solo dicho de que la obligación garantizada ha sido incumplida, siempre que dentro de su vigencia y hasta el decimoquinto día calendario posterior a su vencimiento nos sea requerido su pago, necesariamente por conducto notarial, en la dirección abajo indicada, y dentro del horario de atención al público que el Banco tenga establecido en dicha oficina, señalando obligatoriamente el monto a pagar. De no señalarse dicho monto, se entenderá que el requerimiento es por la suma total. En caso de ejecutarse por monto menor a su importe antes señalado, se entenderá que Ustedes renuncian a todo pago mayor, no admitiéndose nuevos requerimientos de pago, aún cuando el plazo de vencimiento y/o de ejecución de esta fianza no hubieren vencido.	
El pago será efectuado mediante cheque de gerencia emitido a la orden del beneficiario que el banco pondrá a su disposición en el domicilio abajo indicado, el mismo que se entregará contra devolución del original de la presente carta fianza o de su última prórroga, en su caso,	
De haberse otorgado la presente fianza a favor de más de un beneficiario, facultados a ejecutarla indistintamente, los términos del requerimiento de pago o prórroga recibido en primer lugar de uno de los beneficiarios, primarán sobre los posteriores que dirijan los demás beneficiarios y que tengan distinto alcance o condición.	
La presente fianza no surtirá efecto alguno respecto a terceros distintos al beneficiario en cuyo favor se haya expedido; salvo que la cesión de la acreencia a la que esta fianza garantiza haya sido comunicada al Banco y éste haya aceptado expresamente mediante documento escrito prestar su fianza a favor del nuevo acreedor. Del mismo modo, la presente fianza no surtirá ningún efecto, si la acreencia garantizada resultase ser un contrato de mutuo dinerario y el acreedor no fuese una empresa del sistema financiero nacional, o un banco o financiera del exterior.	

*Extraído del folio 23 del recurso de apelación.

Carta Fianza
N° 993872

BCP 025
RUC 20100047218

D000-03794589

LIMA, 5 de Diciembre de 2022

SEÑORES
PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL - AGRO RURAL - 20477936882
PRESENTE.-

Ref. Nuestra CARTA FIANZA No. D000-03794589

Muy señores nuestros:

Nos referimos a nuestra carta fianza arriba indicada, mediante la cual afianzamos ante ustedes a HIDROLED S.A.C.

Hasta por la suma y en los términos y condiciones señalados en dicha carta fianza.

Por la presente, sirvanse tener por prorrogado el plazo de vigencia de dicha fianza, en los mismos términos y condiciones, salvo las siguientes modificaciones y/o precisiones:

- 1) Nuevo Plazo de Vencimiento
- 2) Importe hasta el que se garantiza;
- 3) Otras condiciones especiales y/o adicionales:

- 1) 23 de Enero de 2023
- 2) S/ 20,847.00 (VEINTE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE Y 00/100 SOLES)
- 3) NINGUNA

*Extraído del folio 25 del recurso de apelación.

23. Conforme a lo expuesto, se advierte que la carta fianza presentada por el Impugnante fue emitida en virtud a su solicitud y, además, que se encuentra dirigida al Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural – AGRO RURAL, Entidad convocante del procedimiento de selección, por el monto de S/ 20, 847.00 que corresponde al 10% precio ofertado para la ejecución del contrato. Además, se aprecia que la carta fianza fue emitida para la ejecución de la obra “*Adquisición de equipo de tratamiento de agua (desalinización de agua), producción mínima de 18m3/día, en el marco del PAM -2022, el PAE-2022 y el decreto supremo N° 149-2022 EF*”, la cual se condice con el objeto de la presente convocatoria.

Además, en la carta fianza se indicó que es solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática, tal como se exige en la normativa de contratación pública.

24. En tal sentido, se ha verificado que la Carta Fianza N° 993870-D000-037944589 cuenta con información suficiente para determinar que ha sido emitida para garantizar las obligaciones que asume el Impugnante por el perfeccionamiento del contrato derivado de la presente convocatoria, no apreciándose en qué medida el hecho que no se haya consignado la nomenclatura del procedimiento de selección invalida su

contenido y/o sus alcances, de conformidad con lo establecido en la normativa de contratación pública anteriormente citada.

En todo caso, no se advierte que con la omisión de la nomenclatura del procedimiento de selección se haya vulnerado la literalidad de la carta fianza tal como ha indicado la Entidad, toda vez que, como se ha señalado, aquella contiene la información necesaria para que su emisor - el BCP- proceda a su ejecución ante eventuales incumplimientos del Impugnante en la ejecución del contrato.

En otras palabras, en el presente caso, la lectura del contenido de la carta fianza materia de análisis permite, de manera unívoca, determinar con claridad cuál es el objeto de cobertura, cumpliéndose, además, los requisitos y exigencias previstos en la normativa de contratación pública.

25. Es importante precisar que, de la revisión de la información que obra en el expediente administrativo se ha verificado que el único cuestionamiento formulado por la Entidad a la carta fianza emitida por el Impugnante para el perfeccionamiento del contrato es el analizado en los fundamentos precedentes.
26. En ese sentido, corresponde revocar la decisión de la Entidad de declarar la pérdida de la buena pro del Impugnante y, por consiguiente, restituirse la buena pro a favor de dicho postor; en consecuencia, corresponde retrotraer el procedimiento de selección a la oportunidad en la que el Impugnante subsanó su oferta, disponiéndose que la Entidad y el Impugnante prosigan con la suscripción del contrato, conforme al procedimiento previsto en el artículo 141 del Reglamento, debiendo tenerse en consideración que la referida carta fianza debe renovarse de manera previa al perfeccionamiento del contrato, salvo que ello ya se hubiese efectuado y comunicado a la Entidad.
27. Por lo expuesto, corresponde declarar **fundado** tal extremo del recurso impugnativo.
28. En este punto, corresponde precisar que la presente controversia ha sido resuelta con la información obrante en el expediente administrativo, bajo responsabilidad de la Entidad, considerando la omisión de la Entidad advertida en los fundamentos 8 y 9.
29. En atención a lo dispuesto en el literal a) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y siendo que este Tribunal procede a declarar fundado el recurso de apelación, corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por el Impugnante, para la interposición del citado recurso.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Christian Cesar Chocano Davis, con la intervención de las Vocales Danny William Ramos Cabezado y Steven Aníbal Flores Olivera, atendiendo a la conformación de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000090-2022-OSCE-PRE, publicada el 21 de mayo de 2022 en el Diario Oficial “El Peruano” y, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **fundado** el recurso de apelación interpuesto por la empresa HIDROLED S.A.C., contra la declaración de la pérdida de la buena pro en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 066-2022-MIDAGRI-AGROPUR-1 Primera convocatoria, para la contratación de bienes: *“Adquisición de equipo de tratamiento de agua (desalinización de agua), producción mínima de 18m3/día, en el marco del PAM -2022, el PAE-2022 y el decreto supremo N° 149-2022 EF”*, por los fundamentos expuestos. En consecuencia, corresponde:
 - 1.1 **Dejar sin efecto** la decisión de la Entidad de declarar la pérdida automática de la buena pro otorgada a favor de la empresa HIDROLED S.A.C. y; en consecuencia, restitúyase la buena pro a favor de dicho postor.
 - 1.2 **Disponer** que la Entidad y la empresa HIDROLED S.A.C. prosigan con la suscripción del contrato, conforme al procedimiento previsto en el artículo 141 del Reglamento, debiendo tenerse en consideración que la referida carta fianza debe renovarse de manera previa al perfeccionamiento del contrato, salvo que ello ya se hubiese efectuado y comunicado a la Entidad.
2. **Devolver** la garantía otorgada por la empresa HIDROLED S.A.C., para la interposición de su recurso de apelación.
3. **Notifíquese** la presente resolución al Órgano de Control Institucional, según lo expuesto en el fundamento 10.



PERÚ

**Ministerio
de Economía y Finanzas**



**Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado**

4. Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa.

**STEVEN ANIBAL FLORES OLIVERA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE**

**CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE**

**DANNY RAMOS CABEZUDO
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE**

ss.
Chocano Davis.
Ramos Cabezudo.
Flores Olivera.