



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

Sumilla: *“(…) en las disposiciones normativas de contratación pública, no se estableció que la Entidad pueda exigir a los postores que los porcentajes de los gastos generales (fijos y variables) y costo directo que oferten, no puedan modificarse respecto a los definidos en el expediente técnico de obra”.*

Lima, 6 de febrero de 2023.

VISTO en sesión del 6 de febrero de 2023, de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 10464/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor EMPRESA MULTISERVICIOS MUSHOG S.A.C., en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 33-2022-MDC/CS - Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES

1. El 30 de noviembre de 2022¹, la Municipalidad Distrital de Cajay, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 33-2022-MDC/CS - Primera Convocatoria, efectuada para la ejecución de la obra: *“Renovación de reservorio y línea de conducción, construcción de captación de agua en el sistema de riego de Pocpocya, distrito de Cajay, provincia de Huari, departamento de Áncash”*; con un valor referencial de S/ 389,595.35 (trescientos ochenta y nueve mil quinientos noventa y cinco con 35/100 soles), en lo sucesivo el **procedimiento de selección**.

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

El 14 de diciembre de 2022 se llevó a cabo la presentación de ofertas (por vía electrónica) y el 16 del mismo mes y año se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro en favor del postor CONSORCIO POCPOCYA, integrado

¹ Según la ficha del procedimiento de selección registrada en el SEACE.



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

por las empresas CONSTRUCTORA CONSULTORA Y SERVICIOS GENERALES PATAY JB S.A.C. (con R.U.C. N° 20407918844) y TUKS ARK E.I.R.L. (con R.U.C. N° 20608996339), en lo sucesivo **el Adjudicatario**, por el monto de su oferta económica ascendente a S/ 389,595.35² (trescientos ochenta y nueve mil quinientos noventa y cinco con 35/100 soles), conforme al siguiente detalle:

| POSTOR | ETAPAS | | | | | BUENA PRO |
|----------------------------------------------------------|-------------|---------------------|---------------|------|--------------|-----------|
| | ADMISIÓN | EVALUACIÓN | | | CALIFICACIÓN | |
| | | OFERTA ECONÓMICA S/ | PUNTAJE TOTAL | OP.* | | |
| CONSORCIO POCPOCYA. | ADMITIDO | 389,595.35 | 110 | 1 | CALIFICADO | Sí |
| EMPRESA MULTISERVICIOS MUSHOG S.A.C. | NO ADMITIDO | - | - | - | - | - |
| CONSTRUCTORA ART PERU E.I.R.L. | NO ADMITIDO | - | - | - | - | - |
| CONSTRUCTORA Y COMERCIALIZADORA FLOR DE PAC-PACRU S.R.L. | NO ADMITIDO | - | - | - | - | - |

* Orden de prelación.

- Mediante escrito N° 01, subsanado con escrito N° 02, presentados el 23 y 28 de diciembre de 2022, respectivamente, ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones con el Estado, en lo sucesivo el **Tribunal**, el postor EMPRESA MULTISERVICIOS MUSHOG S.A.C. (con R.U.C. N° 20407834748), en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario; señalando principalmente lo siguiente:

- Refiere que las bases integradas no exigen que el certificado de vigencia de poder deba tener una antigüedad menor o igual a treinta (30) días calendario a la presentación de ofertas, por lo que, dicha motivación por parte del comité de selección para tener por no admitida su oferta deber ser revocada.

² Cabe precisar que el monto ofertado por el Adjudicatario corresponde al 100% del valor referencial.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

- Indica que el precio ofertado por su representada se encuentra dentro de los límites (inferior y menor) del valor referencial del procedimiento de selección; siendo que, el hecho que sus *“gastos generales sean el 63% y su utilidad el 13% de lo presupuestado en el expediente técnico”*, no es razón suficiente para tener por no admitida su oferta.
 - Por último, sostiene que, al demostrarse que su oferta tiene la condición de válida en el procedimiento de selección, corresponde revocar la buena pro que fue otorgada al Adjudicatario.
3. A través del decreto del 4 de enero de 2023, se dispuso que, en atención a lo dispuesto en los numerales 3.3 y 3.4 del artículo 3 del Decreto Supremo N° 103-2020-EF y en el Acuerdo de Sala Plena N° 005-2020/TCE, la Entidad emita pronunciamiento sobre la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección a los protocolos sanitarios y demás disposiciones dictados por los sectores y autoridades competentes en el marco de la reanudación gradual y progresiva de actividades económicas, teniendo como contexto la Emergencia Sanitaria Nacional declarada ante las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19.

Para dichos efectos, se otorgó a la Entidad el plazo máximo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

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

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

4. Mediante escrito N° 1, presentado el 11 de enero de 2023 ante el Tribunal, el



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

Adjudicatario señaló, principalmente, lo siguiente:

- Indica que, habiéndose verificado el porcentaje y monto correspondiente a los gastos variables y la utilidad consignados en la oferta económica del Impugnante, se observa que estos no concuerdan con el desagregado del presupuesto de la obra materia de contratación, conforme ha sido requerido en las bases integradas; por lo que, debe confirmarse su no admisión en el procedimiento de selección.
 - Refiere que la vigencia de poder del Impugnante debe ser desestimada al no contar con los treinta (30) días de antigüedad a la presentación de ofertas, ya que imposibilita la verificación sobre la existencia de cambios de gerentes y/o capital social de la empresa, cuya finalidad es evitar inconvenientes en la suscripción del contrato.
 - Precisa que con fecha 10 de enero de 2023, su representada solicitó a la Entidad copia de la oferta del Impugnante; sin embargo, a la fecha en que presentó su absolución, no ha recibido atención a lo peticionado.
5. A través del escrito N° 1, presentado el 13 de enero de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario formuló alegatos adicionales, señalando que, en caso se disponga la admisión de la oferta del Impugnante, se tenga en consideración que el contrato de consorcio presentado para sustentar su experiencia no consigna las obligaciones que asumen los consorciados respecto al objeto de la contratación, incumpliendo lo establecido en la Directiva N° 16-2012-OSCE/CD.
 6. Con decreto del 13 de enero de 2023, se tuvo por apersonado al Adjudicatario al presente procedimiento y por absuelto el traslado del recurso de apelación.
 7. Por decreto del 13 de enero de 2023, se hizo efectivo el apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos, toda vez que la Entidad no registró en el SEACE el informe técnico legal solicitado; asimismo, se dispuso remitir el expediente administrativo a la Sexta Sala del Tribunal para que resuelva dentro del plazo legal, siendo recibido por la Vocal ponente el 16 del mismo mes y año.
 8. Con decreto del 17 de enero de 2023, se dejó a consideración de la Sala los alegatos adicionales expuestos por el Adjudicatario.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

9. Por decreto del 17 de enero de 2023, se programó audiencia pública para el 23 del mismo mes y año, la cual se llevó a cabo con la participación de los representantes del Impugnante y el Adjudicatario.
10. A través del Informe Técnico Legal N° 3-2023/MDC-OAJ-BJML, presentado el 20 de enero de 2023 ante el Tribunal, la Entidad señaló, principalmente, lo siguiente:
- Refiere que el comité de selección no debió tener por no admitida la oferta del Impugnante, alegando que su copia de vigencia de poder se encontraba fuera del plazo de treinta (30) días calendarios de antigüedad a la presentación de ofertas, toda vez que ello, no ha sido exigido en las bases integradas del procedimiento de selección.
 - Con relación a la oferta económica presentada por el Impugnante, indica que el monto ofertado asciende a S/ 350,635.82, el cual se encuentra dentro del límite inferior al valor referencial (equivalente al 90%); por lo que no se comprendería, la razón por la cual, el comité de selección alegó que dicha oferta no se encuentra dentro de los porcentajes establecidos para la formulación de ofertas económicas por parte de los postores.
 - Conforme a lo antes expuesto, señala que en el presente procedimiento se advierten irregularidades y vicios que podrían acarrear la nulidad del procedimiento de selección.
11. Por decreto del 23 de enero de 2023, se solicitó al Impugnante, al Adjudicatario y a la Entidad, pronunciarse sobre el posible vicio de nulidad en el procedimiento de selección, en los siguientes términos:

“A LA ENTIDAD, AL IMPUGNANTE Y AL ADJUDICATARIO:

De la revisión efectuada al numeral 8.22 “Otros aspectos y/o condiciones” del Capítulo III de la Sección Específica de las bases integradas, se requirió, entre otros aspectos, lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CAJAY

ADJUDICACION SIMPLIFICADA N°33 – 2022 – MDC/CS-1

Los gastos generales deben ser razonable técnicamente y que guarde congruencia con el desagregado del expediente técnico, asimismo no se admitirá la oferta cuando la estructura del costo directo, gastos generales (gastos fijos y variables), así como de las utilidades esté por debajo del 90% de lo estipulado en el expediente técnico; considerando que, el postor al disminuir el porcentaje de sus gastos generales es con la única finalidad de obtener la buena pro, sin realizar una estructura de costos coherente con el expediente técnico.

Dirección para notificaciones.

El postor adjudicado, al momento de la suscripción del contrato deberá presentar una declaración jurada consignando los siguientes datos:

- ✓ Una dirección electrónica (correo electrónico).
- ✓ Una dirección domiciliaria en el ámbito de la ciudad de Cajay o Huari, la cual en caso de cambio deberá ser por otra en la misma ciudad.
- ✓ Número de teléfono fijo y/o celular.

En la declaración jurada el postor debe expresar que mantendrá activo al correo electrónico, la dirección y el número de teléfono fijo y/o celular hasta el consentimiento de la liquidación de la obra, con la finalidad que la Entidad realice el procedimiento administrativo de notificaciones (ampliación de plazo, prestaciones adicionales de obra, liquidación de obra, entre otros).

Cualquier variación deberá ser comunicada notarialmente con cinco (05) días de anticipación a la Entidad.

Nótese que las bases integradas han requerido que, con relación a la formulación de las ofertas económicas de los postores, estas deben considerar gastos generales técnicamente razonables y que guarden congruencia con el desagregado del expediente técnico; precisando que no serán admitidas aquellas ofertas cuya estructura de costos directo, gastos generales (fijos y variables) y utilidades se encuentren por debajo de 90% de lo establecido en el expediente técnico de la obra.

Al respecto, corresponde señalar que, ni en la Ley de Contrataciones del Estado o en su Reglamento, se ha previsto que las Entidades, en caso de obras, puedan establecer que los gastos generales de las ofertas económicas de los postores deben guardar congruencia con el desagregado del expediente técnico; así como tampoco, se ha establecido que los costos directos, gastos generales (fijos y variables) y las utilidades de las ofertas económicas de los postores no pueden ser menores al 90% de lo establecido en el expediente técnico de obra.

En ese sentido, la regla prevista en el requerimiento, referida a que los gastos generales de las ofertas económicas de los postores deben guardar congruencia con el desagregado del expediente técnico; precisándose, además, que no serán admitidas aquellas ofertas cuya estructura de costos directo, gastos generales (fijos y variables) y utilidades se encuentren por debajo de 90% de lo establecido en el expediente

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

técnico de la obra; devendría en ilegal, y representaría una vulneración al principio de transparencia y competencia previstos en el artículo 2 de la Ley.

*Por lo tanto, según lo dispuesto en el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias, se les **CORRE TRASLADO**, para que dentro del plazo de **CINCO (5) DÍAS HÁBILES** se sirvan manifestar lo que consideren pertinente respecto de los presuntos vicios de nulidad que acarrearía el citado procedimiento de selección, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en el expediente, así como de responsabilidad y de comunicar a su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplimiento por parte de la Entidad" (sic).*

12. Mediante escrito N° 1, presentado el 24 de enero de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario formuló alegatos adicionales, reiterando principalmente lo expuesto en su absolució n al recurso de apelación.
13. Con decreto del 25 de enero de 2023, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Adjudicatario.
14. Con decreto del 25 de enero de 2023, se dejó a consideración de la Sala el informe técnico legal remitido de forma extemporánea por la Entidad.
15. A través del Informe N° 52-2023-MDC/ULCP-LACF del 25 de enero de 2023, presentado el 26 del mismo mes y año ante el Tribunal, la Entidad señaló principalmente lo siguiente:
 - Refiere que no debe ser obligatorio que en los requerimientos técnicos mínimos se exija ofertar cifras equivalentes al presupuesto de la obra; siendo que las ofertas económicas de los postores pueden encontrarse dentro de los límites inferior y menor (90% y 110%, respectivamente) del valor referencial, pues de lo contrario, el comité de selección se encuentra únicamente facultado para efectuar el rechazo de las ofertas que se formulen fuera de los citados límites.
 - En ese sentido, sostiene que la exigencia establecida en el requerimiento de las bases integradas, respecto que las ofertas de los postores deben guardar congruencia con el desagregado del expediente técnico, resulta contrario a la



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

normativa de contrataciones con el Estado, evidenciándose un vicio de nulidad en el procedimiento de selección.

16. Mediante el escrito N° 1, presentado el 30 de enero de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario señaló principalmente lo siguiente:
 - Indica que los porcentajes y montos correspondientes a los gastos generales, costos directos y utilidad de la oferta económica del Impugnante, no concuerdan con el desagregado del presupuesto de la obra materia de contratación; incumpliendo de dicha manera lo establecido de forma clara en las bases integradas.
 - Por lo antes expuesto, solicita que en el presente caso se aplique la conservación del acto administrativo.
17. Por decreto del 30 de enero de 2023, se declaró el expediente listo para resolver.
18. Mediante escrito N° 1, presentado el 3 de febrero de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario formuló alegatos adicionales reiterando lo señalado en su escrito del 24 de enero del mismo año.
19. Con decreto del 3 de febrero de 2023, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Adjudicatario.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, en el marco del procedimiento de selección, convocado bajo la vigencia de la Ley y su Reglamento, normas aplicables a la resolución del presente caso.

PROCEDENCIA DEL RECURSO

2. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el Reglamento.

Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso.

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

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

El artículo 117 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que dicho recurso es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea igual o superior a cincuenta (50) UIT³, o se trate de procedimientos para implementar o extender Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Asimismo, en el citado artículo 117 del Reglamento se señala que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor estimado o referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, considerando que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto en el marco de una adjudicación simplificada cuyo valor referencial asciende a S/ 389,595.35 (trescientos ochenta y nueve mil quinientos noventa y cinco con 35/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

³ Unidad Impositiva Tributaria.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 0569-2023-TCE-S6

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 no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario; por consiguiente, se advierte que los actos objeto del recurso no se encuentran comprendidos en la lista 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. Asimismo, en el caso de subastas inversas electrónicas, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

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

Asimismo, el artículo 76 del Reglamento, en su numeral 76.3 establece que, luego de la calificación de las ofertas, el comité de selección debe otorgar la buena pro,



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

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

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

En aplicación a lo dispuesto, dado que el presente recurso de apelación se interpuso en el marco de una adjudicación simplificada, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer recurso de apelación, plazo que vencía el 23 de diciembre de 2022, considerando que el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario se registró en el SEACE el 16 del mismo mes y año.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que mediante escrito N° 01, subsanado con escrito N° 02, presentados el 23 y 28⁴ de diciembre de 2022, respectivamente, a través de la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Impugnante interpuso su recurso de apelación.

Por lo tanto, ha quedado acreditado que el recurso de apelación fue presentado en el plazo legal establecido.

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

De la revisión del recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, se aprecia que aparece suscrito por su representante común, el señor Adrián Teófilo Nieto Morales.

⁴ Debe tenerse presente que el 26 de diciembre de 2022, fue declarado día no laborable para el sector público.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

- 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, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre impedido de participar en el procedimiento de selección y de contratar con el Estado.

- 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 ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre 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 numeral 217.1 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, modificado por la Ley N° 31465, en adelante **el TUO de la LPAG**, establece la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto administrativo que supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante la interposición del recurso correspondiente que en materia de contrataciones del Estado es el recurso de apelación.

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

En el presente caso, esta Sala advierte que el Impugnante cuenta con *interés para obrar*, en relación a la decisión del comité de selección de no admitir su oferta y de otorgar la buena pro al Adjudicatario. En tanto que el Impugnante está legitimado procesalmente para cuestionar su no admisión; sin embargo, su legitimidad procesal



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

para impugnar el otorgamiento de la buena pro está supeditada a que revierta su condición de no admitido.

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

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

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

El Impugnante ha solicitado que se revoque la no admisión de su oferta y la buena pro otorgada al Adjudicatario. En ese sentido, de la revisión de los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que están orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

3. Por lo tanto, 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 tanto, corresponde emitir un pronunciamiento sobre los asuntos de fondo propuestos.

A. Petitorio.

El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se revoque la no admisión de su oferta.
- Se revoque el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario.
- Se evalúe y califique su oferta y, de corresponder, se le otorgue la buena pro a su representada.

Por su parte, el Adjudicatario solicitó lo siguiente:

- Se declare infundado el recurso de apelación.
- Se tenga por no admitida y/o descalificada la oferta del Impugnante.
- Se confirme el otorgamiento de la buena pro a su favor.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

B. Fijación de puntos controvertidos.

4. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado precedentemente, corresponde efectuar el análisis de fondo de este, para lo cual cabe fijar los puntos controvertidos del presente procedimiento. En este sentido, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, en virtud del cual, *“las partes formulan sus pretensiones y ofrecen 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 previsto. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento”*.

Asimismo, debe considerarse el literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, en virtud del cual *“(…) dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles la Entidad registre en el SEACE el informe técnico legal en el cual se indique expresamente la posición de la Entidad respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, y el postor o postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal absuelvan el traslado del recurso”*.

Dicha posición resulta concordante con lo dispuesto en el literal b) del artículo 127 del Reglamento, en virtud del cual la resolución expedida por el Tribunal que se pronuncie sobre el recurso de apelación deberá contener, entre otra información, *“la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el Impugnante en su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver el traslado del recurso de apelación”*.

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 oportunamente 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.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

5. Así, debe tenerse en cuenta que los demás intervinientes del presente procedimiento de selección fueron notificados de forma electrónica con el recurso de apelación el 6 de enero de 2022, según se aprecia de la información obtenida del SEACE⁵, razón por la cual contaban con tres (3) días hábiles para absolver el traslado del citado recurso, esto es, hasta el 11 del mismo mes y año.

De la revisión al expediente administrativo se aprecia que mediante escrito N° 1, presentado el 11 de enero de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario absolvió el traslado del recurso de apelación, esto es, dentro del plazo legal; sin embargo, no se advierte que haya formulado cuestionamientos contra la oferta del Impugnante.

Con relación a lo señalado, cabe precisar que, durante la audiencia pública del 23 de enero de 2023, el Impugnante indicó que la absolución al recurso de apelación por parte del Adjudicatario fue presentada el 11 de enero de 2023 a las 22:59 horas, por lo que solicita se tenga por presentado al día siguiente hábil, por haber sido remitido fuera del horario de atención de la mesa de partes virtual del Tribunal.

Teniendo en cuenta ello, cabe traer a colación el artículo 117 *“Recepción documental”* del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante el TUO de la LPAG, que establece lo siguiente: *“(…) cada entidad cuenta con una mesa de partes digital, conforme a los alcances establecidos en la Ley N° 31170, cuyo horario de atención es de veinticuatro (24) horas, los siete (7) días de la semana”*.

Así, atendiendo a que el citado cuerpo normativo establece que el horario de atención de las mesas de partes digital de las entidades públicas permite la presentación de documentos las veinticuatro (24) horas del día, al haber sido presentada la absolución al recurso de apelación por parte del Adjudicatario el 11 de enero de 2023 a las 22:59 horas (antes del término del día), se tiene como presentada en dicha fecha, encontrándose dentro del plazo legal correspondiente; sin embargo, cabe precisar que, en su absolución, el Adjudicatario no ha cuestionado la oferta del Impugnante.

Por otro lado, durante el desarrollo de la citada audiencia pública, el Impugnante también cuestionó la oferta del Adjudicatario sosteniendo que el importe referido al ítem N° 2 de su Anexo N° 10, no sería congruente respecto del monto consignado en el contrato y el acta de recepción de obra que sustentan dicha experiencia, lo cual

⁵ De acuerdo al literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

podría evidenciar la presentación de información incongruente y/o inexacta en su oferta. Al respecto, se precisa que este cuestionamiento no será tomado en consideración para la determinación de los puntos controvertidos, al no haber sido formulado oportunamente en la interposición de su recurso de apelación.

Asimismo, tampoco se tomará en cuenta para determinar los puntos controvertidos, lo expuesto en el escrito N° 1, presentado el 13 de enero de 2023 ante el Tribunal, en el extremo que el Adjudicatario cuestiona la oferta del Impugnante, señalando que, en caso se disponga la admisión de la oferta de aquel, se tenga en consideración que el contrato de consorcio presentado para sustentar su experiencia no consigna las obligaciones que asumen los consorciados respecto del objeto de la contratación, incumpliendo lo establecido en la Directiva N° 16-2012-OSCE/CD.

6. En el marco de lo indicado, este Colegiado considera que los puntos controvertidos a dilucidar son los siguientes:
 - i. Determinar si corresponde revocar la decisión del comité de selección de tener por no admitida la oferta del Impugnante.
 - ii. Determinar si corresponde evaluar y calificar la oferta del Impugnante y, de corresponder, otorgarse la buena pro del procedimiento de selección a su favor.

A. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

7. 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.
8. 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,



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.

En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, este Colegiado se avocará al análisis de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento de impugnación.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde revocar la decisión del comité de selección de tener por no admitida la oferta del Impugnante.

9. Conforme al “*ACTA DE APERTURA ELECTRÓNICA, ADMISIÓN CALIFICACIÓN, EVALUACIÓN Y OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO*”, publicada el 16 de diciembre de 2022 en el SEACE, el comité de selección decidió no admitir la oferta del Impugnante alegando lo siguiente:

NOTA N°001.- NO SE ADMITE la oferta del postor **EMPRESA MULTISERVICIOS MUSHOG SOCIEDAD ANONIMA CERRADA.**, debido a lo siguiente:

- Se observa que su representada adjunta el certificado de vigencia con fecha de emisión de 28 de julio de 2022. El certificado de vigencia expedida por los registros públicos debe contar con una antigüedad no mayor de treinta (30) días calendario a la presentación de ofertas, periodo que se computa desde la fecha de expedición de dicho documento registral por parte del Registrador o el abogado certificador autorizado, siendo la fecha computable desde el 15/11/2022 al 14/12/2022, conforme lo establece el OPINIÓN N° 008-2016/DTN del OSCE y la Resolución N°01297-2020-TCE-S2 del Tribunal de contrataciones del Estado.
- Se observa que su representada en su oferta económica los gastos generales ha considerado a un 63.00% de lo presupuestado en el expediente técnico, así como la utilidad está considerado a un 13% de lo presupuestado en el expediente técnico, incumpliendo el numeral 8.22 de los términos de referencia de las bases integradas, donde se dispone: “*Los gastos generales deben ser razonable técnicamente y que guarde congruencia con el desagregado del expediente técnico, asimismo no se admitirá la oferta cuando la estructura del costo directo, gastos generales (gastos fijos y variables), así como de las utilidades esté por debajo del 90% de lo estipulado en el expediente técnico (...)*”, con la propuesta ofertada no se garantizaría la calidad en la ejecución de la obra conforme a lo establecido en el expediente técnico aprobado mediante Resolución Gerencial N°228-2022-MDC-/GM. De fecha 15.11.2022, donde se ha establecido en dicho dispositivo legal, la estructura presupuestal que debe mantener el presupuesto de obra del proyecto en mención.

Por lo expuesto, el comité de selección por unanimidad y teniendo en consideración las bases integradas, la absolución de consultas y observaciones y de conformidad al Art. 60 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, señala que: “**son subsanables, entre otros errores materiales o formales**, la omisión de determinada información en formatos y declaraciones juradas distintas al **plazo parcial o total ofertado y al precio u oferta económica**.”



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

Nótese que el comité de selección dispuso no admitir la oferta del Impugnante, señalando, entre otros aspectos, que *“en su oferta económica los gastos generales ha considerado a un 63.00% de lo presupuestado en el expediente técnico, así como la utilidad está considerado a un 13% de lo presupuestado en el expediente técnico, incumpliendo el numeral 8.22 de los términos de referencia de las bases integradas, donde se dispone que los gastos generales deben ser razonable técnicamente y que garde congruencia con el desagregado del expediente técnico, asimismo no se admitirá la oferta cuando la estructura del costo directo, gastos generales (gastos fijos y variables), así como de las utilidades esté por debajo del 90% de lo estipulado en el expediente técnico (...)”* (sic) (Énfasis agregado).

10. Al respecto, el Impugnante a través de su recurso de apelación manifestó que el precio ofertado por su representada [S/ 350,635.82] se encuentra dentro de los límites (inferior y menor) del valor referencial del procedimiento de selección; siendo que, el hecho que sus *“gastos generales sean el 63% y su utilidad el 13% de lo presupuestado en el expediente técnico”*, no es razón suficiente para tener por no admitida su oferta.
11. Por su parte, el Adjudicatario manifestó que, habiéndose verificado el porcentaje y monto correspondiente a los gastos variables y la utilidad consignados en la oferta económica del Impugnante, se observa que estos no concuerdan con el desagregado del presupuesto de la obra materia de contratación, conforme ha sido requerido en las bases integradas; por lo que, debe confirmarse su no admisión en el procedimiento de selección.
12. A su turno, a través del Informe Técnico Legal N° 3-2023/MDC-OAJ-BJML, con relación a la oferta económica presentada por el Impugnante, la Entidad indicó que el monto ofertado asciende a S/ 350,635.82, el cual se encuentra dentro del límite inferior al valor referencial (equivalente al 90%); por lo que no se comprendería, la razón por la cual, el comité de selección alegó que dicha oferta no se encuentra dentro de los porcentajes establecidos para la formulación de ofertas económicas por parte de los postores; advirtiéndose irregularidades y vicios que podrían acarrear la nulidad del procedimiento de selección.
13. Teniendo en cuenta lo alegado por las partes y la Entidad, de manera previa al análisis de fondo, mediante decreto del 23 de enero de 2023, este Tribunal solicitó al



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

Impugnante, al Adjudicatario y a la Entidad que se pronuncien respecto de un posible vicio de nulidad del procedimiento de selección, ya que las bases integradas han requerido que las ofertas económicas de los postores guarden congruencia con el desagregado del expediente técnico de la obra materia de contratación; lo cual, podría afectar el principio de libertad de competencia previsto en el artículo 2 de la Ley.

14. Al respecto, la Entidad manifestó que no debe ser obligatorio que en los requerimientos técnicos mínimos se exija ofertar cifras equivalentes al presupuesto de la obra; siendo que las ofertas económicas de los postores pueden encontrarse dentro de los límites inferior y superior (90% y 110%, respectivamente) del valor referencial, pues de lo contrario, el comité de selección se encuentra únicamente facultado para efectuar el rechazo de las ofertas que se formulen fuera de los citados límites.

Asimismo, precisó que la exigencia establecida en el requerimiento de las bases integradas, respecto que las ofertas de los postores deben guardar congruencia con el desagregado del expediente técnico, resulta contrario a la normativa de contrataciones con el Estado, evidenciándose un vicio de nulidad en el procedimiento de selección.

15. Por su parte, el Adjudicatario solicitó que se aplique la figura de conservación del acto administrativo, ya que los porcentajes y montos correspondientes a los gastos generales, costos directos y utilidad de la oferta económica del Impugnante, no concuerdan con el desagregado del presupuesto de la obra materia de contratación; incumpliendo de dicha manera lo establecido de forma clara en las bases integradas.
16. Debe tenerse presente que, a la fecha, el Impugnante no se ha pronunciado sobre el posible vicio de nulidad detectado en el procedimiento de selección.
17. Ahora bien, en atención a los términos expuestos, y considerando la información obrante en el expediente, corresponde analizar si en las bases del procedimiento de selección se ha constituido un vicio que deba acarrear su nulidad.
18. Considerando lo expuesto, corresponde revisar lo señalado en las bases integradas del procedimiento de selección, pues éstas constituyen las reglas a las cuales se

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

debieron someter los participantes y/o postores, así como el comité de selección al momento de evaluar las ofertas y conducir el procedimiento de selección.

Al respecto, de la revisión efectuada al numeral 8.22 “*Otros aspectos y/o condiciones*” del Capítulo III de la Sección Especifica de las bases integradas, se observa que requirió, entre otros aspectos, lo siguiente:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CAJAY
ADJUDICACION SIMPLIFICADA N°33 – 2022 – MDC/CS-1

Los gastos generales deben ser razonable técnicamente y que guarde congruencia con el desagregado del expediente técnico, asimismo no se admitirá la oferta cuando la estructura del costo directo, gastos generales (gastos fijos y variables), así como de las utilidades esté por debajo del 90% de lo estipulado en el expediente técnico; considerando que, el postor al disminuir el porcentaje de sus gastos generales es con la única finalidad de obtener la buena pro, sin realizar una estructura de costos coherente con el expediente técnico.

Dirección para notificaciones.
El postor adjudicado, al momento de la suscripción del contrato deberá presentar una declaración jurada consignando los siguientes datos:

- ✓ Una dirección electrónica (correo electrónico).
- ✓ Una dirección domiciliaria en el ámbito de la ciudad de Cajay o Huari, la cual en caso de cambio deberá ser por otra en la misma ciudad.
- ✓ Número de teléfono fijo y/o celular.

En la declaración jurada el postor debe expresar que mantendrá activo al correo electrónico, la dirección y el número de teléfono fijo y/o celular hasta el consentimiento de la liquidación de la obra, con la finalidad que la Entidad realice el procedimiento administrativo de notificaciones (ampliación de plazo, prestaciones adicionales de obra, liquidación de obra, entre otros).
Cualquier variación deberá ser comunicada notarialmente con cinco (05) días de anticipación a la Entidad.

Nótese que las bases integradas han requerido que, con relación a la formulación de las ofertas económicas de los postores, estas deben considerar gastos generales técnicamente razonables y que guarden congruencia con el desagregado del expediente técnico; precisando que no serán admitidas aquellas ofertas cuya estructura de costos directo, gastos generales (fijos y variables) y utilidades se encuentren por debajo de 90% de lo establecido en el expediente técnico de la obra.

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



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

“Artículo 35. Sistemas de contratación

Las contrataciones contemplan alguno de los siguientes sistemas de contratación:

(...)

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

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

(...)” (Resaltado agregado).

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

“Artículo 52. Contenido mínimo de las ofertas

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

(...)

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

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



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

expresados con dos (2) decimales. Los precios unitarios o tarifas pueden ser expresados con más de dos decimales” (Resaltado agregado).

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

“Artículo 194. Valorizaciones y metrados

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

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

“Artículo 34. Valor referencial

(...)

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

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



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

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

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

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

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

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

Asimismo, no se observa que la norma especial de contrataciones con el Estado, haya definido y/o determinado cómo es que los postores deben formular sus ofertas económicas respecto a las utilidades que se proyecten percibir por la prestación a realizar, entre otros.

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



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

ANEXO N° 6

PRECIO DE LA OFERTA

ÍTEM N° [INDICAR NÚMERO]

Señores

[CONSIGNAR ÓRGANO ENCARGADO DE LAS CONTRATACIONES O COMITÉ DE SELECCIÓN, SEGÚN CORRESPONDA]

ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N° [CONSIGNAR NOMENCLATURA DEL PROCEDIMIENTO]

Presente.-

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

| CONCEPTO | PRECIO TOTAL |
|--------------|--------------|
| | |
| TOTAL | |

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

[CONSIGNAR CIUDAD Y FECHA]

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

Importante

- El postor debe adjuntar el desagregado de partidas que sustenta su oferta, tal como se muestra de manera referencial en el siguiente ejemplo:

| N° ÍTEM | PARTIDA | UNIDAD | METRADO | PU | SUB TOTAL |
|---------|-------------------------|--------|---------|----|-----------|
| | | | | | |
| | | | | | |
| 1 | Total costo directo (A) | | | | |
| 2 | Gastos generales | | | | |
| 2.1 | Gastos fijos | | | | |

BASES INTEGRADAS

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CAJAY

ADJUDICACION SIMPLIFICADA N°33 – 2022 – MDC/CS-1

| | | | |
|-----|----------------------------|--|--|
| 2.2 | Gastos variables | | |
| | Total gastos generales (B) | | |
| 3 | Utilidad (C) | | |
| | SUBTOTAL (A+B+C) | | |
| 4 | IGV ²⁹ | | |
| 5 | Monto total de la oferta | | |

- El postor que goce de alguna exoneración legal, debe indicar que su oferta no incluye el tributo materia de la exoneración, debiendo incluir el siguiente texto:

"Mi oferta no incluye [CONSIGNAR EL TRIBUTO MATERIA DE LA EXONERACIÓN]."

- De ser el caso, el análisis de precios unitarios y el detalle de los gastos generales fijos y variables no se presentan en la oferta, sino para el perfeccionamiento del contrato.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

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

23. En atención a lo expuesto, se aprecia que, **la Entidad ha formulado una regla ilegal en su requerimiento** al establecer que los postores debían consignar en su Anexo N° 6 el porcentaje y/o montos del costo directo, los gastos generales fijos y variables, utilidad, IGV, entre otros, **y que éstos deben guardar congruencia con el desagregado del expediente técnico; precisando, además, que “no se admitirán las ofertas económicas cuando la estructura del costo directo, gastos generales (fijos y variables), así como las utilidades estén por debajo del 90% de lo estipulado en el expediente técnico” (sic).**

Así, lo que la Entidad busca con la regla en discusión, es que los postores oferten los mismos porcentajes y/o montos previstos **en el presupuesto contenido en el expediente técnico de la obra**, lo que representa una contravención a la libertad de decisión de los postores para poder ofertar el monto de sus ofertas económicas según les convenga, más aún, si dicho concepto está estrictamente vinculado con su propia actividad empresarial.

Asimismo, establecer una regla limitante, como la analizada en el presente caso, también constituye una restricción a los postores que deciden realizar una oferta económica hasta el límite mínimo del valor referencial, esto es, el 90% de aquel [como ha ocurrido en el presente caso], lo cual se encuentra permitido por la norma de contrataciones.

En ese sentido, la aludida regla contraviene directamente al **principio de competencia y libertad de concurrencia**, por el cual, entre otros aspectos, se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre participación de proveedores en las contrataciones públicas, trasgrediendo lo establecido en los literales a) y e) del artículo 2 de la Ley.

24. En adición a ello, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos,



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

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.

En este orden, cabe incidir en que, por el principio de libertad de concurrencia, las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen; en tanto que, por el principio de competencia, 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.

Sin embargo, en el caso concreto, se vulneraron los citados principios de competencia y de libertad de concurrencia, al establecer la Entidad que los postores deben formular sus ofertas (gastos generales) conforme al desagregado del expediente técnico de la obra; limitando y/o condicionando la libre participación y autonomía de los postores respecto a la formulación de sus ofertas económicas.

Así también, es preciso recalcar que el análisis que efectúa este Tribunal tiene 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 la libre concurrencia y competencia de los potenciales proveedores.

Bajo ese contexto, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado.

En este contexto, por la deficiencia advertida, este Colegiado evidencia la vulneración de los principios bajo comentario; lo cual ha viciado la actuación administrativa de la autoridad que actúa, decide o resuelve dentro de esta circunstancia.

25. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Colegiado advierte que el procedimiento de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

selección adolece de vicios de nulidad, pues contraviene los principios de *competencia y de libertad de concurrencia* establecidos en el artículo 2 de la Ley y del debido procedimiento administrativo regulado por el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG, motivo por el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley y lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, corresponde que este Tribunal declare su nulidad.

26. Al respecto, el artículo 44 de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, **contravengan las normas legales**, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita en la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

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

27. En esa línea, cabe precisar que no corresponde amparar lo solicitado por el Adjudicatario, respecto a que en el presente caso se aplique la figura de conservación del acto administrativo; toda vez que, conforme se ha expuesto precedentemente, los vicios detectados en el requerimiento de las bases integradas resultan trascendentes, al haberse contravenido las disposiciones normativas antes expuestas, y del debido procedimiento administrativo regulado por el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG.

En efecto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del TUO de la LPAG, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias son causales de nulidad de los actos administrativos, los cuales no son conservables.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

Por otro lado, tampoco procede la conservación del acto viciado, toda vez que las deficiencias advertidas se encuentran directamente vinculadas con parte de la controversia (primer punto controvertido), lo que impediría a este Colegiado emitir pronunciamiento de manera objetiva, imparcial y acorde a derecho.

28. Por estas consideraciones, al amparo de lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento y conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley (en concordancia con el artículo 10 del TUO de la LPAG), al haberse verificado que los vicios en los que se ha incurrido -contravención de normas de carácter imperativo- afectan sustancialmente la validez del procedimiento de selección; este Colegiado estima pertinente declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección, **debiendo retrotraerse el mismo a la etapa de convocatoria**, previa reformulación de las bases, a fin que se corrijan los vicios advertidos, de acuerdo a las observaciones consignadas en la presente resolución (así como lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado vigente) y, posteriormente, se continúe con el procedimiento de selección. En esa línea, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de los demás puntos controvertidos.

En tal sentido, en atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y siendo que este Tribunal procederá a declarar la nulidad del procedimiento de selección sin pronunciamiento sobre el fondo, corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por el Impugnante para la interposición de su recurso de apelación.

29. De otro lado, y a fin de salvaguardar los intereses de la propia Entidad y atendiendo al interés público tutelado a través de las contrataciones públicas, este Colegiado considera pertinente poner la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, para la adopción de las acciones que resulten pertinentes, toda vez que, en el presente caso, se han advertido vicios de nulidad y este Tribunal no efectuará un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la vocal Cecilia Berenise Ponce Cosme y la intervención de los vocales Mariela Nereida Sifuentes Huamán y Roy Nick Álvarez Chuquillanqui, atendiendo a la conformación de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000198-2022-OSCE/PRE del 3 de octubre de 2022, publicada el 4 del mismo mes y año en el Diario Oficial "El



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0569-2023-TCE-S6

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 la **NULIDAD** de la Adjudicación Simplificada N° 33-2022-MDC/CS - Primera Convocatoria, efectuada para la ejecución de la obra: *“Renovación de reservorio y línea de conducción, construcción de captación de agua en el sistema de riego de Pocpocya, distrito de Cajay, provincia de Huari, departamento de Áncash”*, **debiendo retrotraerse el procedimiento de selección hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de bases**, ajustándose éstas a los parámetros establecidos en la normativa de contratación pública y lo establecido en la presente resolución; por los fundamentos expuestos.
2. **DEVOLVER** la garantía presentada por el postor EMPRESA MULTISERVICIOS MUSHOG S.A.C., para la interposición del presente recurso de apelación.
3. Poner la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, para que, en mérito a sus atribuciones, adopte las medidas que estime pertinentes, de conformidad con lo establecido en la presente Resolución.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

CECILIA BERENISE PONCE COSME
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

ROY NICK ÁLVAREZ CHUQUILLANQUI
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

MARIELA NEREIDA SIFUENTES
HUAMÁN
PRESIDENTA
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE