



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

Sumilla: "(...) la Entidad al motivar su decisión de descalificar la oferta del Impugnante, ha desarrollado de manera general las razones de su descalificación. Este hecho que implica una contravención del principio de transparencia previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley, así como lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento, según el cual, la admisión, no admisión, evaluación, calificación, descalificación y el otorgamiento de la buena pro es evidenciada en actas debidamente motivada."

Lima, 13 de febrero de 2023.

VISTO en sesión del 13 de febrero de 2023, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 10725/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa Roaga Construcciones Obras y Servicios S.A.C., en el marco de la Adjudicación Simplificada N° AS-SM-11-MDC/CS- 1 - Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 1 de diciembre de 2022, la Municipalidad Distrital de Casca, en adelante **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° AS-SM-11-MDC/CS-1 - Primera Convocatoria, para la contratación de la ejecución de la obra: "*Mejoramiento y ampliación de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario en la localidad de Shinhua Ucro del distrito de Casca, provincia Mariscal Luzuriaga, departamento Ancash*", con un valor referencial ascendente a S/ 1'843,453.61 (un millón ochocientos cuarenta y tres mil cuatrocientos cincuenta y tres con 61/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

Cabe precisar que el procedimiento de selección fue convocado al amparo de lo dispuesto en el 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 (en lo sucesivo **el Reglamento**).

Según el Formato N° 15 "Acta de apertura de sobres, evaluación de ofertas y calificación" del 15 de diciembre de 2022, el comité de selección otorgó la buena pro del procedimiento de selección, el 20 de diciembre de 2022, a las empresas Corporation FF Development and Technology S.A.C. y Business Consulting Group Salinas S.A.C. - Gsalinas S.A.C., integrantes del Consorcio Grupo Salinas¹, en adelante **el Adjudicatario**, siendo los resultados los siguientes:

¹ Cabe señalar que, en el acta referida (del 15 de diciembre de 2022) se produjo la evaluación y calificación de las ofertas, y fue publicada en el SEACE el día 20 de diciembre de 2022, conforme al cronograma del procedimiento de selección.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

Orden de Prelación	Postor	Condición	Precio Ofertado S/	Puntaje Total.
1	Consorcio Grupo Salinas	Adjudicado	1 843 453.61	90
2	Roaga Construcciones Obras y Servicios S.A.C.	Descalificado ²	1 659 108.25	100

2. Mediante Escrito N° 1, presentado el 28 de diciembre de 2022 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, debidamente subsanado el 3 de enero de 2023, el proveedor Roaga Construcciones Obras y Servicios S.A.C., en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección, así como el otorgamiento de la buena pro, señalando, principalmente, los siguientes argumentos:

Sobre la descalificación de su oferta.

- Considera que las causales de descalificación carecen de toda lógica y no expresan los motivos de una forma coherente, puesto incorporó la información solicitada conforme a las exigencias del Anexo 10 de las bases integradas.
- Respecto a la experiencia del ítem N° 01 del Anexo 10 de su oferta, refiere que consignó el contrato de ejecución de obra de fecha 9 de setiembre del 2016, por un monto ascendente a S/ 2'133,747.85, del cual se puede verificar que tiene una participación de 90%, por lo que el importe que le corresponde asciende a la suma de S/ 1'920,373.07; información que fue debidamente insertada en la columna correspondiente al importe de acuerdo a la participación en consorcio.
- Sobre la experiencia del ítem N° 02 del Anexo 10, refiere que consignó el Contrato de ejecución de obra N° 003-2014-MDQ del 10 de setiembre del 2014, por un monto ascendente a S/ 4'712,387.96 del cual se puede verificar que tiene una participación equivalente al 20%, por lo que el importe que le corresponde asciende a la suma de S/ 942,477.59, monto que insertó con el

² **Motivo:** El postor presenta el anexo 10 - experiencial del postor en el cual según lo que indica el pie de página 48 donde se detalla las instrucciones de la columna importe del formato, donde se debe consignar el monto total del contrato ejecutado mas adicionales del mismo, de la revisión del mismo los montos consignados en dicha columna no coinciden con los montos de los contratos consignados como justificación del mismo, asimismo del pie de página 50 se debe consignar el monto total correspondiente a la participación de la empresa en el contrato declarado, por otro lado si bien es cierto el postor tiene participación en los contratos este no es el titular del total de los mismos, por lo cual debe consignar el origen de la experiencia por ser proveniente de una participación en consorcio. Esto contraviene lo antes expuesto contraviene la Directiva N° 001-2019- OSCE/CD y sus modificaciones correspondientes, por ello su oferta queda descalificada.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

recuadro correspondiente con un error material pues incorporó la suma de S/ 942,477.57; aspecto que considera subsanable ya que no altera el contenido esencial de la oferta.

- Con relación a la experiencia del ítem N° 3 del Anexo 10, indica que consignó el contrato de ejecución de obra del 21 de octubre del 2014, por un monto ascendente a S/ 8'852,435.48, del cual se puede verificar que tiene una participación equivalente al 10%, por lo que el importe que le corresponde asciende a la suma de S/ 885,243.55, información que fue correctamente insertada en la columna correspondiente.
 - Respecto a la experiencia del ítem N° 4 del Anexo 10 de su oferta, señala que consignó el Contrato de ejecución de obra N° 002-2013-MDH del 21 de noviembre del 2013, cuyo monto contractual de manera individual asciende a la suma de S/ 3'594,343.62, información que -según indica- fue correctamente insertada en la columna correspondiente.
 - Finalmente, sobre la experiencia del ítem N° 5 del Anexo 10 de su oferta, indica que consignó el Contrato de ejecución de obra N° 03-2017-MDC del 18 de abril del 2017, por un monto ascendente a la suma de S/ 1'768,500.00, del cual se puede verificar que tiene una participación equivalente al 86%, por lo que el importe que le corresponde asciende a la suma de S/ 1'520,910.00, información que también enfatiza fue insertada correctamente en la columna correspondiente.
 - En ese sentido, concluyó que corresponde ordenar la calificación de su oferta, previa subsanación y otorgársele la buena pro, puesto que ha obtenido el primer lugar en el orden de prelación, luego del sorteo electrónico.
- 3.** Con decreto del 9 de enero de 2023, debidamente notificado el 11 del mismo mes y año, la Secretaría del Tribunal solicitó a la Entidad que emita su pronunciamiento respecto a la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección, a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes en el marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. Para tal fin se le otorgó el plazo de tres (3) días hábiles.

Asimismo, se admitió a trámite el recurso de apelación presentado en el marco del procedimiento de selección, y se corrió traslado a la Entidad, a fin de que cumpla, entre otros aspectos, con registrar en el SEACE el informe técnico legal,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

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 Impugnante para su verificación y custodia.

4. Mediante Escrito N° 1 presentado al Tribunal el 16 de diciembre de 2022, el Adjudicatario se apersonó al procedimiento y señaló, principalmente, lo siguiente:

Cuestionamientos a la calificación de la oferta del Impugnante.

- Sobre la Experiencia N° 1, aprecia que en la página 25 de la oferta del Impugnante, se hace mención al contrato s/n con la Municipalidad Distrital de Lincha Yauyos; sin embargo, no indica que el contrato esté firmando como consorcio, por lo que existiría una incongruencia.

Asimismo, refiere que para acreditar la experiencia, se debe probar los siguientes componentes y/o metas: capacitación, línea de conducción, cámara de reunión, cámara de distribución, cámara de presión, reservorio y conexiones domiciliarias; sin embargo, verificando las páginas 33 al 35 de su oferta, aprecia que la información consignada por el Impugnante es ilegible, así como tampoco acreditaría uno de los componentes que se requiere.

- Respecto a la Experiencia N° 2, indica que obrante en la página 36 de la oferta, se presentó el Contrato de ejecución de Obra N° 003-2014-MDQ, con la Municipalidad Distrital de Quinabamba y para poder acreditar la experiencia se necesita los siguientes componentes y/o metas: distribución, cámara de rompe presión, reservorio, conexiones domiciliarias; sin embargo, en el acta de recepción de obra que acreditaría tal experiencia no se logra acreditar tales componentes. Asimismo, en el contrato de consorcio no indica el porcentaje de su participación ni se puede identificar a las personas que suscriben dicha promesa.
- En lo que se refiere a la Experiencia N° 3, se consignó el contrato celebrado con la Municipalidad Distrital de Casca; sin embargo, según el acta de recepción de obra no se logra acreditar la experiencia con los componentes y/o metas: conducción, cámara de reunión, cámara de distribución, cámara de rompe presión, reservorio y conexiones domiciliarias.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

Aunado a ello, manifestó que, del contenido del contrato de consorcio, no se advierte que los postores se comprometen en la ejecución de la obra, hecho que vulnera la directiva de consorcios.

- Respecto a la Experiencia N° 4, indica que se consignó el contrato celebrado con la Municipalidad Distrital de Huayllan para la obra: Ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en las localidades de Huayllan, y, según su acta de recepción de obra, se aprecia que no se logra acreditar el componente y/o metas de cámara de distribución como requieren las bases integradas.
- Por último, sobre la Experiencia N° 5, refiere que se consignó el contrato celebrado con la Municipalidad Distrital de Coayllo - Cañete para la obra: Instalación de un sistema de alcantarillado y planta de tratamiento en el anexo San Juan de Quisque del distrito de Coayllo, firmado con el Consorcio San Juan de Quisque; sin embargo, en el Contrato N° 03-2017-MDC, no se visualiza y es ilegible la persona que lo firma.

Asimismo, refiere que dicha experiencia no logra acreditar los componentes que se requirió en las bases del procedimiento de selección.

5. Con Escrito N° 3, presentado el 17 de enero del 2023, el Impugnante presentó mayores argumentos para ser tomados en cuenta por el Tribunal, al momento de emitir su pronunciamiento, señalando principalmente lo siguiente:

- Refiere que el Adjudicatario cuestiona con argumento falsos los contratos que presentó en su oferta, sosteniendo que no reúnen los componentes mínimos exigidos por las bases integradas.
- En ese sentido, manifiesta que el Adjudicatario refiere que la Experiencia N° 04 del Anexo 10 de su oferta correspondiente al Contrato de ejecución de obra N° 002-2013-MDH, no se logra acreditar el componente cámara de distribución; sin embargo, del acta de recepción de obra, se aprecia que, si consigna dicho componente, pero con el nombre de “caja de distribución”

6. Mediante decreto del 18 de enero del 2023, se dejó a consideración de la Sala lo remitido por el Impugnante mediante su Escrito N° 3.

Asimismo, se tuvo por apersonado al Adjudicatario en calidad de tercero administrado, por lo que se tuvo por absuelto el recurso impugnativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

7. Mediante decreto del 18 de enero de 2023, se dispuso remitir el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que evalúe la información que obra en el expediente y, de ser el caso, dentro del plazo de cinco (5) días de recibido, lo declare listo para resolver, siendo recibido el mismo día.

Asimismo, se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en autos, respecto a la Entidad, toda vez que a la fecha no ha cumplido con presentar el informe técnico legal requerido mediante decreto del 9 de enero del 2022.

8. Por medio del decreto de 24 de enero de 2023, se programó la audiencia pública para el día 30 del mismo mes y año, la cual se realizó con la presencia del representante del Impugnante y el Adjudicatario.
9. Mediante Carta N° 002-2023-MDC/GM, presentada al Tribunal el 27 de enero del 2023, la Entidad adjuntó el Informe técnico N° 002-2023-MDC/JUA, señalando principalmente lo siguiente:
- Refiere que, de la revisión de la oferta presentada por el Impugnante, se puede advertir que el Anexo 10- Experiencia del postor en la especialidad, en la columna “importe los montos consignados” no coinciden con los montos de los contratos consignados del mismo; sin embargo se visualiza que el postor ha ido sumando monto facturado acumulado más el importe lo que al final suma un total de S/ 7'342,437.81, por el cual, el comité tuvo el criterio de que el importe de cada fila se debe considerar el monto facturado acumulado pudiéndose sumar el total de acuerdo a las bases integradas.
 - Asimismo, señaló que el comité no calificó que manera correcta los documentos presentados por los postores que presentaron su oferta, respecto a la acreditación de la experiencia del postor en la especialidad.
 - Por último, refirió que se ha detectado un vicio de nulidad en la elaboración de las bases integradas realizada por el comité de selección, el cual consiste en la omisión de haberse incluido en la proforma del contrato la cláusula décimo tercera que versa sobre la asignación de riesgo del contrato de obra, la que debe estar incluida, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 29, numeral 29.2, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Directiva N° 012-2017-OSCE/CO.
10. Por medio del decreto del 30 de enero de 2023, se advirtió posibles vicios de nulidad relativos a las reglas de la calificación de las ofertas, toda vez que el comité

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

de selección habría requerido acreditar como experiencia del postor en la especialidad ciertos componentes dentro de la definición de obras similares; asimismo, se advirtió que el comité de selección, dentro del acta de evaluación y calificación de ofertas, habría motivado de manera general y ambigua su decisión de descalificar la oferta del Impugnante.

11. Con decreto de 30 de enero del 2023, se dejó a consideración de la Sala, el informe técnico legal presentado por la Entidad de manera extemporánea.
12. Por decreto del 6 de febrero de 2023, se declaró el expediente listo para resolver.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis el recurso de apelación interpuesto por la empresa Roaga Construcciones Obras Y Servicios S.A.C. contra la descalificación de su oferta, se revoque el otorgamiento de la buena pro del Adjudicatario, y en consecuencia se le otorgue la buena pro a su favor.

B. 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 mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación.

A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.

3. 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.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

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 recurso es procedente o, por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

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

El artículo 117 del Reglamento delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que es conocido y resuelto por el Tribunal cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco. 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 normativa, dado que, en el presente caso, el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto de una adjudicación simplificada, cuyo valor referencial total asciende a S/ 1'843,453.61 (un millón ochocientos cuarenta y tres mil cuatrocientos cincuenta y tres con 61/100 soles), siendo dicho monto superior a 50 UIT³, 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 descalificación de su oferta, la revocación del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección al Adjudicatario y el otorgamiento del mismo a su favor; por consiguiente, se advierte que los actos objeto del recurso no se encuentran comprendidos en la relación de actos inimpugnables.

³³ Mediante Decreto Supremo N° 398-2021-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de diciembre de 2021, se estableció que el valor de la UIT para el año 2022, corresponde a S/ 4,600.00 (cuatro mil seiscientos y 00/100 soles)



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

c) *Sea interpuesto fuera del plazo.*

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

De igual modo, según el literal d) del artículo 122 del Reglamento, cuando se advierte que el recurso de apelación no contiene alguno de los requisitos de admisibilidad y que esta omisión no fue advertida en el momento de la presentación del recurso, el presidente del Tribunal concede un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de las observaciones para la subsanación respectiva. Transcurrido el plazo sin que se realice la subsanación, el recurso se tiene por no presentado.

En aplicación de lo dispuesto en el citado artículo, teniendo en cuenta que la apelación se da contra la descalificación de su oferta de una adjudicación simplificada, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer su recurso de apelación, el cual vencía el 28 de diciembre de 2022⁴, considerando que el otorgamiento de la buena pro se notificó en el SEACE el 20 del mismo mes y año.

Al respecto, del expediente se aprecia que el 28 de diciembre de 2022 el Impugnante interpuso su recurso de apelación, debidamente subsanado el 3 del mismo mes y año⁵; en consecuencia, cumplió con el plazo descrito en los artículos 119 y 122 del Reglamento.

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

De la revisión del recurso de apelación del Impugnante, se aprecia que este aparece suscrito por la gerente general del Impugnante, esto es la señora Ada Chávez Oliveros.

⁴

Cabe precisar que el 26 de diciembre del 2022, fue declarado no laborable mediante Decreto Supremo N° 033-2022 PCM.

⁵

Debe tener en consideración que los días 30 de diciembre del 2022 y 2 de enero del 2023, fueron declarados días no laborables mediante Decretos Supremos N° 033-2022 PCM y N° 151-2022-PCM, respectivamente.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

- 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.*

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual pueda evidenciarse la 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 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 del cual se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

Nótese que, de determinarse irregular la decisión del comité de selección, causaría agravio al Impugnante en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro, puesto que su descalificación habría sido realizada transgrediendo lo establecido en la Ley, el Reglamento y las bases integradas; por tanto, cuenta con legitimidad procesal e interés para obrar.

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

En el caso concreto, la oferta del Impugnante fue descalificada.

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

El Impugnante ha señalado como pretensiones que se revoque la descalificación de su oferta, se revoque la buena pro que se le otorgó al Adjudicatario y por consiguiente se le adjudique el mismo; por tanto, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que estos se encuentran orientados



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

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

a. **PRETENSIONES:**

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

Impugnante.

- Se revoque la descalificación de su oferta.
- Se revoque la buena pro otorgada al Adjudicatario.
- Se le otorgue la buena pro.

Adjudicatario.

- Se declare infundado el recurso del Impugnante.
- Se declare no admitida la oferta del Impugnante.
- Se confirme la buena pro a su favor.

b. **FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

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

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

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

En ese contexto, se tiene que el decreto de admisión del recurso, conjuntamente con el escrito impugnatorio, fueron publicados de manera electrónica por el Tribunal en el SEACE el 4 de enero de 2023, por lo cual el traslado del recurso de apelación podía hacerse hasta el 9 del mismo mes y año.

En relación con ello, se advierte que el Adjudicatario se apersonó y absolvió el traslado del recurso de apelación el 9 de enero de 2023; en dicho escrito presentó motivos adicionales a los considerados por el comité de selección por los cuales tendría que descalificarse la oferta del Impugnante; por ello, el colegiado debe tener en consideración sus cuestionamientos al momento de la determinación de los puntos controvertidos.

6. En atención a ello, los puntos controvertidos a esclarecer son los siguientes:
- Determinar si corresponde dejar sin efecto la descalificación de la oferta del Impugnante y, como consecuencia de ello revocar la buena pro que se otorgó al Adjudicatario.
 - Determinar si corresponde no admitir y/o descalificar la oferta del Impugnante por los cuestionamientos expresados por el Adjudicatario.
 - Determinar si corresponde otorgar la buena pro al Impugnante.

a. **ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

7. Con el propósito de esclarecer esta controversia, es relevante destacar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

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, 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.
9. 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 dejar sin efecto la descalificación de la oferta del impugnante y, como consecuencia de ello, revocar la buena pro que se otorgó al adjudicatario.

10. Considerando que el acto cuestionado es la descalificación de la oferta del Impugnante por parte del comité de selección, corresponde remitirnos a la razón que expresó dicho colegiado en el Formato N° 15 “Acta de apertura de sobres, evaluación de ofertas y calificación” del 15 de diciembre de 2022, publicada en el SEACE el 20 de diciembre de 2022. Así tenemos, que sustentó su decisión en los siguientes fundamentos:

Asimismo, los siguientes postores fueron descalificados por no cumplir los requisitos de calificación especificados en las bases:		
N°	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL DEL POSTOR	CONSIGNAR LAS RAZONES DE SU DESCALIFICACIÓN
1	ROAGA CONSTRUCCIONES OBRAS Y SERVICIOS S.A.C.	EL POSTOR PRESENTA EL ANEXO 10 - EXPERIENCIAL DEL POSTOR EN EL CUAL SEGÚN LO QUE INDICA EL PIE DE PAGINA 48 DONDE SE DETALLA LAS INSTRUCCIONES DE LA COLUMNA IMPORTE DEL FORMATO, DONDE SE DEBE CONSIGNAR EL MONTO TOTAL DEL CONTRATO EJECUTADO MAS ADICIONALES DEL MISMO, DE LA REVISION DEL MISMO LOS MONTOS CONSIGNADOS EN DICHA COLUMNA NO COINCIDEN CON LOS MONTOS DE LOS CONTRATOS CONSIGNADOS COMO JUSTIFICACION DEL MISMO, ASI MISMO DEL PIE DE PAGINA 50 SE DEBE CONSIGNAR EL MONTO TOTAL CORRESPONDIENTE A LA PARTICIPACION DE LA EMPRESA EN EL CONTRATO DECLARADO, POR OTRO LADO SI BIEN ES CIERTO EL POSTOR TIENE PARTICIPACION EN LOS CONTRATOS ESTE NO ES EL TITULAR DEL TOTAL DE LOS MISMOS, POR LO CUAL DEBE CONSIGNAR EL ORIGEN DE LA EXPERIENCIA POR SER PROVENIENTE DE UNA PARTICIPACION ENCONSORCIO. ESTO CONTRAVIENE LO ANTES EXPUESTO CONTRAVIENE LA DIRECTIVA N° 001-2019-OSCE/CD Y SUS MODIFICACIONES CORRESPONDIENTES, POR ELLO SU OFERTA QUEDA DESCALIFICADA.

* Extraído de la página 4 del acta de calificación de ofertas



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

Al respecto, el Impugnante, en su recurso, señaló que las causales de descalificación carecen de toda lógica y no expresan los motivos de una forma coherente, puesto que su representada incorporó la información solicitada conforme a las exigencias del Anexo N° 10 de las bases integradas.

En ese sentido explicó la experiencia del cuadro del Anexo N° 10, como se detalla a continuación:

- En el ítem N° 1, consignó el contrato de ejecución de obra de fecha 9 de setiembre del 2016 por un monto ascendente a S/ 2'133,747.85 del cual se puede verificar que tiene una participación de 90% por lo que el importe que le corresponde asciende a la suma de S/ 1'920,373.07, información que fue debidamente insertada en la columna correspondiente al importe, de acuerdo a la participación en consorcio.
- En el ítem N° 02, consignó el Contrato de ejecución de obra N° 003-2014-MDQ, del 10 de setiembre del 2014, por un monto ascendente a S/ 4'712,387.96, del cual se puede verificar que tiene una participación equivalente al 20%, por lo que el importe que le corresponde asciende a la suma de S/ 942,477.59, pero insertó el monto con un error material pues indicó S/ 942,477.57, lo que considera subsanable ya que no altera el contenido esencial de la oferta.
- En ítem N° 3, consignó el contrato de ejecución de obra del 21 de octubre del 2014, por un monto ascendente a S/ 8'852,435.48, del cual se verifica que tiene una participación equivalente al 10% por lo que el importe que le corresponde asciende a S/ 885,243.55, información que fue correctamente insertada en la columna correspondiente.
- En ítem N° 4, consignó el Contrato de ejecución de obra N° 002-2013-MDH del 21 de noviembre del 2013, cuyo monto contractual, de manera individual, asciende a la suma de S/ 3'594,343.62, información que fue correctamente insertada en la columna correspondiente.
- En el ítem N° 5, consignó el Contrato de ejecución de obra N° 03-2017-MDC del 18 de abril del 2017, por un monto ascendente a la suma de S/ 1'768,500.00, del cual se puede verificar que tiene una participación equivalente al 86% por lo que el importe que le corresponde asciende a S/ 1'520,910.00, información que se insertó correctamente en la columna correspondiente.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

11. Por su parte, el Adjudicatario, respecto a cada una de las experiencias del Impugnante señalo lo siguiente:

- Experiencia N° 1, se aprecia que, en la página 25 de su oferta hace mención al contrato s/n con la Municipalidad Distrital de Lincha Yauyos; sin embargo, de acuerdo a ello no indica que se está firmando el contrato como consorcio, por lo que existiría una incongruencia.

Refiere que, para acreditar la experiencia se debe acreditar los siguientes componentes y/o metas: capacitación, línea de conducción, cámara de reunión, cámara de distribución, cámara de presión, reservorio y conexiones domiciliarias; sin embargo, verificando las páginas 33 al 35 de su oferta, se aprecia que la información consignada por el impugnante es ilegible, así como tampoco acreditaría uno de los componentes que se requiere.

- Experiencia N° 2, en la página 36 de su oferta presentó el Contrato de ejecución de obra N° 003-2014-MDQ, con la Municipalidad Distrital de Quinuabamba y para poder acreditar la experiencia se necesita los siguientes componentes y/o metas: distribución, cámara de rompe presión, reservorio, conexiones domiciliarias; sin embargo, en el acta de recepción de obra que acreditaría tal experiencia, no se logra acreditar tales componentes y además el contrato de consorcio no indica el porcentaje de su participación ni se puede identificar a las personas que suscriben dicha promesa.
- Experiencia N° 3, consignó el contrato celebrado con la Municipalidad Distrital de Casca; sin embargo, según su acta de recepción de obra, no logra acreditar la experiencia con los componentes y/o metas: conducción, cámara de reunión, cámara de distribución, cámara de rompe presión, reservorio y conexiones domiciliarias.
- Experiencia N° 4, consignó el contrato celebrado con la Municipalidad Distrital de Huayllan para la obra: Ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en las localidades de Huayllan, sin embargo, según su acta de recepción de obra se aprecia que no logra acreditar el componente y/o metas de cámara de distribución como requiere las bases integradas.
- Experiencia N° 5, consignó el contrato celebrado con la Municipalidad Distrital de Coayllo - Cañete para la obra: Instalación de un sistema de alcantarillado y planta de Tratamiento en el anexo San Juan de Quisque del distrito de Coayllo, firmado con el Consorcio San Juan de Quisque, sin embargo, en el Contrato N° 03-2017-MDC, no se visualiza y es ilegible la persona que lo firma.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

Asimismo, refiere que dicha experiencia no logra acreditar los componentes que se requirió en las bases del procedimiento de selección

- 12.** A su vez, la Entidad, refiere que, de la revisión de la oferta presentada por el Impugnante se puede advertir que en el Anexo N° 10, denominado experiencia del postor en la especialidad, en la columna “importe los montos consignados” los montos ahí consignados no coinciden con los montos de los contratos que acreditan tales experiencias; sino por el contrario se aprecia que el postor ha ido sumando el monto facturado acumulado más el importe, lo que al final suma un total de S/ 7'342,437.81 (siete millones trescientos cuarenta y dos mil cuatrocientos treinta y siete con 00/81); razón por la cual el comité de selección, al ver tal incongruencia (monto en el anexo N° 10 y su respectivo contrato), decidió descalificar la oferta del Impugnante.

Asimismo, señaló que el comité no calificó que manera correcta los documentos presentados por los postores que presentaron su oferta respecto a la acreditación de la experiencia del postor en la especialidad.

Por último, refirió que se ha detectado un vicio de nulidad en la elaboración de las bases integradas realizada por el comité de selección, el cual consiste en la omisión de haberse incluido en la proforma del contrato la cláusula décimo tercera que versa sobre la asignación de riesgo del contrato de obra, el cual debe estar incluido en cumplimiento de lo establecido por el artículo 29. numeral 29.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y la Directiva N° 012-2017-OSCE/CO

- 13.** Según se desprende de los argumentos señalados, la controversia gira en torno a determinar si el Adjudicatario cumple con acreditar la experiencia del postor en la especialidad, de conformidad con lo establecido en las bases integradas del procedimiento de selección.
- 14.** Por ello, a fin de esclarecer la controversia aludida, resulta pertinente traer a colación lo señalado en las bases integradas del procedimiento de selección, pues estas constituyen las reglas definitivas a las cuales se deben someter los participantes y/o postores, así como el comité de selección al momento de evaluar las ofertas y conducir el procedimiento.

Así tenemos que, de la revisión del acápite B del numeral 3.2 – Requisitos de calificación del capítulo III de la sección específica de las bases integradas, se aprecia que, la Entidad requirió lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<p>Requisitos:</p> <p>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a UNA (01) VEZ EN EL VALOR REFERENCIAL en la ejecución de obras similares, durante los 10 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra.</p> <p>Se considerará obra similar: Construcción y/o Ampliación y/o mejoramiento y/o instalación del sistema integral de agua potable y desagüe debe que incluyan las siguientes componentes y/o metas: Captación, línea de conducción, cámara de reunión, cámara de distribución, cámara de rompe presión, reservorio, conexiones domiciliarias.</p> <p>Acreditación:</p> <p>La experiencia del postor se acreditará con copia simple de: (i) contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; (ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o (iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación²² de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como el monto total que implicó su ejecución; correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.</p> <p>En los casos que se acredite experiencia adquirida en consorcio, debe presentarse la promesa de consorcio o el contrato de consorcio del cual se desprenda fehacientemente el porcentaje de las obligaciones que se asumió en el contrato presentado; de lo contrario, no se computará la experiencia proveniente de dicho contrato.</p> <p>Asimismo, cuando se presenten contratos derivados de procesos de selección convocados antes del 20.09.2012, la calificación se ceñirá al método descrito en la Directiva "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado", debiendo presumirse que el porcentaje de las obligaciones equivale al porcentaje de participación de la promesa de consorcio o del contrato de consorcio. En caso que en dichos documentos no se consigne el porcentaje de participación se presumirá que las obligaciones se ejecutaron en partes iguales.</p> <p>Si el titular de la experiencia no es el postor, consignar si dicha experiencia corresponde a la matriz en caso que el postor sea sucursal, o fue transmitida por reorganización societaria, debiendo acompañar la documentación sustentatoria correspondiente.</p> <p>Si el postor acredita experiencia de otra persona jurídica como consecuencia de una reorganización societaria, debe presentar adicionalmente el Anexo N° 9.</p> <p>Cuando los contratos presentados se encuentren expresados en moneda extranjera, debe indicarse el tipo de cambio venta publicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP correspondiente a la fecha de suscripción.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, los postores deben llenar y presentar el Anexo N° 10 referido a la experiencia del postor en la especialidad.</p>

**Extraído de la página 36 de las bases integradas.*

Tal como se aprecia se requirió, para la calificación de la experiencia del postor en la especialidad, que los postores, deben acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/ 1'843,453.61 (un millón ochocientos cuarenta y tres mil cuatrocientos cincuenta y tres con 61/100 soles), por la contratación en la ejecución de obras similares en construcción y/o ampliación y/o instalación del sistema integral de agua potable y desagüe. Asimismo, señaló que dichas experiencias deben contener los siguientes componentes y /o metas: capacitación, línea de conducción, cámara de reunión, cámara de distribución, cámara de rompe presión, reservorio y conexiones domiciliarias.

15. En ese sentido, si bien en el presente caso, la Entidad ha establecido en las bases del procedimiento de selección los términos bajo los cuales los postores deben dar cumplimiento al requisito de calificación "Experiencia del postor en la especialidad", con el propósito de cautelar que estos cuenten con las capacidades

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

requeridas para la ejecución de la obra, tal requisito tampoco debe ser un instrumento a través del cual se restrinja la participación de los postores, por lo que su formulación debe ser realizada de manera razonada.

16. En este punto, cabe recalcar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido que las obras similares deban ser exactamente iguales a las que son objeto de contratación, sino únicamente que la obra que se proponga para acreditar la experiencia tenga las características de aquella que se pretende realizar.
17. Sobre esta situación, debe precisarse que las bases estándar aplicables a la presente contratación⁶ no contemplan la posibilidad de agregar en la definición de las obras similares la acreditación de componentes, según se observa:

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a [CONSIGNAR FACTURACIÓN NO MAYOR A UNA (1) VEZ EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN O DEL ÍTEM], en la ejecución de obras similares, durante los 10 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra.</p> <p>Se considerará obra similar a [CONSIGNAR LAS OBRAS QUE CALIFICAN COMO SIMILARES].</p> <p><u>Acreditación:</u></p> <p>La experiencia del postor se acreditará con copia simple de: (i) contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; (ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o (iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación²¹ de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como el monto total que implicó su ejecución; correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.</p> <p>En los casos que se acredite experiencia adquirida en consorcio, debe presentarse la promesa de consorcio o el contrato de consorcio del cual se desprenda fehacientemente el porcentaje de las obligaciones que se asumió en el contrato presentado; de lo contrario, no se computará la experiencia proveniente de dicho contrato.</p> <p>Asimismo, cuando se presenten contratos derivados de procesos de selección convocados antes del 20.09.2012, la calificación se ceñirá al método descrito en la Directiva "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado", debiendo presumirse que el porcentaje de las obligaciones equivale al porcentaje de participación de la promesa de consorcio o del contrato de consorcio. En caso que en dichos documentos no se consigne el porcentaje de participación se presumirá que las obligaciones se ejecutaron en partes iguales.</p> <p>Si el titular de la experiencia no es el postor, consignar si dicha experiencia corresponde a la matriz en caso que el postor sea sucursal, o fue transmitida por reorganización societaria, debiendo acompañar la documentación sustentatoria correspondiente.</p> <p>Si el postor acredita experiencia de otra persona jurídica como consecuencia de una reorganización societaria, debe presentar adicionalmente el Anexo N° 9.</p> <p>Cuando los contratos presentados se encuentren expresados en moneda extranjera, debe indicarse el tipo de cambio venta publicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP correspondiente a la fecha de suscripción.</p>

**Extraído de la Página 31 de las bases estándar*

⁶ Bases estándar de adjudicación simplificada para la contratación de la ejecución de obras Directiva N° 001-2019-OSCE/CD - BASES Y SOLICITUD DE EXPRESIÓN DE INTERÉS ESTÁNDAR PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN A CONVOCAR EN EL MARCO DE LA LEY N° 30225. Según modificaciones dispuestas en las Resoluciones N° 057-2019-OSCE/PRE, N° 098-2019-OSCE/PRE, N° 111-2019-OSCE/PRE, N° 185-2019-OSCE/PRE, N° 235-2019-OSCE/PRE, N° 092-2020-OSCE/PRE, N° 120-2020-OSCE/PRE y N° 100-2021-OSCE/PRE, publicadas en el Diario oficial El Peruano el 3 de abril de 2019, 29 de mayo de 2019, 14 de junio de 2019, 21 de octubre de 2019, 31 de diciembre de 2019, 14 de julio de 2020, 4 de setiembre de 2020 y 11 de julio 2021, respectivamente. Vigentes a partir del 12 de julio de 2021

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

Tal como se observa, se desprende que la mayoría de los documentos con los que, de acuerdo a las bases estándar, se debe demostrar la experiencia, usualmente no contienen la descripción de partidas de una obra o pueden no detallar todos los componentes ejecutados (como los contratos, actas de recepción, resoluciones de liquidación, constancias de prestación, entre otros).

En el caso concreto, el exigir acreditar, en cada experiencia, siete componentes de la obra convocada de manera conjunta (es decir que estén presentes todos y cada uno de los componentes) no es sino pedir que las contrataciones que presenten los postores sean iguales en una porción significativa de la obra, lo cual restringe notablemente la posibilidad de que se acrediten experiencias similares, al ser el requerimiento tan específico, siendo restrictivo para la participación de potenciales proveedores, además que, considerando que las bases permiten solo algunos documentos acreditativos, la exigencia se vuelve más restrictiva de la concurrencia, pues dicho detalle (del total de componentes), deberá expresarse en estos documentos.

18. En ese entendido, se colige que la Entidad ha incorporado en las bases integradas una nueva exigencia acreditativa, esto es, presentar documentos donde se consigne el detalle de los componentes ejecutados en la obra, a pesar de que las bases estándar no lo permiten.

Cabe señalar que la convocatoria de un procedimiento de selección con las bases antes señaladas constituye un acto administrativo, y como tal debe respetar el principio de legalidad recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del título preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS (en adelante el TUO de la LPAG), no solo cuando la normativa contiene disposiciones prohibitivas, sino que su actividad debe ser realizada con pleno respeto al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, más aún cuando la incorporación de mayores exigencias acreditativas significa una afectación a los principios de libre concurrencia y libre competencia.

19. En relación a dichas reglas, el Tribunal advirtió posibles vicios de nulidad, que fueron trasladados a las partes y la Entidad, para su pronunciamiento, a través del decreto del 30 de enero de 2023, en el que se ha señalado la posibilidad de que exista una indebida formulación de las bases en lo referente al requisito de calificación de experiencia del postor en la especialidad; lo cual resulta relevante teniendo en cuenta que el Adjudicatario cuestiona que el Impugnante no cumple con acreditar tal requisito.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

20. Cabe señalar que ni la Entidad, ni el Adjudicatario o el Impugnante han emitido pronunciamiento respecto al traslado de nulidad realizado por esta Sala.
21. Al respecto, debe precisarse que el objeto de la contratación es la ejecución de la obra: *"Mejoramiento y ampliación de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario en la localidad de Shinhua Ucro del distrito de Casca, provincia Mariscal Luzuriaga, departamento Ancash"*. Ahora bien, como se ha precisado anteriormente, las bases integradas del procedimiento de selección han considerado, dentro de la definición respectiva, para que se acredite la experiencia del postor en la especialidad con actividades iguales, pero también considerando obras similares a la construcción y/o ampliación y/o mejoramiento y/o instalación del sistema integral de agua potable y desagüe. Sin embargo, también ha creído pertinente contemplar que dichas experiencias deban incluir los componentes y /o metas: capacitación, línea de conducción, cámara de reunión, cámara de distribución, cámara de rompe presión, reservorio y conexiones domiciliarias.

En ese sentido, se aprecia que las bases integradas del procedimiento identifican las actividades que considera similares al objeto de convocatoria, conforme lo prevén las bases estándar; no obstante, el requerir acreditar partidas, metas o componentes específicos como los solicitados se excede la potestad que le otorga dicha norma, siendo, además la delimitación tan particular que efectúa una potencial barrera a la concurrencia de proveedores y a la competencia en el procedimiento de selección.

En relación con ello, el principio de libertad de concurrencia, previsto en el literal a) del artículo 2 de la Ley, obliga a las Entidades a promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

Por su parte, el principio de competencia, recogido en el literal e) del citado artículo, 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, encontrándose, en virtud de ello, prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

22. Precisamente, se aprecia que, en el procedimiento de selección llegaron a inscribirse trece participantes, más solo cinco de ellos presentaron su oferta, lo

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

cual puede interpretarse que la exigencia de componentes constituyó un obstáculo para que más proveedores presenten sus ofertas en el presente procedimiento.

- 23.** Frente a un escenario como el descrito, la normativa prevé la posibilidad de corregir actos contrarios a sus disposiciones. Al respecto, la nulidad constituye una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita que permita sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Por lo expuesto, como se ha expresado previamente, el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, establece que en los casos que conozca el Tribunal declarará nulos los actos administrativos emitidos por las Entidades, cuando contravengan normas legales, debiéndose expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

En el presente caso, se ha determinado que el vicio concerniente a la definición de obras similares para el requisito de calificación “Experiencia del postor en la especialidad”, determinado en el literal B del numeral 3.2 del capítulo III, correspondiente a la sección específica de las bases, contraviene el numeral 29.3 del artículo 29 del Reglamento, las bases estándar aplicables, el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, así como los principios de competencia y libertad de concurrencia de proveedores, el cual, como se ha desarrollado en el análisis respectivo, no resulta conservable, por cuanto se trata de transgresiones a normas legales y reglamentarias.

- 24.** Por lo expuesto, este Colegiado concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, concordante con lo dispuesto en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, debiendo retrotraerse a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases, a efectos de que el comité de selección reformule el acápite referente a la experiencia del postor en la especialidad, de forma tal que sea claro, congruente y no contravenga la normativa de contratación pública.
- 25.** Sin perjuicio de ello, con ocasión de la reformulación de las bases del procedimiento de selección, el comité de selección deberá verificar que las demás disposiciones de dichas bases se encuentren acorde a los lineamientos que prevén las bases estándar aprobadas por el OSCE aplicables al procedimiento, a efectos de no incurrir en mayores vicios que puedan generar nuevamente la nulidad del procedimiento de selección, siempre en observancia de los principios que rigen la contratación pública enumerados en el artículo 2 de la Ley.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

26. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto por el numeral 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG, este Colegiado considera que debe ponerse en conocimiento del Titular de la Entidad la presente Resolución, a fin de que conozca el vicio advertido y realicen las acciones que correspondan conforme a sus atribuciones, así como para que exhorte al comité de selección y a las áreas que intervengan en la elaboración de los documentos que recogen las bases, que actúen de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar futuras nulidades que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado.

Sobre los vicios adicionales advertidos

27. Sin perjuicio de lo antes concluido, este Colegiado ha identificado otro vicio de nulidad en el procedimiento de selección, referido a la indebida motivación del comité de selección, dentro del acta Formato N° 15 “Acta de apertura de sobres, evaluación de ofertas y calificación” del 15 de diciembre de 2022, publicada en el SEACE el 20 de diciembre del mismo año, lo que, también, fue trasladado a las partes y la Entidad, para su pronunciamiento, a través del decreto del 30 de enero de 2023
28. En efecto, en el acta antes citada se advierte que el comité señaló que descalificó la oferta del Impugnante porque *“el postor presentó el anexo 10, en el cual se debe consignar el monto total del contrato ejecutado más adicionales del mismo, sin embargo, de la revisión del mismo los montos consignados en dicha columna no coinciden con los montos de los contratos consignados como justificación, asimismo, se debe consignar el monto total correspondiente a la participación de la empresa en el contrato declarado, por lo cual debe consignar el origen de la experiencia por ser proveniente de una participación en consorcio, contraviniendo de esta manera la Directiva N° 001-2019- OSCE/CD y sus modificaciones correspondientes”*.
29. Ante ello, se aprecia que el Anexo N° 10 presentado por el Impugnante dentro de su oferta, consignó cinco (5) experiencias para acreditar el requisito de experiencia del postor en la especialidad, sin embargo, de la lectura de los motivos consignados por el comité de selección para descalificar la experiencia del Impugnante, se desprende que la Entidad no señaló de manera expresa, a cuál de los contratos o experiencias se refiere cuando indica que no coincide el monto del Anexo N° 10 con el contrato que lo acredita.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

Por otro lado, al señalar que se debe consignar el monto total correspondiente a la participación del Impugnante en el contrato declarado, tampoco especifica a qué experiencia consignada por el Impugnante hace referencia, o por el contrario si dicha omisión se produjo en todas las experiencias consignadas.

Por último, se desprende que tampoco especifica si la observación concerniente a consignar el origen de la experiencia por ser proveniente de una participación en consorcio, la realiza a todas las experiencias declaradas o en particular hacia alguno de ellos.

30. Como se observa, la Entidad al motivar su decisión de descalificar la oferta del Impugnante, ha desarrollado de manera general las razones de su descalificación. Este hecho que implica una **contravención del principio de transparencia previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley, así como lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento**, según el cual, la admisión, no admisión, evaluación, calificación, descalificación y el otorgamiento de la buena pro es evidenciada en actas debidamente motivadas, las mismas que constan en el SEACE; y que además, significa **una contravención al derecho de defensa del Impugnante** quien no conocería con claridad las razones para el rechazo de su oferta, a efectos de poder contradecir dicho extremo de la decisión.
31. En ese sentido, debe agregarse que la normativa sobre contratación estatal ha establecido que los acuerdos que adopte el comité de selección, el órgano encargado de las contrataciones o Titular de la Entidad, con su respectiva fundamentación, debe consignarse en actas debidamente suscritas por sus integrantes.

Ante ello, si el comité de selección, el órgano encargado de las contrataciones o el Titular de la Entidad decidiera no admitir, no otorgar puntaje, descalificar determinada oferta o declarar la nulidad del procedimiento de selección, según corresponda; el cumplimiento del deber de motivación exige que, cuando menos, se expresen las razones concretas que conllevaron adoptar dicha decisión.

32. En relación a lo expuesto, debe tenerse en cuenta que las decisiones adoptadas por la Entidad, deben cumplir con los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en el artículo 3 del TUO de la LPAG, esto es, deben: i) ser emitidos por el órgano competente; ii) tener un objeto o contenido específico, referido a otorgar la opción de contratar a la oferta que haya obtenido la mejor calificación; iii) adecuarse a una finalidad pública, a saber la contratación de bienes, obras y servicios en las mejores condiciones técnicas al más bajo costo posible; iv) haber sido emitido en el marco de un procedimiento regular, entendiéndose el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

procedimiento de selección, cuyas reglas han sido previamente establecidas en las bases y; v) **contener una motivación debida.**

33. Sobre el particular, el artículo 6 del TUO de la LPAG, dispone que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado, no siendo admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
34. Por tanto, se aprecia que, en este caso, la decisión del comité de selección, **ha contravenido las disposiciones del Reglamento, específicamente, el artículo 66, el artículo 6 de la LPAG; así como, los principios de libertad de concurrencia y competencia previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley**, por lo que se ha incurrido en un vicio de nulidad adicional al referido previamente.
35. Adicionalmente, al momento de la reformulación del requerimiento y las bases del procedimiento de selección, la Entidad debe analizar si se ha producido un vicio adicional, en relación a lo referido en el Informe técnico N° 002-2023-MDC/JUA, respecto de la omisión de haberse incluido en la proforma del contrato la cláusula décimo tercera que versa sobre la asignación de riesgo del contrato de obra.
36. Por último, en atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y toda vez que este Tribunal declarará la nulidad de oficio del procedimiento de selección sin pronunciamiento sobre el petitorio del Consorcio Impugnante, **corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por aquel**, para la interposición de su recurso de apelación.

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



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

LA SALA RESUELVE

1. **Declarar de oficio la nulidad** de la Adjudicación Simplificada N° AS-SM-11-MDC/CS-1 - Primera Convocatoria, **debiendo retrotraerse a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases** conforme a lo expuesto en la fundamentación.
2. Devolver la garantía presentada por las empresas Roaga Construcciones Obras Y Servicios S.A.C., para la interposición de su recurso de apelación.
3. Comunicar la presente resolución al Titular de la Entidad, conforme a lo señalado en el fundamento 26.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

JORGE LUIS HERRERA GUERRA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

HÉCTOR MARÍN INGA HUAMÁN
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

VOTO EN SINGULAR DE LA VOCAL PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE

La vocal que suscribe el presente voto, discrepa, respetuosamente, de lo determinado en el voto en mayoría respecto a declarar la nulidad del procedimiento de selección en base a lo referente al requisito de calificación de experiencia del postor en la especialidad. A continuación, se expresan las consideraciones que fundamentan el voto:

1. En el voto en mayoría se ha abordado como cuestión el traslado de nulidad efectuado mediante decreto del 30 de enero de 2023, en el que se ha señalado entre otros la posibilidad de que exista una indebida formulación de las bases en lo referente al requisito de calificación de experiencia del postor en la especialidad.
2. Al respecto, según se explica en la resolución, las bases integradas definitivas exigen, para sustentar el requisito de calificación “Experiencia del postor en la especialidad”, acreditar un monto facturado mínimo de una vez el valor referencial (equivalente a S/ 1’843,453.61), estableciendo como obra similar a lo siguiente:

“Construcción y/o ampliación y/o mejoramiento y/o instalación del sistema integral de agua potable y desagüe que incluyan los siguientes componentes y/o metas: Capacitación, línea de conducción, cámara de reunión, cámara de distribución, cámara de rompe presión, reservorio y conexiones domiciliarias.

3. En los fundamentos 17 al 26 se ha sostenido que la exigencia de los siete componentes que debía tener la obra ejecutada y acreditada como experiencia para que sea similar deviene en nula, debido a que contraviene el texto de las bases estándar –al no prever esta la posibilidad de solicitar la acreditación de componentes– y por contravenir los principios de competencia y libertad de concurrencia de proveedores.
4. Al respecto, la suscrita no comparte dicho criterio, puesto que las bases estándar aludidas, así como la normativa aplicable, no prohíben la incorporación de partidas mínimas para considerar una experiencia como similar; pues, únicamente indican que deberá establecerse aquello que se considera como experiencia similar.

Ello en la medida que, incluir partidas mínimas a acreditar en determinada experiencia puede tener relación con la definición de obra similar que establezca la Entidad en las bases y de ese modo generar una mayor competencia al contarse

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

con ofertas que puedan cumplir con lo solicitado, siempre con criterios de razonabilidad.

5. Precisamente, al tener que ver con la definición de obra similar, la identificación de los puntos en común que el área usuaria considere importantes que el postor haya ejecutado, no debe ser considerado como una práctica restrictiva a la concurrencia de proveedores y a la competencia, sino como el ejercicio de la potestad de la Entidad de determinar el alcance de su requerimiento, como mayor conocedor de sus necesidades.
6. Ahora bien, bajo ese argumento, la inclusión de partidas mínimas o de componentes para acreditar una experiencia no debe resultar tan específica de modo tal que solo un único postor pueda acreditar dicha experiencia, pues ello podría contravenir la transparencia, objetividad e imparcialidad que debe regir el procedimiento de selección.

En ese sentido, resulta necesario que se evalúe en cada caso si es que la exigencia de componentes es proporcional y razonable, en función a lo que se busca contratar.

7. En el caso particular, al revisar el presupuesto de la obra que se ejecutará, publicada en la consola de selección del procedimiento, se evidencia que los 7 componentes exigidos son minúsculos en comparación de todas las partidas que conforman el presupuesto; ya que este tiene cerca de 100 páginas.

Así, por ejemplo, el componente referido a la cámara de reunión se evidencia en la partida 03.02.08-01; no obstante, existen numerosas actividades contempladas en el presupuesto que no se tienen como componentes mínimos, como por ejemplo, el bidón dosificador, techo con teja tipo opaca y el concreto en veredas $f'c=140 \text{ kg/cm}^2$ $E=0.15 \text{ m}$,

8. En ese sentido, **la suscrita no considera que la exigencia de dichos componentes constituya un vicio de por sí en el procedimiento de selección**; sino que han sido contemplados por el área usuaria como elementos comunes e importantes que deben tener las experiencias realizadas por los postores, para la correcta ejecución de las prestaciones a contratar.
9. Por otro lado, tal como se expuso del fundamento 27 al 36, se advierte que dentro del procedimiento de selección la Entidad al motivar su decisión de descalificar la oferta del Impugnante, ha desarrollado de manera general las razones de su descalificación; hecho que implica una contravención del principio de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0707-2023-TCE-S3

transparencia previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley, así como lo dispuesto por el artículo 66 del Reglamento, según el cual, la admisión, no admisión, evaluación, calificación, descalificación y el otorgamiento de la buena pro es evidenciada en actas debidamente motivadas, las mismas que constan en el SEACE; y que además, significa una contravención al derecho de defensa del Impugnante quien no conocería con claridad las razones para el rechazo de su oferta, a efectos de poder contradecir dicho extremo de la decisión.

Por lo que la suscrita, se encuentra de acuerdo con lo desarrollado en la presente resolución en lo concerniente a la falta de motivación respecto a la descalificación del Impugnante.

10. En ese sentido, la suscrita concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, concordante con lo dispuesto en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, el procedimiento debe retrotraerse a la etapa de calificación de ofertas, respecto a la calificación de la oferta del Impugnante, a efectos de que el comité de selección realice una adecuada motivación a la descalificación de la oferta del Impugnante, de forma tal que sea claro, congruente y no contravenga la normativa de contratación pública.
11. Asimismo, corresponde poner en conocimiento del Titular de la Entidad, el Informe técnico N° 002-2023-MDC/JUA en el que indica que la cláusula décimo tercera sobre asignación de riesgos del contrato de obra, no se ha incorporado en la proforma de contrato; a efectos que se evalúe si es que corresponde incluir la mencionada cláusula o no, y de ser el caso, actúe conforme al artículo 44 de la Ley.