



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Sumilla: “(...) no obra en autos algún medio probatorio que acredite, de forma fehaciente, que los cuestionamientos realizados por el Participante al pliego de absolución de consultas y/u observaciones sean maliciosos o manifiestamente infundados; por lo tanto, en aplicación del principio de licitud, corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción administrativa en contra del Participante.”

Lima, 23 de febrero de 2023.

VISTO en sesión del 23 de febrero de 2023, de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente **N° 3596/2019.TCE**, sobre el procedimiento administrativo sancionador generado contra la empresa GONZALES E.I.R.L., por su supuesta responsabilidad al haber presentado cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, en el marco del procedimiento de selección, infracción establecida en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF y, atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información obrante en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 31 de mayo de 2019, la DIRECCIÓN REGIONAL DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES HUÁNUCO, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó el Concurso Público N° 007-2019-GR-HUANUCO/DRTC-1, para la contratación del servicio de “Mantenimiento rutinario mecanizado de la carretera departamental no pavimentada, RUTA HU-102- tramo: EMP.PE-3N (Pachas)-Libertad – Llata – Puños – Miraflores – Allalli – Singa (KM 00+000-KM. 110+367) RUTA HU-103, TRAMO: EMP. HU-102 (Libertad) – HUERGOSAYOG (KM. 00+000 – KM. 03+092) L=113.459KM” por un valor estimado de S/ 1 247 612.74 (un millón doscientos cuarenta y siete mil seiscientos doce con 00/74 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

De acuerdo con el respectivo cronograma del procedimiento de selección, del 3 al 14 de junio de 2019, se efectuó la formulación de consultas y observaciones, de manera que, el 24 del mismo mes y año, la Entidad procedió a publicar el Pliego de absolución de consultas y observaciones, para posteriormente publicar las Bases Integradas del procedimiento de selección en el mismo día.

El 10 de junio de 2019, la empresa **GONZALES E.I.R.L.**, en adelante **el Participante**, presentó ante la Entidad sus cuestionamientos al Pliego de absolución de consultas y observaciones con la finalidad que sean elevados al OSCE para su pronunciamiento.

2. Mediante Memorando N° D000296-2019-OSCE-DGR¹, presentado el 2 de octubre del 2019, ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE puso en conocimiento que el Participante habría incurrido en infracción al presentar cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones sin sustento, al no haberse identificado claramente la vulneración normativa en la que habría incurrido la Entidad convocante.
3. A través del Decreto del 15 de setiembre de 2019², de manera previa, se dispuso requerir a la Entidad, remita, entre otros, la siguiente información y documentación adicional:
 - *Informe técnico legal en el cual se pronuncie sobre la presunta responsabilidad de la empresa GONZALES E.I.R.L., por haber supuestamente presentado cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones en el marco del Concurso Público N° 007-2019-GR-HUANUCO/DRTC – Primera Convocatoria. Asimismo, deberá indicar si dichos cuestionamientos causaron perjuicio y/o daño a la Entidad.*
 - *Copia clara, completa y legible de toda la documentación que acredita la comisión de la infracción.*

¹ Obrante a folios 3 del expediente administrativo.

² Obrante a folios 34 al 37 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Asimismo, se dispuso comunicar al Órgano de Control Institucional de la Entidad para que coadyuve a la remisión de la documentación solicitada.

4. Mediante decreto del 13 de octubre de 2022³, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Participante, por su supuesta responsabilidad al haber presentado cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absoluciones de consultas y/u observaciones, en el marco del procedimiento de selección, infracción establecida en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.

En ese sentido, se dispuso notificar al Participante para que, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

Sin perjuicio de lo expuesto, se dispuso que la Entidad, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, cumpla con remitir la información y documentación solicitada mediante Decreto del 15 de septiembre de 2022; bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad y de la Contraloría General de la República², en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.

5. A través del escrito s/n presentado el 24 de octubre de 2022⁴ ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Participante formuló sus descargos, mediante el cual expresó lo siguiente:
 - i) Se registró como participante al procedimiento de selección dentro del plazo establecido en el cronograma y con legitimidad verificó las bases del procedimiento de selección, encontrando situaciones que ameritaron de acuerdo a su criterio la formulación de consultas y observaciones, posteriormente el comité de selección comunica la absoluciones de consultas y observaciones que, al no haber sido acogidas, su representada solicitó la elevación al OSCE mediante Carta N° 017-2019-GONZALES EIRL.

En dicha carta, se señaló que el comité de selección al momento de absolver las consultas y observaciones transgredió el principio de igualdad de concurrencia e igualdad de trato, así como los términos de referencia y las especificaciones técnicas contenidas en las bases. Debido a que en las bases

³ Obrante a folios 478 al 483 del expediente administrativo.

⁴ Obrante a folios 490 al 503 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

se han incluido exigencias desproporcionadas al objeto de contratación, afectando la libre concurrencia y la participación del mayor número de proveedores.

- ii) Considera que la solicitud de elevación del pliego de consultas y observaciones contenida en la Carta N° 017-2019-GONZALES EIRL., sí cumple con lo dispuesto en el numeral 8.1 de la Directiva N° 004-2021-OSCE/CD, por cuanto su representada se registró como participante al procedimiento de selección y además se señaló que el pliego de absolución de consultas y observaciones fue contrario a la normativa de contrataciones públicas; por lo que, considera que la solicitud de elevación fue presentada dentro del plazo legal.

Asimismo, considera que no se ha emitido el informe de no configuración de supuesto de elevación, por lo que su accionar fue legítimo y legal.

- iii) Alega que su representada durante su participación en el procedimiento de selección ha actuado de buena fe al haber efectuado, con legítimo interés, la aclaración y modificación de los términos de referencia a través de consultas y observaciones.
- iv) Considera que no se ha logrado acreditar con pruebas de carácter objetivo que su representada haya actuado de forma maliciosa, no pudiéndose determinar la comisión dolosa de la infracción ni la responsabilidad, por lo que prevalece la presunción de inocencia; asimismo no se ha desvirtuado la presunción de licitud por cuanto su accionar se ha dado con respeto a las normas que regulan la contratación estatal y no se ha emitido el informe de no configuración de supuesto de elevación.
- v) Solicitó se declare no ha lugar la atribución de responsabilidad en su contra y solicitó el uso de la palabra.

- 6. Mediante Oficio N° 1631-2022-GRH-GR/DRTC⁵ del 28 de octubre de 2021, presentado ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal en la misma fecha, la Entidad remitió la información solicitada, adjuntando el Informe Técnico N° 000007-2022-GRH-GRI/DRTC/DA/SDLSA, del 17 de octubre de 2022, en el que concluyó que se han advertido cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundado al pliego de consultas y/u observaciones por parte del Participante.

⁵ Obrante a folios 505 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

7. Mediante Decreto del 21 de noviembre de 2022, se tuvo por apersonado al Participante, y por presentados sus descargos. Dejándose a consideración de la Sala la solicitud de uso de la palabra, remitiéndose el expediente a la Sexta Sala del Tribunal, para que resuelva.
8. Con Decreto del 5 de enero de 2022, se programó audiencia pública para el 11 del mismo mes y año.
9. El 11 de enero de 2023 se frustró la audiencia por inasistencia de las partes.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, determinar si el Participante incurrió en responsabilidad administrativa por haber presentado cuestionamientos supuestamente maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, en el marco del procedimiento de selección; infracción tipificada en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, norma vigente al momento de suscitarse los hechos imputados, esto es el 10 de junio del 2019.

Naturaleza de la infracción

2. El literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, establece lo siguiente:

“Artículo 50.- Infracciones y sanciones administrativas

50.1. El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñen como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

n) Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones”.

La infracción antes señalada implica considerar, como presupuesto, que el comité de selección (o, eventualmente, el órgano encargado de las contrataciones) haya absuelto las consultas u observaciones planteadas por los participantes, a través del respectivo pliego.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

3. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 72.1 del artículo 72 del Reglamento: ***“todo participante puede formular consultas y observaciones respecto de las Bases (...)”***, debiéndose entender que una consulta es una solicitud de aclaración o cualquier otro pedido de algún extremo de las bases, en tanto que una observación es un cuestionamiento a las mismas por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones o a otra normativa relacionada con el objeto de la contratación.
4. Cabe precisar que la Directiva N° 023-2016-OSCE/CD “Disposiciones sobre formulación y absolución de consultas y observaciones”, aprobada por la Resolución N° 274-2016-OSCE/PRE, precisa que las *“consultas a las bases”* y las *“observaciones a las bases”* no deben emplearse para formular pretensiones que desnaturalicen la decisión de compra adoptada por la Entidad.

Además, en el numeral 7.1 de la citada Directiva, se *estipula la obligación* de los participantes en un procedimiento de selección, *de formular sus consultas y observaciones de manera motivada, concreta, clara y sin ambigüedades*, de tal forma que el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones (según corresponda) pueda absolverlas con claridad.

5. Conforme a lo antes expuesto, la presentación de consultas y observaciones constituye un derecho de los participantes de un procedimiento de selección, de cuyo resultado (es decir, el pliego de absolución de consultas y observaciones) puede depender su decisión de competir o no competir en dicho procedimiento, a través de la presentación de la respectiva oferta.
6. En ese orden de ideas, el numeral 72.5 del artículo 72 del Reglamento, en concordancia con el numeral 7.1 de la Directiva N° 004-2017-OSCE/CD “*Acciones de supervisión a pedido de parte*”, aprobada por la Resolución N° 004-2017-OSCE/CD, establece que el comité de selección debe absolver las consultas y observaciones de manera motivada, mediante el pliego absolutorio respectivo, detallándose el análisis de dicho comité y la precisión exacta de lo que se incorporará a las bases integradas.
7. Por su parte, el numeral 72.8 del artículo 72 del Reglamento, estipula que en el plazo de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del aludido pliego absolutorio a través del SEACE, los participantes pueden solicitar la elevación de los cuestionamientos al mismo con fin de que el OSCE emita el pronunciamiento respectivo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Dicho pronunciamiento debe estar motivado e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto de las bases, contra el cual no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la entidad y los participantes.

Cabe precisar que en el numeral 8.1 de la Directiva N° 004-2017-OSCE/CD, se estableció que la solicitud de elevación de los cuestionamientos del pliego absolutorio de consultas y observaciones solo puede ser formulada por los participantes registrados en el procedimiento de selección hasta la culminación de la etapa de formulación de consultas y observaciones.

Dicha solicitud se presenta cuando el participante considera que la absolución a una consulta u observación, por parte del comité de selección, es contraria a la normativa de contratación pública o a otras normas complementarias o conexas, que tengan relación con el procedimiento de selección o con el objeto de la contratación.

Son causales para la emisión del "*Informe de no configuración de supuesto de elevación*", las siguientes: (i) que el participante no se haya registrado como tal hasta la etapa de formulación de consultas y observaciones, (ii) que la solicitud sea extemporánea, y (iii) que el participante no identifique la vulneración en que incurre el comité de selección al momento de absolver la consulta u observación objeto de elevación.

Tomando en cuenta lo expuesto, si bien la solicitud de elevación de los cuestionamientos del pliego absolutorio de consultas y observaciones constituye un derecho de los participantes de un procedimiento de selección, cabe precisar que su ejercicio se encuentra normado, de tal forma que la inobservancia de las disposiciones que lo regulan implica la emisión de un *Informe de no configuración de supuesto de elevación*.

8. En ese sentido, el hecho que, frente a una solicitud de elevación del pliego de absolución de consultas y observaciones, el OSCE emita un *Informe de no configuración de supuesto de elevación*, no constituye, por sí solo, un medio probatorio suficiente en relación a la configuración del tipo infractor previsto en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, en el extremo que indica que los cuestionamientos presentados son "*manifiestamente infundados*".
9. Por otro lado, el extremo relativo a los "*cuestionamientos maliciosos*" al pliego de absolución de consultas y observaciones a que hace referencia el tipo infractor

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

bajo análisis, a criterio del Tribunal, está relacionado con una infracción al principio de buena fe procedimental, consagrado en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

De esta forma, el principio de buena fe procedimental, aplicado a las contrataciones públicas, exige una conducta honesta en los diversos actores involucrados en el procedimiento de selección, quienes deben actuar con corrección y apegados a sus deberes, conforme a las buenas costumbres adoptadas en forma general, evitando impedir conductas que perjudiquen tanto a la Entidad como a los demás participantes, lo cual se da muchas veces a través del ejercicio abusivo de un derecho.

Configuración de la Infracción

10. Sobre el particular, en el decreto de inicio del procedimiento administrativo sancionador se imputó al Participante haber presentado cuestionamientos, supuestamente maliciosos o manifiestamente infundados, al pliego de absolución de consultas y observaciones, en el marco del procedimiento de selección, imputándosele la infracción tipificada en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.
11. Ahora bien, en el caso en concreto, de la revisión del SEACE, en su apartado “Absolución de consultas y observaciones”, se aprecia que el 10 de junio de 2019 el Participante formuló sus observaciones a las bases, conforme se puede observar en el siguiente reporte:

RUC/Código	Nombre o Razón Social	Nro. Formulación	Tipo Formulación	Sección	Numeral	Literal	Página	Fecha y Hora de Envío.	Fecha y Hora de 1er registro.	Estado del Registro.
20489661951	GONZALES E.I.R.L.	1	Observación	Específico	1.7	1.7.3	32	10/06/2019 18:09	10/06/2019 18:06	Enviado
20489661951	GONZALES E.I.R.L.	2	Observación	Específico	1.7	1.7.3	31	10/06/2019 18:09	10/06/2019 18:03	Enviado
20489661951	GONZALES E.I.R.L.	3	Observación	Específico	1.7	1.7.1.1	30	10/06/2019 18:09	10/06/2019 18:02	Enviado
20489661951	GONZALES E.I.R.L.	4	Observación	Específico	1.7	1.7.3	31	10/06/2019 18:09	10/06/2019 18:05	Enviado
20489661951	GONZALES E.I.R.L.	5	Observación	Específico	1.7	1.7.1.1	30	10/06/2019 18:09	10/06/2019 18:08	Enviado

12. Así, el 24 de junio del 2019, se registró en el SEACE el pliego de absolución de consultas y observaciones, en cuyo contenido se aprecia que el comité de selección se pronunció sobre las observaciones (33 a la 37) formuladas por el Participante, que para mejor detalle se reproducen a continuación:



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Ruolcódigo : 20489861951

Fecha de presentación : 10/06/2019

Nombre o Razón social : GONZALES E.I.R.L.

Hora de presentación : 18:08:50

Observación: Nro. 33

Consulta/Observación:

5. Facturación; Referente al monto facturado acumulado equivalente a (3) veces el valor referencial de la contratación, en la ejecución de servicios similares al objeto de la contratación, durante los 08 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas, correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones. En harás de dar mayor participación de empresas de la región se debería reducir el monto facturado a 1 vez el valor referencia y ampliar a 15 años anteriores respecto la experiencia de las empresas.

Acápite de las bases : Sección: Especifico Numeral: 1.7 Literal: 1.7.1.1 Página: 30

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

2 y 16

Análisis respecto de la consulta u observación:

De conformidad con el Artículo 29° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el decreto supremo N° 344-2018-EF, establece que la definición del requerimiento (las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico), es de exclusiva responsabilidad de la entidad (área usuaria o OEC), dentro de las cuales se encuentra los requisitos de calificación del postor en materia de facturación, el cual cumple con la descripción objetiva y precisas de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que debe Ejecutarse la contratación. Adicionalmente en el presente procedimiento de selección se Publico el resumen ejecutivo evidenciando la pluralidad de proveedores que cumplen con lo exigido. Teniendo la necesidad de contar con empresas que cumplan con los estándares del mercado para cumplir con sus funciones con la naturaleza, complejidad y envergadura del servicio a ejecutar y el plazo de ejecución previsto corresponde indicar que el comité de selección NO ACOGE la observación planteada en cuanto a la disminución del monto de facturación realizadas por el postor, asimismo dicha exigencia esta de acuerdo a lo estipulado en las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE

Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:
ninguno

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Ruc/código :	20489661951	Fecha de presentación :	10/06/2019
Nombre o Razón social :	GONZALES E.I.R.L.	Hora de presentación :	18:02:31

Observación: Nro. 34

Consulta/Observación:

1. Servicios Similares U Obras Similares

Se entiende como Servicios Similares a los servicios en: Mantenimiento Rutinario Mecanizado en Vías Departamentales y/o Vecinales a Nivel de Afirmado.

Se debería ampliar la denominación de servicios u obras similares a: Construcción y/o mejoramiento y/o rehabilitación y/o mantenimiento periódico y/o mantenimiento rutinario mecanizado en Vías Departamentales y/o Vecinales a Nivel de Afirmado.

Acápites de las bases : Sección: Especifico Numeral: 1.7 Literal: 1.7.1.1 Página: 30

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

2 y 16

Análisis respecto de la consulta u observación:

De conformidad con el Artículo 29° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el decreto supremo N° 344-2018-EF, establece que la definición del requerimiento (las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico), es de exclusiva responsabilidad de la entidad (área usuaria o OEC), dentro de las cuales se Encuentra la denominación de servicios similares. Adicionalmente en el presente procedimiento de selección se publicó el resumen ejecutivo evidenciando la pluralidad de proveedores que cumplen con lo exigido. Teniendo en cuenta que el presente proceso es para la contratación de servicios y NO ejecución de obras, por lo mencionado corresponde indicar que el comité de selección NO ACOGE la observación planteada en cuanto a la ampliación a obras similares, teniendo en cuenta que el presente proceso de selección es netamente servicios. Además se indica que la definición de servicios similares se ha considerado de acuerdo al objeto de la contratación y teniendo en cuenta las actividades técnicas que se van a realizar y se requieren para cumplir con el servicio, la misma que asegura a la entidad que el postor que participe cumplan con acreditar una experiencia similar y que durante la ejecución esta no se retrase por falta de experiencia

Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:
ninguno

Ruc/código :	20489661951	Fecha de presentación :	10/06/2019
Nombre o Razón social :	GONZALES E.I.R.L.	Hora de presentación :	18:06:31

Observación: Nro. 35

Consulta/Observación:

4. El residente del Servicio; no podrá prestar servicios en más de un servicio a la vez, propuestas que presenten al mismo residente serán descalificadas, por la razón de que los servicios están programados iniciar simultáneamente en las RUTAS DEPARTAMENTALES: HU-100, HU-101, HU-102, HU-103, HU-104, HU-105, HU-107, HU-109, HU-110, HU-111, HU-112.

Se debería excluir el termino: propuestas que presenten al mismo residente serán descalificadas, ya que un mismo postor con el mismo residente de servicio por el hecho de presentar su propuesta no garantiza que será el ganador de los servicios, en el caso que sea ganador de uno o más servicios la ley contempla el cambio de profesional antes del inicio del mismo.

Acápites de las bases : Sección: Especifico Numeral: 1.7 Literal: 1.7.3 Página: 32

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

2 y 16

Análisis respecto de la consulta u observación:

Del análisis realizado y previa verificación del PRONUNCIAMIENTO N 049-2018-OSCE/DGR, se puede deducir que no resulta razonable la exigencia de dichos documentos, por lo que el comité de selección del presente procedimiento de selección ACOGE la observación SE ACOGE LA OBSERVACIÓN: Al numeral 1 y 2, se indica que se suprimirá lo siguiente: "propuestas que presenten al mismo residente serán descalificadas", ello en atención a que siendo que los ofertas solo son potenciales postores la presentación del mismo profesional no contraviene la normativa en contrataciones del estado. Sin embargo, se deberá tener en cuenta lo señalado en el artículo 190° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:

SUPRIMIR: propuestas que presenten al mismo residente serán descalificadas" Sin embargo, se deberá tener en cuenta lo señalado en el artículo 190° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Ruc/código :	204890661951	Fecha de presentación :	10/06/2019
Nombre o Razón social :	GONZALES E.I.R.L.	Hora de presentación :	18:05:41

Observación: Nro. 36

Consulta/Observación:

3. Respecto al Ingeniero Topógrafo y Agrimensor. Titulado, Colegiado y hábil, con Tres (03) años de experiencia efectiva como Especialista en Topografía en general; no existe coherencia la experiencia de dicho profesional toda vez que son caminos departamentales que existen y no se realizara el cambio de eje de la vía durante la ejecución del mantenimiento, por consiguiente, no es necesario la presencia de un profesional titulado, se debería incluir a técnicos (topógrafo) y/o Ingenieros civiles.

Acápites de las bases : Sección: Especifico Numeral: 1.7 Literal: 1.7.3 Página: 31

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

2 y 16

Análisis respecto de la consulta u observación:

De conformidad con el Artículo 29° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el decreto supremo N° 344-2018-EF, establece que la definición del requerimiento (las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico), es de exclusiva responsabilidad de la entidad (área usuaria o OEC), dentro de las cuales se encuentra los requisitos de calificación del personal clave, el cual debe de contener la descripción objetiva y precisas de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que debe Ejecutarse la contratación. Adicionalmente en el presente procedimiento de selección se Publico el resumen ejecutivo evidenciando la pluralidad de proveedores que cumplen con lo exigido. Teniendo la necesidad de contar con profesionales especialistas que cumplan con los estándares del mercado para cumplir con sus funciones con la naturaleza, complejidad y envergadura del servicio a ejecutar y el plazo de ejecución previsto corresponde indicar que el comité de selección NO ACOGE la observación planteada en cuanto a la ampliación de la formación académica ingeniero topografo y agrimensor

Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:
ninguno

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Ruc/código :	20489061951	Fecha de presentación :	10/06/2019
Nombre o Razón social :	GONZALES E.I.R.L.	Hora de presentación :	18:03:30

Observación: Nro. 37

Consulta/Observación:

2. Respecto al Personal Clave: Ing. Residente, se está solicitando: a) Declaración jurada de en donde exprese que no tiene vínculo laboral vigente en otras obras y/o servicios en la entidad u otra entidad pública a nivel nacional y b) Diplomado en Residencia y Seguridad en Infraestructura vial. Al Ing. Asistente de Residente y Ing. Especialista en Topografía y Georeferenciación, se está solicitando a) Declaración jurada de en donde exprese que no tiene vínculo laboral vigente en otras obras y/o servicios en la entidad o otra entidad pública a nivel nacional, y b) Con capacitación relacionado a Infraestructura Vial

Estos requisitos deberían ser excluidos de las bases ya que a los profesionales solo está permitido la experiencia profesional según pronunciamientos diversos de OSCE y la Ley de contrataciones.

Acápites de las bases : Sección: Especifico Numeral: 1.7 Literal: 1.7.3 Página: 31

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

2 y 16

Análisis respecto de la consulta u observación:

De la revisión de las bases administrativas y pronunciamientos emitidos por el area usuaria el comité de selección ACOGE PARCIALMENTE LA OBSERVACION planteada debiendo suprimirse de las bases a). Declaración jurada de en donde exprese que no tiene vínculo laboral vigente en otras obras y/o servicios en la entidad o otra entidad pública a nivel nacional. En el extremo de las capacitación tanto para el residente, para el asistente de residente y Ing. Especialista en Topografía y Georeferenciación, dichos requerimientos esta realizadas en estricto cumplimiento con las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE para la contratación de servicios en general, ya que dicho requerimiento (capacitación) esta estrictamente relacionada a la función o actividad a ejecutar por lo que sera obligatorio la presentación de dichos requisitos

Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:

SUPRIMIR:

a). Declaración jurada de en donde exprese que no tiene vínculo laboral vigente en otras obras y/o servicios en la entidad o otra entidad pública a nivel nacional

Como se puede advertir de las cinco (5) observaciones planteadas por el Participante, una (1) de ellas fue acogida, referente a la presentación de propuestas que presenten el mismo residente, una (1) fue acogida parcialmente respecto de la declaración jurada en donde se exprese que el personal clave no tiene vínculo laboral vigente con otras obras y/o servicios en la entidad u otra entidad pública a nivel nacional y tres (3) de ellas no fueron acogidas, éstas últimas referidas básicamente a: i) Facturación ii) Servicios y obras similares y iii) Respecto a la experiencia del Ingeniero Topógrafo y Agrimensor.

13. Ante ello, mediante Carta N° 017-2019-GONZALES E.I.R.L.⁶, presentada ante la Entidad el 25 de junio del 2019, el Participante planteó su solicitud de elevación del pliego de consultas y observaciones del procedimiento de selección, a efectos que se emita el pronunciamiento correspondiente, señalando lo siguiente:

⁶ Obrante a folios 250 al 251 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

1. **Respecto a los servicios similares u obras similares, en el ítem 1.7.3;** solo están admitiendo Mantenimiento Rutinario Mecanizado en Vías Departamentales y/o Vecinales a Nivel de Afirmado. Se debería ampliar a **Construcción y/o mejoramiento y/o rehabilitación y/o mantenimiento periódico y/o mantenimiento rutinario mecanizado en Vías Departamentales y/o Vecinales a Nivel de Afirmado.**

También manifestar que en el ítem II requisitos de calificación, B-3 experiencia del personal clave, se debería ampliar la denominación de servicios similares para la experiencia profesional.

2. **Respecto al Personal Clave, en el ítem 1.7.3:**
 - 2.1 Ing. Residente, se está solicitando: a) Diplomado en Residencia y Seguridad en Infraestructura vial. Al Ing.

En las bases integradas se menciona que: En caso el TÍTULO PROFESIONAL no se encuentre inscrito en el referido registro, el postor debe presentar la copia del diploma respectivo a fin de acreditar la formación académica requerida

2.2 Asistente de Residente, a) Con capacitación relacionado a Infraestructura Vial

2.3 Ing. Especialista en Topografía y Georreferenciación, a) Con capacitación relacionado a Infraestructura Vial.

Estos requisitos deberían ser excluidos de las bases ya que a los profesionales solo está permitido la experiencia profesional adquirido en los años que ha desempeñado el cargo respectivo.

3. **Respecto al Ingeniero Topógrafo y Agrimensor.** Titulado, Colegiado y hábil, con Tres (03) años de experiencia efectiva como Especialista en Topografía en general, según el ítem 1.7.3; no existe coherencia la experiencia de dicho profesional toda vez que son caminos departamentales que existen y no se realizara el cambio de eje de la vía durante la ejecución del mantenimiento, por consiguiente, no es necesario la presencia de un profesional titulado, se debería incluir a técnicos (topógrafo) y/o Ingenieros civiles, así mismo es excesivo 3 años de experiencia. Además, solo se realizará la actividad de colocar las progresivas.

14. Por consiguiente, se evidencia que la solicitud de elevación del pliego de absolución de consultas y observaciones guarda relación con las observaciones que fueron planteadas en la etapa de formulación de consultas y observaciones. En adición a ello, el Participante solicitó que el OSCE se pronuncie respecto de las observaciones planteadas por los otros participantes, conforme al siguiente detalle:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Además, el OSCE debería actuar de oficio en las observaciones planteadas por la empresa:

- Constructora HOCSA SAC, que el Asistente de residente y especialista en Topografía y Georreferenciación, mediante Resolución N° 064-2018-OSCE/PRE, que precisa "No son parte del plantel profesional para la ejecución de la obra, aquel personal que realiza actividades operativas o administrativas, tales como el maestro de obra, guardián, vigilante, almacenero, peón, chofer, conserje, secretaria u otros; ni tampoco el topógrafo, administrador de obra, ni los asistentes del personal clave", por esta razón se solicita SUPRIMIR estos profesionales del plantel profesional clave. CONCURSO PUBLICO N° 003-2019-GR-HUANUCO/DRTC
- GMV VS MAC EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. De acuerdo al expediente técnico del servicio en las partidas de transporte de material se ha considerado utilizar la cantera que se encuentra ubicado en la progresiva km 11+300 para extraer el material afirmado para los tramos km 13+500 al km 20+400, pero en terreno se ha observado que la cantera indicada no cumple con la granulometría y tampoco con la potencia que se desea utilizar. ¿qué solución se dará al momento de la ejecución del servicio?. Esto implica que el expediente es deficiente; para ejecutar dicho servicio se deberá realizar Deductivo y Adicional respectivamente. CONCURSO PUBLICO N° 002-2019-GR-HUANUCO/DRTC.
- También el OSCE debería actuar de oficio respecto al ítem 1.5.1 Actividades, ya que es un proceso a suma alzada debería contener las partidas con sus respectivos precios unitarios y metrados; además costo directo, gastos generales, utilidad, IGV y presupuesto total del servicio.

15. A su vez, mediante el Formulario de Solicitud de emisión de pronunciamiento⁷ del 28 de junio de 2019, la Entidad elevó el Pliego de Absolución de consultas y observaciones presentada por el Participante, a la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE. En mérito a ello, la DGR emitió el Pronunciamiento N° 571-2019/OSCE-DGR⁸, que se publicó en el SEACE el 23 de julio de 2019, a través del cual, respecto a las consultas realizadas por el Participante, señaló lo siguiente:

⁷ Obrante a folios 398 al 399 del expediente administrativo.

⁸ Obrante a folios 456 al 472 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Cuestionamiento N° 1

Respecto a la absolución de consultas y observaciones

- El participante GONZALES E.I.R.L. cuestionó la absolución de las consultas y/u observaciones respecto de “servicios similares u obras similares”, “residente de obra”, “asistente residente” e “ingeniero topógrafo y agrimensor”, sin identificar a qué consulta y/u observación se refiere, así como, sin brindar sustento alguno, siendo además, que no se ha identificado la vulneración normativa.
- El participante CONSTRUCTORA HOCSA S.A.C. cuestionó la absolución de la consulta y/u observación respecto del “ingeniero topógrafo y agrimensor”, sin identificar a qué consulta y/u observación se refiere, así como, sin brindar sustento alguno, siendo además, que no se ha identificado la vulneración normativa.

Pronunciamiento

Sobre el particular, el numeral 72.8 del artículo 72 del Reglamento, señala que los participantes pueden formular cuestionamientos al Pliego de absolución de consultas y observaciones de las Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, así como a las Bases Integradas de dichos procedimientos, por la supuesta vulneración a la normativa de contrataciones, los principios que rigen la contratación pública y otra normativa que tenga relación con el objeto de la contratación.

Por su parte, el numeral 6.2 de la Directiva N° 009-2019-OSCE/CD “Emisión de Pronunciamiento”, en adelante la Directiva, señala que el participante debe identificar y sustentar la vulneración que se habría producido.

En el presente caso, no es posible emitir un pronunciamiento específico, toda vez que, los recurrentes se han limitado a solicitar de manera general la elevación de sus consultas y/u observaciones, sin sustentar ni identificar de manera específica en qué extremos y de qué manera la absolución brindada por el órgano a cargo del procedimiento de selección serían contrarias a la normativa de contratación pública u otras normas conexas que tengan relación con el procedimiento de selección o con el objeto de la contratación, conforme lo establece la Directiva N° 009-2019-OSCE/CD.

En ese sentido, considerando lo expuesto precedentemente, este Organismo Técnico Especializado ha decidido NO ACOGER el presente cuestionamiento

Cuestionamiento N° 2

Respecto del perfil del Residente

El participante GMV VS MAC E.I.R.L., cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 25: “(...) no absuelve nuestra observación de forma motivada,

16. Ahora bien, de la revisión del citado Pronunciamiento se aprecia que, si bien la DGR no acogió el cuestionamiento realizado por el Participante, por no haber identificado a qué observación se refería, se puede apreciar que se pronunció respecto al perfil del Especialista en topografía y georreferenciación en atención a lo planteado por el participante GMV VS MAC E.I.R.L. en su observación N° 26; por lo cual, se acogió parcialmente dicho extremo contenido en el Cuestionamiento N° 3. Cabe destacar que el Participante también en su observación N° 36 cuestionó

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

la misma materia, situación que permite advertir que existían motivos que justificaron que el Participante formulara consultas y observaciones a las bases y, posteriormente, solicitar su elevación y pronunciamiento por parte del OSCE, conforme se detalla a continuación:

a) Respetto a la formación académica del especialista en topografía y georreferenciación:

Mediante la consulta y/u observación N° 26, se cuestionó la formación académica del referido profesional, solicitando que se considere también un *“ingeniero civil y técnico topógrafo”*; ante lo cual, el comité de selección decidió no acoger las referidas consultas y/u observaciones, bajo el argumento que *“en el presente procedimiento de selección se publicó el resumen ejecutivo evidenciando la pluralidad de proveedores que cumplen con lo exigido. Teniendo la necesidad de contar con profesionales especialistas que cumplan con los estándares del mercado para cumplir con sus funciones con la naturaleza, complejidad y envergadura del servicio a ejecutar y el plazo de ejecución previsto”*.

En relación con ello, con fecha 12 de julio de 2019, este Organismo Técnico Especializado realizó una notificación electrónica en la ficha del procedimiento de selección, solicitando informe respecto al hecho cuestionado por el participante, con fecha 16 de julio de 2019, la Entidad remitió un informe técnico, suscrito por el área usuaria y los miembros del comité de selección, mediante el cual, señaló, entre otros, lo siguiente:

“(…) no se consideró la ampliación de la formación académica del especialista en topografía y georreferenciación a un ingeniero civil y/o técnico en topógrafo debido a que en la presente prestación del servicio el especialista en topografía y georreferenciación realizará informe técnico siguiendo lo especificado en la norma técnica geodésica publicada por el IGN especificaciones técnicas para posicionamiento geodésico estático relativo con receptores del sistema satelital de navegación global’ y para ello se debe contar con un profesional en topografía y georreferenciación, servicio que por la naturaleza de la función no podrían realizar un técnico topográfico y/o ingeniero civil, en concordancia con el artículo 5 del Decreto Supremo N° 016-2008-VIVIENDA”.

De lo expuesto, se aprecia que si bien la Entidad a través de su informe técnico complementario habría señalado sus argumentos para no incluir las formaciones académicas propuestas; cierto es que, de la revisión de las de las actividades⁹ que realizaría el especialista en topografía y georreferenciación en la ejecución del contrato, se colige que correspondería a la realización de topografía en general, lo cual resultaría congruente con la formación académica de un *“técnico en topografía”* e *“ingeniero topográfico”*.

En ese sentido, considerando lo señalado anteriormente y, en tanto, la pretensión del participante se encontraría orientada a que, necesariamente, se incluya las carreras profesionales de ingeniería civil y técnico en topografía para acreditar la formación académica del especialista en topografía y georreferenciación, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER PARCIALMENTE** el presente extremo del cuestionamiento; por lo que, con ocasión de la integración de las Bases, se deberá realizar lo siguiente:

⁹ Conforme al informe remitido por la Entidad, se aprecia las siguientes actividades: Localizar puntos de operaciones apropiados para efectuar levantamientos topográficos, realizar levantamientos topográficos, efectuar cálculos y representaciones gráficas de las mediciones topográficas, realizar nivelaciones de terrenos y mediciones topográficas, entre otras.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

Incluir en la formación académica del especialista en topografía y georreferenciación, la carrera profesional de “técnico en topografía”.

Sin perjuicio de ello, considerando que las actividades que realizaría el especialista en topografía y georreferenciación en la ejecución de contrato podrían ser realizadas por profesionales vinculados directamente a las actividades de carácter topográfico, en concordancia con el Principio de Libertad de Concurrencia, se dispone lo siguiente:

Incluir en la formación académica del especialista en topografía y georreferenciación, la carrera profesional de “ingeniería en topografía”.

17. En ese sentido, el hecho de que el OSCE haya acogido parcialmente cuestionamientos que también fueron formulados por otros participantes, en forma similar al cuestionamiento planteado por el Participante, permite concluir que existían extremos de las bases que no se encontraban acordes con la normativa de contrataciones públicas y/o normas conexas al objeto de contratación; motivo por el cual, no se podrían definir los mismos como manifiestamente infundados, toda vez que, el hecho que un participante al efectuar la elevación de consultas u observaciones no determine con claridad qué normativa o principio se está vulnerando o el hecho que la DGR no acoja un cuestionamiento al pliego de absoluciones de consultas y observaciones, no determina de forma automática que el cuestionamiento de un participante sea malicioso o manifiestamente infundado.
18. A mayor abundamiento, es importante resaltar que en el citado Pronunciamiento se efectuaron de oficio diversas observaciones a las bases a fin de que estas sean corregidas en aspectos referidos a los documentos relativos a la prestación del servicio, forma de pago, otras penalidades, colegiatura y habilitación, reemplazo de personal, experiencia del postor, entre otros.
19. En esa línea, para calificar como malicioso o manifiestamente infundado a un cuestionamiento a las bases, se necesita que, de manera objetiva se pueda acreditar el grado de dolo en su actuación (para así considerarla maliciosa) o que se identifique que el resultado iba a ser claramente infundado, circunstancia que dentro del presente procedimiento administrativo sancionador no se ha podido determinar; máxime, cuando se evidencia que las actuaciones efectuadas por parte del Participante han estado orientadas a disipar sus cuestionamientos respecto de aspectos de las bases administrativas del procedimiento de selección que consideraba contrarios al ordenamiento jurídico.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

20. Al respecto, es preciso recordar que conforme al artículo 72 del Reglamento, todo participante tiene derecho a formular consultas u observaciones a cualquier extremo de las bases, de manera fundamentada, así como a solicitar la evaluación de la absolución de las consultas u observaciones ante el OSCE. Ello como garantía de que las contrataciones públicas se lleven dentro de un marco de legalidad y transparencia y de acuerdo con los principios rectores de la materia.

Es decir, la presentación de consultas y observaciones constituye un derecho legítimo de los participantes de un procedimiento de selección y cuya interposición tiene sustento en los principios rectores de la normativa de contrataciones públicas, razón por la cual para determinar responsabilidad por este tipo infractor se deben contar con elementos objetivos que generen convicción respecto de su configuración.

En ese sentido, un derecho y garantía del administrado no podría conllevar a la configuración de una infracción a menos que existan pruebas objetivas y fehacientes de que su conducta haya sido ejecutada de manera maliciosa o fuese manifiestamente infundada.

21. Conforme a lo expuesto, no se aprecia que los cuestionamientos del Participante por sí solos puedan ser calificados como maliciosos, pues para ello, se necesita de pruebas objetivas, circunstancia que dentro del presente procedimiento administrativo sancionador no se ha podido determinar; máxime, cuando se evidencia que las actuaciones por parte del Participante han estado orientadas a disipar sus cuestionamientos respecto de aspectos contrarios al ordenamiento jurídico dentro de las bases administrativas del procedimiento de selección.
22. En consecuencia, no obra en autos algún medio probatorio que acredite, de forma fehaciente, que los cuestionamientos realizados por el Participante al pliego de absolución de consultas y/u observaciones sean maliciosos o manifiestamente infundados; por lo tanto, en aplicación del principio de licitud, corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción administrativa en contra del Participante.
23. Finalmente, considerando el análisis antes realizado, no corresponde analizar los descargos presentados por el Participante, puesto que aquello no cambiará la conclusión arribada en el presente pronunciamiento.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

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 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 **NO HA LUGAR** a la imposición de sanción contra la empresa **GONZALES E.I.R.L. (con R.U.C. N° 20489661951)** por su supuesta responsabilidad al haber presentado cuestionamientos supuestamente maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absoluciones de consultas y/u observaciones, en el marco del Concurso Público N° 007-2019-GR-HUANUCO/DRTC para la contratación del servicio "Mantenimiento rutinario mecanizado de la carretera departamental no pavimentada, RUTA HU-102- tramo: EMP.PE-3N (Pachas)-Libertad – Llata – Puños – Miraflores – Allalli – Singa (KM 00+000-KM. 110+367) RUTA HU-103, TRAMO: EMP. HU-102 (Libertad) – HUERGOSAYOG (KM. 00+000 – KM. 03+092) L=113.459KM" convocado por la DIRECCIÓN REGIONAL DE TRANSPORTES y COMUNICACIONES HUÁNUCO; por los fundamentos antes expuestos.
2. Archívese el expediente de manera definitiva.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1007-2023-TCE-S6

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**

SS.
Sifuentes Huamán.
Ponce Cosme.
Álvarez Chuquillanqui