



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SMV
Superintendencia del Mercado
de Valores

AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO

Resolución de Superintendente Nº 085-2017-SMV/02

Lima, 8 de septiembre de 2017

La Superintendente del Mercado de Valores

VISTOS:

Los Expedientes Nros. 2017034039 y 2017028496, así como el Informe Nº 939-2017-SMV/06 del 8 de septiembre de 2017 de la Oficina de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, las adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios que efectúan las entidades del Estado deben realizarse bajo los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley Nº 30225 (en adelante, LEY DE CONTRATACIONES) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 350-2015-EF (en adelante, el REGLAMENTO) y sus modificatorias;

Que, mediante escrito presentado el 29 de agosto de 2017, A y D Asociados S.A.C. (en adelante, A&D), empresa ganadora de la buena pro del procedimiento de selección de Adjudicación Simplificada Nº 14-2017-SMV "Servicio de Mantenimiento de Licencia Filenet P8", solicitó se declare la nulidad de oficio del procedimiento, retrotrayéndose el mismo a la elaboración de Bases, señalando como argumentos: i) una supuesta vulneración a principios reconocidos en el artículo 2 de la LEY DE CONTRATACIONES, y ii) falta de precisión respecto a restricciones especiales;

Que, con escrito presentado el 6 de septiembre de 2017, A&D presentó argumentos adicionales, señalando que las licencias materia de la adjudicación simplificada fueron adquiridas por una modalidad especial y que el privilegio comercial del que gozaba LPA del Perú S.A.C. no se reflejó en las Bases ni fue comunicado a los participantes. Asimismo, solicitó la suspensión o ampliación del plazo de suscripción del contrato y la posibilidad de suscribir una adenda;

Que, con relación a la nulidad de oficio, cabe recordar que esta es una figura jurídica que faculta a la administración pública a eliminar sus actos viciados dentro de su propia vía, y tal como lo reconoce Morón Urbina, "*Tales características sui generis emanan de la esencia misma de la potestad invalidatoria que radica en la autotutela de la Administración Pública orientada a asegurar que el interés colectivo permanentemente respete y no afecte el orden jurídico. Pero el fundamento de esta potestad no se encuentra en alguna mera potestad exorbitante de la Administración, ni siquiera en la autotutela de que él es titular, sino en la necesidad que tiene la autoridad administrativa de dar satisfacción al interés de respetar la vigencia del principio de juridicidad o del orden jurídico.*"¹;

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, Novena Edición, página 578.

Que, en línea con lo establecido en los artículos 10² y 11³ del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (TUO DE LA LEY), el artículo 44 de LA LEY DE CONTRATACIONES reconoce las causales por las que la administración pública podrá declarar la nulidad de oficio en procedimientos de contrataciones con el estado;

Que, teniendo en cuenta lo establecido por la normativa aplicable, corresponde determinar si en el presente caso nos encontramos ante alguna situación que califique como causal de nulidad de oficio;

Que, con relación a la presunta vulneración de los principios de igualdad de trato y competencia alegadas por A&D, dicha afirmación no resulta cierta, pues, de la revisión de las Bases, se ha podido corroborar que las mismas no establecen privilegios, ventajas o trato discriminatorio alguno. Del mismo modo, tampoco se restringió en modo alguno la competencia, pues A&D y LPA del Perú S.A.C. participaron en igualdad de condiciones, lo cual se puede corroborar en que ambas empresas calificaron para la presentación de sus respectivas ofertas y en que, durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación simplificada, ninguna de ellas denunció la existencia de beneficios o trato discriminatorio alguno. Siendo ello así, no es posible afirmar que en el PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN se vulneró alguno de los principios establecidos en el artículo 2 de la LEY DE CONTRATACIONES;

Que, respecto al argumento de A&D de que las licencias fueron adquiridas por una modalidad especial y que el privilegio comercial del que gozaba LPA no se reflejó en las Bases ni fue comunicado a los participantes, resulta necesario considerar que, de la revisión de la documentación contenida en el expediente, se observa que se efectuó un estudio de mercado, resultado del cual según lo informado por la Unidad de Logística, se recibió la cotización de las empresas NEXSYS, LPA y SOAINT para el Ítem 2 (actualización de software); y para el Ítem 1 (soporte de software) solo se recibió la cotización de LPA, motivo por el cual se consultó a IBM y de cuya respuesta se infiere que había varios proveedores de los servicios requeridos;

2 "Artículo 10.- Causales de Nulidad

Son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."*

3 "Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

11.2 La nulidad de oficio será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declara por resolución de la misma autoridad.

La nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo.

11.3 La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico."



Que, por lo tanto, se verificó la inexistencia de motivo alguno para que las Bases del PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN establecieran algún tipo de privilegio o restricción particular que solo pueda ser cumplida por alguna empresa proveedora;

Que, respecto a lo anterior, de acuerdo con lo señalado en las Bases, cabe precisar que para el Ítem 1 (servicio de soporte) estas exigieron *“Presentar documento (constancia, carta, certificado, enlace o link WEB, o cualquier documento equivalente) que constate al postor como empresa autorizada para brindar el soporte solicitado”*. Por su parte, para el Ítem 2 (servicio de mantenimiento) se requirió *“Presentar documento (constancia, carta, certificado, enlace o link WEB, o cualquier documento equivalente) que constate al postor como Distribuidor autorizado”* y *“Documento que acredite la renovación de las licencias emitidas por el fabricante o código de validación con el procedimiento para validar en la WEB del fabricante”*;

Que, contrariamente a lo señalado por A&D, en el presente PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN no se aprecia la existencia de un grupo de licencias con restricciones especiales;

Que, por otro lado, en el presente caso se observa que el texto de las cartas presentadas por A&D en el PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN y que lo habilitaban a prestar el servicio requerido, no se condicen con la realidad, es decir, contenían información inexacta, pues en los hechos, no le era legalmente posible prestar el servicio requerido en la contratación. Cabe destacar que esta posición es corroborada por el postor ganador a través de sus comunicaciones a la SMV;

Que, de lo anterior, se verifica una afectación al Principio de presunción de veracidad, reconocido en el numeral 1.7 del Artículo IV del TUO DE LA LEY, el cual establece que *“En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.”*;

Que, en línea con lo señalado por el Principio de presunción de veracidad, el literal c) del numeral 1 del artículo 31 del REGLAMENTO, establece que en el contenido mínimo de las ofertas, se debe presentar una declaración jurada declarando que *“es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta en el procedimiento”*;

Que, por lo tanto, la afectación al Principio de presunción de veracidad implica una transgresión al TUO DE LA LEY y al REGLAMENTO, y ello trae como consecuencia la declaratoria de nulidad de la buena pro por contravención a las normas legales, de acuerdo con lo establecido en el numeral 44. 1 del artículo 44 de la LEY DE CONTRATACIONES;

Que, en ese orden de ideas, correspondería retrotraer el procedimiento a la etapa previa al otorgamiento de la buena pro;

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad de oficio, no corresponde el otorgamiento de la suspensión ni ampliación del plazo de suscripción del contrato, así como tampoco la suscripción de adenda alguna; y,

Estando a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF; así como a lo dispuesto en el numeral 25 del artículo 12 del Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia del Mercado de Valores aprobado por Decreto Supremo N° 216-2011-EF;

RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar improcedente la nulidad planteada por A y D Asociados S.A.C., así como su solicitud de suspensión, ampliación del plazo de suscripción del contrato y suscripción de adenda.

Artículo 2.- Declarar de oficio la nulidad de la buena pro otorgada en el procedimiento de selección de Adjudicación Simplificada N° 14-2017-SMV "Servicio de Mantenimiento de Licencia Filenet P8", retrotrayéndose dicho procedimiento hasta la etapa previa al otorgamiento de la buena pro.

Artículo 3.- Publicar la presente resolución en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE y en el Portal de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmado por: ROCCA CARBAJAL Lilian Del Carmen (FAU);
Razón: RESUP N° 085-2017
Fecha: 08/09/2017 04:56:04 p.m.

Lilian Rocca Carbajal
Superintendente del Mercado de Valores

Firmado por: GIL VASQUEZ Liliana (FAU20131016396)
Razón:

Firmado por: VARGAS PIÑA Julio Cesar (FAU);
Razón: