

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

Sumilla: "(...) Corresponde declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección pues se ha identificado que el contenido de las bases contraviene los principios de igualdad de trato y transparencia así como lo dispuesto en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento (...).

Lima, 24 de febrero de 2023.

VISTO en sesión del 24 de febrero de 2023 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 334/2023.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa **REAL EQUIPOS S.R.L.**, contra la descalificación de su oferta y la declaratoria de desierto del procedimiento de selección, en el marco del Concurso Público N° 0084-2022-SEDAPAL - Primera Convocatoria, efectuado para la: "Contratación del servicio de recarga, mantenimiento y prueba hidrostática de extintores"; y, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. El 25 de noviembre de 2022, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL, en adelante la **Entidad**, convocó el Concurso Público N° 84-2022-SEDAPAL, para la contratación del "Servicio de recarga, mantenimiento y prueba hidrostática de extintores", con un valor estimado de S/ 456,070.00 (cuatrocientos cincuenta y seis mil setenta con 00/100 soles), en adelante el **procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF, N° 168-2020-EF, N° 250-2020-EF, N° 162-2021-EF y N° 234-2022-EF, en adelante **el Reglamento**.

El 4 de enero 2023, se realizó la presentación de ofertas de manera electrónica, y el 12 de enero del mismo año se notificó, a través del SEACE, la decisión del comité de selección de declarar desierto el procedimiento de selección, en atención a los siguientes resultados:

Postor	Admisión	Precio ofertado (S/)	Orden de prelación	Resultado
EDEXGLOBAL SEGURIDAD S.R.L.	SI	282,518.80	1	Descalificado
EXINTORES INDUSTRIALES	SI	314,141.80	2	Descalificado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

3MT S.A.C.				
RUTH NILDA HANOVER GAMARRA	SI	389,555.00	3	Descalificado
REAL EQUIPOS S.R.L.	SI	418,404.40	4	Descalificado

2. Mediante escrito s/n presentado el 23 de enero de 2023 en la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, la empresa Real Equipos S.R.L., en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su oferta, solicitando que: a) se revoque la descalificación de su oferta, b) se califique su oferta, y, de ser el caso, c) se le otorgue la buena pro.

Para dicho efecto, el Impugnante expuso los siguientes argumentos:

- i. Señala que su oferta fue descalificada porque el comité de selección consideró que no cumplía con los requisitos de calificación experiencia del postor en la especialidad y capacitación del personal clave.
- ii. En cuanto a la experiencia del postor en la especialidad, señala que el comité de selección consideró que el monto facturado acreditado por su empresa es inferior al mínimo exigido en las bases integradas. Al respecto, indica que, conforme fluye del acta, el comité de selección solo consideró un total de S/ 205,131.00 como monto facturado, correspondiente al contrato suscrito con SEDAPAL por el servicio de recarga, mantenimiento, prueba hidrostática y distribución de extintores; suma que fue considerada menor a la solicitada en las bases integradas.

Sobre el particular, indica que no se ha tenido en cuenta lo señalado por la propia Entidad en el literal "B" de los requisitos de calificación de las bases integradas, donde se establece un tope diferenciado de experiencia de S/ 80,000.00 (ochenta mil con 00/100 soles) para los postores que declaren ser micro o pequeña empresa, tal como ha hecho su empresa mediante la declaración en el Anexo N° 1 que obra en el folio 4 de su oferta; razón por la cual, considera que el monto de S/ 205,131.38 supera dicho tope y, por ende, sí acredita la experiencia.

Agrega sobre este punto que su condición de microempresa se corrobora con el resultado de la consulta realizada en la base de datos del REMYPE, de cuya revisión se aprecia que cuenta con dicha condición.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

Por lo tanto, considera que el extremo de la decisión del comité de selección de descalificar su oferta por supuestamente incumplir el requisito de calificación *experiencia del postor en la especialidad*, carece de sustento y en ese extremo es evidente que su recurso es fundado.

- iii. De otro lado, en cuanto a la capacitación del personal clave, en el extremo de la supuesta falta de acreditación de capacitación en “distribución de extintores”, señala que en los certificados expedidos por Extintores Callao y BKR Fire, se menciona de manera literal que las capacitaciones impartidas al supervisor general propuesto, han sido realizadas según la norma técnica peruana (NTP) 350.043-1-2011; disposición especializada aprobada por el INDECOPI que regula, a nivel técnico, el manejo, operación, distribución, manejo y recarga de extintores, abarcando en su extensión todos estos aspectos.

En ese sentido, sostiene que debe entenderse que, en tanto es una capacitación acorde a la mencionada norma técnica, en la misma se han incluido todos los aspectos que desarrolla esta, incluso el de distribución de extintores, que forma parte indelible de tal documento técnico.

Asimismo, indica que en el literal A.2 del Anexo A de la norma técnica se establece, respecto de las capacitaciones brindadas, que dicho entrenamiento debe comprender el contenido de la norma y además requiere que se haya entrenado por lo menos tres meses “en el trabajo” a la persona capacitada, con cursos de por lo menos 32 horas. Además, según expone, la norma indica que tales cursos pueden ser dictados por un fabricante de extintores, una entidad educativa especializada o una empresa de mantenimiento y recarga de tales elementos, con lo que se tendría por validada tal instrucción.

En esa línea, expresa que al margen de que en las constancias que ha presentado se indica que las capacitaciones han sido brindadas de acuerdo a la Norma Técnica 350.043 y que dicha norma incluye entre sus alcances y de modo indelible la distribución de extintores; dichas capacitaciones cubren con holgura lo exigido a este fin ya que la tantas veces aludida norma técnica peruana homologa y equipara la participación de cuando menos tres meses “en el trabajo” para definir a una persona como capacitada técnicamente en esta materia.

Así también, indica que en su caso, el supervisor propuesto acredita cuando menos 23 años entrenado “en el trabajo” en la norma técnica mencionada y

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

expresamente en distribución de extintores, cumpliéndose con el requisito que se exige en las bases integradas.

De igual modo, cita una constancia de trabajo emitida por su representada el 3 de enero de 2023 en la que se consigna que el señor Basilio Moran Moscoso tiene experiencia en la distribución y ubicación técnica de extintores.

3. Con Decreto del 25 de enero de 2023, notificado a través del Toma Razón Electrónico del SEACE el 27 del mismo mes y año, se requirió a la Entidad que emita pronunciamiento en atención de lo dispuesto en los numerales 3.3 y 3.4 del Decreto Supremo N° 103-2020-EF, sobre la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección a los protocolos sanitarios y demás disposiciones.

Sin perjuicio de ello, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante y se corrió traslado a la Entidad para que, en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, registre en el SEACE o remita, de ser el caso, el informe técnico legal correspondiente en el que debía indicar su posición respecto de los argumentos del recurso de apelación.

Además, se dispuso notificar, a través del SEACE, el recurso de apelación al postor o postores, distintos al Impugnante, que tengan interés legítimo en la resolución que emita el Tribunal, otorgándoles un plazo máximo de tres (3) días hábiles para que absuelvan el recurso.

4. El 1 de febrero de 2023, la Entidad registró en el SEACE el Informe Técnico Legal N° 008-2023-CP N° 0084-2022-SEDAPAL del 31 de enero del mismo año, en el que expone su posición con respecto a los argumentos del recurso de apelación, en los siguientes términos:
 - i. Señala que el comité de selección revisó la oferta del Impugnante y determinó que este no cumplió con la documentación que acredita los requisitos de calificación de capacitación, experiencia del personal clave y experiencia del postor en la especialidad, por lo que fue descalificada.
 - ii. En cuanto a la documentación que el Impugnante presentó para acreditar su experiencia, señala que no es aplicable lo dispuesto en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento, pues la evaluación sobre un monto facturado del 25% del valor estimado solo aplica en casos de adjudicaciones simplificadas, y el procedimiento objeto de controversia es un concurso público.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

Por lo tanto, considera que el comité de selección calificó de manera correcta la oferta presentada por el Impugnante conforme a lo establecido en las bases integradas y en el inciso 46.1 del artículo 46 del Reglamento, en el que se establece que dicho órgano actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones las cuales no requieren de ratificación alguna por parte de la Entidad.

- iii. De otro lado, en cuanto a la experiencia del personal clave, señala que, de la revisión de la oferta presentada por el Impugnante, se aprecia que presentó en el folio 18 el certificado de trabajo donde indica “técnico de mantenimiento y recarga de extintores” y “mantenimiento de mangas contra incendio”; evidenciándose del contenido del documento, que no menciona la experiencia en la distribución y ubicación técnica de extintores, siendo una experiencia en las actividades requeridas para la acreditación de la experiencia del personal clave.

Al respecto, señala que el Impugnante pretende que, de la lectura de una constancia de participación con la que también pretende acreditar la capacitación técnica del personal clave, se acredite también el requisito de la experiencia del personal clave; sin embargo, el comité de selección no puede presumir que lo se indica en el certificado de trabajo que obra en el folio 18 de su oferta, debía ser interpretado en conjunto con otro documento presentado para complementar la validez de la experiencia del personal clave.

- iv. Asimismo, en cuanto al requisito de capacitación técnica y profesional, señala que de la revisión de la oferta del Impugnante se aprecia que no cumple. Al respecto, refiere que presentó en el folio 22 una constancia de participación, en el folio 23 un certificado COFESTCI y en el folio 24 un certificado BKR Fire.

Sobre el particular, indica que de la revisión del contenido de cada certificado no se evidencia que el personal propuesto cuente con entrenamiento en distribución de extintores, conforme a lo solicitado en las bases integradas, por lo que el comité de selección consideró descalificar dicha oferta.

- v. Por las consideraciones que expone, señala que se encuentra de acuerdo con la decisión del comité de selección de descalificar la oferta del Impugnante, la cual se adoptó en el marco de su autonomía y conforme a lo dispuesto en las bases integradas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

5. Con Decreto del 3 de febrero de 2023, se dispuso remitir el expediente a la Primera Sala del Tribunal, siendo recibido por el vocal ponente el 6 del mismo mes y año.
6. Con Decreto del 7 de febrero de 2023, se programó audiencia pública para el 13 del mismo mes y año, a las 9:00 horas.
7. El 13 de febrero de 2023, se desarrolló la audiencia pública programada, con la participación del representante del Impugnante.
8. Con Decreto del 13 de febrero de 2023, la Primera Sala del Tribunal identificó un posible vicio de nulidad del procedimiento de selección y corrió traslado de este a la Entidad y a las partes en los siguientes términos:

AL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA – SEDAPAL (ENTIDAD) Y A LA “EMPRESA REAL EQUIPOS S.R.L. (IMPUGNANTE):

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, sírvase emitir un pronunciamiento respecto del siguiente posible vicio de nulidad del procedimiento de selección:

De la revisión de las bases integradas, concretamente en lo referido al requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad” (literal B del numeral 3.2 de la sección específica), se aprecia la siguiente regla:

“En el caso de postores que declaren en el Anexo N° 1 tener la condición de micro y pequeña empresa, se acredita una experiencia de S/ 80,000,00 (Ochenta mil y 00/100 Soles) por la venta de servicios iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda. En el caso de consorcios, todos los integrantes deben contar con la condición de micro y pequeña empresa”.

Al respecto, en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento se dispone que “cuando en los procedimientos de selección de Adjudicación Simplificada para la contratación de bienes y servicios en general se incluya el requisito de calificación de experiencia del postor en la especialidad, la experiencia exigida a los postores que acrediten tener la condición de micro y pequeña empresa, o los consorcios conformados en su totalidad por estas, no podrá superar el 25% del valor estimado”.

Asimismo, las bases estándar aplicables a concursos públicos para la contratación de servicios en general establecen que:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

Importante para la Entidad

En caso de procedimientos de selección por relación de ítems cuando el valor estimado de algún ítem corresponda al monto de una Adjudicación Simplificada, debe incluirse el siguiente texto:

Ítem N° [...]

En el caso de postores que declaren en el Anexo N° 1 tener la condición de micro y pequeña empresa, se acredita una experiencia de [CONSIGNAR EL MONTO DE FACTURACIÓN EXPRESADO EN NUMEROS Y LETRAS EN LA MONEDA DE LA CONVOCATORIA, MONTO QUE NO DEBE SUPERAR EL 25% DEL VALOR ESTIMADO], por la contratación de servicios iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda. En el caso de consorcios, todos los integrantes deben contar con la condición de micro y pequeña empresa.

Teniendo ello en cuenta, se tiene que, en el presente caso, pese a tratarse de un concurso público, las bases han incluido una regla prevista en la normativa de manera exclusiva para las adjudicaciones simplificadas.

Asimismo, considerando los hechos del presente caso se identifica que la inclusión de la mencionada regla generó que los postores se acogieran a la posibilidad de acreditar un monto facturado menor al que debían acreditar para el cumplimiento del requisito de calificación experiencia del postor en la especialidad.

Bajo tal contexto, esta Sala identifica un vicio del procedimiento de selección que ameritaría declarar su nulidad de oficio, pues la inclusión de una regla no aplicable al tipo de procedimiento de selección habría generado, en principio, la vulneración de lo dispuesto en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento, así como a lo establecido en el numeral 47.3 del artículo 47 del mismo reglamento, en virtud del cual el comité de selección debe elaborar las bases ciñéndose a los documentos estándar aprobadas por el OSCE.

Asimismo, la situación antes expuesta revelaría el quebrantamiento de los principios de igualdad de trato y transparencia previstos en los literales b) y c) del artículo 2 de la Ley, pues la Entidad incluyó una regla por la cual se otorgaría un trato diferenciado a los postores que tuvieran la condición de micro o pequeñas empresas cuando, conforme a la normativa vigente y al tipo de procedimiento de selección, no correspondía otorgarles la prerrogativa regulada en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento; identificándose, además, una falta de congruencia y claridad en el texto de las bases con respecto a lo que prevé la normativa aplicable.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

*En ese sentido, se les otorga el plazo máximo de **cinco (5) días hábiles** para que manifiesten lo que consideren pertinente respecto al supuesto vicio de nulidad identificado, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos”.*

9. Mediante Informe técnico legal complementario N° 016-2023-CP N° 0084-2022-SEDAPAL del 20 de febrero de 2023, publicado en la misma fecha en el SEACE, la Entidad absolvió el traslado del Decreto del 13 de febrero de 2023.
10. Con Decreto del 20 de febrero de 2023, se declaró el expediente listo para resolver.
11. Mediante Decreto de 22 de febrero de 2023 se dispuso incorporar el Informe técnico legal complementario N° 016-2023-CP N° 0084-2022-SEDAPAL del 20 de febrero de 2023 publicado por la Entidad en el SEACE.

II. FUNDAMENTACIÓN:

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

A. Procedencia del recurso.

2. El artículo 41 de la Ley, establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, 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 establezca el Reglamento.

Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa están 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso.

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

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

3. El Inciso 117.1 del artículo 117 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que dicho recurso es conocido y resuelto por el Tribunal cuando se trata de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial es superior a cincuenta (50) UIT¹, así como de procedimientos para implementar o extender Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Bajo tal premisa normativa, considerando que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto en el marco de un concurso público, cuyo valor estimado es de S/ 456,070.00 (cuatrocientos cincuenta y seis mil setenta con 00/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

b) *Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.*

4. El artículo 118 del Reglamento establece 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, se aprecia que el Impugnante interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su oferta.

c) *Sea interpuesto fuera del plazo.*

¹ El valor de la Unidad Impositiva Tributaria para el 2022, año en el que fue convocado el procedimiento de selección, es de S/ 4,600.00, según lo aprobado por el Decreto Supremo N° 398-2021-EF; por lo que, el monto equivalente a 50 UIT es S/ 230 000.00.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

5. Considerando que en el caso concreto el procedimiento de selección fue declarado desierto, corresponde valorar lo establecido en el inciso 119.2 del artículo 119 del Reglamento, el cual establece que la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, se interpone dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles siguientes de tomado conocimiento del acto que se desea impugnar.

En ese sentido, de la revisión del SEACE se aprecia que la declaratoria de desierto del procedimiento de selección fue notificada el 12 de enero de 2023; por lo tanto, en aplicación de lo dispuesto en el precitado artículo, el Impugnante contaba con plazo de ocho (8) días hábiles para interponer su recurso de apelación, esto es, hasta el 24 de enero de 2023.

Siendo así, de la revisión del expediente se aprecia que el recurso de apelación fue interpuesto mediante el escrito s/n que el Impugnante presentó el 23 de enero de 2023 en la Mesa de Partes del Tribunal, esto es, dentro del plazo legal.

- d) *El que suscriba el recurso no sea el Impugnante o su representante.*
6. De la revisión del recurso de apelación interpuesto, se aprecia que éste aparece suscrito por el representante legal del Impugnante, esto es por su gerente general, el señor Genaro Moran Moscoso, de conformidad con lo señalado en el certificado de vigencia de poder, cuya copia obra en el expediente.
- 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.*
7. De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual puede inferirse y determinarse que el Impugnante se encuentra impedido de participar en procedimiento de selección y contratar con el Estado.
- f) *El Impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.*
8. De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual puede inferirse y determinarse que el Impugnante se encuentra incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

g) El Impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.

9. El Impugnante cuenta con interés para obrar y legitimidad procesal para impugnar la descalificación de su oferta toda vez que dicha decisión del comité de selección afecta de manera directa su derecho de ser postor del procedimiento de selección y, por ende, de obtener la buena pro.

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

10. En el caso concreto, el Impugnante no es el ganador de la buena pro, su oferta fue descalificada y el procedimiento de selección fue declarado desierto.

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

11. A través de su recurso de apelación, el Impugnante ha solicitado que se revoque la descalificación de su oferta, se califique su oferta, y, de ser el caso, se le otorgue la buena pro, en ese sentido, de la revisión a los fundamentos del recurso de apelación, se aprecia que éstos se encuentran orientados a sustentar su pretensión, no incurriéndose, por lo tanto, en la presente causal de improcedencia

12. Por las consideraciones expuestas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento; por lo que corresponde emitir pronunciamiento sobre los asuntos de fondo propuestos.

B. Petitorio.

13. El Impugnante solicita a este Tribunal que:

- Se revoque la descalificación de su oferta.
- Se califique su oferta.
- De ser el caso, se le otorgue la buena pro.

C. Fijación de puntos controvertidos

14. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y del petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual cabe fijar los puntos controvertidos que deben desarrollarse. En ese sentido, es preciso

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, en virtud del cual *“las partes formulan sus pretensiones y ofrecen los medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación o al absolver traslado, según corresponda, presentados dentro del plazo previsto. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento”*.

Asimismo, debe considerarse el literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, en virtud del cual *“al admitir el recurso, el Tribunal notifica a través del SEACE el recurso de apelación y sus anexos, a efectos que, dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, (...) el postor o postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal absuelvan el traslado del recurso”* (subrayado nuestro).

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

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el numeral 126.2 del artículo 126 del Reglamento, *“todos los actos que emita el Tribunal en el trámite del recurso de apelación se notifican a las partes a través del SEACE o del Sistema Informático del Tribunal”*.

15. En este punto, cabe señalar que el recurso de apelación fue notificado a la Entidad y a los demás postores el 27 de enero de 2023 a través del SEACE, razón por la cual los postores con interés legítimo que pudieran verse afectados con la decisión del Tribunal tenían hasta el 1 de febrero de 2023 para absolverlo.
16. No obstante, en el caso concreto el procedimiento de selección fue declarado desierto, pues el comité de selección descalificó las cuatro ofertas presentadas, ante lo cual únicamente el ahora Impugnante presentó recurso de apelación a este Tribunal; razón por la cual este es el único con interés legítimo en el resultado del presente procedimiento recursivo. En tal sentido, los puntos controvertidos se fijarán únicamente en virtud de lo expuesto en el recurso de apelación.
17. En consecuencia, los puntos controvertidos consisten en:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

- i. Determinar si corresponde revocar la descalificación del Impugnante y por su efecto, revocar la declaratoria de desierto del procedimiento de selección.
- ii. Determinar si corresponde otorgar la buena pro al Impugnante.

D. Análisis.

Consideraciones previas:

18. Con el propósito de esclarecer la presente controversia, es relevante destacar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.
19. 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.
20. En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, este Colegiado se avocará al análisis de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento de impugnación.

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde revocar la descalificación del Impugnante y por su efecto, revocar la declaratoria de desierto del procedimiento de selección.

21. En vista de que el punto de controversia es si corresponde dejar sin efecto la descalificación de la oferta del Impugnante, resulta pertinente traer a colación cuáles fueron las razones expuestas por el comité de selección en el “Acta de admisión, evaluación y calificación de ofertas y otorgamiento de la buena pro” del 12 de enero de 2023, para adoptar dicha decisión.



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 1031-2023-TCE-S1

Al respecto, de su revisión, se aprecia que, luego de establecer el respectivo orden de prelación, el comité de selección colocó al Impugnante en cuarto lugar, calificó las ofertas y decidió descalificar las cuatro ofertas presentadas.

En el caso del Impugnante, el comité de selección sustentó la descalificación en los siguientes términos:

4. POSTOR: REAL EQUIPOS S.R.L., quien ocupa el 4to, lugar de acuerdo al orden de prelación, no cumple con la documentación que acredita los Requisitos de Calificación, específicamente en la capacitación, experiencia del personal clave, así como la experiencia del postor en la especialidad, en consecuencia, su oferta es **DESCALIFICADA**.

Además, el comité de selección publicó en el SEACE el documento denominado "Calificación de oferta", en el cual consigna de manera detallada la revisión de los documentos que el Impugnante presentó para acreditar los tres (3) requisitos de calificación: i) la experiencia del postor en la especialidad, ii) la experiencia del personal clave y iii) la capacitación del personal clave.

Para efectos de un análisis ordenado, la revisión del documento "Calificación de oferta" y los cuestionamientos del Impugnante, se realizará según el orden del párrafo precedente, empezando por la experiencia del postor en la especialidad:

1	FUERZA AEREA DEL PERU RUC. 20144364059	1. CONTRATO N° 086-CS-SETRA-2016: SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y RECARGA DE EXTINTORES (21/04/2016). Monto del Contrato: S/ 55,000.00 2. CONSTANCIA DE CONFORMIDAD DE BIENES Fecha de Emisión: 20/04/2017	—	NO VALIDO. Presenta contrato por SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y RECARGA DE EXTINTORES. De conformidad a lo establecido en las bases, se solicitan adicionalmente los servicios similares siguientes: "Servicios de recarga de extintores, servicio de mantenimiento, recarga y presión hidrostática de extintores, servicio de mantenimiento preventivo de extintores".Lo cual no obra en la oferta del postor. En ese sentido, la experiencia presentada por el postor no cumple con lo establecido en las bases. (Folio 47 al 52).
2	EMPRESA DE GENERACION ELECTRICA SAN GABAN S.A. RUC. 20262221335	1. ORDEN DE SERVICIO N° 201740445: MANTENIMIENTO Y RECARGA DE EXTINTORES Monto del Contrato: S/ 46,796.52 2. CONSTANCIA DE PRESTACION N° 045-2017 Fecha de Emisión: 14/09/2017	—	NO VALIDO. Presenta orden de servicio por MANTENIMIENTO Y RECARGA DE EXTINTORES. De conformidad a lo establecido en las bases, se solicitan adicionalmente los servicios similares siguientes: "Servicios de recarga de extintores, servicio de mantenimiento, recarga y presión hidrostática de extintores". Lo cual no obra en la oferta del postor. En ese sentido, la experiencia presentada por el postor no cumple con lo establecido en las bases. (Folio 53 al 54).
3	SERV AGUA POTAB Y ALCANT DE LIMA-SEDAPAL RUC. 20100152356	1. CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS N° 263-2017-SEDAPAL: SERVICIO DE RECARGA, MANTENIMIENTO, PRUEBA HIDROSTATICA Y DISTRIBUCION DE EXTINTORES (20/12/2017). Monto del Contrato: S/ 205,131.38 2. ACTA DE CONFORMIDAD DE SERVICIOS Fecha de Emisión: 09/03/2020	S/. 205,131.38	VALIDO. Acredita con copia simple de contrato y acta de conformidad de servicios. Se valida las actividades que figuran en el objeto del contrato, las mismas que guardan relación con la experiencia establecida en las bases. (Folio 55 al 67).
TOTAL:			S/. 205,131.38	NO CUMPLE. EL MONTO FACTURADO ES MENOR A LO SOLICITADO EN LAS BASES INTEGRADAS.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

22. Frente a dicho extremo de la decisión de descalificar su oferta, el Impugnante interpuso recurso de apelación manifestando que el comité de selección consideró que el monto facturado acreditado por su empresa es inferior al mínimo exigido en las bases integradas. Al respecto, indica que, conforme fluye del acta, el comité de selección solo consideró un total de S/ 205,131.00 como monto facturado, correspondiente al contrato suscrito con SEDAPAL por el servicio de recarga, mantenimiento, prueba hidrostática y distribución de extintores; suma que fue considerada menor a la solicitada en las bases integradas.

Indica que no se ha tenido en cuenta lo señalado por la propia Entidad en el literal "B" de los requisitos de calificación de las bases integradas, donde se establece un tope diferenciado de experiencia de S/ 80,000.00 (ochenta mil con 00/100 soles) para los postores que declaren ser micro o pequeña empresa, tal como ha hecho su empresa mediante la declaración del Anexo N° 1 que obra en el folio 4 de su oferta; razón por la cual, considera que el monto de S/ 205,131.38 supera dicho tope y, por ende, sí acredita el requisito de calificación *experiencia del postor en la especialidad*.

Agrega sobre este punto, que su condición de microempresa se corrobora con el resultado de la consulta realizada en la base de datos del REMYPE. Por lo tanto, considera que el extremo de la decisión del comité de selección de descalificar su oferta por supuestamente incumplir el requisito de calificación *experiencia del postor en la especialidad*, carece de sustento y en ese extremo es evidente que su recurso es fundado.

23. Luego de conocer los argumentos del recurso de apelación, y a través del Informe Técnico Legal N° 008-2023-CP N° 0084-2022-SEDAPAL, la Entidad indicó que no es aplicable en el presente caso lo dispuesto en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento, pues la evaluación sobre un monto facturado del 25% del valor estimado solo aplica en adjudicaciones simplificadas, y el procedimiento objeto de controversia es un concurso público.

Por lo tanto, considera que el comité de selección calificó de manera correcta la oferta presentada por el Impugnante conforme a lo establecido en las bases integradas y en el inciso 46.1 del artículo 46 del Reglamento, en el que se establece que dicho órgano actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones las cuales no requieren de ratificación alguna por parte de la Entidad.

24. Atendiendo a dichas consideraciones, es pertinente traer a colación lo dispuesto en las bases integradas con respecto al requisito de calificación *experiencia del postor en*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

la especialidad, previsto en el literal B del numeral 3.2 de la sección específica, que establece lo siguiente:

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p><i>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/900 000,00 (Novecientos mil y 00/100 Soles), por la contratación de servicios iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda.</i></p> <p><i>En el caso de postores que declaren en el Anexo N° 1 tener la condición de micro y pequeña empresa, se acredita una experiencia de S/80 000,00 (Ochenta mil y 00/100 Soles) por la venta de servicios iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda. En el caso de consorcios, todos los integrantes deben contar con la condición de micro y pequeña empresa.</i></p> <p><i>Se consideran servicios similares a los siguientes: Servicios de mantenimiento y recarga de extintores, servicios de recarga de extintores, servicio de mantenimiento, recarga y presión hidrostática de extintores, servicio de mantenimiento preventivo de extintores.</i></p> <p><u>Acreditación:</u></p> <p>(...)</p>

* Extracto de la página 44 de las bases integradas

25. Como se aprecia, en el presente procedimiento, en principio, para el requisito de calificación experiencia del postor se exige la acreditación de un monto facturado de S/ 900,000.00 (novecientos mil con 00/100 soles) por la prestación de servicios iguales o similares al que es objeto de la convocatoria.
26. No obstante, tal como ha indicado el Impugnante, las bases integradas también establecen una regla a la que podían acogerse los postores con la condición de micro o pequeña empresa, quienes podían cumplir con el requisito de calificación con la solo acreditación de S/ 80,000.00 (ochenta mil con 00/100 soles), con la única condición de haber declarado en el Anexo N° 1 tener dicha condición.
27. Sobre esto último, es importante tener en cuenta que esta prerrogativa que la normativa de contratación pública otorga se encuentra regulada en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento, en virtud del cual “cuando en los procedimientos de selección de Adjudicación Simplificada para la contratación de bienes y servicios en

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

general se incluya el requisito de calificación de experiencia del postor en la especialidad, la experiencia exigida a los postores que acrediten tener la condición de micro y pequeña empresa, o los consorcios conformados en su totalidad por estas, no podrá superar el 25% del valor estimado”.

- 28.** Nótese entonces que las bases integradas del presente procedimiento de selección han recogido una regla que no debió ser aplicable atendiendo al tipo de procedimiento que nos ocupa (un concurso público).

Es decir, no correspondía que en el presente caso las bases integradas recogieran la prerrogativa que la normativa otorga a los postores con la condición de micro o pequeña empresa para el requisito de calificación experiencia del postor en la especialidad, conforme a lo previsto en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento.

- 29.** Teniendo ello en cuenta, habiéndose identificado un posible vicio de nulidad del procedimiento de selección en el presente caso, al haberse contemplado en las bases una regla que no es aplicable al tipo de procedimiento de selección, contraviniendo los principios de igualdad de trato y transparencia, así como la disposición contenida en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento, a través del Decreto del 13 de febrero de 2023, esta Sala corrió traslado del vicio a la Entidad y al Impugnante a efectos de que puedan expresar su posición.
- 30.** El Impugnante no se ha pronunciado sobre los presuntos vicios de nulidad advertidos en el procedimiento de selección.
- 31.** Por su parte, la Entidad manifestó que, las bases del procedimiento de selección contienen un error material involuntario al incluirse una regla no aplicable al tipo del procedimiento de selección, además agrega que en su oportunidad el Impugnante tenía pleno conocimiento que estaba participando en un concurso público, el cual no le era aplicable el beneficio, por último refiere que el Impugnante no presentó consultas u observaciones en la etapa correspondiente, por tanto, considera que no existe un vicio que declare la nulidad del procedimiento de selección.
- 32.** Ahora bien, en atención de lo expuesto, cabe señalar que la Entidad aceptó que existe un error en las bases de procedimiento de selección al haber incluido una regla que no es aplicable al presente procedimiento de selección; por tanto, está reconociendo que existe un vicio de nulidad, que ha vulnerado lo dispuesto en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento, así como a lo establecido en el numeral 47.3 del artículo 47 del mismo reglamento, en virtud del cual el comité de selección debe elaborar las bases ciñéndose a los documentos estándar aprobadas por el OSCE.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

Asimismo, respecto al hecho que el Impugnante no haya ejercido su derecho a formular consultas y observaciones en la etapa correspondiente, de ningún modo implica que las bases del procedimiento de selección no contengan vicios de nulidad, como lo ha advertido de oficio este Tribunal.

Por tanto, la Entidad como concedora de la norma debió velar para que las bases del procedimiento de selección contengan las condiciones que establece la normativa de contrataciones y las bases estándar, cuya finalidad está orientada a elegir la mejor propuesta sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores.

- 33.** De otro lado, además de haberse evidenciado la contravención a la normativa, también se advierte que la inclusión de dicha regla en las bases integradas habría vulnerado el principio de transparencia previsto en el artículo 2 de la Ley, en virtud del cual “las Entidades proporcionan *información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores*, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad”.

Ello, pues aun cuando la normativa establece lo contrario, los postores consideraron la regla incluida en las bases del procedimiento de selección y se acogieron a ella presentando documentos para acreditar los S/ 80,000.00 y no los S/ 900,000.00 que correspondían según el tipo de procedimiento de selección.

Esto último se aprecia de la revisión de la oferta del Impugnante, pues según se desprende del Anexo N° 8 – Experiencia del postor en la especialidad (folio 46), se identifica que presentó documentación con la intención de acreditar únicamente un monto facturado acumulado de S/ 306,927.90 (trescientos seis mil novecientos veintisiete con 90/100 soles); es decir, este postor se acogió a la regla prevista en las bases por la cual se exigía la acreditación de un monto facturado de S/ 80,000.00

- 34.** En adición a ello, la situación expuesta también constituye una contravención al principio de igualdad de trato previsto en el literal b) del artículo 2 de la Ley, en virtud del cual “todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

cuenta con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva”.

Ello, considerando que en el presente caso se estableció un trato diferenciado y preferente para los postores con la condición de micro y pequeña empresa, pese a que el tipo de procedimiento de selección no lo justificaba.

35. Atendiendo a las consideraciones expuestas, cabe traer a colación lo dispuesto en el inciso 44.1 del artículo 44 de la Ley, en virtud del cual en los casos que conozca, **el Tribunal declarará nulos los actos administrativos emitidos por la Entidad, cuando** hayan sido expedidos por órgano incompetente, **contravengan normas legales**, contengan un imposible jurídico, o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiéndose expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.
36. La nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.

Al respecto, el legislador establece los supuestos de “gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional”². Ello obedece a que, en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.

37. En tal sentido, en el presente caso, se ha identificado un vicio que amerita declarar la nulidad del procedimiento de selección, pues la inclusión de la prerrogativa que se otorga a las micro y pequeñas empresas para acreditar un monto facturado que no supera el 25% del valor estimado para el requisito de calificación experiencia del postor en la especialidad en el caso concreto, contraviene lo dispuesto en el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento, así como los principios de igualdad de trato y transparencia, regulados en el artículo 2 de la Ley.

² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*; Civitas, Madrid, 1986, Tomo I; p. 566.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1031-2023-TCE-S1

En ese sentido, se aprecia que el vicio advertido resulta trascendente para el desarrollo del procedimiento de selección, pues si se tiene por válida la exigencia de las bases integradas se estaría ante la confirmación de la descalificación del Impugnante con reglas contrarias a la normativa vigente.

38. Por las consideraciones expuestas, en atención a la facultad otorgada a este Tribunal en el artículo 44 de la Ley y, en concordancia con lo dispuesto en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, corresponde **declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección** y retrotraerlo a su **convocatoria**, previa reformulación del requerimiento y de las bases.
39. Siendo así, considerando que el procedimiento de selección se retrotraerá hasta su convocatoria, corresponde que el área usuaria reformule su requerimiento, en el extremo del requisito de calificación experiencia del postor en la especialidad, eliminando la regla que prevé el inciso 49.6 del artículo 49 del Reglamento, por cuanto el presente procedimiento de selección es un concurso público.
40. De otro lado, considerando que se ha declarado la nulidad del procedimiento de selección y se retrotraerá hasta su convocatoria, carece de objeto pronunciarse sobre los demás cuestionamientos (de la descalificación del Impugnante) en el presente punto controvertido y sobre el segundo punto controvertido planteado.
41. Finalmente, considerando que se declarará la nulidad de oficio, en atención de lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, corresponde disponer la devolución de la garantía que el Impugnante presentó como requisito de admisión de su medio impugnativo.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del vocal ponente Víctor Manuel Villanueva Sandoval, y la intervención de los vocales María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra y Paola Saavedra Alburqueque, en reemplazo del vocal Juan Carlos Cortez Tataje, según Rol de Turnos de Vocales del 2023, atendiendo a la reconfirmación dispuesta en la Resolución N° 091-2021-OSCE/PRE del 10 de junio de 2021, ratificada por Resolución N° D000198-2022-OSCE-PRE del 3 de octubre 2022, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 50 y 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° 1031-2023-TCE-S1

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar la **nulidad de oficio** del Concurso Público N° 84-2022-SEDAPAL, convocado por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL, para la contratación del “Servicio de recarga, mantenimiento y prueba hidrostática de extintores”, y retrotraerlo hasta su convocatoria previa reformulación del requerimiento y las bases, conforme a los fundamentos expuestos.
2. **Devolver** la garantía presentada por la empresa Real Equipos S.R.L., para la interposición de su recurso de apelación.
3. Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MARÍA DEL GUADALUPE ROJAS
VILLAVICENCIO DE GUERRA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

VICTOR MANUEL VILLANUEVA
SANDOVAL
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

PAOLA SAAVEDRA
ALBURQUEQUE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

SS.

Villanueva Sandoval.

Rojas Villavicencio De Guerra.

Saavedra Alburqueque.