



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

Sumilla:

“La omisión de comunicar de forma oportuna sobre la existencia de posibles vicios en el procedimiento de selección al Impugnante, a fin que aquel ejerza su derecho de defensa, frente a la potencialidad de que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que lo favorece, constituye una deficiencia que repercute en la validez del acto administrativo dictado por el Titular de la Entidad”.

Lima, 17 de febrero de 2023.

VISTO en sesión del 17 de febrero de 2023 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N°279/2023.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor Jolucava Import Export E.I.R.L., contra la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, que declaró la nulidad del ítem N°2 de la Adjudicación Simplificada N°0083-2022-SEDAPAL – Primera Convocatoria (derivada de la Licitación Pública N°0026-2021-SEDAPAL), convocado por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL, para la contratación de bienes: *“Adquisición de grupos eléctricos”*; atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 29 de setiembre de 2022, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N°0083-2022-SEDAPAL – Primera Convocatoria (derivada de la Licitación Pública N°0026-2021-SEDAPAL), para la contratación de bienes: *“Adquisición de grupos eléctricos”*; con un valor estimado de S/ 3'482,317.97 (tres millones cuatrocientos ochenta y dos mil trescientos diecisiete con 97/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

El ítem N°2 fue convocado para la adquisición: *“Grupo eléctrico de 160 kw”*, con un valor estimado de S/ 1'681,536.24 (un millón seiscientos ochenta y un mil quinientos treinta y seis con 24/100 soles).

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 por el Decreto Supremo N°082-2019-EF, en adelante **la Ley**; y, su

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°344-2018-EF, y sus modificatorias, en adelante **el Reglamento**.

El 20 de octubre de 2022, se llevó a cabo la presentación de ofertas de manera electrónica, entre las que se encontraba la oferta del postor Jolucava Import Export E.I.R.L.; y el 9 de enero de 2023, se notificó a través del SEACE, la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG del 4 de enero de 2023, mediante la cual se declaró la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del ítem N°2, por la causal de contravención a las normas legales prevista en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley.

2. Con Escrito N°01, debidamente subsanado con Escritos N°02, presentados el 16 y 18 de enero de 2023, respectivamente, ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, el postor Jolucava Import Export E.I.R.L., en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, solicitando que se declare su nulidad y se le otorgue la buena pro del ítem N°2, en base a los siguientes argumentos:
 - i. La Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG no se encuentra debidamente motivada al advertirse inconsistencias respecto a los fundamentos señalados e información registrada en el SEACE. Además, su representada no estuvo inmersa en impedimento para contratar con el Estado, por lo que, no se configuró vicio que justifique retrotraer el procedimiento de selección a la etapa de evaluación y calificación de ofertas.
 - ii. La Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG señala que, *“mediante Acta de Otorgamiento de Buena Pro de fecha 17.11.2022, el Órgano Encargado de las Contrataciones otorgó la buena pro del procedimiento de selección de la Adjudicación Simplificada N°0083-2022-SEDAPAL – Primera Convocatoria – Ítem N°02 (derivado de la Licitación Pública N° 0026-2021-SEDAPAL a la empresa JOLUCAVA IMPORT EXPORT E.I.R.L., por lo que se procedió a realizar los actos tenientes al registro en el SEACE sobre la admisión, evaluación y calificación de ofertas”*.

No obstante, el procedimiento de selección fue conducido por el Comité de selección, por lo que, no correspondía que el órgano encargado de las contrataciones otorgue la buena pro, en cuyo caso existiría un vicio del acto



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

administrativo por falta de competencia.

Asimismo, en la ficha del procedimiento de selección publicada en el SEACE no consta el acta de otorgamiento de la buena pro del 17 de noviembre de 2022, además que, en las acciones generales del procedimiento de selección se indica que el 17 de noviembre de 2022 a las 16:43:32, *“se postergó la etapa de la buena pro, por corrección en el SEACE”* a realizarse el 23 de noviembre de 2022, para luego postergarse hasta el 11 de enero de 2023, fecha en que se otorgó la buena pro de los ítems N° 1, 3 y 4.

Por lo tanto, el otorgamiento de la buena pro no se efectuó el 17 de noviembre de 2022, al no haberse publicado el acta en tal fecha, contrariamente a lo señalado en la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, donde inclusive se indica que fue postergado para el 23 de noviembre de 2022, oportunidad en que tampoco se publicaron los resultados del procedimiento de selección, ni el otorgamiento de la buena pro del ítem N°2, vulnerándose el debido procedimiento y el derecho de los postores y público en general a conocer el desarrollo del mismo.

- iii. Respecto al supuesto impedimento que habría dado lugar a la nulidad del otorgamiento de la buena pro, mediante Resolución N°3711-2022-TCE-S1 del 27 de octubre de 2022, el Tribunal sancionó a su representada con una multa ascendente a S/ 6,950.00, disponiendo como medida cautelar la suspensión por el plazo de cuatro (4) meses para participar en cualquier procedimiento de selección, procedimiento para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco y de contratar con el Estado según lo establecido en la Directiva N°008-2019-OSCE/CD.

En atención a ello, pese a los esfuerzos de su representada para efectuar el pago de la multa, por motivos administrativos del OSCE, la medida cautelar se hizo efectiva con la consecuente suspensión temporal para contratar desde el 17 al 18 de noviembre de 2022, al haberse levantado automáticamente el día siguiente de haber sido registrada por el OSCE la verificación del pago.

No obstante, dicha situación no afectó su participación en el procedimiento de selección; dado que, los proveedores son responsables de no estar impedidos al registrarse como participantes, en la presentación de ofertas,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

en el otorgamiento de la buena pro y en el perfeccionamiento del contrato de acuerdo a lo establecido en los numerales 9.9 y 9.19 del artículo 9 del Reglamento.

En dicho sentido, considerando que el otorgamiento de la buena pro del 17 de noviembre de 2022, que la Entidad refiere inicialmente en la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, nunca fue publicado, sino que fue postergado hasta el 23 de noviembre de 2022, en tal oportunidad no se encontraba inmerso en impedimento para ser participante o contratista.

- iv. En la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, la Entidad señala que solicitó al OSCE que: *“revise y corrija respecto al ítem N° 2 a la empresa JOLUCAVA IMPORT EXPORT E.I.R.L., ya que la adjudicación estuvo programada para el día 23.11.2022 y no era posible culminar con el otorgamiento de la buena pro”* sin éxito; así como, el 29 de noviembre de 2022, solicitó al OSCE que habilite las etapas de admisión y registro de puntaje para ingresar nuevamente los resultados, se corrija el orden de prelación y parezca el ícono de adjudicar, sin resultado favorable, lo cual corrobora que la Entidad nunca publicó el otorgamiento de la buena pro, es decir, dicho acto no se materializó hasta la fecha y, pese a ello, se declaró la nulidad del mismo.
- v. En la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG se indica que la sanción de inhabilitación por el periodo de cuatro (4) meses regiría desde el 17 de noviembre de 2022 al 17 de marzo de 2023, lo cual es incorrecto, puesto que la sanción impuesta fue el pago de una multa ascendente a S/ 6,950.00, con una medida cautelar de suspensión temporal que estuvo vigente por solo dos (2) días, esto es, del 17 al 18 de noviembre de 2022, periodo en el que tampoco se configuró impedimento para contratar, en tanto no se materializó el otorgamiento de la buena pro al no haberse efectuado su publicación en el SEACE.

En esa línea, la declaratoria de nulidad del acto de otorgamiento de la buena pro no tiene asidero fáctico ni jurídico al no haberse incurrido en vicio que afecte su validez.

Asimismo, la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG no desarrolló en qué momento se habría configurado el supuesto vicio, por el cual se

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

retrotrae el procedimiento de selección a una etapa que se ejecutó válidamente.

- vi. Por lo tanto, solicita se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG por contravenir el ordenamiento jurídico y tener defectos de motivación que no permiten la conservación del acto conforme a lo establecido en los artículos 10 y 14 de la Ley y; consecuentemente, se disponga el otorgamiento de la buena pro del ítem N°2 a su representada, considerando que se encuentra habilitada para participar como postor y contratar con el Estado; así como, su oferta cumple con las exigencias establecidas en las bases integradas y representa un ahorro significativo ascendente a S/ 511,536.24 para la Entidad.
3. Con Decreto del 20 de enero de 2023, debidamente notificado el 24 de enero de 2023, la Secretaría del Tribunal solicitó a la Entidad que emita su pronunciamiento respecto a la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección, a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes en el marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. Para tal fin se le otorgó el plazo de tres (3) días hábiles.

Asimismo, se admitió a trámite el recurso de apelación presentado en el marco del procedimiento de selección, y se corrió traslado a la Entidad, a fin de que cumpla, entre otros aspectos, con registrar en el SEACE el informe técnico legal, en el que indique su posición respecto de los hechos materia de controversia, en el plazo de tres (3) días hábiles y, además, se dispuso notificar el recurso interpuesto, a los postores distintos del Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución que emita este Tribunal, mediante su publicación en el SEACE, y remitir a la Oficina de Administración y Finanzas la constancia de la garantía presentada por el Impugnante para su verificación y custodia.

4. El 27 de enero de 2023, la Entidad registró en el SEACE, el Informe Técnico Legal N°01-2023-AS N°0083-2022-SEDAPAL, la Carta N°038-2023-EGAb y el Memorando N°086-2023-EGEB-AR, a través de los cuales expuso lo que a continuación se resume:

Respecto a la motivación de la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

- i. Conforme se sustentó y desarrolló en la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG del 4 de enero de 2023, en este caso se advirtió la causal de nulidad por la contravención de normas legales, según lo establecido en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 9.9 del artículo 9 del Reglamento.
- ii. El vicio advertido sobrevino al momento del registro de resultados, por un imposible jurídico en el registro del adjudicado, por encontrarse suspendido para contratar con el Estado, inconveniente que originó que dicha etapa culminara sin el registro de la adjudicación, dado que no estaba habilitada la opción de adjudicar; por tanto, la motivación de la nulidad de oficio se encuentra debidamente sustentada.

Respecto a la incompetencia del órgano encargado de las contrataciones

- iii. La referencia realizada al órgano encargado de las contrataciones es por la labor encomendada a uno de los miembros del comité de selección, consistente en el apoyo en la parte operativa del sistema SEACE, por el conocimiento en el registro de los actos administrativos de dicho sistema. Por lo cual, el procedimiento de selección no se encuentre dirigido por el órgano encargado de las contrataciones, sino por un comité de selección al ser un proceso derivado de una licitación pública, conforme se puede acreditar con las actas suscritas por los miembros del comité de selección.

Respecto a las diversas postergaciones realizadas

- iv. Las postergaciones devienen desde la fecha programada para la adjudicación del procedimiento de selección, el 17 de noviembre de 2022; dado que, al momento de la consignación del orden de prelación de los postores y, con ello, la adjudicación del ítem N°2, emergió un mensaje indicando que el postor se encontraba sancionado desde el 17 de noviembre de 2022, el mismo día del otorgamiento de la buena pro.
- v. En ese sentido, con el sistema del SEACE bloqueado, se efectuaron postergaciones justificadas para la publicación del otorgamiento de la buena pro, al no poder realizar la apertura del sistema para la debida corrección del orden de prelación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

Respecto a la cancelación de la multa por parte del Impugnante

- vi. La cancelación de la multa por parte del Impugnante no fue de conocimiento del comité de selección, ni la Entidad, pues el postor no lo comunicó, el mismo que no pudo ser advertido hasta que su condición de inhabilitado en el sistema del OSCE sea revertida
 - vii. La diligencia de levantar la condición de sancionado o inhabilitado y comunicar al comité de selección y la Entidad, es responsabilidad del postor, en tanto el comité de selección no puede asumir o suponer que a partir del 18 de noviembre de 2022 su condición haya variado, tal es así que la fecha de adjudicación y su condición de sancionado fueron efectuados el mismo día, el 17 de noviembre de 2022, conforme se comprueba de la ficha SEACE y la captura de pantalla del Registro de Proveedores Sancionados.
 - viii. El Impugnante tenía conocimiento que había sido sancionado con una multa por el Tribunal, y en caso de no pagarla en un determinado plazo se hacía efectiva la sanción de inhabilitación por un periodo de cuatro (4) meses contados a partir del 17 de noviembre de 2022, tal como ocurrió, aquel debió gestionar a tiempo y con anticipación el pago de la multa, más aún si estaba participando de manera paralela en el procedimiento de selección.
5. Mediante Decreto del 31 de enero de 2023, se dio cuenta que la Entidad registró el Informe Técnico Legal N°01-2023-AS N°0083-2022-SEDAPAL, la Carta N°038-2023-EGAb y el Memorando N°086-2023-EGEB-AR. Asimismo, se dispuso la remisión del expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que evalúe la información que obra en el mismo y, de ser el caso, dentro del término de cinco (5) días hábiles lo declare listo para resolver. El expediente fue recibido el 1 de febrero de 2023.
 6. Con Decreto del 2 de febrero de 2023, se programó audiencia pública para el 8 de febrero de 2023, la misma que se llevó a cabo con la participación de la representante del Impugnante.
 7. Mediante Decreto del 8 de febrero de 2023, se dispuso lo siguiente:

“(…)

A LA ENTIDAD – SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA (SEDAPAL):

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

- i. Sírvase informar si, el Gerente General es el titular de la Entidad, teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.*
- ii. Sírvase informar si, previamente a la emisión de la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, se corrió traslado del supuesto vicio de nulidad, al postor Jolucava Import Export E.I.R.L.*

De ser afirmativa su respuesta, deberá remitir el documento correspondiente y la constancia de su debida notificación.

(...)”

- 8.** Mediante la Carta N°043-2023-EGAb, presentada el 13 de febrero de 2023 ante la Mesa de Partes Virtual del Tribunal, la Entidad remitió la información solicitada, señalando que el gerente general sí es el titular de la Entidad y que no se trasladó el vicio de nulidad al postor Jolucava Import Export EIRL.
- 9.** El 15 de febrero de 2023 se dispuso declarar listo para resolver el presente expediente administrativo.
- 10.** Mediante Escrito N°3, presentada el 16 de febrero de 2023 ante la Mesa de Partes Virtual del Tribunal, el Impugnante reiteró los argumentos expuestos en sus anteriores intervenciones, además de lo siguiente:
 - i.** Por las reiteradas postergaciones en el procedimiento de selección, implica que el acto de otorgamiento de la buena pro, inicialmente previsto para el 02 de noviembre de 2022, fue postergado de manera reiterada por la Entidad; y siendo que los postores no tuvieron conocimiento del otorgamiento de la buena pro, a fin de conocer los resultados del procedimiento de selección, por lo que, no hubo otorgamiento de la buena pro al no haberse publicado el acta correspondiente ni haberse registrado los resultados, de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Ley, en concordancia con los artículos 25, 63 y el numeral 76.3 del artículo 76 del Reglamento, según los cuales se tiene que definida la oferta ganadora si el comité de selección otorga la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.
 - ii.** En la ficha del procedimiento de selección publicada en el SEACE no consta el acta de otorgamiento de la buena pro del 17 de noviembre de 2022. Por el contrario, en las acciones generales del procedimiento de selección se indica que el 17 de noviembre de 2022 a las 16:43:32 “se postergó la etapa de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

buena pro, por corrección en el SEACE”, a realizarse el 23 de noviembre de 2022; luego de lo cual se registraron sucesivas postergaciones hasta el 11 de enero de 2023, fecha en la que se otorgó la buena pro de los ítems 1, 3 y 4.

- iii. La Entidad ha informado que “no se corrió traslado del vicio de nulidad al postor impugnante previo a la emisión de la Resolución impugnada”; lo que evidencia que la Entidad ha actuado arbitrariamente, limitando el ejercicio de su derecho de defensa, transgrediendo el debido procedimiento, en contravención del artículo 128 del Reglamento; lo que constituye un vicio no subsanable y afecta la validez de la recurrida.

II. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

1. 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, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.
2. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a las pretensiones planteadas a través del recurso, es decir, en la procedencia se inicia el análisis sustancial puesto que se hace una confrontación entre determinados aspectos de las pretensiones invocadas y los supuestos establecidos en la normativa para que dichas pretensiones sean evaluadas por el órgano resolutor.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento, a fin de determinar si el presente recurso es procedente o, por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

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

3. El artículo 117 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea superior a cincuenta (50) UIT¹ y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. También dispone que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor referencial total del procedimiento original determina ante quien se presenta el recurso de apelación. Asimismo, el numeral 117.3 del citado artículo 117, dispone que, con independencia del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección, la declaración de nulidad de oficio o la cancelación del procedimiento se impugnan ante el Tribunal.

Bajo tal premisa normativa, cabe tener en consideración que la pretensión del Impugnante se encuentra dirigida a cuestionar la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, a través de la cual se declaró de oficio la nulidad del procedimiento de selección, materia que es de competencia del Tribunal, según lo previsto en el citado numeral 117.3 del artículo 117 del Reglamento.

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

4. El artículo 118 del Reglamento ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: i) Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, ii) las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, iii) los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, iv) las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y v) las contrataciones directas.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la nulidad del procedimiento de selección declarada de oficio por el Titular de la Entidad; por consiguiente, se advierte que el acto objeto del recurso no se encuentra comprendido en la lista de actos inimpugnables.

¹ El procedimiento de selección fue convocado el 29 de setiembre de 2022, por lo cual el valor de la Unidad Impositiva Tributaria aplicable es el aprobado en el año 2022, el cual asciende a S/ 4600.00, según lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 398-2021-EF. Por lo tanto, el monto equivalente a 50 UIT es S/ 230 000.00.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

c) *Sea interpuesto fuera del plazo.*

5. El artículo 119 del precitado Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, mientras que en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación. Asimismo, 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, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar y, en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles.

Asimismo, el artículo 76 del Reglamento establece que, luego de la calificación de las ofertas, el comité de selección debe otorgar la buena pro, mediante su publicación en el SEACE. Adicionalmente, el Acuerdo de Sala Plena N° 03-2017/TCE ha precisado que en el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del día siguiente de la notificación de la buena pro a través del SEACE.

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer el recurso de apelación, plazo que vencía el 16 de enero de 2023, considerando que la resolución que declaró la nulidad del procedimiento se notificó en el SEACE el 9 del mismo mes y año.

Al respecto, del expediente fluye que mediante Escrito N°01, debidamente subsanado con Escrito N°02, presentados el 16 y 18 de enero de 2023, respectivamente, ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Impugnante interpuso su recurso de apelación, es decir, dentro de plazo estipulado en la normativa vigente.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

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

De la revisión del recurso de apelación, se aprecia que éste aparece suscrito por el señor José Luis Catacora Valdez, titular gerente del Impugnante.

- 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.*

Al respecto, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría evidenciarse que el Impugnante se encuentra inmerso en alguna causal de impedimento.

- f) *El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.*

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría evidenciarse que el Impugnante se encuentra incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

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

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

Nótese que, en este caso, la decisión de la Entidad de declarar la nulidad del procedimiento de selección, de determinarse irregular, causa agravio en el interés legítimo del Impugnante, pues dicho acto, impidió su participación en el procedimiento de selección; por tanto, cuenta con interés para obrar y con legitimidad procesal.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

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

En el caso concreto, según la información registrada en la ficha SEACE del procedimiento de selección, éste fue declarado nulo, siendo retrotraído a la etapa de evaluación y calificación de ofertas.

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

El Impugnante ha solicitado que se revoque la nulidad de oficio del procedimiento de selección declarada por el titular de la Entidad. En ese sentido, de la revisión de los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que aquellos están orientados a sustentar su pretensión, no incurriéndose por tanto en la presente causal de improcedencia.

6. En consecuencia, atendiendo a las consideraciones descritas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento, por ello corresponde proceder al análisis de los asuntos de fondo propuestos.

III. PRETENSIONES:

7. De la revisión del recurso de apelación se advierte que el Impugnante solicitó a este Tribunal que se revoque la nulidad de oficio del procedimiento de selección declarada por el Titular de la Entidad.

IV. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

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

Al respecto, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 y literal b) del artículo 127 del Reglamento, que establece que la determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados dentro del

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento.

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

Al respecto, dado que el presente caso trata de una controversia sobre la nulidad de oficio del procedimiento de selección declarada por el Titular de la Entidad, en el que no existe otro postor distinto del Impugnante que pueda verse afectado con la decisión del Tribunal, únicamente pueden ser materia de pronunciamiento por parte de este Colegiado los puntos controvertidos que devienen de los argumentos expresados en el recurso de apelación.

En el marco de lo indicado, el punto controvertido por esclarecer consiste en determinar si la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, que declaró la nulidad del procedimiento de selección, se encuentra conforme a derecho y, como consecuencia de ello, si corresponde confirmarla o declararla nula.

V. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

9. 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.
10. 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

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.

En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, este Colegiado se avocará al análisis del punto controvertido planteado en el presente procedimiento de impugnación.

ÚNICO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, que declaró la nulidad del procedimiento de selección, se encuentra conforme a derecho y, como consecuencia de ello, si corresponde confirmarla o declararla nula.

11. Mediante la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, el Titular de la Entidad declaró la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del ítem N°2, bajo el sustento de la contravención del literal I) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley y del numeral 9.9 del artículo 9 del Reglamento, pues, según se indica, al momento de publicarse el otorgamiento de la buena pro, el Impugnante se encontraba inhabilitado para contratar con el Estado.
12. Al respecto, el Impugnante señala, principalmente que, la referida resolución no ha sido debidamente sustentada, pues en el SEACE no se ha publicado el otorgamiento de la buena pro del ítem N°2, además que, su representada no estuvo inmersa en impedimento para contratar con el Estado, por lo que, no se configuró vicio que justifique retrotraer el procedimiento de selección a la etapa de evaluación y calificación de ofertas.
13. Por su parte, la Entidad señaló que, la resolución recurrida se sustentó en la causal de nulidad por la contravención de normas legales, según lo establecido en el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 9.9 del artículo 9 del Reglamento. El vicio advertido sobrevino al momento del registro de resultados, por un imposible jurídico en el registro del adjudicado, por encontrarse suspendido para contratar con el Estado, inconveniente que originó que dicha etapa culminara sin el registro de la adjudicación, dado que no estaba habilitada la opción de adjudicar.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

14. En este punto, debe tenerse en cuenta que en el numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, se dispone que, en el caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.
15. Ahora bien, de la revisión del expediente administrativo y la ficha SEACE del procedimiento de selección, se aprecia que la Entidad declaró la nulidad del acto de otorgamiento de la buena pro para el ítem 2; sin embargo, **no corrió traslado** al Impugnante de los supuestos vicios que motivaron la nulidad de oficio, de manera que pueda pronunciarse en un plazo no menor a cinco (5) días hábiles, de forma previa a la decisión que adopte el Titular de la Entidad, respecto de la declaración de nulidad.

Cabe precisar que, la circunstancia reseñada ha sido confirmada por la Entidad, pues indicó no haber corrido traslado del vicio de nulidad al postor impugnante, antes de la emisión de la resolución recurrida.

16. La omisión de comunicar de forma oportuna sobre la existencia de posibles vicios en el procedimiento de selección al Impugnante, a fin que aquel ejerza su derecho de defensa, frente a la potencialidad de que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que lo favorece, constituye una deficiencia que repercute en la validez del acto administrativo dictado por el Titular de la Entidad.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 3 del TUO de la LPAG, establece como uno de los requisitos de validez de los actos administrativos al procedimiento regular, en virtud del cual, antes de su emisión, el acto debe ser efectuado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

En vista de lo reseñado, esta Sala aprecia que el acto administrativo plasmado en la resolución impugnada no ha cumplido con el requisito de validez antes citado; pues, omitió el traslado previo al administrado favorecido con el acto que se pretende declarar nulo, para que ejerza su derecho de defensa, conforme se dispone en el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento.

Sobre la base de lo señalado, este Colegiado considera pertinente remitir copia de la presente Resolución al Órgano de Control Institucional de la Entidad, con la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

finalidad que realice las indagaciones correspondientes y, de ser el caso, se efectúe el deslinde de responsabilidades funcionales que correspondan.

17. Llegado a este punto, resulta pertinente considerar lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, conforme al cual, el Tribunal en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección.

Al respecto, cabe precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.

Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración.

En ese sentido, 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(subrayado agregado).

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.

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° 00860-2023-TCE-S2

18. En esa línea, el vicio incurrido por la Entidad resulta trascendente, no siendo materia de conservación del acto, al haberse quebrantado el numeral 128 del Reglamento y el principio del debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, ya que ha ocasionado afectación en el Impugnante, en su derecho de contradicción y defensa, al no habersele corrido traslado de los supuestos vicios de nulidad que motivarían la declaratoria de la nulidad de oficio del procedimiento de selección realizada por el Titular de la Entidad.
19. Por lo expuesto, en el caso de autos, corresponde declarar la nulidad del acto administrativo que declara la nulidad de oficio por parte del Titular de la Entidad, al haberse contravenido lo dispuesto en el numeral 128.2 del artículo 218 del Reglamento y el principio del debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, afectado el derecho de defensa del Impugnante, debiéndose retrotraerse a la etapa donde advirtió el vicio de nulidad.
20. En este punto, debe tenerse en cuenta que en la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, se aprecia que el Titular de la Entidad declaró la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del ítem N°2, y que el 17 de noviembre de 2022, se habría admitido, evaluado y calificado la oferta del Impugnante, y que habría obtenido la buena pro del ítem N° 2; sin embargo, en el SEACE no se ha publicado en dicha fecha o en fecha cercana, acta alguna que dé cuenta de tales actuaciones.

Por el contrario, en el reporte de las acciones generales del procedimiento de selección, en el 17 de noviembre de 2022 se indica que “se postergó la etapa de buena pro, por corrección en el SEACE”, a realizarse el 23 de noviembre de 2022, luego de lo cual se registraron sucesivas postergaciones hasta el 11 de enero de 2023, fecha en la que se otorgó la buena pro de los ítems 1, 3 y 4.

Recién el 11 de enero de 2023, luego de la declaratoria de nulidad del otorgamiento de la buena pro del ítem 2, se ha publicado información en el SEACE sobre las actuaciones en dicho ítem, lo que afecta la transparencia del procedimiento de selección y no permite tener certeza que fueron realizadas el 17 de noviembre 2022.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

En este contexto, resulta inoficioso retrotraer el acto hasta la etapa del otorgamiento de la buena pro, porque no se tiene certeza de las actuaciones realizadas previamente a ello; por lo que corresponde retrotraer el acto hasta la etapa de admisión, evaluación y calificación de ofertas, a efectos que la Entidad a través de su comité selección cumpla con realizar -en línea con la normativa de contratación pública- las actuaciones correspondientes y determine si notifica al Impugnante sobre los supuestos vicios advertidos en la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, a efectos de que, en un plazo máximo de cinco (5) días, pueda ejercer su derecho de defensa y recién de vencido dicho plazo, contando o no con el pronunciamiento del postor, evalúe la pertinencia de declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección.

21. Bajo ese contexto, considerando que la resolución impugnada es nula, que se ha retrotraído el ítem 2 del procedimiento de selección a la etapa de admisión, evaluación y calificación de ofertas, y que la Entidad evaluará realizar el procedimiento previsto en el numeral 218.2 del artículo 218 del Reglamento, no corresponde emitir algún pronunciamiento sobre los motivos concretos que sustentaron la declaración de nulidad impugnada en el presente caso; sin perjuicio de ello, a efectos de que irregularidades como las advertidas no vuelvan a ocurrir, corresponde señalar las siguientes directrices:
 - i. En aras de la transparencia del procedimiento de selección, el comité de selección debe registrar en el SEACE de forma oportuna el acta debidamente motivada que da cuenta de las actuaciones y decisiones referidas a la admisión, evaluación y calificación de las ofertas presentadas en el ítem N°2.
 - ii. Si el comité de selección, luego de la admisión, evaluación y calificación de ofertas, identifica que el postor ganador de la buena pro tiene impedimento para contratar con el Estado, con el sustento pertinente desestimar su oferta y otorgará la buena pro según el orden de prelación establecido, dejando constancia de sus actuaciones en el acta que será publicada en el SEACE.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

22. Finalmente, en atención de lo dispuesto en el literal a) del numeral 123.2 del artículo 132 del Reglamento, corresponde devolver la garantía otorgada por el Impugnante, para la interposición de su recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Daniel Alexis Nazazi Paz Winchez y el Vocal Carlos Enrique Quiroga Periche, atendiendo a la conformación de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000090-2022-OSCE-PRE del 21 de mayo de 2022, publicada el 23 de mayo de 2022 en el Diario Oficial "El Peruano", y con la intervención de la Vocal Paola Saavedra Alburqueque, en reemplazo de la Vocal Olga Evelyn Chávez Sueldo, según el Rol de Turnos de Vocales de Sala vigente, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a partir del 14 de marzo de 2019, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **Fundado** el recurso de apelación interpuesto por el postor Jolucava Import Export E.I.R.L., contra la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, que declaró la nulidad del ítem N°2 de la Adjudicación Simplificada N°0083-2022-SEDAPAL – Primera Convocatoria (derivada de la Licitación Pública N°0026-2021-SEDAPAL), convocado por el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL, para la contratación de bienes: "*Adquisición de grupos electrógenos*", por los fundamentos expuestos. En consecuencia:
 - 1.1 **Declarar la nulidad** de la Resolución de Gerencia General N°002-2023-GG, que dispuso declarar la nulidad del ítem N°2 de la Adjudicación Simplificada N°0083-2022-SEDAPAL – Primera Convocatoria, debiéndose retrotraer a la etapa de admisión, evaluación y calificación, conforme a lo señalado en los fundamentos 19, 20, 21.
2. **Devolver** la garantía presentada por el postor Jolucava Import Export E.I.R.L., para la interposición de su recurso de apelación.
3. **Disponer** que la presente resolución sea puesta en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, con la finalidad que realice las acciones



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00860-2023-TCE-S2

pertinentes, de conformidad con lo establecido en la presente resolución.

4. **Disponer** que la presente resolución sea puesta en conocimiento del Titular de la Entidad, con la finalidad que realice las acciones pertinentes, de conformidad con lo establecido en la presente resolución.
5. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

DANIEL ALEXIS NAZAZI PAZ
WINCHEZ
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

CARLOS ENRIQUE QUIROGA
PERICHE
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

ss.

Quiroga Periche.

Paz Winchez.

Saavedra Alburqueque.