Firmado digitalmente por HERRERA GUERRA Jorge Luis FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15.02.2024 19:30:07 -05:00

Firmado digitalmente por VILLANUEVA SANDOVAL Victor Manuel FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15.02.2024 18:44:30 -05:00

Firmado digitalmente por ALVAREZ CHUQUILLANQUI Roy Nick FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 15.02.2024 15:06:40 -05:00



# *Tribunal de Contrataciones del Estado*
## *Resolución Nº 00542-2024-TCE-S6*

***Sumilla:*** ***"(…) el vicio en el que ha incurrido el comité de selección, resulta trascendente y no es conservable, toda vez que revela el incumplimiento normativo y, en el presente caso, afecta gravemente la competencia en el procedimiento de selección, pues se está sacando de carrera a siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], señalando una motivación defectuosa, como se analizó anteriormente".***

**Lima, 15 de febrero de 2024.**

**VISTO** en sesión del **15 de febrero de 2024**, de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 12/2024.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la señora DANITZA CORNEJO CALA, en el marco de la Subasta Inversa Electrónica Nº 119-2023-GR CUSCO-1, convocada por el Gobierno Regional Cusco; y atendiendo a los siguientes:

## I. ANTECEDENTES:

**1.** El 5 de diciembre de 2023, el Gobierno Regional Cusco, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Subasta inversa electrónica Nº 119-2023-GR CUSCO-1 (primera convocatoria), para la *"Adquisición de materiales de construcción agregados para la obra 'Mejoramiento y ampliación de la jornada escolar completa en la I.E. de Nivel Secundario Antonio Raymondi, distrito Saylla, provincia y departamento Cusco'. Meta 043-2023"*, con un valor estimado de S/ 962,196.67 (novecientos sesenta y dos mil ciento noventa y seis con 67/100 soles), en lo sucesivo **el procedimiento de selección.**

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N°082-2019-EF, en lo sucesivo **la Ley**, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias, lo sucesivo **el Reglamento.**

Del 6 al 14 de diciembre de 2023, se llevó a cabo el registro de participantes y la presentación de ofertas; en tanto que, el 19 del mismo mes y año, se realizó la apertura de ofertas y el periodo de lances; asimismo, **el 21 de diciembre de 2023** se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro al postor SERTRAQ CONTRATISTAS GENERALES EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, en lo sucesivo **el Adjudicatario**, por el monto de S/ 565,000.00 (quinientos sesenta y cinco mil con 00/100 soles), conforme al siguiente detalle:

| POSTOR | ÚLTIMA OFERTA (S/) | ORDEN DE PRELACIÓN | CONDICIÓN |
|---|---|---|---|
| SERTRAQ CONTRATISTAS GENERALES EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA | 565,000.00 | 1° | Adjudicado |
| DANITZA CORNEJO CALA | 591,000.00 | 2° | Habilitado |
| FERNANDO GRAJEDA SALAZAR | 700,000.00 | 3° | Habilitado |
| KEVIN HILBERT BACA GRAJEDA | 859,000.00 | 4° | Habilitado |
| LUZGARDA PEÑA GOMEZ | - | - | Deshabilitada |
| INGALOP E.I.R.L. | - | - | Deshabilitada |
| KAROLL SHARMELLY ESCOBAR QUISPE | - | - | Deshabilitada |
| J X T RENTAL E.I.R.L. | - | - | Deshabilitada |
| CONSTRUMAQ REPRESENTACIONES E.I.R.L. | - | - | Deshabilitada |
| LUIS ROLANDO ABRILL MUÑOZ | - | - | Deshabilitada |
| A Y B MASTER CONTRATISTAS ASOCIADOS S.R.L. | - | - | Deshabilitada |

*Orden de prelación.

**2.** Mediante escrito N° 1, subsanado con escrito N° 1[1], presentados el 3 y 5 de enero de 2024, respectivamente, ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, el postor DANITZA CORNEJO CALA, en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario, sobre la base de los siguientes fundamentos:

- En el capítulo IV (Requisitos de habilitación) de la sección específica de las bases del presente procedimiento de selección, se advierte que los postores se encuentran obligados a presentar, para que sus ofertas fueran habilitadas, copia simple de la *"… autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación, conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, aprueban relación de procedimientos administrativos y servicios prestados a exclusividad a cargo de las Direcciones Regionales o del órgano que haga sus veces para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas. Debiendo cumplir los*

[1] Cabe señalar que ambos escritos tienen el mismo número.

*requisitos solicitados en los procedimientos Nº 35 al Nº 40 del Anexo de la referida Resolución, conforme a la actividad que se realice*. *De no ser propietario de la cantera, el postor deberá presentar documento que acredite el compromiso de extracción con el propietario de la cantera, debiendo adjuntar copia simple de autorización vigente para actividades de exploración y/o explotación de la cantera".*

Sin embargo, el Adjudicatario presentó en su oferta una autorización de concesión minera, la cual, si bien se encuentra dentro del trámite de la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, dicha autorización no se otorga en cumplimiento de los requisitos solicitados en los procedimientos 35 al 40 del Anexo de la referida resolución (como se requiere en las citadas bases), sino de los requisitos solicitados en los 20 al 30 de la citada resolución.

- Se debe hacer hincapié en que la autorización para actividades de exploración y/o explotación es diametralmente opuesta a la autorización de concesión de beneficio, pues mientras que la primera se encuentra regulada en los procedimientos de los numerales 35 al 40 de la referida Resolución, la segunda se encuentra regulada en los numerales 20 al 30 de dicha Resolución.

- En ese sentido, la oferta del Adjudicatario debió declararse inhabilitada *ipso jure* de pleno derecho.

**3.** Con Decreto del 11 de enero de 2024, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante. Asimismo, se corrió traslado a la Entidad para que, en un plazo de tres (3) días hábiles, registre en el SEACE el informe técnico legal en el cual indique expresamente su posición respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente, y de comunicar a su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplimiento.

De igual forma, se dispuso notificar el recurso de apelación a los postores distintos al Impugnante, que puedan verse afectados con la decisión del Tribunal, para que, en el plazo de tres (3) días hábiles, puedan absolverlo.

**4.** A través del escrito N° 1, presentado el 16 de enero de 2024 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento y absolvió el

traslado del recurso de apelación manifestando, entre otros aspectos, lo siguiente:

Respecto de su oferta:

- En un periodo de siete años, a más, viene tramitando diferentes permisos y licencias, cumpliendo innumerables requisitos documentarios para el funcionamiento de su planta procesadora; tales documentaciones le facultan acarrear materia prima, procesarla mediante sus máquinas chancadoras de agregado y comercializarla legalmente dentro del mercado formal.

- Ahora bien, el objeto del procedimiento de selección es la compra de agregados como: arena fina, arena gruesa, piedra chancada y material lastre, por lo que, como requisito de habilitación, se requiere la *"…copia simple de autorización vigente, para actividades de exploración y explotación, conforme a la Resolución Ministerial N° 330-2020-MINEM-DM…conforme a la actividad que se realice"*. Este cuerpo normativo tiene como fin hacer cumplir a los administrados todos los requisitos para considerarlos como "formales"; es decir, dentro del contenido de la citada Resolución Ministerial, en los numerales:

  - ✓ 35 a la 40, prescribe que toda concesión minera no metálica (ámbito público) debe cumplir requisitos de procedimiento para finalmente obtener la calificación de "formal" o dar a entender que no está ligado a la "minería informal".

  - ✓ 20 a la 30 prescribe que toda concesión de beneficio (ámbito privado) debe cumplir requisitos para finalmente obtener la calificación de "formal" o dar a entender que no está ligado a la "minería informal".

  En ese sentido, se entiende que, tanto una concesión minera no metálica como una concesión de beneficio, tendrán como "actividad" la producción de agregados, como: arena fina, arena gruesa, piedra chancada y material lastre, y la diferencia que existe entre ambas es que en la concesión minera no metálica se realiza la explotación, producción y comercialización del agregado que está en la misma concesión minera; en cambio, la concesión de beneficio consiste en la producción (procesos físicos que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado) y

comercialización del mismo; es decir, ambas autorizaciones (autorización vigente para actividades de exploración y explotación y la concesión de beneficio) están referidas y están emitidas para garantizar la minería formal, en el presente caso, no metálica; por ende, ambas autorizan la producción de agregados, ya sea arena fina, arena gruesa, piedra chancada etc.

No logra entender cuando el Impugnante menciona *"… diametralmente opuestas"*, por cuanto, ambas autorizaciones son válidas para empezar a producir material agregado, por lo que no pueden ser opuestas o contrarias; por el contrario, la normativa de autorización vigente para actividades de exploración y explotación rige para concesiones mineras no metálicas, por ser suelo del Estado peruano; y la concesión de beneficio rige para la adecuada producción de agregados, en su caso, en suelo privado.

- Su planta procesadora nunca podrá ser considerada como concesión minera, por cuanto está instalada dentro de una propiedad privada; sin embargo, su representada, desde la implementación de la planta procesadora, ha cumplido con todos los requisitos formales para ser calificada, fiscalizada y autorizada para comercializar el agregado que produce (posee dentro de su acervo documentario infinidad de pruebas documentarias).

Respecto de la oferta del Impugnante:

- En la ciudad del Cusco sólo operan 3 plantas procesadoras de agregados (plantas chancadoras formales), una de ellas pertenece a su representada, lo cual es información de conocimiento público, pleno y amplio del Impugnante; sin embargo, el Impugnante no está dentro del grupo de esas 3 plantas procesadoras de agregados, es más, no cuenta con una concesión minera "activa" o con actividad de producción *in situ*.

- El Impugnante adjunta a su oferta la Resolución Gerencial N° 003-2023-GORE CUSCOGREMH/G, con el cual afirma cumplir con el requisito de habilitación solicitado en las bases; sin embargo, la concesión minera "Virgen Asunta 2017 I" solo cuenta con acervo documentario "sindicando" que es una cantera autorizada, no obstante, el Impugnante no posee ni una planta chancadora, fajas transportadoras o motores instalados en

dicha concesión minera, lo cual evidencia que el Impugnante no podrá cumplir con el objeto de la convocatoria, pues no tiene la capacidad de proveer el material requerido y, además, aquél utiliza sólo documentos para ganar la buena pro del procedimiento de selección y compra material a terceros para atender los requerimientos, lo cual podría ser considerado como abuso del derecho y/o fraude a la Ley.

- Es preciso afirmar que, en la zona donde se encuentra ubicada la concesión "Virgen Asunta 2017 I", existen 3 derechos mineros contiguos, de los cuales, a la fecha, ninguna concesión explota sus canteras, por la sencilla razón de que su materia prima no cumple con la ficha técnica de cada material; es decir, el material que poseen esas canteras no sirve para su empleo en obras de ingeniería, teniendo en cuenta que el objeto del presente procedimiento de selección requiere el agregado para la construcción de una institución educativa.

- Solicita consentir la buena pro otorgada a su favor por los siguientes motivos:

| **CONCESION DE BENEFICIO SERTRAQ** | **CONCESION VIRGEN ASUNTA 2017 I** |
|---|---|
| Sí procesa agregados dentro de la concesión de beneficio | No procesa agregados |
| Cuenta con máquinas chancadoras instaladas | No cuenta con máquinas chancadoras instaladas |
| Procesa agregados de diferentes tamaños | No procesa agregados. |
| Procesa agregados de buena calidad | La materia prima no cumple estándares de buena calidad |
| Presenta una oferta económica competitiva a precio de productor | Presenta una oferta económica por el monto de 26,000.00 más que el primer lugar. |
| Cumple con los principios administrativos | |
| Cuenta con la capacidad legal y económica para atender el requerimiento | |
| Cumple con el artículo 49 del Reglamento | |

| | |
|---|---|
| Cumple con sus obligaciones tributarias | |

**5.** Por Decreto del 18 de enero de 2024, se tuvo por apersonado al Adjudicatario en calidad de tercero administrado y por absuelto el recurso de apelación.

**6.** Con Decreto del 18 de enero de 2024, habiéndose verificado que la Entidad registró en el SEACE el Informe Legal N° 48-2024-GR CUSCO/ORAJ y el Informe N° 41-2024-GR-CUSCO/GRAD-SGASA, el expediente fue remitido a la Sexta Sala del Tribunal para que resuelva la presente controversia; siendo recibido en la misma fecha por el vocal ponente.

En el citado documento la Entidad manifiesta, entre otros aspectos, lo siguiente:

- El Adjudicatario acredita fehacientemente el requisito de habilitación de las bases del procedimiento de selección, pues en la Resolución Gerencial Regional N° 058-2023-GR CUSCO/GREMH, en los artículos segundo y tercero, se indican lo siguiente: ***"… dado que, el otorgamiento del beneficio equivale a una autorización de inicio/Reinicio de actividades Mineras"***.

- Los argumentos del Impugnante, en su recurso de apelación, no son claros, pues presenta documentación obligatoria para la obtención de las resoluciones (presentadas por ambos postores: Impugnante y Adjudicatario), más no fueron establecidos como requisitos de habilitación en las bases del procedimiento de selección.

**7.** Por Decreto del 23 de enero de 2024, se programó audiencia pública para el 29 del mismo mes y año, la cual se llevó a cabo con la participación de los representantes del Impugnante y del Adjudicatario.

**8.** Mediante escrito N° 3, presentado el 24 de enero de 2024 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Impugnante amplió los fundamentos de su recurso de apelación.

**9.** Con Decreto del 30 de enero de 2024, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Impugnante en su escrito N° 3.

**10.** Por Decreto del 31 de enero de 2024, a fin que la Sala tenga mayores elementos de juicio al momento de resolver, se solicitó la siguiente información adicional,

para lo cual se otorgó un plazo máximo de tres (3) días hábiles para que atiendan la información requerida:

> *"(…)*
>
> ***AL GOBIERNO REGIONAL CUSCO (ENTIDAD):***
>
> - *Sírvase remitir un informe técnico legal en el cual deberá informar los motivos puntuales por los cuales se deshabilitó a siete (7) postores del citado procedimiento de selección, al no haber presentado el Certificado de Existencia de Restos Arqueológicos (CIRA), el cual no habría sido solicitado como documento obligatorio en el "Requisitos de Habilitación" previsto en el Capítulo IV de la Sección Específica de dichas bases.*
>
>  *Asimismo, deberá indicar si, para el área usuaria, es obligatorio la presentación de dicho documento y, de ser afirmativa su respuesta, indicar el motivo por el cual no se estableció en las bases del procedimiento de selección como documento obligatorio en el citado "Requisitos de Habilitación".*
>
> *(…)*
>
> ***A LA EMPRESA SERTRAQ CONTRATISTAS GENERALES EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (TERCERO ADMINISTRADO):***
>
> - *Sírvase remitir copia legible del cargo en la cual se pueda evidenciar la fecha de recepción de su absolución del traslado del recurso de apelación presentado ante este Tribunal.*
>
> *(…)*
>
> ***A LA GERENCIA REGIONAL DE ENERGÍA, MINAS E HIDROCARBUROS DEL GOBIERNO REGIONAL CUSCO:***
>
> - *Sírvase informar si la **Autorización para Actividades de Exploración y/o Explotación**, conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, es igual a la **Concesión de Beneficio y Autorización de Funcionamiento de la Planta de Beneficio** no Metálico. De ser negativa su respuesta, indicar cuáles son las diferencias y que autorizan cada una de ellas".*

**11.** A través del escrito N° 4, presentado el 1 de febrero de 2024 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Adjudicatario atendió el requerimiento efectuado con

Decreto del 31 de enero de 2024.

**12.** Con Decreto del 1 de febrero de 2024, se corrió traslado a la Entidad y a las partes de los siguientes supuestos vicios de nulidad, otorgándoles un plazo máximo para absolverlo de cinco (5) días hábiles:

> *"(…)*
> *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, sírvanse emitir pronunciamiento respecto de lo siguiente:*
>
> *A. De la revisión de los documentos que obran en el SEACE, se advierte que existirían posibles vicios de nulidad en el procedimiento de selección, en los siguientes extremos:*
>
> ***1.*** *De la revisión del* ***"ACTA DE APERTURA, CALIFICACIÓN DE OFERTAS Y OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA Nº 119-2023-OEC/GR CUSCO-1"*** *del 19 de diciembre de 2023, en* ***adelante el Acta****, se advierte que el comité de selección no admitió la oferta de siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], señalando la siguiente* ***motivación defectuosa****:*
>
> > *No se acredita los siguientes documentos de presentación obligatoria de habilitación, como se indica en el Capítulo IV REQUISITOS DE HABILITACIÓN, donde debe cumplirse con los requisitos solicitados en los procedimientos N° 35 al N° 40: Instrumento de Gestión Ambiental, Certificado de Existencia de Restos Arqueológicos (CIRA) o Plan de Monitoreo Arqueológico PMA, aprobado por la autoridad competente.*
>
> *Sin embargo, de la revisión del Capítulo IV (Requisitos de Habilitación) de la Sección Específica de las bases del presente procedimiento de selección, se advierte que los postores solo se encontrarían obligados a presentar, para que sus ofertas fueran habilitadas, copia simple de la* ***"… autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación, conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, aprueban relación de procedimientos administrativos y servicios prestados a exclusividad a cargo de las Direcciones Regionales o del órgano que haga sus veces para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas. Debiendo cumplir los requisitos solicitados en los procedimientos Nº 35 al Nº 40 del Anexo de la referida Resolución, conforme a la actividad que se realice. De no ser propietario de la cantera, el postor deberá presentar***

> ***documento que acredite el compromiso de extracción con el propietario de la cantera, debiendo adjuntar copia simple de autorización vigente para actividades de exploración y/o explotación de la cantera".*** *(Resaltado agregado)*
>
> *Como se advierte de lo anterior,* ***el comité de selección exigió la presentación de documentación que no habría sido requerida de manera obligatoria en el citado Capítulo IV de las referidas bases, inhabilitando, de esta manera, a siete (7) ofertas presentadas al presente procedimiento de selección****.*
>
> *La situación expuesta habría quebrantado lo establecido en el numeral 4 del artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, referido a la debida motivación del acto administrativo, y el artículo 66 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como a los principios de libre concurrencia, igualdad de trato, transparencia y competencia, previstos en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado".*

**13.** Mediante escrito N° 2, presentado el 2 de febrero de 2024 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Impugnante amplió los fundamentos de su recurso de apelación.

**14.** Con Decreto del 6 de febrero de 2024, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Impugnante en su escrito N° 2.

**15.** A través del escrito N° 4, presentado el 8 de febrero de 2024 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Adjudicatario atendió el Decreto del 1 del mismo mes y año, señalando, entre otros aspectos, lo siguiente:

- Habría vicio de nulidad que vulnera el principio de competencia, en la medida que no se obtuvieron propuestas de postores idóneos que cuenten con los permisos legales correspondientes para poder comercializar el bien materia de convocatoria.

**16.** Por Decreto del 8 de febrero de 2024, se declaró el expediente listo para resolver.

**17.** Mediante escrito N° 4, presentado el 9 de febrero de 2024 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Impugnante expuso argumentos adicionales a su recurso de apelación.

**18.** Con Decreto del 12 de febrero de 2024, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Impugnante en su escrito N° 4.

**19.** A través del escrito s/n, presentado el 12 de febrero de 2024 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad atendió el Decreto del 1 del mismo mes y año, señalando, entre otros aspectos, lo siguiente:

- Los postores que presentaron, para el capítulo IV (Requisitos de habilitación) de la sección específica de las bases del procedimiento de selección, las resoluciones que son entre sí vinculantes fueron habilitados.

- Considerando que dichas resoluciones implican que el proveedor ha cumplido con los requisitos establecidos por la respectiva entidad para la extracción o explotación de canteras, las mismas que se tramitan ante la Dirección Regional de Energía y Minas, se consideró que dichos documentos son de obligatorio cumplimiento.

- Ni la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM ni las bases estándar precisan, de manera clara y objetiva, qué tipo de documentos debería presentarse, por lo que, en vista que los procedimientos señalados en los numerales 35 al 40 de la referida resolución son vinculantes con la resolución de inicio y reinicio de actividades mineras, se solicitó la copia de emisión de la resolución de impacto ambiental y de la emisión del certificado de inexistencia de restos arqueológicos.

  Asimismo, debe considerarse que en el capítulo IV (Requisitos de habilitación) de la sección específica de las bases del procedimiento de selección, se solicitó que los postores debían presentar copia simple de la *"… autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación, conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, aprueban relación de procedimientos administrativos y servicios prestados a exclusividad a cargo de las Direcciones Regionales o del órgano que haga sus veces para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas.* ***Debiendo cumplir los requisitos solicitados en los procedimientos Nº 35 al Nº 40 del Anexo de la referida Resolución, conforme a la actividad que se realice***. *De no ser propietario de la cantera, el postor deberá presentar documento que acredite el compromiso de extracción con el propietario de la cantera, debiendo adjuntar copia simple de autorización vigente para actividades de exploración y/o explotación de la cantera".* (Resaltado agregado). Por lo tanto, se debe interpretar que el término *"**Debiendo**"* es un condicionante de calificación (habilitación).

En ese sentido, al contener dicho término, el cual no precisa, de manera clara, si se debe o no solicitar, como documentación de presentación obligatoria, los requisitos solicitados en los procedimientos 35 al 40 del Anexo de la referida Resolución, queda ambiguo dicho extremo de las bases. Por lo tanto, para garantizar la finalidad pública, se consideró como requisito de habilitación que efectivamente los postores cuenten con los citados pronunciamientos para obtener el certificado de inicio y reinicio de actividades mineras no metálicas.

**20.** Mediante escrito N° 5, presentado el 12 de febrero de 2024 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Impugnante señaló argumentos adicionales.

**21.** Por Decreto del 13 de febrero de 2024, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Impugnante en su escrito N° 5.

**22.** A través del escrito N° 5, presentado el 15 de febrero de 2024 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Adjudicatario expuso argumentos adicionales a su absolución del traslado del recurso de apelación.

**23.** Con Decreto del 15 de febrero de 2024, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Adjudicatario en su escrito N° 5.

## II. FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección convocado bajo la vigencia de la Ley y su Reglamento, normas aplicables a la resolución del presente caso.

### A. 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, solamente 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.

**2.** 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 la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso, es decir, en la procedencia se inicia el análisis sustancial puesto que se hace una confrontación entre determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutor.

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, está inmerso en alguna de las referidas causales.

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

El 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 trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea igual o superior a cincuenta (50) UIT[2], o se trate de procedimientos para implementar o extender Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Asimismo, en el citado artículo 117 del Reglamento se señala que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor estimado o referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, dado que, en el presente caso, el recurso de apelación ha sido interpuesto en el marco de una licitación pública, cuyo valor estimado asciende a S/ 962,196.67 (novecientos sesenta y dos mil ciento noventa y seis con 67/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

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

El artículo 118 del Reglamento, ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: **i)** las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, **ii)** las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante,

[2] Unidad Impositiva Tributaria.

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 el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario; por consiguiente, se advierte que el acto objeto de recurso no se encuentra comprendido en la lista de actos inimpugnables.

*c) Haya sido interpuesto fuera del plazo.*

El artículo 119 del precitado Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, mientras que en el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación. Asimismo, en el caso de subastas inversas electrónicas, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

De otro lado, 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, de conformidad con lo contemplado en dicho artículo, 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.

En concordancia con ello, el artículo 76 del mismo cuerpo normativo establece que, definida la oferta ganadora, el comité de selección otorga 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 concordancia con ello, el artículo 58 del Reglamento establece que todos los actos que se realicen a través del SEACE durante los procedimientos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación; asimismo, dicha norma precisa que la notificación en el SEACE prevalece sobre cualquier medio que haya sido utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad de quienes intervienen en el procedimiento el permanente seguimiento de éste a través del SEACE.

En aplicación a lo dispuesto, dado que el presente recurso de apelación se interpuso en el marco de una subasta inversa electrónica cuyo valor estimado no corresponde a una licitación pública, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para su interposición, plazo que vencía el 3 de enero de 2024, considerando que el otorgamiento de la buena pro se notificó a través del SEACE el 21 de diciembre de 2023 y el 25 y 26 del mismo mes y año, así como el 1 y 2 de enero de 2024, fueron declarados días feriados no laborables en el sector público.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que, mediante escrito N° 1, subsanado con escrito N° 1, presentados el 3 y 5 de enero de 2024, respectivamente, ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Impugnante interpuso su recurso de apelación.

Por lo tanto, ha quedado acreditado que el recurso en cuestión fue presentado en el plazo legal establecido.

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

De la revisión del recurso de apelación, se aprecia que este aparece suscrito por el 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.*

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha del presente pronunciamiento, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre inmerso en alguna causal de impedimento.

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

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

*g) El impugnante carezca 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, modificado por Ley Nº 31465, en adelante **el 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.

Adicionalmente en el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento se estableció que el recurso de apelación es declarado improcedente por falta de interés para obrar, entre otros casos, si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta y no haya revertido su condición de no admitido o descalificado.

Sobre el particular, la decisión de la Entidad de otorgar la buena pro del procedimiento de selección al Adjudicatario, le causa agravio al Impugnante en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro; cabe mencionar que la oferta del Impugnante ocupa el segundo lugar en el orden de prelación y se encuentra calificada por el comité de selección del procedimiento de selección. Por tanto, cuenta con legitimidad procesal e interés para obrar para impugnar dicho acto.

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

En el caso concreto, el Impugnante no fue el ganador de la buena pro del procedimiento de selección.

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

El Impugnante ha solicitado que se descalifique la oferta del Adjudicatario, se revoque el otorgamiento de la buena pro a éste y se le otorgue a su favor. En ese sentido, de la revisión de los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que están orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

**3.** Por lo tanto, luego de haber efectuado el examen de los supuestos de improcedencia previstos en el artículo 123 del Reglamento, sin que se hubiera advertido la ocurrencia de alguno de estos, este Colegiado encuentra que corresponde proceder al análisis de los asuntos de fondo cuya procedencia ha sido determinada.

**B. PRETENSIONES:**

**4.** El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se descalifique oferta del Adjudicatario.
- Se revoque el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario.
- Se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

El Adjudicatario solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se declare infundado el recurso de apelación.

**C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

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

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 establecen 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 de dicho recurso, presentados dentro del 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.

**6.** Así, debe tenerse en cuenta que los demás intervinientes del presente procedimiento de selección, fueron notificados de forma electrónica con el recurso de apelación el 11 de enero de 2024, según se aprecia de la información obtenida del SEACE[3], razón por la cual contaban con tres (3) días hábiles para absolver el traslado del citado recurso, esto es, hasta el 16 del mismo mes y año.

Al respecto, de la revisión al expediente administrativo se advierte que el Adjudicatario absolvió el traslado del recurso de apelación el 16 de enero de 2024, es decir, dentro del plazo legal, por lo que, los puntos controvertidos serán determinados en base a los argumentos expuestos por el Impugnante (en su recurso de apelación) y por el Adjudicatario (en su absolución del traslado del recurso de apelación).

**7.** En el marco de lo indicado, los puntos controvertidos a esclarecer consisten en:

**i)** Determinar si el Adjudicatario presentó en su oferta la copia simple de la autorización vigente para actividades de exploración y/o explotación, conforme a lo establecido en las bases integradas.

**ii)** Determinar si el Impugnante se encuentra habilitado para ejecutar el objeto de la convocatoria.

**iii)** Determinar si corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de

[3] De acuerdo al literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento.

selección al Impugnante.

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

**8.** 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.

**9.** 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.

En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, corresponde que este Colegiado se avoque al análisis de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento de impugnación.

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si el Adjudicatario presentó en su oferta la copia simple de la autorización vigente para actividades de exploración y/o explotación, conforme a lo establecido en las bases integradas.**

**10.** Sobre el particular, el Impugnante manifiesta que en el capítulo IV (Requisitos de habilitación) de la sección específica de las bases del presente procedimiento de selección, se advierte que los postores se encuentran obligados a presentar, para que sus ofertas fueran habilitadas, copia simple de la *"… autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación, conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, aprueban relación de procedimientos administrativos y servicios prestados a exclusividad a cargo de las Direcciones Regionales o del órgano que haga sus veces para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas. Debiendo cumplir los requisitos solicitados en los procedimientos Nº 35 al Nº 40 del Anexo de la referida Resolución, conforme*

*a la actividad que se realice*. *De no ser propietario de la cantera, el postor deberá presentar documento que acredite el compromiso de extracción con el propietario de la cantera, debiendo adjuntar copia simple de autorización vigente para actividades de exploración y/o explotación de la cantera".*

Sin embargo, señala que el Adjudicatario presentó en su oferta una autorización de concesión minera, la cual, si bien se encuentra dentro del trámite de la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, dicha autorización no se otorga en cumplimiento de los requisitos solicitados en los procedimientos 35 al 40 del Anexo de la referida Resolución (como se requiere en las citadas bases), sino de los requisitos solicitados en los procedimientos 20 al 30 de la citada resolución.

Agrega que se debe hacer hincapié en que la autorización para actividades de exploración y/o explotación es diametralmente opuesta a la autorización de concesión de beneficio, pues mientras que la primera se encuentra regulada en los procedimientos de los numerales 35 al 40 de la referida resolución, la segunda se encuentra regulada en los numerales 20 al 30 de dicha resolución.

En ese sentido, refiere que la oferta del Adjudicatario debió declararse inhabilitada *ipso jure* de pleno derecho.

**11.** Al respecto, el Adjudicatario refiere que, en un periodo de siete años, a más, viene tramitando diferentes permisos y licencias, cumpliendo innumerables requisitos documentarios para el funcionamiento de su planta procesadora; tales documentaciones le facultan acarrear materia prima, procesarla mediante sus máquinas chancadoras de agregado y comercializarla legalmente dentro del mercado formal.

Asimismo, indica que el objeto del procedimiento de selección es la compra de agregados como: arena fina, arena gruesa, piedra chancada y material lastre, por lo que, como requisito de habilitación, se requiere la *"…copia simple de autorización vigente, para actividades de exploración y explotación, conforme a la Resolución Ministerial N° 330-2020-MINEM-DM…conforme a la actividad que se realice"*. Refiere que este cuerpo normativo tiene como fin hacer cumplir a los administrados todos los requisitos para considerarlos como "formales"; es decir, dentro del contenido de la citada Resolución Ministerial, en los numerales:

- ✓ 35 a la 40, prescribe que toda concesión minera no metálica (ámbito público) debe cumplir requisitos de procedimiento para finalmente obtener la

calificación de "formal" o dar a entender que no está ligado a la "minería informal".

- ✓ 20 a la 30 prescribe que toda concesión de beneficio (ámbito privado) debe cumplir requisitos para finalmente obtener la calificación de "formal" o dar a entender que no está ligado a la "minería informal".

En ese sentido, se entiende que, tanto una concesión minera no metálica como una concesión de beneficio, tendrán como "actividad" la producción de agregados: como, arena fina, arena gruesa, piedra chancada y material lastre, y la diferencia que existe entre ambas es que en la concesión minera no metálica se realiza la explotación, producción y comercialización del agregado que está en la misma concesión minera; en cambio, la concesión de beneficio consiste en la producción (procesos físicos que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado) y comercialización del mismo; es decir, ambas autorizaciones (autorización vigente para actividades de exploración y explotación y la concesión de beneficio) están referidas y están emitidas para garantizar la minería formal, en el presente caso, no metálica; por ende, ambas autorizan la producción de agregados, ya sea arena fina, arena gruesa, piedra chancada etc.

Indica que no logra entender cuando el Impugnante menciona *"… diametralmente opuestas"*, por cuanto, ambas autorizaciones son válidas para empezar a producir material agregado, por lo que no pueden ser opuestas o contrarias; por el contrario, la normativa de autorización vigente para actividades de exploración y explotación rige para concesiones mineras no metálicas, por ser suelo del Estado peruano; y la concesión de beneficio rige para la adecuada producción de agregados, en su caso, en suelo privado.

Finalmente manifiesta que su planta procesadora nunca podrá ser considerada como concesión minera, por cuanto está instalada dentro de una propiedad privada; sin embargo, su representada, desde la implementación de la planta procesadora, ha cumplido con todos los requisitos formales para ser calificada, fiscalizada y autorizada para comercializar el agregado que produce (posee dentro de su acervo documentario infinidad de pruebas documentarias).

**12.** A su turno, mediante Informe Legal N° 48-2024-GR CUSCO/ORAJ e Informe N° 41-2024-GR-CUSCO/GRAD-SGASA, la Entidad sostiene que el Adjudicatario acredita fehacientemente el requisito de habilitación de las bases del procedimiento de selección, pues en la Resolución Gerencial Regional N° 058-2023-GR

CUSCO/GREMH, en los artículos segundo y tercero, se indican lo siguiente: ***"… dado que, el otorgamiento del beneficio equivale a una autorización de inicio/Reinicio de actividades Mineras"***.

Agrega que los argumentos del Impugnante, en su recurso de apelación, no son claros, pues presenta documentación obligatoria para la obtención de las resoluciones (presentadas por ambos postores: Impugnante y Adjudicatario), más no fueron establecidos como requisitos de habilitación en las bases del procedimiento de selección.

**13.** Ahora bien, antes de analizar el punto controvertido, considerando la obligatoriedad de la presentación de documentación por parte de los postores para que su oferta sea habilitada, este Colegiado revisó el "*ACTA DE APERTURA, CALIFICACIÓN DE OFERTAS Y OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA Nº 119-2023-OEC/GR CUSCO-1"* del 19 de diciembre de 2023, en adelante **el Acta**, advirtiendo la necesidad, en virtud a la facultad atribuida mediante el artículo 44 de la Ley y a lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, de revisar la legalidad del desarrollo de algunas actuaciones del procedimiento de selección, a efectos de verificar que no se hayan dictado actos que contravengan normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento.

**14.** En atención a lo expuesto, el 1 de febrero de 2024 este Tribunal requirió a la Entidad, al Adjudicatario y al Impugnante que se pronuncien respecto del presunto vicio de nulidad, referido a la motivación defectuosa realizada por el comité de selección en el Acta a siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], lo cual evidenciaría el quebrantamiento, entre otros principios y dispositivos legales, los principios de libre concurrencia y de competencia.

Sobre el particular, el Adjudicatario señaló que habría vicio de nulidad que vulnera el principio de competencia, en la medida que no se obtuvieron propuestas de postores idóneos que cuenten con los permisos legales correspondientes para poder comercializar el bien materia de convocatoria.

De otro lado, la Entidad refiere que ni la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM ni las bases estándar precisan, de manera clara y objetiva, qué tipo de documentos debería presentarse, por lo que, en vista que los procedimientos

señalados en los numerales 35 al 40 de la referida resolución son vinculantes con la resolución de inicio y reinicio de actividades mineras, se solicitó la copia de emisión de la resolución de impacto ambiental y de la emisión del certificado de inexistencia de restos arqueológicos. Asimismo, indica que el término ***"Debiendo"***, señalado en el capítulo IV (Requisitos de habilitación) de la sección específica de las bases del procedimiento de selección, es un condicionante de calificación (habilitación), pues éste no precisa, de manera clara, si se debe o no solicitar, como documentación de presentación obligatoria, los requisitos solicitados en los procedimientos 35 al 40 del Anexo de la referida resolución (quedando ambiguo dicho extremo de las bases), por lo que, para garantizar la finalidad pública, se consideró como requisito de habilitación que efectivamente los postores cuenten con los citados pronunciamientos para obtener el certificado de inicio y reinicio de actividades mineras no metálicas.

Cabe señalar que el Impugnante no se ha pronunciado al respecto.

**15.** Ahora bien, de la revisión del Acta, se advierte que el comité de selección inhabilitó a siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], señalando la siguiente motivación defectuosa:

> No se acreditan los siguientes documentos de presentación obligatoria de habilitación, como se indica en el Capítulo IV REQUISITOS DE HABILITACIÓN, donde debe cumplirse con los requisitos solicitados en los procedimientos N° 35 al N° 40: Instrumento de Gestión Ambiental, Certificado de Existencia de Restos Arqueológicos (CIRA) o Plan de Monitoreo Arqueológico PMA, aprobado por la autoridad competente.

Sin embargo, de la revisión del capítulo IV (Requisitos de habilitación) de la sección específica de las bases del procedimiento de selección, se advierte que los postores **solo** se encuentran obligados a presentar, para que sus ofertas fueran habilitadas, copia simple de la ***"… autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación,*** *conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, aprueban relación de procedimientos administrativos y servicios prestados a exclusividad a cargo de las Direcciones Regionales o del órgano que haga sus veces para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas. Debiendo cumplir los requisitos solicitados en los procedimientos Nº 35 al Nº 40 del Anexo de la referida Resolución, conforme a la actividad que se realice*. *De no ser propietario de la cantera, el postor deberá presentar documento que acredite el compromiso de extracción con el propietario*

*de la cantera, debiendo adjuntar copia simple de autorización vigente para actividades de exploración y/o explotación de la cantera".* (Resaltado agregado)

**16.** En ese sentido, esta Sala evidencia la existencia de un vicio de nulidad en el que incurrió el comité de selección durante el procedimiento de selección, al emitir el Acta, a través de la cual dicho comité inhabilitó a siete (7) postores que presentaron ofertas al procedimiento de selección, exigiendo la presentación de documentación que no fue requerida de manera obligatoria en el citado capítulo IV de las referidas bases.

**17.** Sobre el particular, una motivación adecuada requería que el comité de selección no exigiera la presentación de documentación no solicitada en las bases como obligatoria para la habilitación, menos aún inhabilite una oferta por la no presentación de dicha documentación.

**18.** Al respecto, cabe anotar que el artículo 66 del Reglamento, establece que *"la admisión, no admisión, evaluación, calificación, descalificación y el otorgamiento de la buena pro es evidenciada en actas debidamente motivadas, las mismas que constan en el SEACE desde la oportunidad del otorgamiento de la buena pro"*; disposición que fue vulnerada por el comité de selección al inhabilitar a siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], señalando una **motivación defectuosa**.

**19.** Las deficiencias advertidas en la motivación de la decisión del comité de selección afecta principio de competencia, pues **el Acta bajo análisis evidencia la** inhabilitación de siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], señalando una **motivación defectuosa**, exigiendo la presentación de documentación que no fue requerida de manera obligatoria en el citado Capítulo IV de las bases del procedimiento de selección**;** debiendo tenerse presente que este Colegiado no puede considerar dicha motivación defectuosa, toda vez que ello afectaría el debido procedimiento y el principio de competencia que rigen las contrataciones públicas.

**20.** Recuérdese que el derecho a la debida motivación de las decisiones que adopta la administración pública tiene como base el derecho constitucional a la motivación de las decisiones judiciales[4], que también se aplica en el ámbito de los procedimientos administrativos[5], conforme a lo establecido en el numeral 4 del

[4] De conformidad con lo establecido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.
[5] De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias N° 4123-2011-AA y N° 744-2011-AA.

artículo 3 del TUO de la LPAG, con la finalidad que, en el marco de un debido procedimiento, la administración exponga las razones por las cuales adopta determinada decisión, así como para restringir la adopción de decisiones arbitrarias sin sustento alguno en perjuicio de los administrados.

En concordancia con lo señalado, la normativa de contratación pública no es ajena a la motivación de las decisiones que se adoptan en el marco de un procedimiento de selección, conforme a la obligación del comité de selección de motivar sus decisiones, conforme a lo establecido en el mencionado artículo 66 del Reglamento; lo que corrobora que el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, se encuentra en la obligación de motivar sus decisiones en circunstancias objetivas a fin de garantizar la observancia de los principios de transparencia, igualdad de trato y de competencia.

***21.*** De ese modo, debe tenerse en cuenta 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 competencia, eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato y libertad de concurrencia, recogidos en el artículo 2 de la Ley.

En este orden, resulta importante mencionar que, por el principio de libertad de concurrencia, las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen; en tanto que, por el principio de competencia, los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Asimismo, en virtud del principio de transparencia, 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. Además, en un procedimiento de selección, los administrados (participantes y postores), gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a

exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Sin embargo, en el caso concreto, se vulneraron los principios de transparencia, de competencia y de libertad de concurrencia, toda vez que el comité de selección solicitó documentación adicional, no prevista en las bases del procedimiento de selección, para la habilitación de ofertas, inhabilitando, de esta manera, a siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], señalando una **motivación defectuosa**; restringiéndose así la competencia de más postores en el procedimiento de selección.

Así también, es preciso recalcar que el análisis que efectúa este Tribunal tiene 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.

Bajo ese contexto, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado.

En este contexto, por la deficiencia advertida, este Colegiado evidencia la vulneración de los principios bajo comentario; lo cual ha viciado la actuación administrativa de la autoridad que actúa, decide o resuelve dentro de esta circunstancia.

**22.** Debe tenerse en cuenta que los principios en mención, se encuentran vinculados, entre otros, al requisito de validez del acto administrativo denominado ***motivación***, previsto en el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG, en virtud del cual el acto emitido por la autoridad pública debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

**23.** La relevancia de la motivación, como elemento de validez de un acto administrativo, se explica por su estrecha vinculación con el derecho de defensa y el derecho al debido proceso, pues solo una decisión motivada permitirá al

administrado tomar conocimiento claro y real de los alcances del pronunciamiento que lo vincula, así como contar con la posibilidad efectiva de cuestionar las razones concretas que lo fundamentan, en ejercicio de su derecho de defensa o contradicción.[6]

**24.** Por cierto, no se debe confundir el deber de motivación con la exigencia de una argumentación extensa y pormenorizada por parte del órgano decisor. Sin embargo, cumplir con ese deber siempre implicará que los destinatarios de la decisión puedan comprender las razones concretas y las valoraciones esenciales que justifican el sentido de esa decisión. En palabras de García de Enterría y Fernández[7], *"la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. La motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional. Tampoco se cumple con la mera expresión de la conclusión".*

**25.** Así, la normativa sobre contratación estatal ha establecido que la admisión, evaluación y calificación debe consignarse en el Acta. En ese sentido, si el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones – OEC, según corresponda, decidiera descalificar una oferta, el cumplimiento del deber de motivación exige que cuando menos se expresen las razones que conllevaron a adoptar dicha decisión; lo que a su vez ameritará tomar como referencia los requisitos establecidos en las bases integradas del procedimiento de selección.

**26.** En el presente caso, las razones por las cuales el comité de selección no admitió la oferta de siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], contiene una motivación defectuosa, que afecta, entre otros dispositivos legales, principalmente al principio de competencia.

**27.** Por lo expuesto, a criterio de esta Sala, a través de la actuación del comité de selección, la Entidad vulneró el requisito de validez del acto administrativo contemplado en el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG (la motivación), así como el artículo 66 del Reglamento y los principios de libre concurrencia, transparencia y competencia previstos en el artículo 2 de la Ley, conforme ha sido expuesto en los fundamentos precedentes; advirtiéndose un vicio de nulidad en la admisión de las ofertas.

[6] Como es de conocimiento, el recurso de apelación constituye una de las manifestaciones de lo que se denomina el derecho de contradicción, toda vez que los administrados pueden cuestionar, mediante dicho mecanismo, las decisiones de las autoridades administrativas, cuando el ordenamiento prevea dicha posibilidad.

[7] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Civitas Ediciones. Duodécima Edición. Madrid, 2004.

**28.** Ahora bien, la Entidad refiere que, al existir una deficiencia en las bases (indica que el término ***"debiendo"***, señalado en el capítulo IV de la sección específica de las citadas bases, es un condicionante de habilitación, pues éste no precisa, de manera clara, si se debe o no solicitar, como documentación de presentación obligatoria, los requisitos solicitados en los procedimientos 35 al 40 del Anexo de la referida Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM) y, al no haberse establecido ello ni en la referida resolución ni las bases estándar; solicitó la copia de emisión de la resolución de impacto ambiental y de la emisión del certificado de inexistencia de restos arqueológicos, a fin de garantizar la finalidad pública.

Al respecto, en opinión de este Colegiado, lo afirmado por la Entidad no resulta acorde a lo indicado en las bases, pues, de su revisión, se advierte que el requerimiento es claro, pues allí se establece que los postores deben presentar copia de la **autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación**, sin requerir otra documentación adicional presentada ante la autoridad competente para la emisión de dicha autorización. Si bien es cierto que se indica la frase *"Debiendo cumplir los requisitos solicitados en los procedimientos Nº 35 al Nº 40 del Anexo de la referida Resolución, conforme a la actividad que se realice"*, ello hace alusión a que la **autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación** solicitada se enmarca en los procedimientos establecidos en los numerales del 35 al 40 de la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, procedimientos tales como: **i)** autorización de actividades de exploración de aprobación automática, **ii)** autorización de actividades de exploración de evaluación previa, **iii)** autorización de actividades de explotación de aprobación automática, **iv)** Modificación de la autorización de actividades de explotación que impliquen nueva áreas, **v)** modificación de la autorización de actividades de explotación que no impliquen nueva áreas e **vi)** informe técnico minero para autorización de actividades de explotación]; interpretar lo contrario, como lo hace la Entidad, significaría que se debería requerir a los postores **toda** la documentación antes presentada a la autoridad competente para la emisión de dicha **autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación**, tales como: Solicitud de acuerdo al formato, número del recibo de pago por derecho de trámite, Instrumento de Gestión Ambiental, Certificado de Existencia de Restos Arqueológicos (CIRA), Plan de Monitoreo Arqueológico PMA, entre otros; lo cual no tiene sentido, pues ya fueron presentados y evaluados por la autoridad competente para la emisión de la referida autorización solicitada en el presente procedimiento de selección; en este punto, debe tenerse en cuenta lo establecido en el numeral 48.1.9 del artículo 48 del TUO de la LPGA, en el cual se

prohíbe que las entidades soliciten a los administrados la presentación de información o documentación que, *"(…) de conformidad con la normativa aplicable, se acreditó o debió acreditarse en una fase anterior o para obtener la culminación de un trámite anterior ya satisfecho. En este supuesto, la información o documentación se entenderá acreditada para todos los efectos legales".*

Por lo tanto, no corresponde amparar los argumentos de la Entidad dirigidos a establecer que, en el caso concreto, no existe un vicio de nulidad, por carecer de sustento.

**29.** Considerando lo antes expuesto, cabe señalar que, el artículo 44 de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará 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 en la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección.

**30.** Sobre el particular, es necesario 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.

**31.** En esa línea de análisis, en el presente caso, el vicio incurrido por la Entidad resulta trascendentes, no siendo materia de conservación del acto, al haberse contravenido los principios de libre concurrencia, transparencia y competencia previstos en el artículo 2 de la Ley, así como el artículo 66 del Reglamento y el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG. Debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias son causales de nulidad de los actos administrativos, los cuales no son conservables.

Asimismo, en el presente caso, tampoco es posible conservar el acto viciado pues implicaría convalidar la afectación del principio de transparencia, según el 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. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, es preciso anotar que el vicio en el que ha incurrido el comité de selección, resulta trascendente y no es conservable, toda vez que revela el incumplimiento normativo y, en el presente caso, afecta gravemente la competencia en el procedimiento de selección, pues se está sacando de carrera a siete (7) postores [de los once (11) que presentaron ofertas al citado procedimiento de selección], señalando una motivación defectuosa, como se analizó anteriormente.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, no corresponde amparar los argumentos señalados por el Impugnante, dirigidos a sustentar su posición en el sentido que no existiría un vicio de nulidad o, que, de haberlo, éste sería conservable.

**32.** Por estas consideraciones, al amparo de lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento y conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley (en concordancia con el artículo 10 del TUO de la LPAG), al haberse verificado que el vicio en el que se ha incurrido -contravención de normas de carácter imperativo- afectan sustancialmente la validez del procedimiento de selección, y, teniendo en cuenta que se generó durante la admisión de ofertas; este Colegiado estima pertinente declarar la nulidad del procedimiento de selección, **debiendo retrotraerse el mismo a la etapa de admisión de ofertas**, a efectos de que se corrija el vicio detectado, de acuerdo a las observaciones consignadas en la presente resolución (así como lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado vigente) y, posteriormente continúe con las demás etapas del procedimiento de selección, careciendo de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

Al respecto, cabe señalar que el comité de selección deberá tener presente las siguientes reglas:

a) Verificará que **todas** las ofertas presentadas al procedimiento de selección cumplan con la presentación de la documentación prevista en el numeral 2.2.1 del capítulo II de la sección específica de las bases, a fin que sean

admitidas, sin requerir documentación adicional.

En este punto, dicho comité deberá tener en cuenta el numeral 6.3 de la Directiva N° 006-2019-OSCE/CD, que establece que, en subastas inversas electrónicas, *"Se presume que los bienes y/o servicios ofertados cumplen con las características exigidas en las fichas técnicas y con las condiciones previstas en las Bases.* ***Esta presunción no admite prueba en contrario****"*. (Negrita y subrayado agregados)

b) Cuando verifique los requisitos de habilitación de **todas** las ofertas presentadas al procedimiento de selección, dicho comité **sólo** debe verificar que los postores presenten la **copia simple de autorización vigente, para actividades de exploración y/o explotación** (la cual debe estar conforme a lo establecido en la Resolución Ministerial Nº 330-2020-MINEM-DM, que aprueba la relación de procedimientos administrativos y servicios prestados a exclusividad a cargo de las Direcciones Regionales o del órgano que haga sus veces para ejercer las funciones transferidas del Sector Energía y Minas. Debiendo cumplir los requisitos solicitados en los procedimientos Nº 35 al Nº 40 del Anexo de la referida Resolución, conforme a la actividad que se realice), **sin requerir documentación adicional**.

   De no ser propietario de la cantera, el postor deberá presentar documento que acredite el compromiso de extracción con el propietario de la cantera, debiendo adjuntar copia simple de autorización vigente para actividades de exploración y/o explotación de la cantera".

   En este punto, dicho comité deberá tener en cuenta que lo referido a la **copia simple de autorización vigente, sólo debe entenderse a la autorización para actividades de exploración y/o explotación**, conforme se establece en las bases del presente procedimiento de selección.

c) Posteriormente, el comité de selección deberá fijar un nuevo orden de prelación y continuar con las demás etapas del procedimiento de selección, otorgando la buena pro a quien corresponda.

**33.** En tal sentido, toda vez que este Tribunal ha concluido que debe declararse la nulidad del procedimiento de selección, en virtud de lo señalado en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, corresponde devolver la garantía

que fue presentada por el Impugnante al interponer su recurso de apelación.

**34.** De otro lado, por lo expuesto, este Colegiado considera que debe ponerse en conocimiento del **Titular de la Entidad y de su Órgano de Control Institucional** la presente resolución, a fin que conozca del vicio advertido, supervise la reanudación del presente procedimiento de selección, y adopten las demás acciones que correspondan en el ámbito de sus competencias, de modo tal que situación como la presentada en el presente caso no vuelva a ocurrir, pues ello conlleva un retraso en la contratación de la obra.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del vocal Roy Nick Álvarez Chuquillanqui y la intervención de los vocales Víctor Manuel Villanueva Sandoval (en reemplazo de la vocal Mariela Nereida Sifuentes Huamán , según lo dispuesto en el Rol de Turnos de Vocales de Sala vigente) y Jorge Luis Herrera Guerra (en reemplazo de la vocal Cecilia Berenise Ponce Cosme, según lo dispuesto en el Rol de Turnos de Vocales de Sala Vigente), atendiendo a la conformación de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000198- 2022-OSCE/PRE del 3 de octubre de 2022, publicada el 4 del mismo mes y año en el Diario Oficial "El Peruano", y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

**LA SALA RESUELVE:**

**1.** **Declarar la NULIDAD** de la Subasta Inversa Electrónica Nº 119-2023-GR CUSCO-1 (Primera Convocatoria), el Gobierno Regional Cusco, para la *"Adquisición de materiales de construcción agregados para la obra 'Mejoramiento y ampliación de la jornada escolar completa en la I.E. de Nivel Secundario Antonio Raymondi, distrito Saylla, provincia y departamento Cusco'. Meta 043-2023"*, debiendo retrotraerse el citado procedimiento de selección hasta la etapa de admisión de ofertas, a efectos que se proceda conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**2.** **Devolver** la garantía presentada por el postor DANITZA CORNEJO CALA, para la interposición de su recurso de apelación, por los fundamentos expuestos.

**3.** Poner la presente resolución en conocimiento del Titular y el Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional Cusco, para que, en mérito a sus atribuciones, adopte las medidas que estime pertinentes, de conformidad con lo establecido en la presente Resolución.

**4.** Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese

**VÍCTOR MANUEL VILLANUEVA SANDOVAL**
**PRESIDENTE**
**DOCUMENTO FIRMADO**
**DIGITALMENTE**

**JORGE LUIS HERRERA GUERRA**
**VOCAL**
**DOCUMENTO FIRMADO**
**DIGITALMENTE**

**ROY NICK ÁLVAREZ CHUQUILLANQUI**
**VOCAL**
**DOCUMENTO FIRMADO**
**DIGITALMENTE**

ss.
Villanueva Sandoval.
Herrera Guerra.
**Álvarez Chuquillanqui**.