



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

Sumilla: *“(…) 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 procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones”.*

Lima, 29 de mayo de 2024.

VISTO en sesión del 29 de mayo de 2024, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N.º 4457/2024.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor Femsycon S.A.C. contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N.º 1-2024-MDSA-1— primera convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. De acuerdo a la información registrada en el SEACE, el 14 de febrero de 2024, la Municipalidad Distrital de San Andrés, en adelante **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N.º 1-2024-MDSA-1— primera convocatoria, efectuada para la contratación de la ejecución de obra: “Mejoramiento del campo deportivo en la IE Lázaro Orrego Morales del distrito de San Andrés – provincia de Pisco – departamento de Pisco”, con CUI N.º 2572138, con un valor referencial de S/ 1 272 356.31 (un millón doscientos setenta y dos mil trescientos cincuenta y seis con 31/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

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

Según el cronograma del procedimiento de selección, el 28 de febrero de 2024, se llevó a cabo la presentación de ofertas; asimismo, el día 15 de abril del mismo año, se notificó a través del SEACE el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección a favor del Consorcio Villa FAP, conformado por las empresas Jucaba Sociedad Anónima Cerrada y MSP. Lar S.A.C., en adelante **el Consorcio Adjudicatario**, por el valor de su oferta económica, ascendente a S/ 1 145 120.68

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

(un millón ciento cuarenta y cinco mil ciento veinte con 68/100 soles),
obteniéndose los siguientes resultados¹:

Tabla 1.
Resultados de procedimientos según el acta y el reporte de sorteo electrónico

POSTOR	ETAPAS				
	Admisión	Evaluación		Orden de prelación determinado por sorteo electrónico	Calificación y resultados
		Precio	Puntaje total obtenido incluida bonificación 5 % REMYPE		
Consorcio Villa FAP	Admitido	S/ 1 145 120.68	105.00	1 (determinado por sorteo electrónico)	Calificado (Adjudicatario)
Consorcio Buenos Aires	Admitido	S/ 1 145 120.68	105.00	2 (determinado por sorteo electrónico)	Descalificado
Consorcio Enríquez – North Center	Admitido	S/ 1 606 373.79	105.00	3 (determinado por sorteo electrónico)	Descalificado
Wanchor Sociedad Anónima	Admitido	S/ 1 606 373.79	105.00	4 (determinado por sorteo electrónico)	Descalificado
Consorcio Constructores del Sur	Admitido	S/ 1 145 120.69	104.98	5	Calificado (2do. Lugar)
Halcón Ingenieros Contratistas Generales	Admitido	S/ 1 199 863.18	100.21	6	Calificado (3er. Lugar)
Corporación J&J Ingenieros S.A.C.	Admitido	S/ 1 253 302.03	95.97	7	Descalificado
Femsycon S.A.C.	No admitido	-	-	-	No admitido

¹ Información extraída del “Acta de apertura electrónica, admisión, evaluación, calificación de ofertas y otorgamiento de buena pro” del 15 de abril de 2024.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

Consortio Lázaro Orrego I	No admitido	-	-	-	No admitido
---------------------------	-------------	---	---	---	-------------

2. Mediante Escrito N.º 1, presentado el 22 de abril de 2024 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, y subsanado con Escrito N.º 2, el día 24 del mismo mes y año, el postor Femsycon S.A.C., en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección; al respecto, solicita como pretensiones que se determine que su oferta cumple con acreditar adecuadamente la documentación para su admisión, considerarla admitida, se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario, se asigne a su empresa un orden de prelación por delante de este último, se determine que su oferta cumple con acreditar adecuadamente el Anexo N.º 10, con respecto al cumplimiento del requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad” y considerarla calificada, por último, pide que se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

Como sustento de sus pretensiones, ofrece los siguientes fundamentos:

Con respecto a las pretensiones referidas a que se revoque la no admisión de su oferta, se la tenga por admitida y calificada:

- Manifiesta que el comité de selección declaró no admitida su oferta, pese a que en el cuadro de documentos para la admisión de ofertas, se indicó que cumple con acreditar todos los requisitos exigidos en dicha etapa.
- Resalta que dicho colegiado observó su Anexo N.º 10, por considerar que, en vez de declarar la suma de S/ 912 113.62 por su segunda experiencia, debió considerar el importe de S/ 1 041 871.70; no obstante, advierte que dicho documento no constituye un requisito de admisión de las ofertas; por ende, considera que, al cumplir con todos los requisitos de admisión, debe tenerse por admitida su oferta.
- A la par, menciona que el Anexo N.º 10 no constituye el medio de acreditación de experiencia previsto en las bases integradas, sino que su finalidad es dotar y facilitar al comité de selección de los principales datos de cada contratación, la cual, a su criterio, debe ser corroborada con la documentación sustentatoria e idónea para dicho fin, tal como contratos, actas de recepción



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

de obra, entre otros, conforme se describe en la Resolución N.° 3585-2022-TCE-S6.

Con respecto a la pretensión referida a que se asigne a su empresa un orden de prelación por delante del Consorcio Adjudicatario:

- Indica que el Consorcio Adjudicatario no ha acreditado su condición de empresas promocionales para personas con discapacidad, de acuerdo al artículo 61 del Reglamento de la Ley N.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, aprobado por el Decreto Supremo N.° 002-2014-MIMP, el cual indica que, para efecto de acogerse al beneficio establecido en el artículo 56 de la Ley, la empresa promocional de personas con discapacidad presenta ante la entidad pública contratante la constancia emitida por la Autoridad Administrativa de Trabajo que la acredita como tal, así como copia de la planilla de pago correspondiente al mes anterior a la fecha de postulación al proceso de contratación de bienes, servicios u obras convocado por la entidad.
3. Con decreto del 29 de abril de 2024, debidamente notificado en el SEACE el 30 del mismo mes y año, la Secretaría del Tribunal 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 el comprobante de depósito en cuenta corriente expedido por el Banco de la Nación, para su verificación.
 4. El 6 de mayo de 2024, la Entidad registró en el SEACE el Informe N.° 317-2024-MDSA/GAJ, suscrito por el gerente de Asesoría Jurídica, en el que indica su posición respecto de los hechos materia de controversia planteados en el recurso de apelación, basada en la opinión del presidente del comité de selección contenida en la Carta N.° 003-2024-JLHT-PCS/MDSA/AS-SM-1-2024-MDSA-1. Al respecto, expresa lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

Con respecto a las pretensiones del Impugnante referidas a que se revoque la no admisión de su oferta, se la tenga por admitida y calificada:

- Señala que, al revisar la documentación sustentatoria que presentó el Impugnante para su segunda experiencia, se colige que existió un adicional deductivo vinculante, que significó que el monto ejecutado sea finalmente S/ 1 041 871.70 (de acuerdo a su porcentaje de participación en el contrato), y no S/ 912 113.62, como dicho postor declaró en su Anexo N.° 10. Por dicha razón, a su entender, esta declaración no se ajusta a la verdad.
- Añade que su propuesta no fue la única que se declaró no admitida, por tener incongruencias en ese aspecto, sino también se procedió de forma similar con la oferta del Consorcio Lázaro Orrego I.

Con respecto a la pretensión del Impugnante referida a que se asigne a su empresa un orden de prelación por delante del Consorcio Adjudicatario:

- Señala que, en el supuesto negado de ampararse en parte la apelación, corresponde al comité de selección, en atención a sus atribuciones, evaluar la oferta y establecer un nuevo orden de prelación previo al sorteo electrónico, calificar y otorgar la buena pro al postor que corresponda.

Adicionalmente, en el Informe N.º 317-2024-MDSA/GAJ, la Asesoría Jurídica de la Entidad comunicó que el procedimiento de selección fue sujeto de una supervisión de oficio, el cual concluyó que este debía retrotraerse hasta la etapa de integración de bases, debido a que no se registró en el SEACE los Anexos N.º 01 y N.º 03 del informe de gestión de riesgos, que forma parte del expediente técnico, siendo tales acciones contrarias a lo dispuesto en la Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD – Directiva de Gestión de Riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras, aprobado por la Resolución N.º 014-2017-OSCE/CD del 9 de mayo de 2017, así como a los principios de transparencia y publicidad.

5. Mediante decreto del 7 de mayo de 2024, se dispuso remitir el expediente a la Tercera 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.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

6. Con decreto del 9 de mayo de 2024, se programó audiencia pública para el 15 del mismo mes y año, la cual se llevó a cabo con la participación de los representantes del Impugnante y la Entidad.
7. A través del decreto del 15 de mayo de 2024, en atención a lo comunicado por la Entidad en su Informe N.º 317-2024-MDSA/GAJ, se trasladó a las partes un posible vicio de nulidad, al no registrarse en el SEACE los Anexos N.º 01 y N.º 03 del informe de gestión de riesgos, otorgándose el plazo máximo de cinco (5) días hábiles para que emitan su pronunciamiento al respecto.
8. Por medio del Escrito N.º 4, presentado ante el Tribunal el 22 de mayo de 2024, el Impugnante absolvió el traslado del posible vicio de nulidad, de la siguiente manera:
 - Sostiene que, de acuerdo al numeral 6.1 de la Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD – Directiva de Gestión de Riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras, aprobado por la Resolución N.º 014-2017-OSCE/CD del 9 de mayo de 2017, al elaborar el expediente técnico, la Entidad debe incluir un enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de la obra, teniendo en cuenta las características particulares de la obra y las condiciones del lugar de su ejecución. Para tal efecto, se deben usar los formatos incluidos como Anexos 1 y 3 de la Directiva, los cuales contienen la información mínima que puede ser enriquecida por las Entidades según la complejidad de la obra.
 - Asimismo, menciona que el numeral 29.2 del artículo 29 del Reglamento, prevé que, para la contratación de obras, la planificación incluye la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución, así como las acciones y planes de intervención para reducirlos o mitigarlos, conforme a los formatos que apruebe el OSCE. El análisis de riesgos implica clasificarlos por niveles en función a: i) su probabilidad de ocurrencia y ii) su impacto en la ejecución de la obra.
 - Sostiene que, de la revisión de la información publicada en la plataforma del SEACE respecto al expediente técnico, se puede verificar en la sección de gestión de riesgos el archivo denominado “12.5. Estudio de Gestión de Riesgos C.D. I.E. Lázaro Orrego.doc”.
 - Alude que, al abrir dicho archivo, se encuentra el Estudio de Gestión de Riesgos, en el cual se puede apreciar que contiene toda la información

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

necesaria en cuanto al enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de la obra, además de contener el análisis de riesgos, su probabilidad de ocurrencia y su impacto en la ejecución de la obra.

- Asimismo, expresa que, en los folios 50 al folio 59 de las bases integradas, se encuentra la proforma de contrato, cuya cláusula decimotercera contiene el Anexo N.º 03 – Formato para asignar los riesgos.
 - Por dicha razón, opina que sí se ha publicado la información correspondiente a la gestión de riesgos en concordancia con la Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD, por lo que no procedería declarar la nulidad del procedimiento de selección.
9. Mediante Oficio N.º 017-2024-GM-MDSA, presentado ante el Tribunal el 22 de mayo de 2024, la Entidad remitió el Informe N.º 0539-2024-JLHT-GDT/MDSA, en el que indicó que los Anexos N.º 1 y N.º 3 del estudio de gestión de riesgos forman parte del expediente técnico de obra físico; no obstante, advierte que, por un error involuntario, dichos documentos no se registraron en el SEACE, omisión que considera importante para una correcta ejecución contractual.
10. Con decreto del 22 de mayo de 2024, se declaró el expediente listo para resolver.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis el recurso de apelación interpuesto por el postor Femsycon S.A.C. la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N.º 1-2024-MDSA-1— primera convocatoria.

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 y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación.

A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

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 la pretensión planteada a través del recurso, es decir, en la procedencia 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 si, por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

- a) La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezca de competencia para resolverlo.

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) UIT² y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Bajo tal premisa normativa, dado que en el presente caso el recurso de apelación se interpuso contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro de una Adjudicación Simplificada, cuyo valor referencial asciende a S/ 1 272 356.31 (un millón doscientos setenta y dos mil trescientos cincuenta y seis con 31/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

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

² El procedimiento de selección fue convocado el 14 de febrero de 2024; por lo cual el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) aplicable al caso concreto es el que se aprobó para el año 2024, el cual asciende a S/ 5150.00, según lo determinado en el Decreto Supremo N° 309-2023-EF. En dicho caso, cincuenta (50) UIT's equivalen a S/ 257 500.00

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

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

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección, otorgada al Consorcio Adjudicatario; por consiguiente, se advierte que el acto objeto de cuestionamiento no se encuentra comprendido en la relación de actos inimpugnables.

- c) Sea 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.

De igual modo, según el literal c) del artículo 122 del Reglamento, la omisión de los requisitos señalados en los literales b), d), e), f) y g) del artículo 121 – identificación del impugnante, el petitorio, las pruebas instrumentales pertinentes, la garantía por interposición del recurso y copia de la promesa de consorcio, cuando corresponda —, es subsanada por el apelante dentro del plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación del recurso de apelación. Este plazo es único y suspende todos los plazos del procedimiento de impugnación.

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, teniendo en cuenta que el procedimiento de selección se efectuó mediante una adjudicación simplificada, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer su recurso de apelación, el cual vencía el 22 de abril de 2024, considerando que la buena pro fue publicada en el SEACE el día 15 del mismo mes y año.

Al respecto, se aprecia que el Impugnante presentó el primer escrito de su recurso de apelación el 22 de abril de 2024, subsanándolo el día 24 del mismo mes y año,



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

es decir, dentro de los dos días hábiles posteriores; en ese sentido, se aprecia que cumplió con interponer su recurso dentro de los plazos descritos en los artículos 119 y 122 del Reglamento.

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

De la revisión del recurso de apelación, se verifica que este aparece suscrito por el señor Bryan Giovanni Espinoza Bautista, gerente general 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.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual pueda inferirse y determinarse 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 pueda inferirse y determinarse que el Impugnante se encuentre 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 artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación, a través del cual se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

En relación con ello, el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento establece 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.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

En el caso concreto, el comité de selección declaró no admitida la oferta del Impugnante. En ese sentido, el referido postor cuenta con interés para cuestionar la no admisión de su oferta, supeditándose su pretensión referida a que se le otorgue la buena pro a que este revierta su condición de no admitido en el procedimiento de selección.

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

En el caso concreto, el comité de selección declaró no admitida la oferta del Impugnante.

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

El impugnante solicitó como pretensiones que se determine que su oferta cumple con acreditar adecuadamente la documentación para su admisión, considerarla admitida, se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario, se asigne a su empresa un orden de prelación por delante de este último, se determine que su oferta cumple con acreditar adecuadamente el Anexo N.º 10, con respecto al cumplimiento del requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad” y considerarla calificada, por último, pide que se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

Por tanto, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que estos se encuentran orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

3. 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 lo que corresponde efectuar el análisis de los asuntos de fondo propuestos.

B. PRETENSIONES:

De la revisión del recurso de apelación se advierte que el Impugnante solicitó a este Tribunal lo siguiente:

- Se determine que su oferta cumple con acreditar adecuadamente la documentación para su admisión.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

- Se declare admitida su oferta.
- Se le asigne un orden de prelación preferente al del Consorcio Adjudicatario.
- Se determine que su oferta cumple con acreditar adecuadamente el Anexo N.º 10, con respecto al cumplimiento del requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad” y considerarla calificada.
- Se revoque la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario.
- Se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

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

Asimismo, de acuerdo con el literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, los postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados deben absolver el traslado del recurso de apelación dentro del plazo de tres (3) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de haber sido notificados con el respectivo recurso.

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.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

En ese contexto, se tiene que el decreto de admisión del recurso fue publicado de manera electrónica por el Tribunal en el SEACE el 30 de abril de 2024, por lo cual la absolución del traslado del recurso de apelación podía hacerse hasta el día 6 de mayo del mismo año³.

No obstante, ni el Consorcio Adjudicatario ni otro postor se ha apersonado al presente procedimiento; por lo cual, para la formulación de los puntos controvertidos, solo se tomará en cuenta lo expuesto por el Impugnante en su recurso de apelación.

5. En atención a ello, los puntos controvertidos a esclarecer son los siguientes:

- Determinar si corresponde revocar la decisión del comité de selección de declarar no admitida la oferta del Impugnante y tenerla por admitida.
- Determinar si corresponde declarar que el Impugnante acreditó debidamente el requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad”, si debe considerarse su oferta como calificada y si, como consecuencia de ello, debe revocarse la buena pro otorgada al Consorcio Adjudicatario.
- Determinar si el Consorcio Adjudicatario acredita o no estar conformado por empresas promocionales de personas con discapacidad.
- Determinar si corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección al Impugnante.

CUESTIÓN PREVIA: Sobre el traslado de un posible vicio de nulidad efectuado mediante decreto del 15 de mayo de 2024.

6. Según se ha descrito en los antecedentes, durante el trámite del presente recurso de apelación, la Entidad comunicó a través de su Informe N.º 317-2024-MDSA/GAJ, que, por un error involuntario, no pudo publicar los Anexos N.º 01 y N.º 03 del informe de gestión de riesgos en el SEACE, que forma parte del expediente técnico de obra, lo cual, según sostiene, es contrario a lo dispuesto en la Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD – Directiva de Gestión de Riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras, aprobado por la Resolución N.º 014-2017-OSCE/CD del 9 de mayo de 2017, así como a los principios de transparencia y

³ El día 1 de mayo de 2024, se conmemoró el Día del Trabajador, el cual es día feriado, según el Decreto Legislativo N.º 713; por lo cual, esta fecha no se computa dentro del plazo que el Consorcio Adjudicatario tenía para absolver el traslado del recurso de apelación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

publicidad, y que, por ende, ameritaría retrotraer el procedimiento hasta la etapa de absolución.

7. A raíz de ello, se corrió traslado de un posible vicio de nulidad a las partes y la Entidad a efectos de que emitan pronunciamiento al respecto.

Cabe mencionar que el posible vicio aludido constituye parte del expediente técnico que, en el caso de ejecución de obras, constituyen parte de las reglas del procedimiento de selección. En ese sentido, de existir alguna deficiencia, puede afectar el desarrollo de la contratación.

8. Atendiendo a ello, de manera previa al análisis de fondo, y teniendo en cuenta la existencia de un posible vicio de nulidad, se advierte la necesidad, en virtud de 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 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.
9. En relación con el documento mencionado, cabe traer a colación el numeral 6.1 de la Directiva N.° 012-2017-OSCE/CD – Directiva de Gestión de Riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras, aprobada por la Resolución N.° 014-2017-OSCE/CD del 9 de mayo de 2017, que establece que, al elaborar el expediente técnico, la Entidad debe incluir un enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución de la obra, teniendo en cuenta las características particulares de la obra y las condiciones del lugar de su ejecución. Para tal efecto, se deben usar los formatos incluidos como Anexos N.° 1 y N.° 3 de la Directiva, los cuales contienen la información mínima que puede ser enriquecida por las entidades según la complejidad de la obra.

Al respecto, el Anexo N.° 1 tiene el siguiente tenor:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

Figura 1.

Anexo N.° 1 – Formato para identificar, analizar y dar respuestas a riesgos

Anexo N° 01						
Formato para identificar, analizar y dar respuesta a riesgos						
1	NÚMERO Y FECHA DEL DOCUMENTO	Número				
		Fecha				
2	DATOS GENERALES DEL PROYECTO	Nombre del Proyecto				
		Ubicación Geográfica				
3	IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS					
	3.1	CÓDIGO DE RIESGO				
	3.2	DESCRIPCIÓN DEL RIESGO				
	3.3	CAUSA(S) GENERADORA(S)		Causa N° 1		
Causa N° 2						
Causa N° 3						
4	ANÁLISIS CUALITATIVO DE RIESGOS					
	4.1 PROBABILIDAD DE OCURRENCIA			4.2 IMPACTO EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA		
	Muy baja	0.10		Muy bajo	0.05	
	Baja	0.30		Bajo	0.10	
	Moderada	0.50		Moderado	0.20	
	Alta	0.70		Alto	0.40	
	Muy alta	0.90		Muy alto	0.80	
4.3	PRIORIZACIÓN DEL RIESGO					
	Puntuación del Riesgo =Probabilidad x Impacto		0.000	Prioridad del Riesgo		
5	RESPUESTA A LOS RIESGOS					
	5.1	ESTRATEGIA	Mitigar Riesgo		Evitar Riesgo	
			Aceptar Riesgo		Transferir Riesgo	
5.2	DISPARADOR DE RIESGO					
5.3	ACCIONES PARA DAR RESPUESTA AL RIESGO					

Nota: Información publicada en la página web del portal del Estado peruano

Según las instrucciones previstas en el documento Excel con el que se publicó el Anexo N.° 01, en este formato debe describirse el riesgo considerando un grado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

10. Por otro lado, el Anexo N.º 1 de Definiciones del Reglamento establece que el expediente técnico de obra como al conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

Por otro lado, el numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento indica que las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que se ejecuta, incluyendo obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación, en obras y consultorías de obras.

Asimismo, el numeral 29.2 de dicho artículo prevé que, para la contratación de obras, la planificación incluye la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución, así como las acciones y planes de intervención para reducirlos o mitigarlos, conforme a los formatos que apruebe el OSCE. El análisis de riesgos implica clasificarlos por niveles en función a: i) su probabilidad de ocurrencia y ii) su impacto en la ejecución de la obra.

11. Por su parte, el numeral 1.11 “Acceso virtual al expediente técnico de la obra” del capítulo I “Generalidades” de la sección específica de las bases estándar de adjudicación simplificada para la contratación de ejecución de obras, aprobadas por la Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD, establece que el expediente técnico de la obra en versión digital se encuentra publicado en el SEACE, obligatoriamente, desde la fecha de la convocatoria del procedimiento de selección.

Cabe mencionar que dicha exigencia tiene como la finalidad brindar información a los postores sobre el requerimiento de la Entidad para la ejecución de la obra, siendo necesario que estos proporcionen información suficiente, coherente y técnicamente correcta que permita formular adecuadamente las ofertas y ejecutar la obra en las condiciones requeridas por la Entidad; siendo indispensable considerar, en el expediente técnico de obra, un enfoque integral de gestión de riesgos previsibles que puedan ocurrir durante la ejecución de la obra (teniendo en cuenta las características particulares de la obra y las condiciones del lugar de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

su ejecución), así como las acciones y planes de intervención para reducirlos o mitigarlos.

Además de ello, de acuerdo a la directiva en mención el comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, debe incluir en la proforma del contrato las cláusulas que identifiquen y asignen los mencionados riesgos y la determinación de la parte del contrato que debe asumirlos durante la ejecución contractual.

Asimismo, no debe dejarse de advertir que, una vez suscrito el contrato, el expediente técnico pasa a formar parte del mismo, de tal manera que, si en el SEACE aparece publicado un expediente incompleto o con omisiones o defectos, el contrato se verá afectado con esa falta de transparencia que puede tener consecuencias nocivas durante su ejecución.

- 12.** Efectuadas dichas precisiones normativas, de la información registrada en la Ficha SEACE del procedimiento de selección, se advierte la siguiente información:
 - De la lectura de la ficha electrónica SEACE se aprecia el registro del expediente técnico de obra, aprobado mediante Resolución de Gerencia Municipal N.º 201-202-GM/MDSA del 28 de diciembre de 2023.
 - Cabe mencionar que, si bien se incluyó el documento “Estudio de gestión de riesgos”, este no ha utilizado los Anexos N.º 1 y N.º 3 exigidos en la directiva antes aludida.
- 13.** Cabe mencionar que, al absolver el traslado del posible vicio de nulidad, la Entidad remitió el Informe N.º 0539-2024-JLHT-GDT/MDSA, en el que indicó que los Anexos N.º 1 y N.º 3 del estudio de gestión de riesgos forman parte del expediente técnico de obra físico; no obstante, advierte que, por un error involuntario, dichos documentos no se registraron en el SEACE, omisión que considera importante para una correcta ejecución contractual.
- 14.** Por otro lado, el Impugnante indica que el documento denominado Estudio de Gestión de Riesgos contiene toda la información necesaria en cuanto al enfoque integral de gestión de los riesgos previsible de ocurrir durante la ejecución de la obra, además el análisis de riesgos, su probabilidad de ocurrencia y su impacto en la ejecución de la obra.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

Asimismo, expresa que en los folios 50 al folio 59 de las bases integradas, se encuentra la proforma de contrato, cuya cláusula decimotercera contiene el Anexo N.º 03 – Formato para asignar los riesgos.

Por dicha razón, opina que sí se ha publicado la información correspondiente a la gestión de riesgos en concordancia con la Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD, por lo que no procedería declarar la nulidad del procedimiento de selección.

15. Sobre el particular, si bien se aprecia que la proforma del contrato, que forma parte de las bases integradas, contiene el Anexo N.º 3, no se aprecia lo mismo con respecto al Anexo N.º 1, que detalla información diferente, como la causa generadora del riesgo, la puntuación del riesgo, las respuestas posibles, entre otros.

Además, debe tenerse en cuenta que era obligatorio que la Entidad utilice el referido formato, conforme lo exige la Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD y el numeral 29.2 del artículo 29 del Reglamento.

Adicionalmente, la omisión de dicho documento como parte del expediente técnico publicado en el SEACE es contrario al principio de transparencia, contenido en el literal c) del artículo 2 de la Ley, que exige que las Entidades proporcionen 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.

16. Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 44 de La Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declara nulos los actos emitidos si advierte que los mismos han sido expedidos por un 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. 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 procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

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 procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.

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.

Ello obedece a que, en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran 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.

En esa línea, los vicios incurridos resultan trascendentes, toda vez que vulneran lo previsto en la Ley, el Reglamento, las Directivas, así como, el principio de transparencia. En tal sentido, el acto viciado no resulta ser materia de conservación, al contravenir la normativa en contratación pública, respecto a las condiciones y características de la prestación, lo que podría afectar el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades de la Entidad.

17. En consecuencia, este Colegiado concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, concordante con lo dispuesto en el literal e) del artículo 128 del Reglamento, **corresponde declarar de oficio la nulidad del procedimiento de selección, debiendo retrotraerse el mismo a la etapa de convocatoria, previa reformulación del expediente técnico de obra y las bases administrativas**, a efectos que se corrija el vicio detectado, careciendo de objeto el análisis de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento.
18. Asimismo, toda vez que se ha dispuesto retrotraer el procedimiento de selección hasta la etapa de convocatoria, no es posible emitir pronunciamiento sobre el fondo de los puntos controvertidos.

La nulidad declarada, evidentemente, deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

19. En mérito de lo expuesto, este Colegiado considera que debe ponerse la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, a efectos de que se imparta las directrices necesarias para ello, y así asegurar que, en lo sucesivo, se actúe de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar irregularidades y/o circunstancias que originen confusión en los postores o futuras nulidades que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado.
20. Por último, en atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y teniendo en cuenta que este Tribunal declarará la nulidad de oficio del procedimiento de selección sin pronunciamiento sobre el petitorio del Impugnante, corresponde **disponer la devolución de la garantía** otorgada por este, para la interposición de su recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del vocal ponente Héctor Marín Inga Huamán y la intervención de los vocales Jorge Luis Herrera Guerra y Paola Saavedra Alburqueque, atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021, 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 de oficio la nulidad** de la Adjudicación Simplificada N.º 1-2024-MDSA-1-primera convocatoria, **retrotrayéndose el mismo a la etapa de convocatoria, previa reformulación del expediente técnico de obra y las bases administrativas**, conforme a la fundamentación.
2. Devolver la garantía presentada por el postor Femsycon S.A.C., para la interposición de su recurso de apelación.
3. Comunicar la presente resolución al Titular de la Entidad, conforme a lo señalado en el fundamento 19.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 **OSCE**

Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 2026-2024-TCE-S3

4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JORGE LUIS HERRERA GUERRA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

HÉCTOR MARÍN INGA HUAMÁN
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE