



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

Sumilla: *“La nulidad constituye una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita que permita sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones”.*

Lima, 5 de enero de 2024.

VISTO en sesión del 5 de enero de 2024, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N.º 11214/2023.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Pueblo Nuevo, conformado por las empresas J A R Ingenieros Constructores S.A.C. y Constructora Contrafuerte S.A.C., contra el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 26-2023-SEMAPACH S.A. – Primera convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. De acuerdo a la información registrada en el SEACE, el 2 de noviembre de 2023, el Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Chincha S.A., en adelante **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 26-2023-SEMAPACH S.A. – Primera convocatoria, para la ejecución de la obra *“Adquisición de micromedidores, en el (la) EPS Semapach S.A. para mejorar la gestión comercial distrito de Pueblo Nuevo y distrito Chincha Alta, provincia Chincha, departamento Ica, con CUI N° 2599102”*, con un valor referencial total de S/ 1 986 484.96 (un millón novecientos ochenta y seis mil cuatrocientos ochenta y cuatro con 96/100 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 15 de noviembre de 2023, se llevó a cabo la presentación de ofertas; asimismo, el 16 del mismo mes y año, se notificó a través del SEACE el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección, por sorteo electrónico al Consorcio Chincha Agua Segura, integrado por las empresas Cáceres & Pasco Font Constructores S.A.C. y MF Consultoría & Servicios Generales E.I.R.L., en adelante **el Consorcio Adjudicatario**, por el importe

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

de S/ 1 787 836.47 (un millón setecientos ochenta y siete mil ochocientos treinta y seis con 47/100 soles), obteniéndose los siguientes resultados¹:

POSTOR	ETAPAS				
	Admisión	Evaluación		Orden de prelación determinado por sorteo electrónico	Calificación y resultados
		Precio	Puntaje total obtenido		
Consortio Chincha Agua Segura	Admitido	S/ 1 787 836.47	105	1	Calificado (Adjudicatario)
Consortio Pueblo Nuevo	Admitido	S/ 1 787 836.47	105	2	Calificado

2. Mediante Escrito N° 1, presentado el 23 de noviembre de 2023 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, el postor Consortio Pueblo Nuevo, conformado por los proveedores J A & R Ingenieros Constructores S.A.C. y Constructora Contrafuerte S.A.C., en adelante **el Consortio Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección a favor del Consortio Adjudicatario, solicitando como:

- Pretensión principal, se declare fundado su recurso de apelación y en consecuencia se declare no admitida la oferta del Consortio Adjudicatario y se otorgue la buena pro a su favor.
- Primera pretensión accesoria, se declare fundado su recurso de apelación y en consecuencia se evalúe nuevamente las ofertas económicas otorgando el mayor puntaje y la buena pro a su representada y asignando el segundo lugar en el orden de prelación al Consortio Adjudicatario.
- Segunda pretensión accesoria, se declare fundado su recurso de apelación y en consecuencia se descalifique la oferta del Consortio Adjudicatario y se adjudique la buena pro a su favor.

Sustenta su recurso en los siguientes fundamentos:

Cuestionamientos a la oferta del Consortio Adjudicatario

¹ Información extraída del "Acta de admisión, calificación y otorgamiento de buena pro" de fecha 16 de noviembre de 2023 y reporte de desempate.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

Sobre su pretensión principal – promesa de consorcio no cumple lo establecido en la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD y el artículo 17 del Reglamento

- Sostiene que el 16 de noviembre de 2023, el comité de selección otorgó la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Adjudicatario, pese a que su promesa de consorcio (Anexo N° 5), no cumple el contenido mínimo establecido en la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado”, debido a que sólo uno de los integrantes del Consorcio se comprometió a ejecutar actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación (ejecución de la obra).
- Señala que el numeral 1) del inciso 7.4.2 de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD, indica que la promesa de consorcio debe ser suscrita por cada uno de sus integrantes o de sus representantes legales, debiendo contener necesariamente, entre otros, que *“d) Las obligaciones que correspondan a cada uno de los integrantes del consorcio. En el caso de (...) ejecución de obras, todos los integrantes del consorcio deben comprometerse a ejecutar actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación, debiendo cada integrante precisar dichas obligaciones”*.
- Indica que, de la revisión efectuada a las bases integradas, se advierte que el objeto del procedimiento de selección es la ejecución de la obra *“Adquisición de micromedidores, en el (la) EPS Semapach S.A. para mejorar la gestión comercial distrito de Pueblo Nuevo y distrito Chincha Alta, provincia Chincha, departamento Ica, con CUI N° 2599102”*.

Al respecto, refiere que el Reglamento, define a las obras como: construcción, reconstrucción, rehabilitación, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren expediente técnico, dirección técnica, mano de obra, materiales y/o equipos.

- En ese sentido, indica que en la promesa de consorcio del Consorcio Adjudicatario (Anexo N° 5), el consorciado MF Consultoría & Servicios Generales E.I.R.L., no se compromete a ejecutar ninguna actividad relacionada con la ejecución de la obra, pero sí su consorciado Cáceres & Pasco – Font Constructores S.A.C., quien no tiene experiencia en la ejecución

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

de obras similares y tampoco capacidad máxima de contratación, para ejecutar toda la obra, toda vez que la oferta del Consorcio Adjudicatario asciende a S/ 1 787 836.47, y la capacidad máxima de contratación del referido consorciado es de S/ 200 000.00.

En ese contexto, señala que, no resulta procedente que únicamente el consorciado Cáceres & Pasco – Font Constructores S.A.C., se comprometa a ejecutar la obra, debido a que no cuenta con capacidad máxima de contratación y tampoco con experiencia en la ejecución de obras similares.

- Alega que, de lo expuesto se advierte que la promesa de consorcio del Consorcio Adjudicatario, contraviene lo indicado en el literal d) del numeral 1) inciso 7.4.2 de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD y el numeral 17.1 del artículo 17 del Reglamento.

Sobre su primera pretensión accesoria – precio de la oferta asciende a S/ 1 787 836.48 y no S/ 1 787 836.47

- Sostiene que, conforme lo indicado en las bases integradas, el procedimiento de selección se rige por el sistema de contratación de precios unitarios.

Al respecto, refiere que el numeral 60.4 del artículo 60 del Reglamento indica que *“En los sistemas de contratación a precios unitarios o tarifas, cuando se advierta errores aritméticos, corresponde su corrección al órgano a cargo del procedimiento, debiendo constar dicha rectificación en el acta respectiva; en este último caso, dicha corrección no implica la variación de los precios unitarios ofertados”*.

- En ese sentido, señala que, de la revisión efectuada a la oferta del Consorcio Adjudicatario se advierte que la misma en los folios 20 al 22 contiene el precio de su oferta que asciende a la suma de S/ 1 787 836.47.

Al respecto, indica que, si se efectúa las operaciones aritméticas a los precios de la oferta del Consorcio Adjudicatario, se advierte un error aritmético en la suma del costo directo (A), los gastos generales (B), la utilidad (C) y el IGV, pues dichos conceptos suman S/ 1 787 836.48 y no S/ 1 787 836.47 como lo indica el Consorcio Adjudicatario en el precio de su oferta.

- En ese contexto, sostiene que, considerando que existen errores aritméticos en la oferta del Consorcio Adjudicatario, en aplicación de lo establecido en el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

numeral 60.4, del artículo 60 del Reglamento, el comité de selección debió efectuar las correcciones correspondientes y dejar constancia en el acta que el monto de la oferta del Consorcio Adjudicatario es de S/ 1 787 836.48.

Sobre su segunda pretensión accesoria – consorciado que aportó la totalidad de la experiencia del puesto en la especialidad no se compromete a la ejecución de la obra

- Alega que, el numeral 1) del inciso 7.5.2), de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD, indica que la acreditación de la experiencia del postor, se realiza en base a la documentación aportada por el o los integrantes del consorcio que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente las obligaciones vinculadas directamente al objeto materia de la contratación, de acuerdo con lo declarado en la promesa de consorcio, conforme al numeral 49.5 del artículo 49 del Reglamento.
- Señala que, de la revisión efectuada a la oferta del Consorcio Adjudicatario se advierte que toda la experiencia del postor para acreditar el requisito de calificación establecido en las bases integradas es aportada por el consorciado Mf Consultoría & Servicios Generales E.I.R.L.

Asimismo, de la revisión efectuada a la promesa del Consorcio Adjudicatario (Anexo N° 5), se advierte que el consorciado Mf Consultoría & Servicios Generales E.I.R.L, no se comprometió a ejecutar ninguna actividad relacionada con la ejecución de la obra como, como si se describe en los compromisos que asume el consorciado Cáceres & Pasco-Font Constructores S.A.C.

- En ese sentido, dado que el consorciado Mf Consultoría & Servicios Generales E.I.R.L, no se comprometió a ejecutar ninguna actividad vinculada al objeto de la contratación, considera que la experiencia aportada no debe tenerse en cuenta para acreditar la experiencia del postor en la especialidad, motivo por el cual la experiencia del Consorcio Adjudicatario ascendería a S/ 0.00 y por ende debe ser descalificada.
3. Con decreto del 27 de noviembre de 2023, debidamente notificado en el SEACE el 28 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 expresamente la posición de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

la Entidad respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, en el plazo de tres (3) días hábiles.

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 efectivo en cuenta corriente, expedido por el Banco de la Nación, para su verificación.

4. Mediante escrito s/n presentado el 4 de diciembre de 2023, el Consorcio Adjudicatario se apersonó y presentó su absolución al recurso de apelación, señalando principalmente lo siguiente:

Sobre los cuestionamientos a su oferta [Consortio Adjudicatario]

Sobre la pretensión principal del recurso de apelación

- Sostiene que, el literal d) del contenido mínimo de la promesa de consorcio, señalada en la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD, establece de forma expresa que todos los integrantes del consorcio se comprometan a ejecutar actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación, debiendo detallar o precisar esas obligaciones.

Al respecto indica que, de una interpretación literal de dicha disposición, esta no señala que la obligación debe ser netamente de mano de obra, compra de material, suministro de material entre otros, sino de actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación. En esa línea, anota que una actividad u obligación que es vinculada al objeto del procedimiento de selección, es la obligación de presentar garantías, así como la experiencia en la ejecución de obra, y obligaciones y actividades técnicas, planificación, elaboración de cronogramas u otros.

- En ese sentido, sostiene que habiéndose acreditado que la norma no señala de forma expresa que se coloque en la promesa de consorcio actividades constructivas, de compras de materiales, sino que puede colocar cualquier obligación que tenga relación o vinculación con el proyecto, su representada ha cumplido en ese extremo.

Sobre la primera pretensión accesoria del recurso de apelación – cuestionamientos a la oferta del Consortio Impugnante

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

- Respecto a lo solicitado por el Consorcio Impugnante que se ordene una nueva evaluación de las ofertas presentadas, alega que, dicho pedido no es amparable, dado que el comité de selección también deberá analizar la oferta presentada por el Consorcio Impugnante y advertir que contiene errores y deficiencias que ocasionarían declarar su no admisión, dado que ha presentado contratos para acreditar su experiencia que no corresponden a ejecución de obra, sino por servicios ejecutados y suministro de bienes.
- Señala que, el Consorcio Impugnante, trata de acreditar, una experiencia (Anexo N° 10) en obras similares hasta por la suma de S/ 3 665 043.64, con la presentación de cuatro (4) contratos y actas de conformidad de estas obras; sin embargo, el segundo contrato contiene un monto inferior al que viene presentando en el cuadro de sumatoria de experiencia, hecho que demuestra que el porcentaje que señala en su recurso no sea real y cierto.

Al respecto, refiere que, las bases del procedimiento de selección, para calificar la experiencia del postor, estableció que el postor debía acreditar contar con un monto acumulado en total, equivalente al valor referencial de la contratación.

Asimismo, señala que, en la página 13 de las bases, se ha contemplado que el valor referencial de esta contratación asciende a la suma S/ 1 986 484.96, estableciéndose como límite para las ofertas que se presenten, que estas no pueden ser inferiores a la suma S/ 1 787 836.47 Soles, ni superiores a la suma de S/ 2 185 133.46.

En tal sentido, señala que, corroborando el monto señalado en los cuadros de sumatoria de experiencia presentada por el Consorcio Impugnante se observa que referente al segundo contrato, ha colocado un monto mayor del que realmente corresponde a dichos trabajos, en el sentido que ha venido sumando a su experiencia el importe de S/ 362 584.45, cuando en realidad el monto del contrato y de acuerdo a lo ejecutado en ese proyecto corresponde al monto de S/ 352 584.45, habiendo sumado a su experiencia de forma indebida la suma de S/ 10 000.00, con la finalidad de poder alcanzar el monto del valor referencial.

- De otro lado, señala que, el tercer contrato presentado por el Consorcio Impugnante se trata de “una prestación de un servicio” y no sobre la ejecución de una obra, queriendo que se le reconozca indebidamente una

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

experiencia en ejecución de obras con la ejecución de un servicio, hecho que no puede validarse o aceptarse, dado que se tratan de prestaciones y contratos que tienen una naturaleza diferente.

- Por otro lado, refiere que el cuarto contrato que ha presentado el Consorcio impugnante, no se refiere a una prestación de ejecución de una obra, sino se trata del suministro de bienes (medidores de agua potable), experiencia que no puede ser considerada para sumarla a una experiencia en ejecución de obra en el presente proceso de selección.
- Respecto a la experiencia presentada, señala que su experiencia sí se trata de ejecución de obra, y han alcanzado al monto del valor referencial conforme lo exige las bases del procedimiento de selección, encontrándose dentro de los límites y supuestos de la norma, siendo válida y legal su experiencia, y que de presentarse algún tipo de error numérico en un céntimo por causa de los redondeos, estos pueden ser corregidos o subsanados dado que así lo señala el numeral 60.4 del artículo 60 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- De otra parte, señala que el Consorcio Impugnante no ha cumplido con adjuntar documentos de presentación obligatoria, que son los certificados de aprobación del modelo de los medidores de agua ofertados.

Dicho documento, no solo es un requisito contractual señalado para el procedimiento de selección, sino que es obligatorio por causa de un mandato legal y técnico, dado que esta obligación se encuentra vigente en la normativa peruana contenida en la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2012/SNM-INDECOPI; así como, en la “Guía para la identificación y estandarización de especificaciones técnicas de los medidores de agua potable a instalarse en las conexiones domiciliarias”, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 065-2017-VIVIENDA, en el numeral 6.1. sobre el certificado de aprobación de modelo, que indica que los medidores de agua adquiridos por los prestadores de servicios de saneamiento deben contar con el certificado de aprobación de modelo de acuerdo con la norma metroológica peruana vigente.

Indica que, su representada en la etapa de consulta y observaciones, formuló la observación N° 14, para que se solicite adjuntar en la oferta, los certificados de aprobación de los medidores, conforme a los dispositivos legales que en párrafos anteriores hemos citado. Por su parte la Entidad, en

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

la etapa de absolución de observaciones y consultas, aclaró que es un requisito o exigencia obligatoria que todos los postores presenten el certificado de aprobación del modelo.

Sobre la segunda pretensión del recurso de apelación

- Reitera sus argumentos alegados respecto a la pretensión principal del recurso de apelación.

Sobre los vicios y errores en el procedimiento de selección

- Sostiene que, la Entidad ha incurrido en una infracción de principios de la contratación pública que son de observación obligatoria, como también ha venido infringiendo el procedimiento de integración de bases, perjudicando algunos postores y beneficiándose de forma indebida al impugnante de este proceso de selección, incurriendo en un vicio insubsanable de nulidad.
- Toda vez que, al inicio de la convocatoria del procedimiento de selección, en las bases se había señalado como requisito y exigencia para acreditar, y calificar la experiencia del postor, lo siguiente:

(...)

Se considerará obra similar a: Obras de construcción, creación, recuperación, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción, reubicación y/o rehabilitación o la combinación de alguno de los términos anteriores de sistema de agua potable y saneamiento con conexiones domiciliarias, servicio de agua potable y saneamiento u obras de saneamiento que contenga como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. Conexiones domiciliarias)".

- Señala que, se observa del pliego de absolución de consultas y observaciones, ninguno de los postores y participantes, han realizado observaciones o consultas en el extremo referente al procedimiento de calificación de la experiencia del postor, ni para solicitar se consideren servicios para acreditar experiencia en obras, existiendo solo dos consultas las numero 30 y 31 pero que no fueron acogidas por la misma Entidad.

Sin embargo, de forma irregular y extraña al momento de la integración de las bases, se añadió un párrafo que habilitaba que cualquiera de las empresas que se encontraban inscritas pudieran acreditar su experiencia en obras, presentando contratos de servicios de instalación de medidores de agua, lo que dio lugar a un aprovechamiento indebido por parte del Consorcio

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

Impugnante, siendo que sin el reconocimiento de estos servicios como experiencia en obras, no contaría con experiencia suficiente para la ejecución de la obra.

- Conforme a ello, solicita en caso de no ampararse su absolución, se declare la nulidad del procedimiento de selección, y se retrotraiga hasta la etapa de la integración de las bases, a fin de sanear toda esa irregularidad que se ha advertido.
5. El 4 de diciembre de 2023, la Entidad registró en el SEACE el Informe Técnico Legal N° 001-2023-EPS. SEMAPACH S.A. – ALE/EICP, en el cual señaló principalmente lo siguiente:

- Verificada la documentación de la oferta presentada por el Consorcio Adjudicatario, se advirtió en la promesa de consorcio (Anexo N° 5), que el consorciado Mf Consultoria & Servicios Generales E.I.R.L. con porcentaje de participación del 10%, ofrece la ejecución de la obra al 100%, y de la verificación del Registro Nacional de Proveedores aparece con Capacidad Máxima de Contratación de S/200 000.00, en relación a la oferta presentada por la suma de S/ 1 787 836.47 para la ejecución de la obra.

Al respecto, indica que lo anterior, colisionaría con el numeral 20.1 del Art. 20 del Reglamento que establece *“La constancia de capacidad libre de contratación es el documento expedido por el OSCE que certifica el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación, hasta por el cual puede contratar un ejecutor de obras, acreditando con ello que el ejecutor de obras cuenta con capacidad suficiente para perfeccionar el contrato”*; que si bien dicha constancia sería tramitada y expedida para la formalización del contrato, se advierte desde ahora el riesgo que implica no contar con dicha capacidad.

- Respecto al orden de prelación de postores, precisa que efectivamente y de conformidad con lo expuesto por el Consorcio Impugnante, por efecto de corrección aritmética de la oferta económica del Consorcio Adjudicatario por la suma de S/ 1 787 836.47 soles, respecto de redondeo del IGV, la suma resultante es de S/ 1 787 836.48 soles; por lo que, le corresponde al Consorcio Adjudicatario el segundo lugar en el orden de prelación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

- Respecto del vicio incurrido en el desarrollo del procedimiento de selección con motivo de acogimiento de observaciones, que generó la integración de bases que colisionan con la especialidad de la obra; y que genera la nulidad del procedimiento de selección.

Señala que, se procedió con la revisión de todo lo actuado, desde la publicación de la convocatoria, bases administrativas, formulación de consultas y observaciones, e integración de bases administrativas, verificándose la incursión en vicio que acarrea la nulidad del procedimiento de selección por haberse “ampliado” en el rubro de “experiencia del postor en la especialidad” referente a la ejecución de obra, con experiencia en la ejecución de “servicios” por efecto de acogimiento por el comité de selección de la observación N° 09, sobre la base de lo cual la oferta de los postores ha sido calificada inválidamente por haber presentado contratos de servicios, y no de obra, lo que conlleva indefectiblemente la nulidad del procedimiento de selección.

6. Por decreto del 6 de diciembre de 2023, se tuvo por apersonado al presente procedimiento al Consorcio Adjudicatario en calidad de tercero administrado, y por absuelto el traslado de recurso impugnativo.
7. Mediante decreto del 6 de diciembre de 2023, se remitió 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; al respecto, el expediente se recibió en Sala el día 12 del mismo mes y año.
8. A través del Escrito N° 2, presentado ante el Tribunal el 12 de diciembre de 2023, el Consorcio Impugnante, presenta argumentos contra la absolución del recurso, señalando lo siguiente:
 - Respecto a lo indicado por el Consorcio Adjudicatario que como actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación, en su promesa consignó la obligaciones de presentar garantías y la experiencia en la ejecución de obras, señala que, estas obligaciones por ningún motivo constituyen obligaciones directamente vinculadas al objeto de la contratación, ya que el objeto de la contratación es la ejecución de la obra.

En ese sentido, la obligación de asumir responsabilidad por las garantías, no constituye una actividad directamente vinculada al objeto de la contratación, por ser una obligación que excepcionalmente de ejecuta de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

manera posterior a la ejecución de la obra; asimismo, la experiencia del postor en la especialidad no constituye una actividad directamente vinculada al objeto de la contratación, pues la documentación aportada sirve únicamente para demostrar que un determinado postor cuenta con experiencia en la ejecución de obras iguales o similares durante la calificación de ofertas sin influencia alguna durante la ejecución del contrato.

- Respecto al cuestionamiento del contrato N° 2, descrito en el Anexo N° 10, señala que, de conformidad con lo establecido en las bases del procedimiento de selección, la experiencia del postor se mide sobre la base del monto total ejecutado y no del monto contratado, motivo por el cual según lo indicado en la constancia de prestación de ejecución de obra (folio 83 y 84) el monto de su experiencia aportado por en contrato N° 2, es de S/ 362 560.07, quedando acreditado que no se ha adicionado la suma de S/ 10 000.00.
 - En relación al cuestionamiento de los contratos N° 3 y N° 4, descritos en el Anexo N° 10, presentados para acreditar la experiencia del postor, señala que, la experiencia acreditada por su representada a través de los referidos contratos se encuentra conforme a lo establecido en las bases integradas.
 - En relación a que su representa no cumplió con presentar los certificados de aprobación del modelo de los medidores de agua ofertados, señala que, las bases integradas no establecieron la obligación de presentar dichos certificados.
 - Sobre el posible vicio de nulidad, refiere que, la Ley y el Reglamento establecen que la experiencia del postor se acredita en la ejecución de prestaciones iguales o similares al objeto de la Contratación; en ese sentido, considerando que la presente contratación corresponde netamente a adquisición e instalación de medidores, correspondería validar la experiencia de todas aquellas prestaciones iguales, es decir todas las prestaciones que tuvieron como objeto la adquisición e instalación de medidores y como prestaciones similares a las demás definidas como similares en las bases primigenias.
9. Con decreto del 13 de diciembre de 2023, se dejó a consideración de la Sala lo argumentado por el Consorcio Impugnante, en su Escrito N° 2.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

10. Por medio del decreto del 14 de diciembre de 2023, se programó audiencia pública para el 21 de setiembre del mismo año, la misma que se llevó a cabo con la presencia de los representantes del Consorcio Adjudicatario, Consorcio Impugnante y Entidad.
11. Mediante decreto del 21 de diciembre de 2023, se corrió traslado a la Entidad, al Impugnante y al Consorcio Adjudicatario, de un posible vicio de nulidad en la integración de las bases, al haberse consignado como obra similar y obras de saneamiento, respectivamente, la ejecución de servicios de instalación de medidores, suministro e instalación de medidores y/o adecuación de conexiones domiciliarias, no obstante, de tratarse el presente procedimiento de selección de la contratación de una obra; asimismo, otro vicio de nulidad, en las bases de la convocatoria, al consignarse como exigencia la acreditación de un componente específico, lo cual ha sido replicado en las bases integradas.
12. A través del Escrito N° 3, presentado ante Mesa de Partes Digital del Tribunal el 28 de diciembre de 2023, el Consorcio Impugnante, absolvió el traslado de nulidad, señalando principalmente lo siguiente:
 - No corresponde declarar la nulidad del procedimiento de selección, debido a que, la Ley y el Reglamento establecen que la experiencia del postor de acredita en la ejecución de prestaciones iguales o similares al objeto de contratación.

En ese sentido, considerando que en la presente contratación la prestación de mayor incidencia corresponde a la adquisición e instalación de medidores, corresponde validar la experiencia de todas aquellas prestaciones iguales, es decir todas las prestaciones que tuvieron como objeto la adquisición e instalación de medidores y como prestaciones similares a las demás definidas como similares en las bases primigenias.

- Indica que, sin perjuicio, de lo antes referido, se advierte que durante la absolución de consultas y observaciones un participante, cuestionó en los requisitos del residente de obra, la experiencia de 24 meses en la ejecución, inspección o supervisión de obras de saneamiento, y considerando que el objeto de la contratación es la adquisición de micromedidores e instalación, los cuales son usualmente convocado como servicios, solicitó que la experiencia se considere en obras y/o servicios de saneamiento, instalación de medidores, adecuación de conexiones

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

domiciliarias, suministro y/o instalación de micro y macro medidores, por ser estas afines al objeto de la contratación.

Refiere que esta observación fue acogida por el comité de selección, y a fin de no mantener dos definiciones de prestación similares, en las bases integradas el comité de selección precisó también se considera prestaciones similares a la ejecución de servicios de instalación de medidores, suministro e instalación de medidores y/o adecuación de conexiones domiciliarias que incluya la instalación de medidores.

Por lo que, la incorporación del referido párrafo, en la experiencia del postor en la especialidad, fue motivada con ocasión de la absolución a la observación N° 9, motivo por el cual, no corresponde declarar la nulidad del procedimiento de selección.

- De otro lado, señala que de la revisión al presupuesto de obra del procedimiento de selección, se advierte que el costos de los medidores y sus respectivos accesorios (bienes) representa la mayor incidencia porcentual (superior al 50% del valor referencial de la contratación), motivo por el cual para acreditar la experiencia del postor la Entidad también debe considerar como prestaciones iguales al objeto de la contratación a las contrataciones efectuadas como adquisición de bienes bajo la modalidad llave en mano, máxime si al revisar el SEACE se advierte que solo en el año 2023 se convocaron 74 procedimiento de selección para la adquisición de medidores de los cuales, sólo cuatro (4) fueron convocados como obra.
- En ese sentido, sostiene que a fin de no vulnerar el principio de libertad de concurrencia y el principio de competencia, al tratarse la presente contratación de una prestación donde la mayor incidencia porcentual la tienen los medidores y sus accesorios, corresponde se aplique el principio de eficacia y eficiencia establecido en el artículo 2 de la Ley, y en consecuencia de tenga por válida las prestaciones establecidas en las bases integradas del procedimiento de selección para acreditar la experiencia del postor en la especialidad.

13. El 3 de enero de 2024, mediante escrito s/n, presentado ante Mesa de Partes Digital del Tribunal, la Entidad absolvió el traslado de nulidad argumentando lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

- Considera que existe vicio de nulidad en el procedimiento de selección, por haberse ampliado en la experiencia del postor en la especialidad en el rubro de ejecución de obras, a la experiencia en “servicios”, por efecto del acogimiento por parte del comité de selección de una observación y por lo cual, la calificación de las ofertas ha sido inválida.
 - Considera que no existe vicio de nulidad en las bases del procedimiento de selección, en el extremo que se incorporó en obras similares, el componente “conexiones domiciliarias”, pues se trata de una obra de ejecución de saneamiento urbano tipo “A”, respecto a la cual, se tiene una ficha de homologación (pág. 77) aprobada mediante Resolución Ministerial N° 228-2019-VIVIENDA, en la que establece el componente “inc. conexiones domiciliarias”.
14. El 3 de enero de 2024, a través del escrito s/n presentado ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Consorcio Adjudicatario absolvió el traslado de nulidad, reiterando los argumentos presentados en la absolución del recurso de apelación en el extremo de vicios en el procedimiento de selección y agregando que correspondería que se declare la nulidad del procedimiento de selección y se retrotraiga a la integración de bases.
15. Con decreto del 3 de enero de 2024, se declaró el expediente listo para resolver.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el postor Consorcio Pueblo Nuevo, conformado por los proveedores J A & R Ingenieros Constructores S.A.C. y Constructora Contrafuerte S.A.C., contra el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 26-2023-SEMAPACH S.A. – Primera convocatoria.

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

2. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección y las que surjan en los procedimientos para implementar o 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

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

3. 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 recurso es procedente o, por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

- i. *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. También dispone 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 respecto a una adjudicación simplificada, cuyo valor estimado asciende al monto de S/ 1 986 484.96 (un millón novecientos ochenta y seis mil cuatrocientos ochenta y cuatro con 96/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

- ii. *Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.*

² El procedimiento de selección fue convocado el 2 de noviembre de 2023; por lo cual el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) aplicable al caso concreto es el que se aprobó para el año 2023, el cual asciende a S/ 4950.00, según lo determinado en el Decreto Supremo N° 309-2022-EF. En dicho caso, cincuenta (50) UIT's equivalen a S/ 247 500.00.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

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

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro; y, en consecuencia, solicita como pretensión principal se declare no admitida la oferta del Consorcio Adjudicatario y se le otorgue la buena, como primera pretensión accesoria se vuelva a evaluar las ofertas económicas otorgando el mayor puntaje y la buena pro a su favor y asignando el segundo lugar en el orden de prelación al Consorcio Adjudicatario, y como segunda pretensión accesoria se descalifique la oferta del Consorcio Adjudicatario y se le adjudique la buena pro; por consiguiente, se advierte que los actos objeto del recurso no se encuentran comprendidos en la relación de actos inimpugnables.

iii. 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 d) del artículo 122 del Reglamento, cuando se advierte que el recurso de apelación no contiene alguno de los requisitos de admisibilidad y que esta omisión no fue advertida en el momento de la presentación del recurso, la presidencia del Tribunal concede un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de las observaciones para la subsanación respectiva.

Por otro lado, el artículo 76 del Reglamento establece que, definida la oferta ganadora, el comité de selección debe otorgar la buena pro, mediante su publicación en el SEACE. Adicionalmente, el artículo 63 del Reglamento dispone que el otorgamiento de la buena pro se publica y se entiende notificado a través

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

del SEACE el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones.

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, teniendo en cuenta que el procedimiento de selección se efectuó mediante una adjudicación simplificada, el Consorcio Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer su recurso de apelación, el cual vencía el 23 de noviembre de 2023, considerando que el otorgamiento de la buena pro se notificó en el SEACE el día 16 de noviembre de 2023.

Al respecto, del expediente fluye que, mediante Escrito N° 1, presentado el 23 de noviembre de 2023, el Consorcio Impugnante interpuso su recurso de apelación; en ese sentido, se verifica que el referido postor cumplió con los plazos descritos en el artículo 119 del Reglamento.

iv. 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 la señora Rosario Villanueva Díaz, representante común del Consorcio Impugnante.

v. 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 los integrantes del consorcio Impugnante se encuentren inmersos en alguna causal de impedimento.

vi. 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 evidenciarse que el Consorcio Impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

vii. 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

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.

Nótese que, en el presente caso, la decisión de la Entidad, de determinarse irregular, causaría agravio al Consorcio Impugnante en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro, puesto que el otorgamiento de la buena pro se habría realizado transgrediendo lo establecido en la Ley, el Reglamento y las bases integradas, por tanto, cuenta con legitimidad procesal e interés para obrar por cuanto ha impugnado el otorgamiento de la buena pro.

viii. Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.

En el caso concreto, el Consorcio Impugnante no es el postor ganador de la buena pro y fue quien ocupó el segundo lugar en el orden de prelación.

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

El Impugnante ha solicitado como pretensión principal se declare no admitida la oferta del Consorcio Adjudicatario y se le otorgue la buena, como primera pretensión accesoria se vuelva a evaluar las ofertas económicas otorgando el mayor puntaje y la buena pro a su favor y asignando el segundo lugar en el orden de prelación al Consorcio Adjudicatario, y como segunda pretensión accesoria se descalifique la oferta del Consorcio Adjudicatario y se le adjudique la buena pro.

En ese sentido, de la revisión a los fundamentos de hecho y de derecho del recurso de apelación, se aprecia que estos se encuentran orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose, por lo tanto, en la presente causal de improcedencia.

4. 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 planteados.

B. PRETENSIONES:

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

- Se declare no admitida la oferta del Consorcio Adjudicatario y en consecuencia se le otorgue la buena pro a su favor.
- Se evalúe nuevamente la oferta del Consorcio Adjudicatario, se le descalifique y en consecuencia se le otorgue la buena pro a su favor.

Por su parte, de la revisión de la absolución del recurso de apelación se advierte que el Consorcio Adjudicatario solicitó a este Tribunal lo siguiente:

- Se declare la nulidad del procedimiento de selección por existir un vicio de nulidad.
- Se descalifique la oferta del Consorcio Impugnante.
- Se confirme el otorgamiento de la buena pro a su favor.

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.

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

Al respecto, en el caso de autos, se aprecia que el traslado del recurso de apelación fue notificado a través del SEACE el 29 de noviembre de 2023, razón por la cual el postor o postores distintos al Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal contaban con tres (3) días hábiles para absolver el traslado del citado recurso, esto es, hasta el 4 de diciembre del mismo año.

En relación con ello, se advierte que el Consorcio Adjudicatario se apersonó y absolvió el traslado del recurso de apelación el 4 de diciembre de 2023; por tal motivo, el Colegiado debe tener en consideración los cuestionamientos realizados al Impugnante al momento de la determinación de los puntos controvertidos.

6. En atención a lo expuesto, los puntos controvertidos a esclarecer consisten en:
- Determinar si el Consorcio Adjudicatario, cumplió con presentar el Anexo N° 5 – Promesa de consorcio, conforme a las bases integradas del procedimiento de selección o si, debe declararse no admitida su oferta.
 - Determinar si el monto ofertado por el Consorcio Adjudicatario asciende a S/ 1 787 836.48 y no S/ 1 787 836.4 y dejar sin efecto el otorgamiento de la buena pro.
 - Determinar si el Consorcio Adjudicatario, cumplió con acreditar la experiencia del postor en la especialidad o si debe descalificarse su oferta y dejar sin efecto el otorgamiento de la buena pro.
 - Determinar si el Consorcio Impugnante acreditó el requisito de calificación experiencia del postor en la especialidad, o debe descalificarse su oferta.
 - Determinar si corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio Impugnante.

D. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

7. Con el propósito de esclarecer esta 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.
8. 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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

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.

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

CUESTIÓN PREVIA: Sobre el traslado de posibles vicios de nulidad en las bases del procedimiento de selección

10. Es preciso señalar que el artículo 44 de la Ley dispone que el Tribunal declarará nulos los actos expedidos, cuando contengan, entre otros, contravengan las normas legales o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable.

Al respecto, con ocasión de la absolución del recurso de apelación interpuesto, y el informe remitido por la Entidad, así como la propia revisión del Colegiado se advirtió posibles vicios que impactan en la verificación del comité de selección de los requisitos de calificación de las ofertas, que tienen su origen en la formulación de requerimiento, que involucra la inobservancia de determinadas reglas previstas para la contratación de ejecución de obras, las cuales se detallan:

- (i) Se ha contemplado como requisito de calificación Experiencia del postor en la especialidad, experiencia referida al objeto de servicios cuando el objeto de la convocatoria es una ejecución de obra.
- (ii) Se ha contemplado como requisito de calificación Experiencia del postor en la especialidad para la ejecución de obras, que todas las experiencias similares tengan como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexión domiciliaria).

Por dicha razón, este Colegiado considera necesario que, antes de efectuar el análisis de fondo de los puntos controvertidos referidos a la admisión de las ofertas, se dilucide antes si, en efecto, existen vicios que afecten el desarrollo de la contratación especialmente cuando ambos postores, Consorcio Impugnante y Consorcio Adjudicatario se cuestionan mutuamente aspectos relacionados con el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

requisito de calificación Experiencia del postor en la especialidad, por lo que se procederá a analizar lo referido a tal extremo.

11. De los actuados que obran en el expediente, se aprecia que el Consorcio Adjudicatario, en la absolución al recurso de apelación, indicó que ninguno de los participantes del procedimiento habían realizado observaciones o consultas respecto al procedimiento de calificación de la experiencia del postor, ni para solicitar se consideren servicios para acreditar experiencia en obras; sin embargo, al momento de la integración de las bases, se añadió un párrafo que habilitaba que se acreditara experiencia en obras, presentando contratos de servicios de instalación de medidores de agua, lo que -según sostiene- dio lugar a un aprovechamiento indebido por parte del Consorcio Impugnante.
12. Por su parte, la Entidad a través del Informe técnico legal N° 001-2023-EPS. SEMAPACH S.A. – ALE/EICP del 4 de diciembre de 2023, señaló que, de la revisión de todo lo actuado, desde la publicación de la convocatoria, bases administrativas, formulación de consultas y observaciones, e integración de bases administrativas, ha verificado un vicio que acarrea la nulidad del procedimiento de selección por haberse “ampliado” en el rubro de “experiencia del postor en la especialidad” referente a la ejecución de obra, con experiencia en la ejecución de “servicios” por efecto de acogimiento por el comité de selección de la observación N° 09, sobre la base de lo cual la oferta de los postores ha sido calificada inválidamente por haber presentado contratos de servicios, y no de obra, lo que conlleva indefectiblemente la nulidad del procedimiento de selección.
13. De otro lado, el Consorcio Impugnante, a través de su escrito presentado ante el Tribunal el 12 de diciembre de 2023, señaló que, la Ley y el Reglamento establecen que la experiencia del postor se acredita en la ejecución de prestaciones iguales o similares al objeto de la Contratación; en ese sentido, considerando que la presente contratación corresponde netamente a adquisición e instalación de medidores, correspondería validar la experiencia de todas aquellas prestaciones iguales, es decir todas las prestaciones que tuvieron como objeto la adquisición e instalación de medidores y como prestaciones similares a las demás definidas como similares en las bases primigenias.
14. En torno a lo expuesto, y a efectos de dilucidar lo anterior, resulta pertinente recurrir a las bases integradas del procedimiento de selección, toda vez que estas constituyen las reglas definitivas a las que se someten los postores y el comité de selección.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 0041-2024-TCE-S3

Al respecto de la revisión preliminar de las bases integradas del procedimiento de selección, se advierte que, en el literal B) “Experiencia del postor en la especialidad” numeral 28 “Requisitos de calificación”, del numeral 3.1 “Expediente técnico e información complementaria del expediente técnico” del Capítulo III “Requerimiento” de la Sección específica, se estableció para acreditar la experiencia del postor en la especialidad, como obra similar a:

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a UNA (1) VEZ EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN, en la ejecución de obras similares, durante los 10 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra.</p> <p>Se considerará obra similar a: Obras de construcción, creación, recuperación, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción, reubicación y/o rehabilitación o la combinación de alguno de los términos anteriores de sistema de agua potable y saneamiento con conexiones domiciliarias, servicio de agua potable y saneamiento u obras de saneamiento que contenga como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexiones domiciliarias), <u>así como ejecución de servicios de instalación de medidores, suministro e instalación de medidores y/o adecuación de conexiones domiciliarias que incluya la instalación de medidores.</u></p>

Asimismo, también se advierte de las bases integradas, en el numeral 14 “Requisitos del personal”, del numeral 3.1 “Expediente técnico e información complementaria del expediente técnico” del Capítulo III “Requerimiento” de la sección específica, se estableció considerar para acreditar la experiencia del plantel profesional clave, obras de saneamiento a:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

14. REQUISITOS DEL PERSONAL:

El personal requerido para la ejecución de la obra deberá ser:

CANT.	CARGO PROFESIONAL Y/O TECNICO	REQUISITO MINIMO
01	Residente de Obra	Ing. Civil o Ing. Sanitario
01	Especialista en Seguridad y Salud ocupacional	Ing. de Higiene y Seguridad Industrial o Ing. Industrial o Ingeniero Sanitario o Ing. Civil.

Residente de Obra

Ing. Civil o Ing. Sanitario con experiencia mínima de Veinticuatro (24) meses contados a partir de la incorporación al CIP como Residente, Supervisor, Inspector o la combinación de estos en la ejecución o inspección o supervisión en obras de saneamiento.

Especialista en Seguridad y Salud ocupacional

Ing. de Higiene y Seguridad Industrial o Ing. Industrial o Ingeniero Sanitario o Ing. Civil con experiencia mínima de Doce (12) meses contados a partir de la incorporación al CIP como Especialista, Ingeniero, Supervisor, Jefe, Responsable, Coordinador o la combinación de estos, de: Seguridad y Salud Ocupacional, Seguridad e Higiene Ocupacional, Seguridad de Obra, Seguridad en el trabajo, SSOMA, Salud Ocupacional o implementación de planes de seguridad e higiene ocupacional, en la ejecución o inspección o supervisión en obras en general.

La experiencia del personal Ingenieros se acreditará con cualquiera de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto.

SE CONSIDERA OBRAS DE SANEAMIENTO: Obras de construcción, creación, recuperación, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción, reubicación y/o rehabilitación o la combinación de alguno de los términos anteriores de sistema de agua potable y saneamiento con conexiones domiciliarias, servicio de agua potable y saneamiento u obras de saneamiento que contenga como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexiones domiciliarias), **así como ejecución de servicios de instalación de medidores, suministro e instalación de medidores y/o adecuación de conexiones domiciliarias que incluya la instalación de medidores.**

De lo anterior, se advierte que, en ambos casos se ha incluido como obra similar y obra de saneamiento, respectivamente, a: "(...), así como ejecución de servicios de instalación de medidores, suministro e instalación de medidores y/o adecuación de conexiones domiciliarias que incluya la instalación de medidores"; sin embargo, el presente procedimiento de selección tiene por objeto la "Contratación de la ejecución de la obra Adquisición de micromedidores, en el (la) EPS Semapach S.A. para mejorar la gestión comercial distrito de Pueblo Nuevo y distrito Chincha Alta, provincia Chincha, departamento Ica, con CUI N° 2599102".

En ese contexto, se aprecia que la Entidad convocó un procedimiento para la contratación de la ejecución de una obra, no obstante, en la integración de las bases ha considerado como obra similar y obras de saneamiento (para acreditar

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

la experiencia del postor en la especialidad y la experiencia del plantel profesional clave) otros objetos contractuales como son: servicios, suministro e instalación.

15. En este contexto, ante un posible vicio de nulidad en la integración de las bases, mediante decreto del 21 de diciembre de 2023, el Tribunal efectuó el traslado para que el Impugnante, el Adjudicatario y la Entidad se pronuncien; asimismo, se corrió traslado de otro vicio de nulidad, en las bases de la convocatoria, al consignarse como exigencia la acreditación de un componente específico, lo cual ha sido replicado en las bases integradas.

Respecto al primer vicio de nulidad, en la integración de las bases, al haberse consignado como obra similar y obras de saneamiento, otros objetos contractuales como son: servicios, suministro e instalación al objeto del procedimiento de contratación

16. Al respecto el Consorcio Impugnante absolvió el traslado de nulidad, indicando que, no corresponde declarar la nulidad del procedimiento de selección, debido a que, la Ley y el Reglamento establecen que la experiencia del postor de acredita en la ejecución de prestaciones iguales o similares al objeto de contratación; en ese sentido, considerando que en la presente contratación la prestación de mayor incidencia corresponde a la adquisición e instalación de medidores, corresponde validar la experiencia de todas aquellas prestaciones iguales, es decir todas las prestaciones que tuvieron como objeto la adquisición e instalación de medidores y como prestaciones similares a las demás definidas como similares en las bases primigenias.

Se precisa que la Entidad y el Consorcio Impugnante, coinciden en que existe un vicio de nulidad en este extremo.

17. En este contexto, debe tenerse en cuenta que el artículo 16 de la Ley establece que el área usuaria de la Entidad requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico de obra, según corresponda al objeto de la prestación a contratar.

Así, tratándose de la contratación de la ejecución de obra, el área usuaria debe definir los términos de referencia de manera objetiva y precisa, a fin de proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad, sin

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

generar obstáculos, ni orientar la contratación ni realizar acciones que perjudiquen la competencia en dicho proceso.

De esta manera, considerando las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que ésta se ejecuta, el área usuaria establece los términos de referencia del servicio requerido, incluyendo los requisitos de calificación que se consideren necesarios, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento.

- 18.** Conforme a lo señalado, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, una Entidad puede requerir la contratación de las siguientes prestaciones: i) la entrega de un bien, la prestación de un servicio, la realización de una consultoría o la ejecución de una obra. Es competencia del área usuaria definir con precisión el objeto contractual, así como los requisitos de calificación.
- 19.** De otro lado, conforme a lo previsto en el numeral 8.10 del artículo 8 del Reglamento se establece la posibilidad de modificar el requerimiento para mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico, así como los requisitos de calificación hasta antes de la aprobación del expediente de contratación, previa justificación que debe formar parte de dicho expediente, bajo responsabilidad. Las modificaciones deben contar con la aprobación del área usuaria.
- 20.** Asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley, la Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el Reglamento. Al respecto, el artículo 49 del Reglamento establece que la calificación de los postores se realiza a fin de determinar que estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato, para ello, la Entidad verifica el cumplimiento de los requisitos de calificación previstos de manera clara y precisa en los documentos del procedimiento de selección.

Así, los requisitos de calificación que la Entidades pueden adoptar son los siguientes: a) capacidad legal, relacionada a la habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación; b) capacidad técnica y profesional, relacionada al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido, y c) experiencia del postor en la especialidad, referida a las actividades iguales o semejantes al objeto de la convocatoria.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

21. Para los efectos de la calificación de las ofertas, el OSCE aprobó la Directiva N°001-2019-OSCE/CD, que ha sufrido varias modificaciones, la que contiene los documentos estándar de uso obligatorio.

De conformidad con las bases estándar aprobadas por el OSCE, cuando las Entidades requieran calificar, entre otros requisitos, la experiencia en la especialidad del postor, los documentos del procedimiento de selección deben sujetarse a los parámetros fijados en las respectivas bases estándar.

Con relación a ello, el literal B) del numeral 3.2) de las bases estándar correspondientes al presente procedimiento establece que cuando se incorpore como requisito de calificación la experiencia en la especialidad, se debe [CONSIGNAR LAS OBRAS QUE CALIFIQUEN COMO SIMILARES]; al respecto, cuando la información solicitada esté dentro de los corchetes sombreados, debe ser completada por la Entidad durante la elaboración de las bases, no dándose la posibilidad que incorpore otros objetos contractuales.

22. En atención a lo expuesto, al haberse consignado como obra similar y obras de saneamiento (para la acreditar la experiencia del postor en la especialidad y la experiencia del plantel profesional clave) la ejecución de servicios, suministro e instalación, no obstante, de tratarse de la contratación de la ejecución de una obra, contraviene las normas citadas precedentemente y atenta contra el principio de transparencia el cual dispone que 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.
23. Al respecto, es importante tener en cuenta que dicho vicio de nulidad ha desnaturalizado el objeto de la contratación, incurriéndose en contravención de los artículos 16, 29 y 49 del Reglamento y de las disposiciones de las bases estándar aplicables al presente procedimiento.

Respecto del segundo vicio de nulidad, al consignarse como exigencia la acreditación de un componente específico, lo cual ha sido replicado en las bases integradas.

24. Por otro lado, de manera adicional a lo expuesto anteriormente, mediante el decreto del 21 de diciembre 2023, se corrió el traslado de otro vicio de nulidad en

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

las bases de la convocatoria, al consignarse como exigencia la acreditación de un componente específico, lo cual ha sido replicado en las bases integradas.

Cabe precisar que, al respecto, el Consorcio Impugnante, Consorcio Adjudicatario no absolvió el traslado de nulidad en este extremo.

Por su parte, la Entidad considera que no existe vicio de nulidad en este extremo de las bases del procedimiento de selección, pues se trata de una obra de ejecución de saneamiento urbano tipo “A”, respecto a la cual, se tiene una ficha de homologación (pág. 77) aprobada mediante Resolución Ministerial N° 228-2019-VIVIENDA, en la que establece el componente “inc. conexiones domiciliarias”.

25. Al respecto, de la revisión de las bases integradas, se observa que en el literal B) “Experiencia del postor en la especialidad” numeral 28 “Requisitos de calificación”, del numeral 3.1 “Expediente técnico e información complementaria del expediente técnico” del Capítulo III “Requerimiento” de la Sección específica, en el extremo de experiencia del postor en la especialidad se ha incorporado que las obras similares deben tener “*como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexiones domiciliarias)*”, como se observa a continuación:

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<p data-bbox="427 1301 1337 1330"><u>Requisitos:</u></p> <p data-bbox="427 1346 1337 1442">El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a UNA (1) VEZ EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN, en la ejecución de obras similares, durante los 10 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra.</p> <p data-bbox="427 1464 1337 1630">Se considerará obra similar a: Obras de construcción, creación, recuperación, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción, reubicación y/o rehabilitación o la combinación de alguno de los términos anteriores de sistema de agua potable y saneamiento con conexiones domiciliarias, servicio de agua potable y saneamiento u obras de saneamiento <u>que contenga como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexiones domiciliarias)</u>, así como ejecución de servicios de <u>instalación de medidores, suministro e instalación de medidores y/o adecuación de conexiones domiciliarias que incluya la instalación de medidores.</u></p>

Asimismo, de la revisión de las bases de la convocatoria, se advierte que en el literal B) “Experiencia del postor en la especialidad” numeral 28 “Requisitos de calificación”, del numeral 3.1 “Expediente técnico e información complementaria del expediente técnico” del Capítulo III “Requerimiento” de la Sección específica, en el extremo de experiencia del postor en la especialidad se ha incorporado que las obras similares deben tener “*como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexiones domiciliarias)*”, como se observa a continuación:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a UNA (1) VEZ EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN, en la ejecución de obras similares, durante los 10 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra.</p> <p>Se considerará obra similar a: Obras de construcción, creación, recuperación, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción, reubicación y/o rehabilitación o la combinación de alguno de los términos anteriores de sistema de agua potable y saneamiento con conexiones domiciliarias, servicio de agua potable y saneamiento u obras de saneamiento que contenga como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexiones domiciliarias).</p>

26. En este punto, cabe recalcar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido que las obras similares deban ser exactamente iguales a las que son objeto de contratación, sino únicamente que la obra que se proponga para acreditar la experiencia tenga las características de aquella que se pretende realizar.

Asimismo, las bases estándar aplicables a la presente contratación no contemplan la posibilidad de agregar en la definición de las obras similares la acreditación de componentes o partidas, según se observa:

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a [CONSIGNAR FACTURACIÓN NO MAYOR A UNA (1) VEZ EL VALOR REFERENCIAL DE LA CONTRATACIÓN O DEL ÍTEM], en la ejecución de obras similares, durante los 10 años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la suscripción del acta de recepción de obra.</p> <p>Se considerará obra similar a [CONSIGNAR LAS OBRAS QUE CALIFICAN COMO SIMILARES].</p> <p><u>Acreditación:</u></p> <p>La experiencia del postor se acreditará con copia simple de: (i) contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; (ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o (iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación³² de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como el monto total que implicó su ejecución; correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.</p> <p>En los casos que se acredite experiencia adquirida en consorcio, debe presentarse la promesa de consorcio o el contrato de consorcio del cual se desprenda fehacientemente el porcentaje de las obligaciones que se asumió en el contrato presentado; de lo contrario, no se computará la experiencia proveniente de dicho contrato.</p> <p>Asimismo, cuando se presenten contratos derivados de procesos de selección convocados antes del 20.09.2012, la calificación se ceñirá al método descrito en la Directiva "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado", debiendo presumirse que el porcentaje de las obligaciones equivale al porcentaje de participación de la promesa de consorcio o del contrato de consorcio. En caso</p>

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

que en dichos documentos no se consigne el porcentaje de participación se presumirá que las obligaciones se ejecutaron en partes iguales.

Si el titular de la experiencia no es el postor, consignar si dicha experiencia corresponde a la matriz en caso que el postor sea sucursal, o fue transmitida por reorganización societaria, debiendo acompañar la documentación sustentatoria correspondiente.

Si el postor acredita experiencia de otra persona jurídica como consecuencia de una reorganización societaria, debe presentar adicionalmente el **Anexo N° 9**.

Cuando los contratos presentados se encuentren expresados en moneda extranjera, debe indicarse el tipo de cambio venta publicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP correspondiente a la fecha de suscripción.

Sin perjuicio de lo anterior, los postores deben llenar y presentar el **Anexo N° 10** referido a la experiencia del postor en la especialidad.

Importante

En el caso de consorcios, la calificación de la experiencia se realiza conforme a la Directiva "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado".

* Extraído de las páginas 32 y 33 de las bases estándar

Es más, es preciso recalcar que la mayoría de documentos con los que, de acuerdo a las bases estándar, se debe demostrar la experiencia, usualmente no contienen la descripción de partidas de una obra o pueden no detallar todos los componentes ejecutados (como los contratos, actas de recepción, resoluciones de liquidación, constancias de prestación, entre otros).

En ese entendido, se colige que la Entidad ha incorporado en las bases de la convocatoria e integradas una nueva exigencia acreditativa, esto es, presentar documentos *"que contenga como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. Conexiones domiciliarias)"*, a pesar de que las bases estándar no lo permiten.

Cabe señalar que la convocatoria de un procedimiento de selección con las bases antes señaladas constituye un acto administrativo, y como tal debe respetar el principio de legalidad recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del título preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS (en adelante el TUO de la LPAG), no solo cuando la normativa contiene disposiciones prohibitivas, sino que su actividad debe ser realizada con pleno respeto al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, más aún cuando la incorporación de mayores exigencias acreditativas significa una afectación a los principios de libre concurrencia y libre competencia.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

27. En adición a ello, cabe recalcar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido que las obras similares deban ser iguales a las que son objeto de contratación, sino únicamente que la obra que se proponga para acreditar la experiencia tenga las características de aquella que se pretende realizar.

A mayor abundamiento, tal como se ha precisado anteriormente, el numeral 29.3 del referido artículo 29 del Reglamento exige que, al definir el requerimiento, el área usuaria no incluye exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias referidas a la calificación de los potenciales postores que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos, siendo parte del requerimiento los requisitos de calificación que se consignan.

En el caso concreto, el exigir acreditar que las obras similares deben tener *“como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexiones domiciliarias)”*, restringe notablemente la posibilidad de que se acrediten experiencias similares, al ser el requerimiento tan específico, siendo restrictivo para la participación de potenciales proveedores, además que, considerando que las bases permiten solo algunos documentos acreditativos, la exigencia se vuelve más restrictiva de la concurrencia, pues dicho detalle, deberá expresarse en estos documentos.

28. Para mayor detalle, en el presente caso, el objeto de la contratación es la ejecución de la obra *“Adquisición de micromedidores, en el (la) EPS Semapach S.A. para mejorar la gestión comercial distrito de Pueblo Nuevo y distrito Chincha Alta, provincia Chincha, departamento Ica, con CUI N° 2599102”*.

Al respecto, el área usuaria ha considerado dentro de la definición respectiva para que se acredite experiencia, obras de construcción, creación, recuperación, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción, reubicación y/o rehabilitación o la combinación de alguno de los términos anteriores de sistema de agua potable y saneamiento con conexiones domiciliarias, servicio de agua potable y saneamiento u obras de saneamiento que contenga como uno de sus componentes redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. conexiones domiciliarias), por encontrar elementos comunes con la obra convocada.

En ese sentido, el área usuaria ya identifica las actividades que considera similares al objeto de convocatoria, conforme lo prevén las bases estándar; no obstante, el requerir acreditar partidas, metas o componentes específicos como los solicitados excede la potestad que le otorga dicha norma, siendo, además la delimitación tan

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

particular que efectúa una potencial barrera a la concurrencia de proveedores y a la competencia en el procedimiento de selección.

En relación con ello, el principio de libertad de concurrencia, previsto en el literal a) del artículo 2 de la Ley, obliga a las Entidades a promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

Por su parte, el principio de competencia, recogido en el literal e) del citado artículo, establece que, 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, encontrándose, en virtud de ello, prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

29. En este punto, debe aclararse el argumento de la Entidad, referido a que estarían habilitados para incorporar componentes por la ficha homologada de la página 77, aprobada por la Resolución Ministerial N° 228-2019-VIVIENDA.

Con relación a ello, debe tenerse en cuenta que la Resolución Ministerial N° 228-2019-VIVIENDA del 9 de julio de 2019, aprobó veinte (20) fichas de homologación de los requisitos de calificación "perfiles profesionales de proyectos de saneamiento para el ámbito urbano", pero no aprobó alguna homologación de la experiencia del postor; por lo cual, lo alegado por la Entidad carece de sustento.

Para mejor detalle, a continuación se muestran extractos de la ficha de homologación contenida en las páginas 77 al 83 de la resolución mencionada.

FICHA DE HOMOLOGACIÓN	
1. CARACTERÍSTICAS GENERALES	
Denominación	: Perfil profesional del personal clave para la ejecución de obra de saneamiento urbano Tipo A
Descripción general	: Requisitos de calificación de perfiles profesionales del equipo clave para la contratación de ejecución de obra de saneamiento urbano tipo A, que comprende por lo menos alguno de los componentes que se listan a continuación: <ul style="list-style-type: none">- Redes secundarias de agua y alcantarillado (inc. Conexiones domiciliarias).

(...)

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

ANEXO DE LA FICHA DE HOMOLOGACIÓN

REQUISITOS DE CALIFICACION

A) Capacidad Legal
B) Capacidad Técnica y Profesional
C) Experiencia del postor

A) CAPACIDAD LEGAL

No homologado

B) CAPACIDAD TÉCNICA Y PROFESIONAL

B.1) Calificaciones y experiencia del personal Clave

1. Gerente de obra (Administrador de contrato)

Formación académica			
Nivel	Grado o título	Formación académica	Acreditación
	Título profesional	Ingeniero Sanitario o Ingeniero Civil.	Se verificará en el portal web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU a través del siguiente link: https://enlinea.sunedu.gob.pe/ De NO encontrarse inscrito, presentar la copia del diploma respectivo. La colegiatura y habilitación se requerirá para el inicio de su participación efectiva en la ejecución de la prestación.

(...)

B.2) Equipamiento Estratégico

No homologado

C) EXPERIENCIA DEL POSTOR

No homologado

Versión 01

30. Frente a un escenario como el descrito, la normativa prevé la posibilidad de corregir actos contrarios a sus disposiciones. Al respecto, la nulidad constituye una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita que permita sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.

En este punto, debe advertirse que el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, establece que en los casos que conozca el Tribunal declarará nulos los actos administrativos emitidos por las Entidades, cuando contravengan normas legales, debiéndose expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

En el mismo sentido, el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento prescribe que, al ejercer su potestad resolutoria, cuando el Tribunal verifique alguno de los supuestos del numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, ya sea en virtud de un recurso interpuesto o de oficio, declara la nulidad de los actos que correspondan, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotrae el procedimiento de selección, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Así tenemos, que en el caso concreto, el primer vicio de nulidad no resulta conservable, pues se ha generado en la etapa de absolución de consultas, observaciones e integración de bases, cuando la Entidad en la integración de las bases consignó como obra similar y obras de saneamiento, respectivamente, la ejecución de servicios de instalación de medidores, suministro e instalación de medidores y/o adecuación de conexiones domiciliarias, no obstante, de tratarse el presente procedimiento de selección de la contratación de una obra.

Además, el segundo vicio de nulidad tampoco resulta conservable, pues se ha generado en la etapa de convocatoria, cuando en las bases de la convocatoria, se consignó como exigencia la acreditación de un componente específico, lo cual ha sido replicado en las bases integradas, incurriendo en contravención de las normas antes citadas y atentan contra los principios recogido en los literales a), c) y e) del artículo 2 de la Ley.

31. Por lo expuesto, 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 numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, **corresponde declarar de oficio la nulidad del procedimiento de selección, retrotrayéndose el mismo a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases**, a efectos de que:

- Se corrija la definición de obras similares, en el sentido de que se suprima la solicitud de acreditación de componentes.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

- Para la calificación de la experiencia en la especialidad del postor y para obras de saneamiento relacionado a los requisitos del personal, se consigne solo obras similares al objeto del procedimiento de selección.

Asimismo, toda vez que se va reformular las bases, es necesario que la Entidad, revise cual es el objeto contractual que representa mayor incidencia porcentual y convoque el procedimiento de selección de acuerdo a ello, y también verifique que la nomenclatura del procedimiento de selección guarde relación con el objeto contractual que represente mayor incidencia porcentual.

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

32. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto por el numeral 11.3 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS, este Colegiado considera que debe ponerse en conocimiento del Titular de la Entidad la presente resolución, a fin de que conozca los vicios advertidos y realicen las acciones que correspondan conforme a sus atribuciones, así como para que exhorte al comité de selección y a las áreas que intervengan en la elaboración de los documentos que recogen las bases, que actúen de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar futuras nulidades que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado.
33. Por último, en atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y toda vez 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 aquel**, para la interposición de su recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la vocal ponente Paola Saavedra Alburqueque y la intervención de los vocales Héctor Marín Inga Huamán y Jorge Luis Herrera Guerra, atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N.º 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.º 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.º 076-2016-EF del



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0041-2024-TCE-S3

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° 26-2023-SEMAPACH S.A. – Primera convocatoria, retro trayéndose a la etapa de convocatoria, conforme a los fundamentos expuestos.
- 2. Devolver la garantía** presentada por el postor Consorcio Pueblo Nuevo, integrado por los proveedores J A & R Ingenieros Constructores S.A.C. y Constructora Contrafuerte 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 32.
- 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