



# Resolución Jefatural

N° 007-2019-ACFFAA

Lima, 24 ENE. 2019

## VISTOS:

El Recurso de Apelación de fecha 17 de diciembre de 2018, presentado por el Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD., contra el otorgamiento de la Buena Pro del proceso de selección en el mercado extranjero N° INTER 0001-2018-MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria relacionado a la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”.

## CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Jefatural N° 256-2018/SUE: 13 de fecha 26 de setiembre de 2018, se aprobó las bases de contratación internacional bajo la modalidad de compra en el mercado extranjero N° INTER-001-2018-MGP/DIRCOMAT en segunda convocatoria, para la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, con cargo al Presupuesto Fiscal del Año 2018;

Que, con fecha 26 de setiembre de 2018, se publicó en la página web del SEACE, la convocatoria del proceso de selección en el mercado extranjero N° INTER-001-2018-MGP/DIRCOMAT en segunda convocatoria, para la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”;

Que, con fecha 24 de octubre de 2018, el Comité Especial realizó el acto público de presentación de propuestas, apertura de propuesta técnica, recepción de documentación obligatoria - cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos del mencionado proceso de selección, presentándose como postores las empresas UKRINMASH, MARINE ALUTECH GY AB, CANTIERE NAVALE VITTORIA, STX CORPORATION, SAFE BOATS INTERNATIONAL LLC, POSCO DAEWOO, PARAMOUNT GROUP, METAL SHARK – GRAVOIS ALUMINUM BOATS LLC., FINE INC., BALTIC WORKBOATS US, ASTILLEROS ARMON

**S.A., JSC RYBINSK SHIYARD, TECHNO MARINE LTD., US WORKBOATS LLC,** las mismas que fueron recibidas por el respectivo Comité Especial;

Que, con fecha 05 de diciembre de 2018 el Comité Especial realizó el acto público de evaluación de propuestas técnicas, evaluación de propuestas económicas y otorgamiento de la Buena Pro, oportunidad en la cual se indican las empresas cuyas propuestas técnicas pasaron para verificación del contenido de la documentación obligatoria y el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos según el siguiente resultado:

- **CONSORCIO UKRINMASH / BLACK SEA YACHTS SHIPYARD (NO ADMITIDA)**
- **MARINE ALUTECH OY AB (NO ADMITIDA)**
- **CANTIERE NAVALE VITTORIA S.P.A. (NO ADMITIDA)**
- **CONSORCIO POSCO DAEWO CORPORATION / WOONAM MARINE CRAFT CO LTD (NO ADMITIDA)**
- **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS, LLC DBA – METAL SHARK BOATS (ADMITIDA)**
- **FINE INC. (NO ADMITIDA)**
- **TECHNO MARINE LTD (NO ADMITIDA).**



Que, luego de concluir la evaluación final el CEME por unanimidad acuerda otorgar la Buena Pro del proceso de selección en el mercado extranjero INTER N° 001-2018-MGP/DIRCOMAT - Segunda Convocatoria, para la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, a la empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS, LLC DBA – METAL SHARK BOATS**, por el monto de US \$ 3'486,268.00 (Tres millones cuatrocientos ochenta y seis mil doscientos sesenta y ocho Dólares Americanos);



Que, el señor Wan Soo Kim, Representante Legal Común del **CONSORCIO POSCO DAEWO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, mediante escrito s/n de fecha 17 de diciembre de 2018, interpuso ante la mesa de partes de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas un Recurso de Apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro, adjudicado a la **EMPRESA GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC. DBA METAL SHARK**, del proceso de selección en el mercado extranjero N° INTER 0001-2018 MGP/DIRCOMAT - Segunda Convocatoria, para la “Adquisición de dos (2) Lanchas de Interdicción Marítima”, solicitando suspender el proceso de selección durante la tramitación del presente recurso, y en su oportunidad, declarar fundado el recurso de apelación en todos sus extremos. Asimismo, solicita se declare nulo el presente proceso de selección, y se retrotraiga el mismo a la etapa de admisión de ofertas en la que se deberá admitir la propuesta y proceder a su calificación conforme a la etapa de calificación y evaluación de propuestas, al haber demostrado que POSCO DAEWO no contravino el Principio de Presunción de Veracidad al llenar el Anexo N° 14 de las Bases del CEME, pues si bien dicha empresa tiene una sucursal peruana, que no es la participante en el presente procedimiento de selección, esta no ejecuta las



prestaciones objeto de la contratación y por ende, la declaración jurada presentada es plenamente válida;

Que, el Recurso de Apelación de fecha 17 de diciembre de 2018 presentado por el **CONSORCIO POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, se sustenta en los siguientes argumentos:

1. Sobre la base legal del proceso de selección, el Consorcio resalta los aspectos más importantes de la normativa que deberá ser tomada en cuenta para el análisis y resolución del recurso.

1.1 La Ley y el Reglamento aplicable a las Compras de las Fuerzas Armadas:

- a. Mediante el Decreto Legislativo N° 1128 publicado el 7 de diciembre de 2012, se crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, como la entidad adscrita al Ministerio de Defensa para, entre otras actividades, llevar adelante el proceso de compras y adquisiciones de bienes y servicios para las dependencias integrantes de las Fuerzas Armadas, dentro del cual se encuentra la Marina de Guerra del Perú.
- b. La Ley, en su artículo 10, contempla los casos de contrataciones en el Mercado Extranjero, cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país en la medida que se haya constatado que, en el mercado nacional, no exista un productor domiciliado con capacidad de fabricar bienes o realizar los servicios requeridos.

El Artículo 10 de la Ley dispone lo siguiente:

“Artículo 10.- Contrataciones en el Mercado Extranjero

Para el caso de las contrataciones consideradas estratégicas en el ámbito de Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación establecido en el artículo 3, numeral 3.3, literal o) de la Ley de Contrataciones del Estado, se configura cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del



territorio nacional los servicios requeridos, para lo cual se suscribirá el o los contratos internacionales respectivos.

Dichos contratos serán regulados por la normatividad interna que emita la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas; o, en su defecto, por los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio y las prácticas de comercio internacional vigentes a la firma del Contrato”

Como se puede apreciar, la Ley distingue dos supuestos que tienen tratamientos distintos:

- Bienes o servicios producidos en el Perú; o
- Bienes o servicios no producidos o prestados en el Perú.

La Ley señala, que para el segundo supuesto, es decir cuando se constate que no exista la posibilidad de adquirir bienes o servicios en el Perú, es decir, de una empresa domiciliada, entonces se deberá recurrir al mecanismo que no tiene la capacidad de producir bienes en el Perú. Dicho mecanismo, tal como ha sido dispuesto en el artículo 10 de la Ley, se regula y se debe regir por la normativa de la ACFFAA.

- c. El Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2013-DE publicado el 7 de setiembre de 2013, desarrolla el concepto tratado en el artículo 10 de la Ley antes citado, precisando en su artículo 4, la existencia de los dos regímenes de contratación aludidos, es decir: i) procesos de contratación en el mercado nacional; y, ii) procesos de contratación en el mercado extranjero, señalando que los primeros se rigen bajo las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), en la Ley y en el Reglamento de la Ley, mientras que para el caso de los procesos de contratación en el mercado extranjero, no resultan de aplicación las disposiciones de la LCE, sino que resultarían de aplicación los manuales, directivas y otras que dicte la ACFFAA.

Queda claro, que para los casos de Contrataciones en el Extranjero como es el caso del CEME, la base legal estará constituida por la Ley, el Reglamento de la Ley y los Manuales y Directivas aplicables.



Lo antes indicado, ha sido recogido en el artículo 20 del Reglamento de la Ley que señala:

“Artículo 20.- regulación de los procesos de contratación en el mercado extranjero.

Los procesos de contratación en el mercado extranjero celebrados por la Agencia se regulan por lo establecido en el presente reglamento y la normativa interna que emita el Jefe de la Agencia...”

Asimismo, el Reglamento de la Ley en su artículo 21 señala:

“Artículo 21.- Contrataciones en el mercado extranjero

Para el caso particular de las contrataciones vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación contemplado en el artículo 3 literal o) de la Ley de Contrataciones del Estado se configura cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del territorio nacional, los servicios requeridos (...).”

Como se aprecia, el Reglamento de la Ley, siguiendo el mandato señalado en la Ley, ha determinado que para poder convocar a un proceso de selección en el mercado extranjero, se debe previamente constatar que no existe en el mercado nacional, algún proveedor nacional domiciliado con capacidad de fabricar el bien o prestar el servicio.

Este principio es clave para poder demostrar cómo es que la participación del Consorcio, se enmarca dentro de las disposiciones de la Ley y del Reglamento de la Ley, y que por tanto, no se ha faltado a la verdad, por cuanto, aun cuando el integrante del Consorcio POSCO DAEWOO si cuenta con una sucursal con domicilio en el país, ésta es decir, la Sucursal, no se encuentra capacitada para producir el bien objeto de la CEME, por lo que para poder proveer el bien, POSCO DAEWOO **debe recurrir a su Casa Matriz domiciliada en Corea, lo cual ha ocurrido en el presente proceso de selección.**



Vale decir, el Consorcio no puede ser descalificado porque su integrante POSCO DAEWOO a través de su Sucursal, cuenta con un domicilio en el Perú únicamente para tributar en el Perú por su renta de fuente peruana: “extracción de gas natural” – de conformidad con el literal e) del artículo 7 de la Ley del Impuesto a la Renta; por el contrario, la participación del Consorcio deber ser admitido por cuanto, en el presente proceso de selección POSCO DAEWOO no participa a través de su Sucursal, sino de su matriz que es una empresa no domiciliada y la única capaz de proveer el bien objeto de la contratación.

En relación a ello, el Tribunal Fiscal, mediante pronunciamiento RTF N° 01651-5-2004 (19/03/2004), ratifica dicha postura, señalando lo siguiente:

“Las disposiciones que regulan el impuesto consideran a la sucursal de una empresa establecida en el exterior como un sujeto distinto a su matriz, pues mientras la primera es considerada como un sujeto domiciliado que puede prestar servicios en el país gravados con el impuesto, la matriz conserva su naturaleza de no domiciliada”.

- d. El Manual, ha sido aprobado por la Resolución Jefatural N° 121-2017-ACFFAA del 21 de agosto de 2017, el cual resulta de aplicación a la CEME, el mismo que viene a complementar las disposiciones de la Ley y del Reglamento de la Ley. Por tanto, para poder interpretar los alcances de las disposiciones contenidos en el Manual, por el Principio de Jerarquía Normativa y de Legalidad, debemos tener en cuenta que el Manual no puede ir más allá de la Ley y de su Reglamento por tratarse de una norma de inferior jerarquía.

Ello quiere decir, que el Manual contiene el desarrollo reglamentario de las disposiciones de la Ley y del Reglamento de la Ley.

## 2. Sobre la No Admisión de la propuesta del Consorcio

- 2.1 En el literal t) de la sección denominada “Documentación para la Admisión de la Propuesta” contenida en la página 7 de las Bases de la CEME, se requirió la presentación del



“Original de la Declaración Jurada suscrita por el representante legal de la empresa extranjera postora, mediante la cual declara que nos e encuentra domiciliado en el Perú según formato del Anexo 14”.

En el presente caso, el CEME al revisar el Anexo N° 14 llenados por los integrantes del Consorcio, POSCO DAEWOO, y verificando la información de la página web de la SUNARP, determinó lo siguiente:

“NO CUMPLE: se ha verificado en la página web de SUNAT (RUC) que la empresa está inscrita como sucursal o agencia de empresa extranjera (20329560687 – POSCO DAEWOO CORPORATION sucursal peruana), vulnerando el principio de presunción de veracidad que rige la Ley N° 27444 “Ley de Procedimiento Administrativo General”.



Como consecuencia de lo antes indicado, en el Acta de Evaluación de Propuestas Técnicas, Apertura y Evaluación de Propuestas Económicas y Otorgamiento de Buena Pro del 5 de diciembre de 2018, el CEME declaró la propuesta del Consorcio como “No Admitida”.



En virtud a lo expuesto, POSCO DAEWOO al llenar el Anexo N° 14 de las Bases de la CEME, no contravino el Principio de Presunción de Veracidad previsto en el Numeral 1.7 del Artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobada mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS como adujo el CEME, y en consecuencia, corresponde: i) que se declare Nulo el presente procedimiento de selección; ii) que este se retrotraiga a la Etapa de Admisión de Propuestas, en la que se deberá Admitir y Evaluar la propuesta del Consorcio; y, iii) otorgarle la Buena Pro de la CEME:



Sobre la condición de empresa no domiciliada en el Perú de POSCO DAEWOO que permitió su participación en la CEME

- En el Artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1128 – Decreto Legislativo que crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, se establece sobre las contrataciones en el Mercado Extranjero.

De acuerdo a marco legal que regula las Contrataciones en el Mercado Extranjero realizadas

por las Fuerzas Armadas que hemos reseñado en el Numeral II, solo se recurrirá a un proveedor no domiciliado en el país, cuando no haya proveedor nacional que fabrique los bienes o ejecute los servicios requeridos.

Ello quiere decir que, sólo se procederá a convocar un proceso de selección bajo el marco del Manual, es decir, buscando proveedores en el mercado extranjero, cuando se haya acreditado de manera fehaciente, que, en el mercado nacional, es decir que en el Perú, no exista algún proveedor domiciliado que se encuentra en capacidad de suministrar o fabricar el bien objeto de la convocatoria.

- 2.2 En la línea de lo antes indicado, cabe señalar que el literal b) del numeral 6 del Manual, se establecen dos condiciones mínimas que debe cumplir toda empresa para estar registrada como proveedor extranjero y participar de los procesos de contratación en el Mercado extranjero regulados por la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas (ACFFAA), una de estas condiciones es: 1) No estar domiciliado en el país.

Asimismo, en el numeral 7 del Manual se establece que, para dar inicio a un proceso de selección bajo este marco legal, debe contarse como requisito indispensable con un "Expediente de Contratación" aprobado que debe contener, entre otros, con los siguientes documentos:

#### "7. APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

(...)

2) Estudio de Mercado de acuerdo a lo establecido en el párrafo 4 del presente capítulo.

3) Listado de Potenciales Proveedores o Proveedores único a invitar (...)

8) Informe Técnico que sustenta la concurrencia de los requisitos para una contratación en el mercado extranjero.

9) Informe Legal en el cual se concluya que lo especificado en el Informe Técnico, se ajusta a la normativa sobre los procesos de contratación en el mercado extranjero."



Conforme a lo dispuesto en el Numeral 4 del Capítulo II del Manual como parte de los actos preparatorios, toda entidad debe necesariamente, realizar un Estudio de Mercado con la finalidad de constatar entre otros aspectos: la existencia de pluralidad de potenciales postores, así como las acreditaciones y/o autorizaciones y capacidades de los potenciales postores.

Las disposiciones legales antes citadas, evidencian que todo proceso de contratación regido bajo las disposiciones legales de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas presupone que la Entidad de la Fuerza Armada respectiva, haya realizado una serie de actos previos durante la Fase de Actos Preparatorios, para determinar la necesidad de prescindir de los proveedores de bienes y servicios locales y recurrir a proveedores no domiciliados en el Perú mediante una Contratación en el Mercado Extranjero.

En cumplimiento a este requisito, en lo que respecta al Estudio de Mercado, tenemos lo siguiente:

- Mediante Oficio V.200-1091 del 28 de abril de 2017, el Director de Abastecimiento Naval, requiere a POSCO DAEWOO una cotización, ello como parte del Estudio de Mercado que la entidad venía realizando para la adquisición de los bienes objeto del Proceso de Selección.
- Mediante Carta HGL/AR-170522-RIB01 de fecha 22 de mayo de 2017, POSCO DAEWOO atendiendo el pedido formulado mediante el documento señalado en el párrafo anterior, responde a la cotización solicitada.
- Mediante correo electrónico de fecha 28 de febrero de 2018, el Capitán de Fragata Rony Edgar Buleje Castañeda, miembro del CEME y Jefe del Departamento de Plataformas de la Dirección de Alistamiento Naval, en mérito al estudio de mercado que venía elaborando, solicitó a POSCO DAEWOO, lo siguiente:

“(...) el motivo de la presente es para solicitarles de acuerdo a la carta oficial adjunta, la actualización de su cotización debidamente firmada, ya que la misma

no debe tener más de 6 meses de antigüedad, así como nos indiquen, si su representada está domiciliada en el país (Perú), esto con mayor precisión quiere decir, si fabrican o construyen en el país la lancha requerida”

Como se puede apreciar, cuando se hace el requerimiento a POSCO DAEWOO se pregunta si está domiciliada en el Perú, lo cual a propio criterio del CEME, si fabrican la lancha en el Perú.

En respuesta al pedido antes señalado, POSCO DAEWOO, mediante correo del 4 de marzo de 2018, remitió su propuesta señalando con precisión que “las lanchas son producidas desde el astillero de Corea del Sur”. Con esta indicación quedaba claro que independientemente de si POSCO DAEWOO tenía o no domicilio en el Perú, se precisó que las lanchas no se producían en el Perú, sino que estas se producían en Corea del Sur.



2.3 Posteriormente, el 12 de marzo de 2018 el CEME elaboró el documento denominado “Estudio de Posibilidades que ofrece el Mercado Extranjero para la Adquisición Lanchas de Interdicción Marítima”, o llamado también “Estudio Definitivo”, que entendemos se trata del estudio de mercado a que se refiere el Manual y el Reglamento de la Ley.



2.4 Que del resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado extranjero para la adquisición de lanchas de interdicción marítima, se concluyó en el último párrafo del numeral 1 del Resumen Ejecutivo, “(...) *no existe proveedor en el mercado nacional que pueda ofrecer dichos bienes en las condiciones requeridas*”.

Asimismo, dicho resumen ejecutivo precisó que se había constatado que si existían empresas extranjeras con representantes en el país, como el caso de POSCO DAEWOO, es decir, que contaban con domicilio en el país, pero que no estaban autorizadas para la producción o fabricación de los bienes objeto de la convocatoria. En ese sentido debemos presumir que la Dependencia a cargo del estudio de mercado o definitivo, advirtió en su momento, que POSCO DAEWOO si contaba con una sucursal con



domicilio en el Perú, pero que ésta no contaba con facultades para producir en el Perú las lanchas objeto del proceso de selección.

De otro lado, de la revisión del estudio definitivo para la adquisición de lanchas de interdicción marítima del PIP: “Creación de los servicios de interdicción marítima en el dominio marítimo nacional”, de fecha 12 de marzo de 2018, folio 001614 del expediente de contratación que les fue puesto a su consideración de manera parcial, se ha señalado:

“5. Modalidad de Compra: contratación en el mercado extranjero, ya que los potenciales proveedores que pueden proveer los requerimientos objeto del presente estudio, no se encuentran domiciliados en el país, así como, no existe proveedor en el mercado nacional que pueda ofrecer dichos bienes en las condiciones y capacidades requeridas y que no sean por lo tanto “prototipos”.

(...)

c) Los potenciales proveedores que pueden producir o comercializar los bienes objeto de la contratación, no se encuentran domiciliados en el país.

d) No existe en el territorio nacional, industria ni empresa autorizada por los fabricantes para producir o comercializar los bienes en las condiciones y garantías técnicas requeridas.

e) No existe proveedor en el mercado nacional, que pueda ofrecer dichos bienes en las condiciones requeridas”

Lo antes señalado corrobora que el CEME, previo a convocar al presente procedimiento de contratación determinó que no existían empresas nacionales que tuvieran la capacidad de proveer los bienes requeridos en el presente caso, y por ende, determinó que debían recurrir a empresas no domiciliadas en el Perú para cumplir dicho fin, y por tanto, convocar un proceso en el mercado extranjero bajo las reglas del Manual.

Por tanto, queda claro que el CEME luego del estudio de mercado o estudio definitivo, para lo cual recibió la cotización de POSCO DAEWOO desde su matriz domiciliada en Corea del Sur, y no de la Sucursal domiciliada en el país, determinó que, a pesar de contar con domicilio en el Perú, no estaba en capacidad de



producir las lanchas en el Perú, tal como fue expresamente señalado por POSCO DAEWOO mediante su correo electrónico de fecha 4 de marzo de 2018.

En ese sentido, para el CEME era meridianamente claro que POSCO DAEWOO si podía participar en el proceso de selección a pesar de contar con un Sucursal domiciliada en el Perú, tanto así, que en su momento, le cursó las invitaciones para participar en el proceso.

2.5 Como se puede apreciar de las invitaciones, ambas fueron remitidas a POSCO DAEWOO en su domicilio en Corea del Sur y no fueron remitidas al domicilio de la Sucursal en el Perú, puesto que el CEME era consciente que la sucursal no se encontraba facultada para la fabricación de las lanchas en el Perú; siendo considerada, únicamente como participante, a la matriz POSCO DEWOO con domicilio en Corea del Sur.

2.6 Como se puede inferir de lo antes expuesto, POSCO DAEWOO fue invitada a participar en dos oportunidades en el proceso de selección, es porque el CEME consideró que dicha empresa si cumplía con los requisitos para ser invitado, es decir:

- Que reunía la experiencia y capacidad de proveer el bien
- Que el bien sería fabricado en el extranjero
- Que el bien no podía ser fabricado en el Perú, aun cuando contaba con una Sucursal establecida en el Perú.

En observancia de lo antes indicado, queda demostrado que la participación de POSCO DAEWOO en el presente procedimiento de selección presupone que la Entidad no tenía duda alguna sobre su condición de empresa no domiciliada en el Perú con capacidad para fabricar los bienes, pues como hemos señalado, previamente realizó: i) elaboró un estudio de mercado, ii) procedió al registro del proveedor, y, iii) envió en dos ocasiones invitaciones para contar con su participación en el procedimiento de selección.

### 3. Sobre la Naturaleza y alcances del Anexo N° 14 de las Bases

3.1. Conforme se ha señalado en el recurso de apelación, de la revisión del Anexo N° 14, puede apreciarse que este contiene una Declaración Jurada en la que el postor debía declarar que:

“No se encuentra domiciliado en el Perú, y no cuenta con distribuidores y/o sucursales, con condiciones operativas, solvencia, medios humanos, materiales, servicios y respuestas necesarias para ejecutar las prestaciones derivadas del presente procedimiento de selección en territorio peruano”.

En primer término, es importante tener en cuenta que las bases no pueden ir más allá de lo dispuesto en la Ley, en el Reglamento de la Ley y en el Manual, y que por tanto, no pueden contravenir sus normas, sino que, por el contrario, deben enmarcarse dentro de las disposiciones legales invocadas.

En ese sentido, la interpretación que debe darse a la lectura del Anexo N° 14 es que, el postor debe declarar que tiene domicilio en el Perú que le permita fabricar los bienes objeto de la convocatoria, es decir, las lanchas. Esa es en nuestra opinión, como debe leerse y entenderse el texto del Anexo N° 14 en concordancia con las disposiciones de la Ley, el Reglamento de la Ley y del Manual.

Asumir lo contrario, es decir, aplicar una interpretación literal, en el sentido de que basta que un postor cuente con un domicilio en el Perú sea a través de un distribuidor o una sucursal, aun cuando éstas no tengan capacidad de fabricar las lanchas, sería en nuestra opinión legal y vulneraría los Principios de “Libertad y Concurrencia”, “Igualdad de trato”, “Competencia” y “Eficacia y Eficiencia” de la LCE a los que nos hemos referido en el numeral II, así como a los Principios de “Debido Procedimiento”, “Razonabilidad” y “Verdad Material” de la LPAG antes referidos también.

Cabe señalar algunas opiniones del OSCE en relación antes aludidos que permitirán entender porque una interpretación constituiría una vulneración de los referidos principios:

- Libertad de Concurrencia (Opinión N° 208-2017/DTN)
- Igualdad de Trato y Competencia (Opinión N° 138-2017/DTN)
- Transparencia (Opinión N° 199-2017/DTN)

De este modo, en síntesis el Anexo N° 14, tenía como finalidad que se declare, con relación al aspecto señalado en el literal a), que el postor es una empresa, y con relación al aspecto señalado en el literal b), que el postor no cuenta con distribuidores o sucursales en el Perú que puedan ejecutar las prestaciones objeto del procedimiento de selección. **En el presente caso, se aprecia que el postor, es la matriz POSCO DAEWOO con domicilio en Corea del Sur.**

3.2. Respecto de la Sucursal de POSCO DAEWOO a que se ha hecho referencia y por la cual se habría considerado que se habría faltado a la verdad al señalar que no posee un domicilio en el país, debemos indicar que, como apreciarán de la copia de la ficha N° 130292 que continúa en la Partida Registral N° 11017271, del registro de Sucursales de los Registros Públicos en Lima, es una sucursal cuyo objeto social se circunscribe exclusivamente a actividades relacionadas con hidrocarburos tal como se indica en su Asiento 1, no consignándose dentro de su objeto social, la posibilidad de fabricar o producir lanchas como objeto de la convocatoria.

Lo antes indicado se condice con la ficha RUC de la Sucursal, en donde se precisa como actividad económica principal y única la extracción de gas natural.

En ese sentido, POSCO DAEWOO, al momento de suscribir el Anexo N° 14 conforme al formato previsto en las Bases, no ha faltado a la verdad, por cuanto, como se acredita con su conducta a lo largo de los actos de la Fase Preparatoria (al indicar que las lanchas se producen en Corea y por tanto no en el Perú), así como del objeto social de su Sucursal, así como en la Ficha RUC, no cuenta con una Sucursal ni Distribuidos en el Perú con capacidad de fabricar las lanchas objeto de Concurso.

3.3. Asimismo, se podrá verificar en el Registro Nacional de Proveedores (Anexo N° 20), se consigna a POSCO DAEWOO como empresa extranjera No domiciliado, señalando domiciliado en Songdo-dong 165, Convensia – daero, Yeounsu-gu, Incheon, Corea/COREA y se le otorga el Código de Extranjero No Domiciliado 99000019514.

3.4. Las Declaraciones contenidas en el Anexo N° 14. Posibilidad de una imprecisión.

Conforme se ha señalado en el numeral IV.1 del presente recurso de apelación, el Anexo N° 14 de las Bases del CEME, y tal como hemos señalado en concordancia con el marco legal aplicable, la finalidad del Anexo es que el Postor declare que no cuenta con una sucursal o distribuidor domiciliado en el Perú que pueda ejecutar las prestaciones objeto del procedimiento de selección.

No obstante lo indicado, en el supuesto que la interpretación literal del CEME sea la que prime, es decir, que aun cuando un distribuidor o sucursal con domicilio en el país, que no produzca los bienes objeto de la convocatoria, debería ser descalificado por el simple hecho de contar con un domicilio en el Perú, estaríamos frente a un supuesto de una inconsistencia en el Texto N° 14.

De este modo, y en caso prime esta posición, el contenido del Anexo N° 14 debería ser considerado, ajena a la responsabilidad de POSCO DAEWOO.

3.5. Por tanto, solicita admitir a trámite el presente recurso de apelación, suspender el proceso de selección a trámite el presente recurso de apelación, y en su oportunidad, declarando fundado en todos sus extremos al haber demostrado que POSCO DAEWOO no contravino el Principio de Presunción de Veracidad al llenar el Anexo N° 14 de las Bases del CEME, pues bien dicha empresa tiene una sucursal peruana, que no es la participante en el presente proceso de selección, esta no ejecuta las prestaciones objeto de la contratación y por ende, la declaración jurada presentada es válida.

Que, mediante escrito de fecha de recepción del 08 de enero de 2019, la Empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC. DBA METAL SHARK.**, remite la absolución del recurso de apelación presentado por el **CONSORCIO POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD AEROTRADE CORP-CELERAK INC.** Asimismo, con fecha 15 de enero de 2019, presenta alegatos finales sobre el recurso de apelación interpuesto por el mencionado Consorcio;

De fecha 24 ENE. 2019

Que, del Informe Técnico Legal N° 01-2018 del 27 de diciembre de 2018 presentado por el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la Dirección de Contrataciones del Material, se desprende entre otros aspectos, lo siguiente:

1. El recurso de apelación interpuesto por consorcio conformado por POSCO DAEWOO CORPORATION Y WOONAM MARINE CRAFT., tiene como petitorio que se revoque el otorgamiento de la Buena Pro a favor de la empresa GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC - METAL SHARK y se declare nulo el proceso retro trayéndose a la etapa de admisión de ofertas.
2. Del Análisis de los fundamentos del Recurso se tiene:
  - 2.1. En principio, como base legal primigenia se encuentra el reglamento del DL N° 1128 que establece:

Artículo 10.- Contrataciones en el mercado extranjero para el caso particular de las contrataciones vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación contemplado en el artículo 3 literal o) de la Ley de Contrataciones del Estado, se configura cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del territorio nacional, los servicios requeridos, para lo cual se suscriben contratos internacionales.

Para aquellos casos en los cuales las contrataciones no están vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación adopta la regla general contemplada en la Ley de Contrataciones del Estado.

- 2.2. De conformidad con lo anterior, el Manual 3, señala como ámbito de aplicación para las contrataciones en el mercado extranjero dos supuestos en el cual se encuentran las contrataciones (i) vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional bajo el flujo "RES" y (II) no vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional" bajo el flujo "INTER".

- 2.3. De acuerdo al artículo 238.6 del Reglamento de Ley N° 30225, ha definido a las personas jurídicas extranjeras como Domiciliadas y No Domiciliadas, de la siguiente forma:

- a) Domiciliada (Sucursal): Persona jurídica extranjera que ha constituido sucursal en Perú.
- b) No Domiciliada (Matriz): Persona jurídica extranjera que no ha constituido sucursal en Perú.

2.4. No existe documento alguno donde la empresa indique expresamente que cuenta con sucursal en el Perú, por lo cual el comité técnico operacional siempre tuvo conocimiento que la empresa extranjera tiene una sola sede ubicada en Corea del Sur, tal como se puede apreciar en el Resumen Ejecutivo del Estudio Definitivo de fecha 12 de marzo del 2018, mediante el cual se consigna a la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION como empresa Coreana.

2.5. Finalmente, el Comité de Selección en el mercado extranjero (CEME), en cumplimiento del acápite 2, del Capítulo III del Manual 3, invitó a los potenciales proveedores conforme al estudio de mercado, lo cual no implica ninguna validación técnica y/o económica por parte del CEME, ya que es en la etapa del proceso en donde se evaluará las capacidades de los potenciales proveedores para ejecutar las prestaciones derivadas del mismo.

2.6. Asimismo, en las Bases del proceso se solicitan como documentos de presentación obligatoria, entre otros :

6) DOCUMENTACIÓN PARA LA ADMISIÓN DE PROPUESTA (OBLIGATORIO):

(....)

**b. Copia de la vigencia del Poder del Representante Legal de la empresa que suscribirá el contrato, emitida por la autoridad registral de su país de origen, con una antigüedad no mayor a TRES (3) meses, con traducción simple al idioma castellano.**

2.7. La empresa **POSCO DAEWOO CORPORATION** adjunta una vigencia de poder emitida por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), como Sucursal Peruana.

2.8. El CEME realizó una indagación respecto a si la empresa está o no domiciliada debido a que la vigencia sería prueba definitiva que la citada empresa se ha constituido en el país a través de una sucursal.

2.9. El Manual indica que las contrataciones en el mercado extranjero se realizan con proveedores no domiciliados en el país.

2.10. Finalmente debido al documento presentado, el mismo que se encuentra vinculado por el ANEXO N° 14, las cuales son de cumplimiento obligatorio para la admisión de propuestas, se determinó no admitir la oferta del Consorcio, debido a que la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION tiene domicilio



en el país, vale decir no cumplió con presentar la vigencia de poder del país de origen, así como el referido anexo.

2.11. Debe indicarse que el artículo 396 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece las características particulares de las sucursales.

2.12. La Sucursal es un establecimiento secundario de una sociedad principal, a través del cual esta última desarrolla actividades comprendidas en su objeto social, en un lugar distinto a su domicilio; así, la sucursal es parte de la sociedad principal que la constituyó, careciendo de personería jurídica propia, por lo cual la empresa POSCO DAEWOO no cumpliría la calidad de no estar domiciliada en el país.

2.13. La empresa POSCO DAEWOO CORPORATION, nunca expresó en correos o cartas (en el estudio de mercado) que habían establecido sucursal en el país.

Que, del análisis de la documentación contenida en el expediente del proceso de selección en el mercado extranjero INTER N° 0001-2018 MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria, remitido por la Marina de Guerra del Perú mediante Oficio N° G.500-0016, de fecha 03 de enero de 2019, relacionado a la “Adquisición de Dos (2) Lanchas de Interdicción Marítima”, convocado por dicha Institución Armada, se advierte lo siguiente:

1. El Comité Especial en el Mercado Extranjero del proceso de selección INTER N° 0001-2018 MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria, relacionado a la “Adquisición de Dos (2) Lanchas de Interdicción Marítima”, realizó el Acto Público de Presentación de Propuestas, Apertura Propuesta Técnica y Verificación de Documentación Obligatoria – Cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos del citado proceso de selección y el otorgamiento de la Buena Pro, según consta del Acta Notarial de fecha 05 de diciembre de 2019, con participación del Notario Público Doctor Rafael Enrique Rivero Castillo, adjudicando la Buena Pro a la empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC – METAL SHARK**, por el monto de US\$ 3' 486,268.00 (Tres Millones Cuatrocientos Ochenta y Seis Mil Doscientos Sesenta y Ocho Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).
2. De la revisión de las Bases Integradas del proceso se aprecia que a folios 03 de las mismas, Numeral 6) DOCUMENTACIÓN PARA LA ADMISIÓN DE PROPUESTA REQUERIDA, subpárrafo b.-, del párrafo 12 REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PROPUESTA requirieron entre otros documentos de presentación obligatoria, los siguientes:



- a) **Copia de la Constitución de la empresa, estatuto y sus modificatorias o Certificación de la inscripción de la empresa**, emitida por la Cámara de Comercio u Organismo Gubernamental pertinente (...).
- b) **Copia de la vigencia de poder del representante legal de la empresa que suscribirá el contrato emitida por autoridad registral de su país de origen o expedida por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos del Perú**, con una antigüedad no mayor a TRES (03) meses, con traducción simple al idioma castellano.
- t) *Original de la Declaración Jurada suscrita por el representante legal de la empresa extranjera postora, mediante el cual declara que no se encuentra domiciliado en el Perú según formato del Anexo (14)*

En caso de Consorcio, la citada Declaración Jurada deberá ser presentada por cada una de las empresas que lo integran.

(...)

Cabe señalar que el formato del Anexo (14) indicaba lo siguiente:

(...)

**DECLARO BAJO JURAMENTO**, lo siguiente:

*Que, mi representada no se encuentra domiciliada en el Perú y no cuenta con distribuidores y/o sucursales, con condiciones operativas, solvencia, medios humanos, materiales, servicios y repuestos necesarios para ejecutar las prestaciones derivadas del presente procedimiento de selección en territorio peruano.*

(...)

3. Que, de acuerdo al Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001-Versión 03, **la documentación de presentación obligatoria, son los documentos considerados obligatorios según la normatividad vigente y aquellos que el CEME considera indispensables en la propuesta**, de tal manera que sirvan para identificar legalmente al postor, acreditar el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos y establecer compromisos por parte del postor, entre otros.
4. Que, el CEME no admitió la propuesta del Consorcio **POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, en razón de

haber advertido en la página web de la SUNAT (RUC) que la empresa como sucursal (20329560687) – POSCO DAEWOO SUCURSAL PERUANA, vulnerando el principio de presunción de la veracidad de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

- Que, dicha vulneración se relacionaría al hecho de haber declarado bajo juramento **que no se encuentra domiciliada en el Perú, y no cuenta con distribuidores y/o sucursales, con condiciones operativas, solvencia, medios humanos, materiales, servicios y repuestos para ejecutar las prestaciones derivadas del presente procedimiento de selección** en territorio peruano conforme al anexo 14 de las Bases.
- Sobre el particular, **es preciso indicar que dicha Declaración Jurada (Anexo 14) debe ser concordante con lo establecido en el marco legal que regula las contrataciones en el mercado extranjero y no puede interpretarse de manera restrictiva a los principios propios de la contratación pública.**
- Que, al respecto el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1128 señala que para el caso de las contrataciones consideradas estratégicas en el ámbito de Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación establecido en el artículo 3, numeral 3.3, literal o) de la Ley de Contrataciones del Estado, se configura cuando **se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del territorio nacional los servicios requeridos**, para lo cual se suscribirá el o los contratos internacionales respectivos.
- Que, el mismo supuesto de hecho se encuentra contemplado en el artículo 21 del Decreto Supremo N° 005-2013-DE y en el Manual de Compras en el Mercado Extranjero - Versión 3, en su acápite 6 ámbito de aplicación.
- Que, en ese sentido para el presente proceso en el mercado extranjero cuyo objeto es la adquisición de bienes se debieron cumplir los siguientes supuestos de hecho.
  - Los proveedores invitados deben ser empresas no domiciliadas en el país.
  - Se acredite la no existencia de proveedores en el mercado nacional con capacidad de fabricar los bienes materia de la convocatoria.
- Que, de la revisión de los actuados se aprecia que la entidad convocante, Marina de Guerra del Perú, a través del CEME invitó con



cartas del 16 de mayo de 2018 y 28 de setiembre de 2018 a la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION con sede en Corea del Sur para participar tanto en la primera como en la segunda convocatoria del proceso de contratación, ante lo cual la empresa presentó la propuesta correspondiente.

- Que, a folios 99 de su propuesta técnica presente su certificado de inscripción de empresa extranjera no domiciliada en el Perú (matriz), siendo su Representante Legal **KIM YOUNG SANG**.
- Que, en ese contexto y estando a la normativa sobre la materia, el solo hecho de tener una sucursal no excluye a una empresa extranjera (matriz) a poder participar en un proceso de contratación al mercado extranjero siempre y cuando presente su propuesta como tal (empresa no domiciliada- matriz) y no tenga sucursal que esté en la capacidad de fabricar los bienes materia de la convocatoria.
- Que, de la revisión de la sucursal POSCO DAEWOO CORPORATION SUCURSAL PERUANA, con Partida Electrónica N° 1107271 y RUC 20329560687 se aprecia que tiene como objeto comercial el de hidrocarburos, por lo cual la sucursal no está en capacidad de fabricar el objeto materia de la convocatoria en el país.
- Que, por consiguiente se advierte la no existencia de la vulneración del principio de presunción de veracidad puesto que lo declarado corresponde a que dicha empresa matriz no cuenta con sucursal que pueda fabricar los bienes objeto materia de la contratación, por tanto lo alegado por el postor impugnante **en este extremo resulta amparable**.
- Que, sin embargo estando a que la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION matriz con sede en Corea del Sur es una empresa consorciada conjuntamente con la empresa **WOONAM MARINE CRAFT CO LTD** para el presente proceso de selección y, siendo la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION, el representante común del Consorcio, según el contrato de Consorcio que obra a folios 284 de su propuesta técnica; para efectos de considerar válida toda la documentación de presentación obligatoria, la misma debe corresponder a cada una de las empresas consorciadas mencionadas.
- Que, en tal sentido a folios 101, se aprecia que la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION (matriz) consigna la inscripción de la vigencia de poder del Representante Legal de POSCO DAEWOO CORPORATION SUCURSAL PERUANA, lo cual no se ajusta a lo solicitado en las Bases ni a lo argumentado por el propio Consorcio impugnante al señalar que ha presentado toda su propuesta como empresa POSCO DAEWOO CORPORATION (matriz), mas no como su sucursal en el Perú. Es importante precisar que el documento



privado que dio origen a esa vigencia de poder lo otorga su presidente quien actúa en nombre y representación de **POSCO DAEWOO CORPORATION SUCURSAL PERUANA**, lo cual corrobora que dicho poder fue otorgado en el marco de la constitución de su **SUCURSAL**.

- Que, hay que tener presente que conforme al Reglamento de Inscripciones del Registro Personas Jurídicas vigente de la SUNARP (Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN), la inscripción de las personas jurídicas extranjeras se dan mediante dos actos inscribibles: **(I) El reconocimiento de Persona Jurídica constituida en el extranjero<sup>1</sup> y (II) el establecimiento de sucursales y todo acto inscribible vinculados a esta.**
- Que, en ese sentido la empresa **POSCO DAEWOO CORPORATION (matriz)**, para cumplir lo solicitado en las Bases debió adjuntar la copia de la vigencia de poder del Representante Legal de la empresa que suscribirá el contrato **emitida por autoridad registral de su país de origen**, o en su defecto debió presentar la vigencia de poder (SUNARP) inscrita en el **Registro de Persona Jurídicas – Libro de Poderes otorgados por sociedades Constituidas o Sucursales establecidas en el extranjero**, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 165 del Reglamento de Registro de Sociedades, aprobado por Resolución del Superintendente de Registros Públicos N° 200-2001-SUNARP, el mismo que señala que para la **inscripción de poderes otorgados por sociedades constituidas en el extranjero debe acompañarse un certificado de vigencia de la sociedad otorgante u otro instrumento equivalente expedido por autoridad competente en su país de origen.**

Por consiguiente, al tratarse de documentos de obligatorio cumplimiento para el presente proceso, se advierte que la empresa impugnante no cumplió con adjuntar la vigencia de poder de acuerdo a lo establecido en las Bases, hecho que impide que su propuesta pueda ser admitida.

Que, el inciso b) numeral 14 del párrafo 13 **RECURSOS DE APELACIÓN** del Capítulo III **PROCESO DE SELECCIÓN** del citado **MANUAL DE CONTRATACIONES EN EL MERCADO EXTRANJERO MAN-DPC-001 – VERSIÓN 3** establece *“Que el Titular del OBAC o el Jefe de la Agencia según corresponda, en virtud del Recurso de Apelación interpuesto podrá resolver de las siguientes formas: (i) fundado, (ii) infundado o (iii) improcedente. Asimismo si en virtud de la evaluación del Recurso Impugnativo, advierte contravenciones a la normativa, actos dictados por Órganos incompetentes, o un imposible jurídico, podrá declarar la Nulidad del proceso de selección, debiendo señalar a la etapa que se retrotraerá el mismo;*

<sup>1</sup> Reglamento de Inscripciones del Registro Personas Jurídicas, TÍTULO XIV, SUCURSALES, artículo 69,- título que da mérito a la inscripción de sucursal de persona jurídica constituida en el país

Que, con Dictamen Legal N° 001-2019-ACFFAA-OAJ-URA, la Unidad de Revisión de Apelaciones, en el ámbito de su competencia, recomienda se declare fundado en parte la apelación interpuesta por el **Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, respecto al proceso de selección en el mercado extranjero INTER 001-2018-MGP/DIRCOMAT, segunda convocatoria, relacionado a la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, debiendo confirmarse el otorgamiento de la Buena Pro y devolverse la garantía presentada por la empresa impugnante;

Que, conforme al literal c) del artículo 66 del Decreto Supremo N° 005-2013-DE, recibido el expediente contratación, la Agencia tiene un plazo no mayor de quince (15) días para resolver el recurso de apelación;

Estando al recurso de apelación presentado por el **Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, con la visación de la Oficina de Asesoría Jurídica y de la Jefe la Unidad de Revisión de Apelaciones de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.



**SE RESUELVE:**



**Artículo 1.-** Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por el **Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD** respecto al proceso de selección en el mercado extranjero INTER 0001-2018-MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria relacionado a la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, en el extremo referido a la no vulneración del principio de presunción de veracidad por parte del citado Consorcio, por consiguiente **CONFIRMAR** la Buena Pro otorgada a la empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC. DBA METAL SHARK**.



**Artículo 2.-** Disponer a la Oficina General de Administración devuelva la garantía al **Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD.**, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el artículo 61 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1128, que crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2013-DE.

**Artículo 3.-** Remitir fotocopia de la presente Resolución a la Marina de Guerra del Perú a fin de que disponga que el Comité de Selección designado para la ejecución del proceso de selección en el mercado extranjero INTER 0001-2018-MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria relacionado a la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, proceda conforme a sus atribuciones.

**Artículo 4.-** Notificar la presente Resolución al Consorcio **POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD.**, y a la empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC. DBA METAL SHARK**.

Artículo 5.- Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y archívese.



  
Luis Alberto Huarcaya Revilla  
Jefe (e)  
Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas



# Resolución Jefatural

N° 007-2019-ACFFAA

Lima, 24 ENE. 2019

## VISTOS:

El Recurso de Apelación de fecha 17 de diciembre de 2018, presentado por el Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD., contra el otorgamiento de la Buena Pro del proceso de selección en el mercado extranjero N° INTER 0001-2018-MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria relacionado a la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”.

## CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Jefatural N° 256-2018/SUE: 13 de fecha 26 de setiembre de 2018, se aprobó las bases de contratación internacional bajo la modalidad de compra en el mercado extranjero N° INTER-001-2018-MGP/DIRCOMAT en segunda convocatoria, para la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, con cargo al Presupuesto Fiscal del Año 2018;

Que, con fecha 26 de setiembre de 2018, se publicó en la página web del SEACE, la convocatoria del proceso de selección en el mercado extranjero N° INTER-001-2018-MGP/DIRCOMAT en segunda convocatoria, para la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”;

Que, con fecha 24 de octubre de 2018, el Comité Especial realizó el acto público de presentación de propuestas, apertura de propuesta técnica, recepción de documentación obligatoria - cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos del mencionado proceso de selección, presentándose como postores las empresas UKRINMASH, MARINE ALUTECH GY AB, CANTIERE NAVALE VITTORIA, STX CORPORATION, SAFE BOATS INTERNATIONAL LLC, POSCO DAEWOO, PARAMOUNT GROUP, METAL SHARK – GRAVOIS ALUMINUM BOATS LLC., FINE INC., BALTIC WORKBOATS US, ASTILLEROS ARMON

De fecha 24 ENE. 2019

**S.A., JSC RYBINSK SHIYARD, TECHNO MARINE LTD., US WORKBOATS LLC,** las mismas que fueron recibidas por el respectivo Comité Especial;

Que, con fecha 05 de diciembre de 2018 el Comité Especial realizó el acto público de evaluación de propuestas técnicas, evaluación de propuestas económicas y otorgamiento de la Buena Pro, oportunidad en la cual se indican las empresas cuyas propuestas técnicas pasaron para verificación del contenido de la documentación obligatoria y el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos según el siguiente resultado:

- **CONSORCIO UKRINMASH / BLACK SEA YACHTS SHIPYARD (NO ADMITIDA)**
- **MARINE ALUTECH OY AB (NO ADMITIDA)**
- **CANTIERE NAVALE VITTORIA S.P.A. (NO ADMITIDA)**
- **CONSORCIO POSCO DAEWO CORPORATION / WOONAM MARINE CRAFT CO LTD (NO ADMITIDA)**
- **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS, LLC DBA – METAL SHARK BOATS (ADMITIDA)**
- **FINE INC. (NO ADMITIDA)**
- **TECHNO MARINE LTD (NO ADMITIDA).**



Que, luego de concluir la evaluación final el CEME por unanimidad acuerda otorgar la Buena Pro del proceso de selección en el mercado extranjero INTER N° 001-2018-MGP/DIRCOMAT - Segunda Convocatoria, para la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, a la empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS, LLC DBA – METAL SHARK BOATS**, por el monto de US \$ 3'486,268.00 (Tres millones cuatrocientos ochenta y seis mil doscientos sesenta y ocho Dólares Americanos);



Que, el señor Wan Soo Kim, Representante Legal Común del **CONSORCIO POSCO DAEWO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, mediante escrito s/n de fecha 17 de diciembre de 2018, interpuso ante la mesa de partes de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas un Recurso de Apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro, adjudicado a la **EMPRESA GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC. DBA METAL SHARK**, del proceso de selección en el mercado extranjero N° INTER 0001-2018 MGP/DIRCOMAT - Segunda Convocatoria, para la “Adquisición de dos (2) Lanchas de Interdicción Marítima”, solicitando suspender el proceso de selección durante la tramitación del presente recurso, y en su oportunidad, declarar fundado el recurso de apelación en todos sus extremos. Asimismo, solicita se declare nulo el presente proceso de selección, y se retrotraiga el mismo a la etapa de admisión de ofertas en la que se deberá admitir la propuesta y proceder a su calificación conforme a la etapa de calificación y evaluación de propuestas, al haber demostrado que POSCO DAEWO no contravino el Principio de Presunción de Veracidad al llenar el Anexo N° 14 de las Bases del CEME, pues si bien dicha empresa tiene una sucursal peruana, que no es la participante en el presente procedimiento de selección, esta no ejecuta las



prestaciones objeto de la contratación y por ende, la declaración jurada presentada es plenamente válida;

Que, el Recurso de Apelación de fecha 17 de diciembre de 2018 presentado por el **CONSORCIO POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, se sustenta en los siguientes argumentos:

1. Sobre la base legal del proceso de selección, el Consorcio resalta los aspectos más importantes de la normativa que deberá ser tomada en cuenta para el análisis y resolución del recurso.

1.1 La Ley y el Reglamento aplicable a las Compras de las Fuerzas Armadas:

- a. Mediante el Decreto Legislativo N° 1128 publicado el 7 de diciembre de 2012, se crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, como la entidad adscrita al Ministerio de Defensa para, entre otras actividades, llevar adelante el proceso de compras y adquisiciones de bienes y servicios para las dependencias integrantes de las Fuerzas Armadas, dentro del cual se encuentra la Marina de Guerra del Perú.
- b. La Ley, en su artículo 10, contempla los casos de contrataciones en el Mercado Extranjero, cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país en la medida que se haya constatado que, en el mercado nacional, no exista un productor domiciliado con capacidad de fabricar bienes o realizar los servicios requeridos.

El Artículo 10 de la Ley dispone lo siguiente:

“Artículo 10.- Contrataciones en el Mercado Extranjero

Para el caso de las contrataciones consideradas estratégicas en el ámbito de Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación establecido en el artículo 3, numeral 3.3, literal o) de la Ley de Contrataciones del Estado, se configura cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del



territorio nacional los servicios requeridos, para lo cual se suscribirá el o los contratos internacionales respectivos.

Dichos contratos serán regulados por la normatividad interna que emita la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas; o, en su defecto, por los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio y las prácticas de comercio internacional vigentes a la firma del Contrato”

Como se puede apreciar, la Ley distingue dos supuestos que tienen tratamientos distintos:

- Bienes o servicio producidos en el Perú; o
- Bienes o servicios no producidos o prestados en el Perú.

La Ley señala, que para el segundo supuesto, es decir cuando se constate que no exista la posibilidad de adquirir bienes o servicios en el Perú, es decir, de una empresa domiciliada, entonces se deberá recurrir al mecanismo que no tiene la capacidad de producir bienes en el Perú. Dicho mecanismo, tal como ha sido dispuesto en el artículo 10 de la Ley, se regula y se debe regir por la normativa de la ACFFAA.

- c. El Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2013-DE publicado el 7 de setiembre de 2013, desarrolla el concepto tratado en el artículo 10 de la Ley antes citado, precisando en su artículo 4, la existencia de los dos regímenes de contratación aludidos, es decir: i) procesos de contratación en el mercado nacional; y, ii) procesos de contratación en el mercado extranjero, señalando que los primeros se rigen bajo las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), en la Ley y en el Reglamento de la Ley, mientras que para el caso de los procesos de contratación en el mercado extranjero, no resultan de aplicación las disposiciones de la LCE, sino que resultarían de aplicación los manuales, directivas y otras que dicte la ACFFAA.

Queda claro, que para los casos de Contrataciones en el Extranjero como es el caso del CEME, la base legal estará constituida por la Ley, el Reglamento de la Ley y los Manuales y Directivas aplicables.



Lo antes indicado, ha sido recogido en el artículo 20 del Reglamento de la Ley que señala:

“Artículo 20.- regulación de los procesos de contratación en el mercado extranjero.

Los procesos de contratación en el mercado extranjero celebrados por la Agencia se regulan por lo establecido en el presente reglamento y la normativa interna que emita el Jefe de la Agencia...”

Asimismo, el Reglamento de la Ley en su artículo 21 señala:

“Artículo 21.- Contrataciones en el mercado extranjero

Para el caso particular de las contrataciones vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación contemplado en el artículo 3 literal o) de la Ley de Contrataciones del Estado se configura cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del territorio nacional, los servicios requeridos (...).”

Como se aprecia, el Reglamento de la Ley, siguiendo el mandato señalado en la Ley, ha determinado que para poder convocar a un proceso de selección en el mercado extranjero, se debe previamente constatar que no existe en el mercado nacional, algún proveedor nacional domiciliado con capacidad de fabricar el bien o prestar el servicio.

Este principio es clave para poder demostrar cómo es que la participación del Consorcio, se enmarca dentro de las disposiciones de la Ley y del Reglamento de la Ley, y que por tanto, no se ha faltado a la verdad, por cuanto, aun cuando el integrante del Consorcio POSCO DAEWOO si cuenta con una sucursal con domicilio en el país, ésta es decir, la Sucursal, no se encuentra capacitada para producir el bien objeto de la CEME, por lo que para poder proveer el bien, POSCO DAEWOO **debe recurrir a su Casa Matriz domiciliada en Corea, lo cual ha ocurrido en el presente proceso de selección.**



Vale decir, el Consorcio no puede ser descalificado porque su integrante POSCO DAEWOO a través de su Sucursal, cuenta con un domicilio en el Perú únicamente para tributar en el Perú por su renta de fuente peruana: “extracción de gas natural” – de conformidad con el literal e) del artículo 7 de la Ley del Impuesto a la Renta; por el contrario, la participación del Consorcio deber ser admitido por cuanto, en el presente proceso de selección POSCO DAEWOO no participa a través de su Sucursal, sino de su matriz que es una empresa no domiciliada y la única capaz de proveer el bien objeto de la contratación.

En relación a ello, el Tribunal Fiscal, mediante pronunciamiento RTF N° 01651-5-2004 (19/03/2004), ratifica dicha postura, señalando lo siguiente:

“Las disposiciones que regulan el impuesto consideran a la sucursal de una empresa establecida en el exterior como un sujeto distinto a su matriz, pues mientras la primera es considerada como un sujeto domiciliado que puede prestar servicios en el país gravados con el impuesto, la matriz conserva su naturaleza de no domiciliada”.

- d. El Manual, ha sido aprobado por la Resolución Jefatural N° 121-2017-ACFFAA del 21 de agosto de 2017, el cual resulta de aplicación a la CEME, el mismo que viene a complementar las disposiciones de la Ley y del Reglamento de la Ley. Por tanto, para poder interpretar los alcances de las disposiciones contenidos en el Manual, por el Principio de Jerarquía Normativa y de Legalidad, debemos tener en cuenta que el Manual no puede ir más allá de la Ley y de su Reglamento por tratarse de una norma de inferior jerarquía.

Ello quiere decir, que el Manual contiene el desarrollo reglamentario de las disposiciones de la Ley y del Reglamento de la Ley.

## 2. Sobre la No Admisión de la propuesta del Consorcio

- 2.1 En el literal t) de la sección denominada “Documentación para la Admisión de la Propuesta” contenida en la página 7 de las Bases de la CEME, se requirió la presentación del



“Original de la Declaración Jurada suscrita por el representante legal de la empresa extranjera postora, mediante la cual declara que nos e encuentra domiciliado en el Perú según formato del Anexo 14”.

En el presente caso, el CEME al revisar el Anexo N° 14 llenados por los integrantes del Consorcio, POSCO DAEWOO, y verificando la información de la página web de la SUNARP, determinó lo siguiente:

“NO CUMPLE: se ha verificado en la página web de SUNAT (RUC) que la empresa está inscrita como sucursal o agencia de empresa extranjera (20329560687 – POSCO DAEWOO CORPORATION sucursal peruana), vulnerando el principio de presunción de veracidad que rige la Ley N° 27444 “Ley de Procedimiento Administrativo General”.



Como consecuencia de lo antes indicado, en el Acta de Evaluación de Propuestas Técnicas, Apertura y Evaluación de Propuestas Económicas y Otorgamiento de Buena Pro del 5 de diciembre de 2018, el CEME declaró la propuesta del Consorcio como “No Admitida”.



En virtud a lo expuesto, POSCO DAEWOO al llenar el Anexo N° 14 de las Bases de la CEME, no contravino el Principio de Presunción de Veracidad previsto en el Numeral 1.7 del Artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobada mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS como adujo el CEME, y en consecuencia, corresponde: i) que se declare Nulo el presente procedimiento de selección; ii) que este se retrotraiga a la Etapa de Admisión de Propuestas, en la que se deberá Admitir y Evaluar la propuesta del Consorcio; y, iii) otorgarle la Buena Pro de la CEME:



Sobre la condición de empresa no domiciliada en el Perú de POSCO DAEWOO que permitió su participación en la CEME

- En el Artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1128 – Decreto Legislativo que crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, se establece sobre las contrataciones en el Mercado Extranjero.

De acuerdo a marco legal que regula las Contrataciones en el Mercado Extranjero realizadas

por las Fuerzas Armadas que hemos reseñado en el Numeral II, solo se recurrirá a un proveedor no domiciliado en el país, cuando no haya proveedor nacional que fabrique los bienes o ejecute los servicios requeridos.

Ello quiere decir que, sólo se procederá a convocar un proceso de selección bajo el marco del Manual, es decir, buscando proveedores en el mercado extranjero, cuando se haya acreditado de manera fehaciente, que, en el mercado nacional, es decir que en el Perú, no exista algún proveedor domiciliado que se encuentra en capacidad de suministrar o fabricar el bien objeto de la convocatoria.

- 2.2 En la línea de lo antes indicado, cabe señalar que el literal b) del numeral 6 del Manual, se establecen dos condiciones mínimas que debe cumplir toda empresa para estar registrada como proveedor extranjero y participar de los procesos de contratación en el Mercado extranjero regulados por la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas (ACFFAA), una de estas condiciones es: 1) No estar domiciliado en el país.

Asimismo, en el numeral 7 del Manual se establece que, para dar inicio a un proceso de selección bajo este marco legal, debe contarse como requisito indispensable con un "Expediente de Contratación" aprobado que debe contener, entre otros, con los siguientes documentos:

#### "7. APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

(...)

2) Estudio de Mercado de acuerdo a lo establecido en el párrafo 4 del presente capítulo.

3) Listado de Potenciales Proveedores o Proveedores único a invitar (...)

8) Informe Técnico que sustenta la concurrencia de los requisitos para una contratación en el mercado extranjero.

9) Informe Legal en el cual se concluya que lo especificado en el Informe Técnico, se ajusta a la normativa sobre los procesos de contratación en el mercado extranjero."



Conforme a lo dispuesto en el Numeral 4 del Capítulo II del Manual como parte de los actos preparatorios, toda entidad debe necesariamente, realizar un Estudio de Mercado con la finalidad de constatar entre otros aspectos: la existencia de pluralidad de potenciales postores, así como las acreditaciones y/o autorizaciones y capacidades de los potenciales postores.

Las disposiciones legales antes citadas, evidencian que todo proceso de contratación regido bajo las disposiciones legales de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas presupone que la Entidad de la Fuerza Armada respectiva, haya realizado una serie de actos previos durante la Fase de Actos Preparatorios, para determinar la necesidad de prescindir de los proveedores de bienes y servicios locales y recurrir a proveedores no domiciliados en el Perú mediante una Contratación en el Mercado Extranjero.

En cumplimiento a este requisito, en lo que respecta al Estudio de Mercado, tenemos lo siguiente:

- Mediante Oficio V.200-1091 del 28 de abril de 2017, el Director de Abastecimiento Naval, requiere a POSCO DAEWOO una cotización, ello como parte del Estudio de Mercado que la entidad venía realizando para la adquisición de los bienes objeto del Proceso de Selección.
- Mediante Carta HGL/AR-170522-RIB01 de fecha 22 de mayo de 2017, POSCO DAEWOO atendiendo el pedido formulado mediante el documento señalado en el párrafo anterior, responde a la cotización solicitada.
- Mediante correo electrónico de fecha 28 de febrero de 2018, el Capitán de Fragata Rony Edgar Buleje Castañeda, miembro del CEME y Jefe del Departamento de Plataformas de la Dirección de Alistamiento Naval, en mérito al estudio de mercado que venía elaborando, solicitó a POSCO DAEWOO, lo siguiente:

“(…) el motivo de la presente es para solicitarles de acuerdo a la carta oficial adjunta, la actualización de su cotización debidamente firmada, ya que la misma

no debe tener más de 6 meses de antigüedad, así como nos indiquen, si su representada está domiciliada en el país (Perú), esto con mayor precisión quiere decir, si fabrican o construyen en el país la lancha requerida”

Como se puede apreciar, cuando se hace el requerimiento a POSCO DAEWOO se pregunta si está domiciliada en el Perú, lo cual a propio criterio del CEME, si fabrican la lancha en el Perú.

En respuesta al pedido antes señalado, POSCO DAEWOO, mediante correo del 4 de marzo de 2018, remitió su propuesta señalando con precisión que “las lanchas son producidas desde el astillero de Corea del Sur”. Con esta indicación quedaba claro que independientemente de si POSCO DAEWOO tenía o no domicilio en el Perú, se precisó que las lanchas no se producían en el Perú, sino que estas se producían en Corea del Sur.



2.3 Posteriormente, el 12 de marzo de 2018 el CEME elaboró el documento denominado “Estudio de Posibilidades que ofrece el Mercado Extranjero para la Adquisición Lanchas de Interdicción Marítima”, o llamado también “Estudio Definitivo”, que entendemos se trata del estudio de mercado a que se refiere el Manual y el Reglamento de la Ley.



2.4 Que del resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado extranjero para la adquisición de lanchas de interdicción marítima, se concluyó en el último párrafo del numeral 1 del Resumen Ejecutivo, “(...) *no existe proveedor en el mercado nacional que pueda ofrecer dichos bienes en las condiciones requeridas*”.

Asimismo, dicho resumen ejecutivo precisó que se había constatado que si existían empresas extranjeras con representantes en el país, como el caso de POSCO DAEWOO, es decir, que contaban con domicilio en el país, pero que no estaban autorizadas para la producción o fabricación de los bienes objeto de la convocatoria. En ese sentido debemos presumir que la Dependencia a cargo del estudio de mercado o definitivo, advirtió en su momento, que POSCO DAEWOO si contaba con una sucursal con



domicilio en el Perú, pero que ésta no contaba con facultades para producir en el Perú las lanchas objeto del proceso de selección.

De otro lado, de la revisión del estudio definitivo para la adquisición de lanchas de interdicción marítima del PIP: "Creación de los servicios de interdicción marítima en el dominio marítimo nacional", de fecha 12 de marzo de 2018, folio 001614 del expediente de contratación que les fue puesto a su consideración de manera parcial, se ha señalado:

"5. Modalidad de Compra: contratación en el mercado extranjero, ya que los potenciales proveedores que pueden proveer los requerimientos objeto del presente estudio, no se encuentran domiciliados en el país, así como, no existe proveedor en el mercado nacional que pueda ofrecer dichos bienes en las condiciones y capacidades requeridas y que no sean por lo tanto "prototipos".

(...)

c) Los potenciales proveedores que pueden producir o comercializar los bienes objeto de la contratación, no se encuentran domiciliados en el país.

d) No existe en el territorio nacional, industria ni empresa autorizada por los fabricantes para producir o comercializar los bienes en las condiciones y garantías técnicas requeridas.

e) No existe proveedor en el mercado nacional, que pueda ofrecer dichos bienes en las condiciones requeridas"

Lo antes señalado corrobora que el CEME, previo a convocar al presente procedimiento de contratación determinó que no existían empresas nacionales que tuvieran la capacidad de proveer los bienes requeridos en el presente caso, y por ende, determinó que debían recurrir a empresas no domiciliadas en el Perú para cumplir dicho fin, y por tanto, convocar un proceso en el mercado extranjero bajo las reglas del Manual.

Por tanto, queda claro que el CEME luego del estudio de mercado o estudio definitivo, para lo cual recibió la cotización de POSCO DAEWOO desde su matriz domiciliada en Corea del Sur, y no de la Sucursal domiciliada en el país, determinó que, a pesar de contar con domicilio en el Perú, no estaba en capacidad de



producir las lanchas en el Perú, tal como fue expresamente señalado por POSCO DAEWOO mediante su correo electrónico de fecha 4 de marzo de 2018.

En ese sentido, para el CEME era meridianamente claro que POSCO DAEWOO si podía participar en el proceso de selección a pesar de contar con un Sucursal domiciliada en el Perú, tanto así, que en su momento, le cursó las invitaciones para participar en el proceso.

2.5 Como se puede apreciar de las invitaciones, ambas fueron remitidas a POSCO DAEWOO en su domicilio en Corea del Sur y no fueron remitidas al domicilio de la Sucursal en el Perú, puesto que el CEME era consciente que la sucursal no se encontraba facultada para la fabricación de las lanchas en el Perú; siendo considerada, únicamente como participante, a la matriz POSCO DEWOO con domicilio en Corea del Sur.

2.6 Como se puede inferir de lo antes expuesto, POSCO DAEWOO fue invitada a participar en dos oportunidades en el proceso de selección, es porque el CEME consideró que dicha empresa si cumplía con los requisitos para ser invitado, es decir:

- Que reunía la experiencia y capacidad de proveer el bien
- Que el bien sería fabricado en el extranjero
- Que el bien no podía ser fabricado en el Perú, aun cuando contaba con una Sucursal establecida en el Perú.

En observancia de lo antes indicado, queda demostrado que la participación de POSCO DAEWOO en el presente procedimiento de selección presupone que la Entidad no tenía duda alguna sobre su condición de empresa no domiciliada en el Perú con capacidad para fabricar los bienes, pues como hemos señalado, previamente realizó: i) elaboró un estudio de mercado, ii) procedió al registro del proveedor, y, iii) envió en dos ocasiones invitaciones para contar con su participación en el procedimiento de selección.

### 3. Sobre la Naturaleza y alcances del Anexo N° 14 de las Bases

3.1. Conforme se ha señalado en el recurso de apelación, de la revisión del Anexo N° 14, puede apreciarse que este contiene una Declaración Jurada en la que el postor debía declarar que:



“No se encuentra domiciliado en el Perú, y no cuenta con distribuidores y/o sucursales, con condiciones operativas, solvencia, medios humanos, materiales, servicios y respuestas necesarias para ejecutar las prestaciones derivadas del presente procedimiento de selección en territorio peruano”.

En primer término, es importante tener en cuenta que las bases no pueden ir más allá de lo dispuesto en la Ley, en el Reglamento de la Ley y en el Manual, y que por tanto, no pueden contravenir sus normas, sino que, por el contrario, deben enmarcarse dentro de las disposiciones legales invocadas.

En ese sentido, la interpretación que debe darse a la lectura del Anexo N° 14 es que, el postor debe declarar que tiene domicilio en el Perú que le permita fabricar los bienes objeto de la convocatoria, es decir, las lanchas. Esa es en nuestra opinión, como debe leerse y entenderse el texto del Anexo N° 14 en concordancia con las disposiciones de la Ley, el Reglamento de la Ley y del Manual.

Asumir lo contrario, es decir, aplicar una interpretación literal, en el sentido de que basta que un postor cuente con un domicilio en el Perú sea a través de un distribuidor o una sucursal, aun cuando éstas no tengan capacidad de fabricar las lanchas, sería en nuestra opinión legal y vulneraría los Principios de “Libertad y Concurrencia”, “Igualdad de trato”, “Competencia” y “Eficacia y Eficiencia” de la LCE a los que nos hemos referido en el numeral II, así como a los Principios de “Debido Procedimiento”, “Razonabilidad” y “Verdad Material” de la LPAG antes referidos también.

Cabe señalar algunas opiniones del OSCE en relación antes aludidos que permitirán entender porque una interpretación constituiría una vulneración de los referidos principios:

- Libertad de Concurrencia (Opinión N° 208-2017/DTN)
- Igualdad de Trato y Competencia (Opinión N° 138-2017/DTN)
- Transparencia (Opinión N° 199-2017/DTN)



De este modo, en síntesis el Anexo N° 14, tenía como finalidad que se declare, con relación al aspecto señalado en el literal a), que el postor es una empresa, y con relación al aspecto señalado en el literal b), que el postor no cuenta con distribuidores o sucursales en el Perú que puedan ejecutar las prestaciones objeto del procedimiento de selección. **En el presente caso, se aprecia que el postor, es la matriz POSCO DAEWOO con domicilio en Corea del Sur.**

3.2. Respecto de la Sucursal de POSCO DAEWOO a que se ha hecho referencia y por la cual se habría considerado que se habría faltado a la verdad al señalar que no posee un domicilio en el país, debemos indicar que, como apreciarán de la copia de la ficha N° 130292 que continúa en la Partida Registral N° 11017271, del registro de Sucursales de los Registros Públicos en Lima, es una sucursal cuyo objeto social se circunscribe exclusivamente a actividades relacionadas con hidrocarburos tal como se indica en su Asiento 1, no consignándose dentro de su objeto social, la posibilidad de fabricar o producir lanchas como objeto de la convocatoria.

Lo antes indicado se condice con la ficha RUC de la Sucursal, en donde se precisa como actividad económica principal y única la extracción de gas natural.

En ese sentido, POSCO DAEWOO, al momento de suscribir el Anexo N° 14 conforme al formato previsto en las Bases, no ha faltado a la verdad, por cuanto, como se acredita con su conducta a lo largo de los actos de la Fase Preparatoria (al indicar que las lanchas se producen en Corea y por tanto no en el Perú), así como del objeto social de su Sucursal, así como en la Ficha RUC, no cuenta con una Sucursal ni Distribuidos en el Perú con capacidad de fabricar las lanchas objeto de Concurso.

3.3. Asimismo, se podrá verificar en el Registro Nacional de Proveedores (Anexo N° 20), se consigna a POSCO DAEWOO como empresa extranjera No domiciliado, señalando domiciliado en Songdo-dong 165, Convensia – daero, Yeounsu-gu, Incheon, Corea/COREA y se le otorga el Código de Extranjero No Domiciliado 99000019514.

3.4. Las Declaraciones contenidas en el Anexo N° 14. Posibilidad de una imprecisión.

Conforme se ha señalado en el numeral IV.1 del presente recurso de apelación, el Anexo N° 14 de las Bases del CEME, y tal como hemos señalado en concordancia con el marco legal aplicable, la finalidad del Anexo es que el Postor declare que no cuenta con una sucursal o distribuidor domiciliado en el Perú que pueda ejecutar las prestaciones objeto del procedimiento de selección.

No obstante lo indicado, en el supuesto que la interpretación literal del CEME sea la que prime, es decir, que aun cuando un distribuidor o sucursal con domicilio en el país, que no produzca los bienes objeto de la convocatoria, debería ser descalificado por el simple hecho de contar con un domicilio en el Perú, estaríamos frente a un supuesto de una inconsistencia en el Texto N° 14.

De este modo, y en caso prime esta posición, el contenido del Anexo N° 14 debería ser considerado, ajena a la responsabilidad de POSCO DAEWOO.

3.5. Por tanto, solicita admitir a trámite el presente recurso de apelación, suspender el proceso de selección a trámite el presente recurso de apelación, y en su oportunidad, declarando fundado en todos sus extremos al haber demostrado que POSCO DAEWOO no contravino el Principio de Presunción de Veracidad al llenar el Anexo N° 14 de las Bases del CEME, pues bien dicha empresa tiene una sucursal peruana, que no es la participante en el presente proceso de selección, esta no ejecuta las prestaciones objeto de la contratación y por ende, la declaración jurada presentada es válida.

Que, mediante escrito de fecha de recepción del 08 de enero de 2019, la Empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC. DBA METAL SHARK.**, remite la absolución del recurso de apelación presentado por el **CONSORCIO POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD AEROTRADE CORP-CELERAK INC.** Asimismo, con fecha 15 de enero de 2019, presenta alegatos finales sobre el recurso de apelación interpuesto por el mencionado Consorcio;

De fecha 24 ENE. 2019

Que, del Informe Técnico Legal N° 01-2018 del 27 de diciembre de 2018 presentado por el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la Dirección de Contrataciones del Material, se desprende entre otros aspectos, lo siguiente:

1. El recurso de apelación interpuesto por consorcio conformado por POSCO DAEWOO CORPORATION Y WOONAM MARINE CRAFT., tiene como petitorio que se revoque el otorgamiento de la Buena Pro a favor de la empresa GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC - METAL SHARK y se declare nulo el proceso retro trayéndose a la etapa de admisión de ofertas.
2. Del Análisis de los fundamentos del Recurso se tiene:
  - 2.1. En principio, como base legal primigenia se encuentra el reglamento del DL N° 1128 que establece:

Artículo 10.- Contrataciones en el mercado extranjero para el caso particular de las contrataciones vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación contemplado en el artículo 3 literal o) de la Ley de Contrataciones del Estado, se configura cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del territorio nacional, los servicios requeridos, para lo cual se suscriben contratos internacionales.

Para aquellos casos en los cuales las contrataciones no están vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación adopta la regla general contemplada en la Ley de Contrataciones del Estado.

- 2.2. De conformidad con lo anterior, el Manual 3, señala como ámbito de aplicación para las contrataciones en el mercado extranjero dos supuestos en el cual se encuentran las contrataciones (i) vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional bajo el flujo "RES" y (II) no vinculadas a la Defensa y Seguridad Nacional" bajo el flujo "INTER".

- 2.3. De acuerdo al artículo 238.6 del Reglamento de Ley N° 30225, ha definido a las personas jurídicas extranjeras como Domiciliadas y No Domiciliadas, de la siguiente forma:

- a) Domiciliada (Sucursal): Persona jurídica extranjera que ha constituido sucursal en Perú.
- b) No Domiciliada (Matriz): Persona jurídica extranjera que no ha constituido sucursal en Perú.

2.4. No existe documento alguno donde la empresa indique expresamente que cuenta con sucursal en el Perú, por lo cual el comité técnico operacional siempre tuvo conocimiento que la empresa extranjera tiene una sola sede ubicada en Corea del Sur, tal como se puede apreciar en el Resumen Ejecutivo del Estudio Definitivo de fecha 12 de marzo del 2018, mediante el cual se consigna a la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION como empresa Coreana.

2.5. Finalmente, el Comité de Selección en el mercado extranjero (CEME), en cumplimiento del acápite 2, del Capítulo III del Manual 3, invitó a los potenciales proveedores conforme al estudio de mercado, lo cual no implica ninguna validación técnico y/o económica por parte del CEME, ya que es en la etapa del proceso en donde se evaluará las capacidades de los potenciales proveedores para ejecutar las prestaciones derivadas del mismo.

2.6. Asimismo, en las Bases del proceso se solicitan como documentos de presentación obligatoria, entre otros :

6) DOCUMENTACIÓN PARA LA ADMISIÓN DE PROPUESTA (OBLIGATORIO):

(....)

**b. Copia de la vigencia del Poder del Representante Legal de la empresa que suscribirá el contrato, emitida por la autoridad registral de su país de origen, con una antigüedad no mayor a TRES (3) meses, con traducción simple al idioma castellano.**

2.7. La empresa **POSCO DAEWOO CORPORATION** adjunta una vigencia de poder emitida por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), como Sucursal Peruana.

2.8. El CEME realizó una indagación respecto a si la empresa está o no domiciliada debido a que la vigencia sería prueba definitiva que la citada empresa se ha constituido en el país a través de una sucursal.

2.9. El Manual indica que las contrataciones en el mercado extranjero se realizan con proveedores no domiciliados en el país.

2.10. Finalmente debido al documento presentado, el mismo que se encuentra vinculado por el ANEXO N° 14, las cuales son de cumplimiento obligatorio para la admisión de propuestas, se determinó no admitir la oferta del Consorcio, debido a que la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION tiene domicilio



en el país, vale decir no cumplió con presentar la vigencia de poder del país de origen, así como el referido anexo.

2.11. Debe indicarse que el artículo 396 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece las características particulares de las sucursales.

2.12. La Sucursal es un establecimiento secundario de una sociedad principal, a través del cual esta última desarrolla actividades comprendidas en su objeto social, en un lugar distinto a su domicilio; así, la sucursal es parte de la sociedad principal que la constituyó, careciendo de personería jurídica propia, por lo cual la empresa POSCO DAEWOO no cumpliría la calidad de no estar domiciliada en el país.

2.13. La empresa POSCO DAEWOO CORPORATION, nunca expresó en correos o cartas (en el estudio de mercado) que habían establecido sucursal en el país.

Que, del análisis de la documentación contenida en el expediente del proceso de selección en el mercado extranjero INTER N° 0001-2018 MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria, remitido por la Marina de Guerra del Perú mediante Oficio N° G.500-0016, de fecha 03 de enero de 2019, relacionado a la “Adquisición de Dos (2) Lanchas de Interdicción Marítima”, convocado por dicha Institución Armada, se advierte lo siguiente:

1. El Comité Especial en el Mercado Extranjero del proceso de selección INTER N° 0001-2018 MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria, relacionado a la “Adquisición de Dos (2) Lanchas de Interdicción Marítima”, realizó el Acto Público de Presentación de Propuestas, Apertura Propuesta Técnica y Verificación de Documentación Obligatoria – Cumplimiento de los Requerimientos Técnicos Mínimos del citado proceso de selección y el otorgamiento de la Buena Pro, según consta del Acta Notarial de fecha 05 de diciembre de 2019, con participación del Notario Público Doctor Rafael Enrique Rivero Castillo, adjudicando la Buena Pro a la empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC – METAL SHARK**, por el monto de US\$ 3' 486,268.00 (Tres Millones Cuatrocientos Ochenta y Seis Mil Doscientos Sesenta y Ocho Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).
2. De la revisión de las Bases Integradas del proceso se aprecia que a folios 03 de las mismas, Numeral 6) DOCUMENTACIÓN PARA LA ADMISIÓN DE PROPUESTA REQUERIDA, subpárrafo b.-, del párrafo 12 REQUISITOS MÍNIMOS DE LA PROPUESTA requirieron entre otros documentos de presentación obligatoria, los siguientes:



- a) **Copia de la Constitución de la empresa, estatuto y sus modificatorias o Certificación de la inscripción de la empresa**, emitida por la Cámara de Comercio u Organismo Gubernamental pertinente (...).
- b) **Copia de la vigencia de poder del representante legal de la empresa que suscribirá el contrato emitida por autoridad registral de su país de origen o expedida por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos del Perú**, con una antigüedad no mayor a TRES (03) meses, con traducción simple al idioma castellano.
- t) *Original de la Declaración Jurada suscrita por el representante legal de la empresa extranjera postora, mediante el cual declara que no se encuentra domiciliado en el Perú según formato del Anexo (14)*

En caso de Consorcio, la citada Declaración Jurada deberá ser presentada por cada una de las empresas que lo integran.

(...)

Cabe señalar que el formato del Anexo (14) indicaba lo siguiente:

(...)

**DECLARO BAJO JURAMENTO**, lo siguiente:

*Que, mi representada no se encuentra domiciliada en el Perú y no cuenta con distribuidores y/o sucursales, con condiciones operativas, solvencia, medios humanos, materiales, servicios y repuestos necesarios para ejecutar las prestaciones derivadas del presente procedimiento de selección en territorio peruano.*

(...)

3. Que, de acuerdo al Manual de Contrataciones en el Mercado Extranjero MAN-DPC-001-Versión 03, **la documentación de presentación obligatoria, son los documentos considerados obligatorios según la normatividad vigente y aquellos que el CEME considera indispensables en la propuesta**, de tal manera que sirvan para identificar legalmente al postor, acreditar el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos y establecer compromisos por parte del postor, entre otros.
4. Que, el CEME no admitió la propuesta del Consorcio **POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, en razón de

haber advertido en la página web de la SUNAT (RUC) que la empresa como sucursal (20329560687) – POSCO DAEWOO SUCURSAL PERUANA, vulnerando el principio de presunción de la veracidad de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

- Que, dicha vulneración se relacionaría al hecho de haber declarado bajo juramento **que no se encuentra domiciliada en el Perú, y no cuenta con distribuidores y/o sucursales, con condiciones operativas, solvencia, medios humanos, materiales, servicios y repuestos para ejecutar las prestaciones derivadas del presente procedimiento de selección** en territorio peruano conforme al anexo 14 de las Bases.
- Sobre el particular, **es preciso indicar que dicha Declaración Jurada (Anexo 14) debe ser concordante con lo establecido en el marco legal que regula las contrataciones en el mercado extranjero y no puede interpretarse de manera restrictiva a los principios propios de la contratación pública.**
- Que, al respecto el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1128 señala que para el caso de las contrataciones consideradas estratégicas en el ámbito de Defensa y Seguridad Nacional, el supuesto de inaplicación establecido en el artículo 3, numeral 3.3, literal o) de la Ley de Contrataciones del Estado, se configura cuando **se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del territorio nacional los servicios requeridos**, para lo cual se suscribirá el o los contratos internacionales respectivos.
- Que, el mismo supuesto de hecho se encuentra contemplado en el artículo 21 del Decreto Supremo N° 005-2013-DE y en el Manual de Compras en el Mercado Extranjero - Versión 3, en su acápite 6 ámbito de aplicación.
- Que, en ese sentido para el presente proceso en el mercado extranjero cuyo objeto es la adquisición de bienes se debieron cumplir los siguientes supuestos de hecho.
  - Los proveedores invitados deben ser empresas no domiciliadas en el país.
  - Se acredite la no existencia de proveedores en el mercado nacional con capacidad de fabricar los bienes materia de la convocatoria.
- Que, de la revisión de los actuados se aprecia que la entidad convocante, Marina de Guerra del Perú, a través del CEME invitó con



cartas del 16 de mayo de 2018 y 28 de setiembre de 2018 a la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION con sede en Corea del Sur para participar tanto en la primera como en la segunda convocatoria del proceso de contratación, ante lo cual la empresa presentó la propuesta correspondiente.

- Que, a folios 99 de su propuesta técnica presente su certificado de inscripción de empresa extranjera no domiciliada en el Perú (matriz), siendo su Representante Legal **KIM YOUNG SANG**.
- Que, en ese contexto y estando a la normativa sobre la materia, el solo hecho de tener una sucursal no excluye a una empresa extranjera (matriz) a poder participar en un proceso de contratación al mercado extranjero siempre y cuando presente su propuesta como tal (empresa no domiciliada- matriz) y no tenga sucursal que esté en la capacidad de fabricar los bienes materia de la convocatoria.
- Que, de la revisión de la sucursal POSCO DAEWOO CORPORATION SUCURSAL PERUANA, con Partida Electrónica N° 1107271 y RUC 20329560687 se aprecia que tiene como objeto comercial el de hidrocarburos, por lo cual la sucursal no está en capacidad de fabricar el objeto materia de la convocatoria en el país.
- Que, por consiguiente se advierte la no existencia de la vulneración del principio de presunción de veracidad puesto que lo declarado corresponde a que dicha empresa matriz no cuenta con sucursal que pueda fabricar los bienes objeto materia de la contratación, por tanto lo alegado por el postor impugnante **en este extremo resulta amparable**.
- Que, sin embargo estando a que la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION matriz con sede en Corea del Sur es una empresa consorciada conjuntamente con la empresa **WOONAM MARINE CRAFT CO LTD** para el presente proceso de selección y, siendo la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION, el representante común del Consorcio, según el contrato de Consorcio que obra a folios 284 de su propuesta técnica; para efectos de considerar válida toda la documentación de presentación obligatoria, la misma debe corresponder a cada una de las empresas consorciadas mencionadas.
- Que, en tal sentido a folios 101, se aprecia que la empresa POSCO DAEWOO CORPORATION (matriz) consigna la inscripción de la vigencia de poder del Representante Legal de POSCO DAEWOO CORPORATION SUCURSAL PERUANA, lo cual no se ajusta a lo solicitado en las Bases ni a lo argumentado por el propio Consorcio impugnante al señalar que ha presentado toda su propuesta como empresa POSCO DAEWOO CORPORATION (matriz), mas no como su sucursal en el Perú. Es importante precisar que el documento



privado que dio origen a esa vigencia de poder lo otorga su presidente quien actúa en nombre y representación de **POSCO DAEWOO CORPORATION SUCURSAL PERUANA**, lo cual corrobora que dicho poder fue otorgado en el marco de la constitución de su **SUCURSAL**.

- Que, hay que tener presente que conforme al Reglamento de Inscripciones del Registro Personas Jurídicas vigente de la SUNARP (Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN), la inscripción de las personas jurídicas extranjeras se dan mediante dos actos inscribibles: **(I) El reconocimiento de Persona Jurídica constituida en el extranjero<sup>1</sup> y (II) el establecimiento de sucursales y todo acto inscribible vinculados a esta.**
- Que, en ese sentido la empresa **POSCO DAEWOO CORPORATION (matriz)**, para cumplir lo solicitado en las Bases debió adjuntar la copia de la vigencia de poder del Representante Legal de la empresa que suscribirá el contrato **emitida por autoridad registral de su país de origen**, o en su defecto debió presentar la vigencia de poder (SUNARP) inscrita en el **Registro de Persona Jurídicas – Libro de Poderes otorgados por sociedades Constituidas o Sucursales establecidas en el extranjero**, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 165 del Reglamento de Registro de Sociedades, aprobado por Resolución del Superintendente de Registros Públicos N° 200-2001-SUNARP, el mismo que señala que para la **inscripción de poderes otorgados por sociedades constituidas en el extranjero debe acompañarse un certificado de vigencia de la sociedad otorgante u otro instrumento equivalente expedido por autoridad competente en su país de origen.**

Por consiguiente, al tratarse de documentos de obligatorio cumplimiento para el presente proceso, se advierte que la empresa impugnante no cumplió con adjuntar la vigencia de poder de acuerdo a lo establecido en las Bases, hecho que impide que su propuesta pueda ser admitida.

Que, el inciso b) numeral 14 del párrafo 13 **RECURSOS DE APELACIÓN** del Capítulo III **PROCESO DE SELECCIÓN** del citado **MANUAL DE CONTRATACIONES EN EL MERCADO EXTRANJERO MAN-DPC-001 – VERSIÓN 3** establece *“Que el Titular del OBAC o el Jefe de la Agencia según corresponda, en virtud del Recurso de Apelación interpuesto podrá resolver de las siguientes formas: (i) fundado, (ii) infundado o (iii) improcedente. Asimismo si en virtud de la evaluación del Recurso Impugnativo, advierte contravenciones a la normativa, actos dictados por Órganos incompetentes, o un imposible jurídico, podrá declarar la Nulidad del proceso de selección, debiendo señalar a la etapa que se retrotraerá el mismo;*

<sup>1</sup> Reglamento de Inscripciones del Registro Personas Jurídicas, TÍTULO XIV, SUCURSALES, artículo 69,- título que da mérito a la inscripción de sucursal de persona jurídica constituida en el país

Que, con Dictamen Legal N° 001-2019-ACFFAA-OAJ-URA, la Unidad de Revisión de Apelaciones, en el ámbito de su competencia, recomienda se declare fundado en parte la apelación interpuesta por el **Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, respecto al proceso de selección en el mercado extranjero INTER 001-2018-MGP/DIRCOMAT, segunda convocatoria, relacionado a la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, debiendo confirmarse el otorgamiento de la Buena Pro y devolverse la garantía presentada por la empresa impugnante;

Que, conforme al literal c) del artículo 66 del Decreto Supremo N° 005-2013-DE, recibido el expediente contratación, la Agencia tiene un plazo no mayor de quince (15) días para resolver el recurso de apelación;

Estando al recurso de apelación presentado por el **Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD**, con la visación de la Oficina de Asesoría Jurídica y de la Jefe la Unidad de Revisión de Apelaciones de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.



**SE RESUELVE:**



**Artículo 1.-** Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por el **Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD** respecto al proceso de selección en el mercado extranjero INTER 0001-2018-MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria relacionado a la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, en el extremo referido a la no vulneración del principio de presunción de veracidad por parte del citado Consorcio, por consiguiente **CONFIRMAR** la Buena Pro otorgada a la empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC. DBA METAL SHARK**.



**Artículo 2.-** Disponer a la Oficina General de Administración devuelva la garantía al **Consorcio POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD.**, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el artículo 61 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1128, que crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2013-DE.

**Artículo 3.-** Remitir fotocopia de la presente Resolución a la Marina de Guerra del Perú a fin de que disponga que el Comité de Selección designado para la ejecución del proceso de selección en el mercado extranjero INTER 0001-2018-MGP/DIRCOMAT – Segunda Convocatoria relacionado a la “Adquisición de dos (2) lanchas de Interdicción Marítima”, proceda conforme a sus atribuciones.

**Artículo 4.-** Notificar la presente Resolución al Consorcio **POSCO DAEWOO CORPORATION – WOONAM MARINE CRAFT CO LTD.**, y a la empresa **GRAVOIS ALUMINIUM BOATS LLC. DBA METAL SHARK**.

Artículo 5.- Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y archívese.



  
Luis Alberto Huarcaya Revilla  
Jefe (e)  
Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas