

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO
Programa Subsectorial de Irrigaciones



Resolución Directoral N° 492 -2017-MINAGRI-PSI

Lima, 23 NOV. 2017

VISTOS:

El Memorando N° 1780-2017-MINAGRI-PSI-OAF; Memorando N° 001-2017-CS-AS-32-2017-MINAGRI-PSI-PRIMERA CONVOCATORIA; Informe N° 1495-2017-MINAGRI-PSI-DIR/OEP; Informe Técnico N° 019-2017-MINAGRI-PSI-DIR-OEP/JDSH; Memorando Múltiple N° 011-2017-MINAGRI-PSI; Oficio N° 2973-2017-MINAGRI-SG; Oficio N° 0149-2017-MINAGRI-OCI, e Informe de Acción Simultánea N° 008-2017-OCI/0052-AS, y;

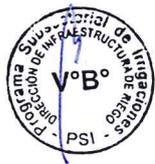
CONSIDERANDO:

Que, con fecha 26 de setiembre de 2017, a través del SEACE, se convocó el procedimiento de selección Adjudicación Simplificada – Ley n° 30556 – n° 032-2017-MINAGRI-PSI-1, para la "Contratación del servicio de elaboración de ficha técnica definitiva y descolmatación del cauce del río La Leche – tramo II",

Que, mediante Oficio N° 0149-2017-MINAGRI-OCI de fecha 11 de octubre de 2017, el Órgano de Control Institucional del Ministerio de Agricultura y Riego, informó respecto a la existencia de hechos adversos que pudieran afectar la transparencia, probidad, normativa aplicable y el cumplimiento de las metas previstas, y que podrían requerir la adopción inmediata de medidas preventivas, recomendando valorar los riesgos comentados y, de considerarlo pertinente, disponer las medidas preventivas necesarias;

Que, con Oficio N° 2973-2017-MINAGRI-SG de fecha 16 de octubre de 2017, la Secretaría General del MINAGRI remite al Programa Subsectorial de Irrigaciones – PSI, el Informe de Acción Simultánea N° 008-2017-OCI/0052-AS por el cual ha determinado cuatro (4) aspectos relevantes, los cuales son:

1. La longitud del cauce a descolmatar en tramo II, de acuerdo a sus coordenadas de inicio y fin establecidos en sus términos de referencia, resulta menor en 2.2 km; generándose el riesgo que no se cumpla con la descolmatación del cauce del río La Leche en una longitud total de 65 km, establecidos como meta total por la Autoridad Nacional del Agua – ANA.
2. Las Bases Administrativas establecen la utilización de 30 tractores de 30-330 HP para la ejecución de las partidas "Descolmatación de cauce de río material saturado arenoso" y "Conformación de bordo c/material de corte", cantidad que no es concordante con los rendimientos de dichos equipos y el cronograma de ejecución consignado en la ficha referencial; ocasionando el riesgo que la ejecución de las partidas no se culminen en los plazos programados.
3. Rendimiento de 750 m³/día del tractor de orugas de 300-330 HP para la ejecución de la partida "Descolmatación de cauce de río material saturado arenoso" es menor al promedio de rendimiento para trabajos similares; generándose el riesgo que de mantenerse dicho rendimiento en la ficha definitiva, dicha partida se ejecute aun mayor costo.



4. Términos de referencia incluidos en las Bases Administrativas del procedimiento de selección Adjudicación Simplificada – Ley n° 30556 n° 032-2017-MINAGRI-PSI-1 y la ficha referencial, publicadas en el SEACE, contienen información diferente respecto a la longitud y profundidad del cauce del río La Leche; lo que afecta la transparencia del procedimiento y el riesgo que las bases queden integradas con estas diferencias.

Que, a través del Memorando Múltiple N° 011-2017-MINAGRI-PSI de fecha 25 de octubre de 2017, la Dirección Ejecutiva dispuso la adopción de acciones para el tratamiento de los riesgos advertidos en el Informe de Acción Simultánea N° 008-2017-OCI/0052-AS, elaborando para cuyo efecto, el Plan de Acción para el tratamiento de riegos;

Que, con Memorando N° 4724-2017-MINAGRI-PSI-DIR de fecha de 06 de noviembre de 2017, la Dirección de Infraestructura de Riego remite al presidente del Comité de Selección, los Términos de Referencia y Ficha Técnica Referencial adecuados a los aspectos revelados por el Órgano de Control Institucional del MINAGRI (OCI MINAGRI);

Que, mediante Informe N° 001-2017-CS-AS LEY N°30556 N° 32-2017-MINAGRI-PSI-PRIMERA CONVOCATORIA de fecha 08 de noviembre de 2017, el Comité de Selección informa a la Dirección Ejecutiva que: **i)** Las modificaciones realizadas a los Términos de Referencia, Requisitos de Calificación y Ficha referencial por parte de la Dirección de Infraestructura y Riego mediante Memorando N° 4721-2017-MINAGRI-PSI-DIR, no derivan de consultas y observaciones a las bases, por los que se evidencia que estas se han realizado de oficio por el área usuaria a consecuencia de los riesgos advertidos por el OCI MINAGRI, hecho que contraviene lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, y; **ii)** La forma de sanear los hechos que ponen en riesgo la ejecución del servicio de descolmatación, que fueran advertidos por el OCI MINAGRI, es declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de los Términos de Referencia, Requisitos de Calificación y Ficha Referencial, cuya decisión recae en el titular de la Entidad”;

CONSIDERACIONES GENERALES – MARCO LEGAL APLICABLE:

Que, a través de la Ley N° 30556, se *declara prioritario, de interés nacional y necesidad pública la implementación y ejecución de un plan integral para la rehabilitación, reposición, reconstrucción y construcción de la infraestructura de uso público de calidad incluyendo salud, educación, programas de vivienda de interés social y reactivación económica de los sectores productivos, con enfoque de gestión del riesgo de desastres, que incluya intervenciones que en conjunto tienen alto impacto económico, social y ambiental, como consecuencia de acciones que califiquen como nivel de emergencia 4 y 5 en las zonas de riesgo alto y muy alto de conformidad con la legislación sobre la materia, así como las intervenciones de alcance nacional en dichas zonas;*

Que, asimismo, el numeral 7.1 del artículo 7° de la citada Ley, *autoriza a las entidades involucradas en dicha Ley y únicamente para cumplir sus objetivos y finalidades, a realizar las contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías conforme a la Adjudicación Simplificada prevista por la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sin que resulte aplicable el límite fijado para dicha modalidad en las Leyes de Presupuesto;*

Que, sobre el particular, cabe señalar que la mencionada ley, no obstante ostentar la condición de “*ley especial*”, crea un nuevo “*régimen especial de contratación pública*”, circunscribiéndose únicamente a las reglas del método de contratación de la Adjudicación Simplificada. Sin embargo es menester señalar que la Opinión N° 194-2017/DTN en su numeral 2.1.4. ha indicado que “la normativa de contrataciones del Estado resulta de aplicación supletoria a aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que se sujeten





Resolución Directoral N° 492 -2017-MINAGRI-PSI

-2-

a un régimen legal de contratación, siempre que esta aplicación supletoria no resulte inaplicable con las normas específicas de dicho régimen”;

Que, en la línea de lo señalado, queda claro que la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Ley N° 30225, (en adelante la Ley), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, (en adelante el Reglamento), cumplen una función supletoria frente al régimen especial de contratación prevista en la Ley N° 30556 y en tanto no sea incompatible con dicho régimen;

Que, en adición a ello, la Opinión N° 194-2017/DTN en su numeral 3.2 ha indicado que “corresponde a la Entidad responsable de aplicar las disposiciones de un régimen legal de contratación, determinar qué extremos de la normativa de contrataciones del Estado pueden ser aplicados supletoriamente a las contrataciones que se sujeten a dicho régimen, para lo cual, previamente debe efectuar un análisis de compatibilidad a efectos de verificar que la norma suplida y la norma supletoria tienen una naturaleza semejante”, (el subrayado es nuestro);

Que, siendo así, la Entidad (PSI) podrá emplear aquellas disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, siempre y cuando no colisionen y sean incompatibles con la Ley N° 30556;

Que, complementando lo antes indicado, la Dirección Técnico Normativa – DTN a través de la Opinión N° 211-2017/DTN¹, ha indicado claramente que las opiniones que emita el OSCE tienen carácter vinculante y no requieren que se precise en el mismo dicho carácter, por lo que las entidades del Estado quedan obligadas a observar los criterios interpretativos de la normativa de contrataciones del Estado que se encuentren plasmados en las opiniones;

ASPECTOS ESPECÍFICOS:

Que, el numeral 8.10. del artículo 8° del Reglamento, señala que *hasta antes de la aprobación del expediente de contratación y con autorización del área usuaria, el requerimiento puede ser modificado, ya sea para mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico, así como los requisitos de calificación;*

¹ No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado –vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser –su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación.

Que, como señala la normativa, todo cambio o modificación de los requerimientos (*Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas, Expediente Técnico, y Requisitos de Calificación*) debe efectuarse hasta antes de la aprobación del expediente de contratación y *contar obligatoriamente con la aprobación del área usuaria*, lo que significa que una vez aprobado el expediente de contratación, el requerimiento no puede ser objeto de modificación, salvo a través de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión;

Que, atendiendo a los riegos advertidos por el OCI MINAGRI mediante la Acción Simultánea N° 008-2017-OCI/0052-AS, la Dirección de Infraestructura de Riego, a través de la Oficina de Estudios y Proyectos, en su calidad de área usuaria, ha decidido reformular y/o actualizar los Términos de Referencia y la Ficha Técnica Referencial del procedimiento de selección sub examine, consignando lo siguiente:



	Ficha original	Ficha modificada
Inicio de tramo	Este: 648,571 Norte: 9'285,551	Este: 646,782 Norte: 9'285,510
Rendimiento del tractor orugas 300-330 HP en la partida descolmatación (*)	750 m³/día	1080 m³/día
Precio unitario de la partida descolmatación	S/ 5.05/m³	S/ 3.15/m³
Costo directo	S/. 14,947,850.98	S/ 10,778,413.48
Gastos generales	15%	7.246%
Utilidad	10%	8%
Presupuesto actividad	S/ 22,048,080.20	S/ 14,657,678.66
Costo de la ficha técnica definitiva	S/ 330,721.20	S/ 219,865.18

(*) La modificación del rendimiento motiva el cambio del precio unitario de la partida descolmatación, costo directo, gastos generales y utilidad. Por lo tanto, también se modifica el total del presupuesto de la actividad y costo de la ficha técnica definitiva.

	Términos de referencia original	Términos de referencia modificados
Inicio de tramo	Este: 648,571 Norte: 9'285,551	Este: 646,782 Norte: 9'285,510
Plazo de ejecución	73	62
Plazo de elaboración de ficha	21	15
Plazo de ejecución de la actividad	61	55
N° de tractores	30	26



Que, ahora bien, el numeral 44.1 y 44.2 del artículo 44° de la Ley señalan que el *Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección, y solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación;*

Que, al respecto **MORON URBINA**², señala que la nulidad de oficio es aquella *“potestad invalidatoria que radica en la autotutela de la Administración Pública orientada a asegurar que el interés colectivo permanentemente respete y no afecte el orden jurídico.”* (el subrayado es nuestro). La figura de la *“nulidad de oficio”* constituye una de las potestades exorbitantes que el Derecho Administrativo confiere a la administración pública

² Juan Carlos Morón Urbina, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, 9 Edición, Gaceta Jurídica - 2011, p. 578

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO
Programa Subsectorial de Irrigaciones



Resolución Directoral N° 492 -2017-MINAGRI-PSI

-3-

en orden a la tutela de los intereses públicos, con la finalidad de “sanear” un procedimiento afectado por un vicio o defecto que afecta su validez;

Que, en este contexto, se evidencia que la modificación de Términos de Referencia y la Ficha Técnica Referencial del “Servicio de elaboración de ficha definitiva y descolmatación del cauce del río La Leche Tramo II” efectuada por el área usuaria, no permitiría la continuidad del procedimiento de selección, toda vez que dichas modificaciones no han sido objeto de consultas y observaciones por parte de los participantes, conforme lo dispone el artículo 51° del Reglamento, afectándose la transparencia, libertad de concurrencia y publicidad en la contratación pública;

Que, en consecuencia, de conformidad con los argumentos señalados *ut supra*, corresponde se declare la nulidad de oficio del procedimiento de selección Adjudicación Simplificada – Ley n° 30556 – n° 032-2017-MINAGRI-PSI-1, por contravención a las normas legales, causal prevista en el artículo 44° de la Ley, debiéndose retrotraer el procedimiento hasta la etapa de convocatoria, sin perjuicio que previo a la nueva convocatoria, la Dirección de Infraestructura de Riego en su calidad de área usuaria, actualice los Términos de Referencia y Ficha Técnica Referencial del “Servicio de elaboración de ficha definitiva y descolmatación del cauce del río La Leche Tramo II”, y que la Oficina de Administración y Finanzas actualice el valor referencial como producto de las modificaciones efectuadas a los términos de referencia;

Que, no obstante la declaratoria de nulidad, el artículo 9° de la Ley³, ha regulado la responsabilidad de los funcionarios y servidores que participan *–en el ámbito de sus actuaciones–* en los procesos de contratación pública (*programación y actos preparatorios, procedimiento de selección y ejecución contractual*), estableciendo que de determinarse la responsabilidad, esta se realizará de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas (*funcionarios y servidores*) con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan;

Que, la *Ley del Servicio Civil*, aprobada por Ley N° 30057, ha regulado en su Título V el *Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador*, señalando en su artículo 85°, las

³ Artículo 9. Responsabilidades esenciales

9.1 Los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2 de la presente Ley.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas señaladas en el párrafo anterior con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.



faltas disciplinarias en los que podrían incurrir los servidores y funcionarios públicos, lo cual conllevaría a la imposición de una sanción administrativa disciplinaria, conforme se encuentra previsto en el artículo 88° de la Ley, previo procedimiento administrativo disciplinario regulado en el artículo 93° de la referida Ley, concordado con el artículo 106° del *Reglamento de la Ley del Servicio Civil*, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2014-PCM;

Que, en este sentido, es necesario se remita copia del expediente de contratación del mencionado procedimiento de selección a la Secretaría Técnica de los órganos instructores y sancionadores de la Entidad, para que de conformidad a sus legales atribuciones, evalúe, documente y precalifique los hechos materia de pronunciamiento.

Con las visaciones de la Oficina de Administración y Finanzas, de la Oficina de Asesoría Jurídica, y la Dirección de Infraestructura de Riego;

En uso de las facultades conferidas por la Resolución Ministerial N° 01570-2006-AG;

SE RESUELVE:

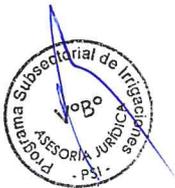
Artículo Primero.- Declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección Adjudicación Simplificada – Ley n° 30556 – n° 032-2017-MINAGRI-PSI-1, para la “*Contratación Servicio de elaboración de ficha definitiva y descolmatación del cauce del río La Leche Tramo II*”, por contravención a las normas legales, causal prevista en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, debiéndose retrotraer el procedimiento hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de los Términos de Referencia, la Ficha Técnica Referencial del referido servicio y del valor referencial.

Artículo Segundo.- Disponer se remita copia del expediente de contratación del procedimiento de selección sub examine a la Secretaría Técnica de los órganos instructores y sancionadores de la Entidad, para que de conformidad a sus legales atribuciones, evalúe, documente y precalifique los hechos materia de pronunciamiento.

Artículo Tercero.- Notificar la presente Resolución a la Dirección de Infraestructura de Riego, a la Oficina de Administración y Finanzas, a la Oficina de Asesoría Jurídica y al Comité de Selección, para los fines de su competencia; priorizando acciones para cumplir con las actividades previstas en el numeral 4.2 del Plan Integral de Reconstrucción con Cambios.

Artículo Cuarto.- Encargar a la Oficina de Administración y Finanzas – OAF el registro de la presente Resolución en el SEACE.

Regístrese y comuníquese.



Programa Subsectorial de Irrigaciones

ING. FÉLIX BERNABÉ AGAPITO ACOSTA
Director Ejecutivo