



Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

Sumilla: *"Por consiguiente, debe quedar claro que, bajo el criterio de complementariedad de capacidades y recursos, indistintamente cualquier integrante del consorcio, puede acreditar contar con tal capacidad técnica, a fin que los proveedores puedan complementarse, a efectos de participar en consorcio en un procedimiento de selección".*

Lima, 06 SEP. 2018

Visto en sesión de fecha 6 de setiembre de 2018 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 2780/2018.TCE, sobre el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio FAMEDI - VACJAR, conformado por las empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. – FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C., contra la declaratoria de nulidad del otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 003-2018-MDO-CS – Primera Convocatoria, para la "Adquisición de compactadora de 10 m3 para el Proyecto: Mejoramiento de la unidad de maquinaria, equipos y talleres de la Municipalidad de Olmos, distrito de Olmos - Lambayeque - Lambayeque", convocada la Municipalidad Distrital de Olmos; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Según ficha técnica publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE)¹, el 14 de mayo de 2018, la Municipalidad Distrital de Olmos, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 003-2018-MDO-CS – Primera Convocatoria, para la "Adquisición de compactadora de 10 m3 para el Proyecto: Mejoramiento de la unidad de maquinaria, equipos y talleres de la Municipalidad de Olmos, distrito de Olmos - Lambayeque - Lambayeque", con un valor referencial de S/ 392,000.00 (trescientos noventa y dos mil con 00/100 soles), en lo sucesivo **el procedimiento de selección**.

Cabe precisar que el procedimiento de selección fue convocado al amparo de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, en adelante **la Ley**, y, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante **el Reglamento**.

De acuerdo a la información registrada en el SEACE, el 29 de mayo de 2018, se llevó a cabo el acto de presentación de ofertas, y, el 31 del mismo mes y año, el acto de evaluación, calificación y otorgamiento de la buena pro, en el que se adjudicó la buena pro del procedimiento de selección al Consorcio FAMEDI - VACJAR, conformado por las

¹ Obrante en el folio 59 del expediente administrativo.

empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. – FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C. Dicho acto fue publicado el 1 de junio de 2018, conforme al siguiente detalle:

POSTOR	ETAPAS				BUENA PRO
	ADMISIÓN	EVALUACIÓN		CALIFICADO	
		OFERTA ECONÓMICA (S/)	PTJ.		
Consorcio FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C.	Admitido	390,000.00	91.02	Si	Adjudicado
Perú Business Corporation S.A.C.	Admitido	392,000.00	90.71	Si	-
Consorcio VEMAEQUIP S.A.C. y Corporación de Vehículos Especiales S.A.C.	Admitido	339,990.00	80.00	Si	-

El 8 de junio de 2018, el Consorcio conformado por las empresas Vehículos, Maquinarias y Equipos S.A.C. – VEMAEQUIP S.A.C. y Corporación de Vehículos Especiales S.A.C., en lo sucesivo **el Consorcio**, interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**; sin embargo, al no haber subsanado las observaciones correspondientes respecto de la omisión de los fundamentos de hecho y de derecho, así como no haber presentado la constancia del pago de la garantía correspondiente, el recurso de apelación se consideró como no presentado el 13 de junio de 2018.

El 17 de julio de 2018, se publicó en el SEACE, la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018, a través de la cual la Entidad resuelve declarar la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección, retrotrayendo el mismo hasta la etapa de evaluación y calificación de las ofertas.

2. Mediante el Escrito N° 1 presentado el 24 de julio de 2018, y subsanado con Formulario de interposición de recurso impugnativo y Escrito N° 2, el 26 del mismo mes y año en la Mesa de Partes del Tribunal, el Consorcio FAMEDI - VACJAR, conformado por las empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. – FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C., en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el acto administrativo contenido en la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018, solicitando que se revoque la decisión contenida en la resolución impugnada de declarar la nulidad del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección y, se ordene a la Entidad que cumpla con perfeccionar el contrato.

El Impugnante sustentó su recurso en los siguientes argumentos:

- Luego de adjudicada la buena pro a su favor en el procedimiento de selección, el Consorcio por las empresas Vehículos, Maquinarias y Equipos S.A.C. – VEMAEQUIP S.A.C. y Corporación de Vehículos Especiales S.A.C. interpuso recurso de apelación ante el Tribunal del OSCE; sin embargo, no cumplió con algunos de los requisitos de admisibilidad, por lo que el 18 de junio de 2018, fue rechazado el medio impugnatorio, consintiéndose la buena pro.
- El 26 de junio de 2018, su representada cumplió con la entrega de la documentación completa requerida para la suscripción del contrato sin la que la Entidad formulara

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

observación alguna. Pese a ello, y pasado el plazo para la suscripción del contrato, es decir, el 2 de julio de 2018, se apersonaron a la Entidad, informándoseles que el contrato se encontraba en la Oficina de Asesoría Legal para su visado; el 9 de julio de 2018, le comunicaron que no contaban con asesor legal por cuanto éste había presentado su renuncia. Ante tal situación, se cursó el 9 de julio de 2018 una carta a la Entidad otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para la suscripción del contrato, amparando su pedido en el numeral 2 del artículo 119 del Reglamento.

El 16 de julio de 2018, por última vez se reiteró el requerimiento a la Entidad, por intermedio del Alcalde, a fin que se proceda con la suscripción del contrato, pese a todo lo expuesto, se tomó conocimiento que, luego de 29 días de consentida la buena pro, la Entidad publicó la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018, mediante la cual declaró la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección.

- La Entidad en la resolución impugnada, indicó inicialmente que, en el factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos, el Consorcio no calificaba, toda vez que, para el Comité de Selección, el representante de la marca del chasis en el Perú [la empresa Divecenter S.A.C. indicaba ser representante de la marca Mercedes Benz en el Perú], se dirigió sólo a uno de los integrantes del Consorcio, la empresa Corporación de Vehículos Especiales S.A.C.; sin embargo, las Bases no señalaban que la carta de representación de la marca en el Perú, debía estar dirigida al Consorcio, ya que sólo bastaba que esté dirigida a uno de sus integrantes. De acuerdo a la promesa formal de consorcio, la empresa Corporación de Vehículos Especiales S.A.C. tiene el 90% de participación y obligaciones.
- En ese sentido, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad declara la nulidad de oficio de los actos expedidos en un procedimiento de selección hasta antes de la celebración del contrato, pudiendo declarar la nulidad bajo cuatro (4) supuestos, cuando los actos hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento de la forma prescrita por la normativa aplicable. En el presente caso, la nulidad de oficio declarada por la Entidad no se encuentra incurso en ningún supuesto previsto en el citado artículo, por lo que la resolución impugnada ha sido dictada en contravención de la precitada norma, debiendo ser revocada por el Tribunal.
- Debe tenerse presente que los Comités de Selección que se conforman en las entidades públicas para tramitar los procedimientos de selección son autónomos en sus actos y decisiones, estando prohibido que el Titular de la Entidad dirija las decisiones de dicho Comité e intervenga en los procedimientos, salvo los casos expresos y taxativamente señalados por Ley, como ocurre si se presenta una denuncia, o un recurso de apelación, o en el marco de un control posterior efectuado por el Órgano de Control Institucional de la Entidad, si se advirtiera la existencia de alguna irregularidad y/o trasgresión a la Ley.
- Por ello, con la expedición de la Resolución de Alcaldía impugnada se advierte una clara intromisión y violación a la autonomía del Comité de Selección de la Entidad por

parte del Subgerente de Asesoría Jurídica de la Entidad, quien extralimitándose en sus funciones ejerce acciones de supervisión sobre el Comité.

- Otro aspecto a tener en cuenta es que la Resolución de Alcaldía es de fecha 25 de junio de 2018 y fue publicada recién en el portal del SEACE el 17 de julio del mismo año, sin habersele puesto de conocimiento ni en forma escrita ni verbal durante su requerimiento efectuado a la Entidad para proceder a la suscripción del contrato. Cabe precisar que la citada resolución no cuenta con la firma del Secretario General y visto de la Subgerencia de Logística.
 - En ese sentido, al revisar el Titular de la Entidad de oficio la evaluación y calificación efectuada por el Comité de Selección, respecto del factor de evaluación sobre la Disponibilidad de servicios y repuestos sin que exista denuncia, cuestionamiento y/o recurso de apelación alguno por parte del Consorcio, lo está sustituyendo, más aun cuando dicho postor dejó consentir la buena pro.
 - Finalmente, debe señalarse que el Consorcio ha trasgredido el principio de presunción de veracidad al haber consignado bajo juramento y acompañando en su anexo una carta del concesionario Divecenter S.A.C., atribuyéndose falsamente la representación de la marca del chasis en el Perú, puesto que el mismo es solo uno de los concesionarios que comercializa camiones Mercedes Benz, siendo el único representante de la marca en el territorio peruano Diveimport S.A. Cabe precisar que, la carta era requerida en las Bases Integradas, para acreditar el Factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos, la cual en forma literal establecía la presentación de una carta del representante de la marca del chasis en el Perú, indicando establecimiento y dirección.
3. A través del Decreto del 31 de julio de 2018, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto ante este Tribunal y se corrió traslado a la Entidad para que, en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, remita, entre otros documentos, los antecedentes administrativos completos, ordenados cronológicamente, foliados y con su respectivo índice, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente y de poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplir con el requerimiento. Asimismo, se notificó a los postores distintos al impugnante con el recurso de apelación y sus anexos que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal, mediante su publicación en el SEACE², precisándose que, el postor o postores emplazados deben absolver el traslado del recurso en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificados a través del SEACE con el recurso de apelación y sus anexos.
4. Mediante Formulario de trámite y/o impulso de trámite administrativo, la Entidad presentó el 7 de agosto de 2018 en la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Chiclayo, e ingresado el 8 del mismo mes y año en la Mesa de Partes del Tribunal, los antecedentes administrativos solicitados, entre los cuales, obra el Informe Técnico Legal N° 120-2018-MDO/SGA, manifestando lo siguiente:

² Cabe precisar que la interposición del recurso de apelación fue publicado en el SEACE el 2 de agosto de 2018.

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

- a) La normativa otorga al Titular de la Entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un procedimiento de selección hasta antes de la celebración del contrato, configurada en el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley, indicando la resolución a la etapa que se retrotraerá.
 - b) En ese sentido, se aprecia que en el presente caso no le otorgaron puntuación al Consorcio por las empresas Vehículos, Maquinarias y Equipos S.A.C. – VEMAEQUIP S.A.C. y Corporación de Vehículos Especiales S.A.C., a pesar que adjunta la carta del representante de la marca del chasis en el Perú, indicando el establecimiento, lugar y dirección, la misma que está dirigida a la empresa Corporación de Vehículos Especiales S.A.C., quien tiene el 90% de participación, y ejecutaría actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación; por lo tanto, correspondía otorgarle puntaje según la fórmula establecida en el artículo 54 del Reglamento.
 - c) En torno a ello, debe señalarse que la no aplicación de la metodología aludida en la evaluación, constituye una deficiencia, trasgrediendo los principios de igualdad de trato y de eficacia y eficiencia contemplados en el artículo 2 de la Ley.
 - d) Asimismo, debe tenerse presente que, el Impugnante oferta el vehículo con un costo económico de S/ 390,000.00, mientras que el Consorcio oferta el vehículo en S/ 339,990.00, evidenciándose mejores condiciones de precio y calidad, al tener un ahorro el Estado de S/ 50,010.00, cumpliendo con la finalidad de la normativa, el cual es que las entidades adquieran bienes, servicios y obras maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten, de tal manera que dichas contrataciones se efectúen bajo las mejores condiciones de precios y calidad.
5. Con Decreto del 10 de agosto de 2018, atendiendo a que la Entidad cumplió con remitir la documentación solicitada por el Tribunal, se remitió a la Segunda Sala del Tribunal, para que evalúe y, de ser el caso, lo declare dentro del término de cinco (5) días listo para resolver.
 6. El 15 de agosto de 2018, el Impugnante remitió copia del cargo de la carta s/n del 16 de julio de 2018, expedida por su representada y dirigida a la Entidad reiterándole que procedan con la suscripción del contrato.
 7. Con Decreto del 16 de agosto de 2018, se programó audiencia pública para el 27 del mismo mes y año.
 8. Con Decreto del 23 de mayo de 2018, se solicitó al siguiente información:

A LA ENTIDAD:

En el marco del recurso de apelación interpuesto por el Consorcio FAMEDI – VACJAR, conformado por la empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. – FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C. contra la declaratoria de nulidad de oficio derivado de la Adjudicación Simplificada N° 03-2018-MDO-CS - Primera Convocatoria, para la "Adquisición de compactadora de 10 m3 para el proyecto: mejoramiento de la unidad de maquinaria, equipos y talleres de la Municipalidad de Olmos, Distrito de Olmos - Lambayeque - Lambayeque", se requiere lo siguiente:

Remitir copia de la oferta del Consorcio VEMAEQUIP – COPVEES, integrado por las empresas Vehículos, Maquinarias y Equipos S.A.C. y Corporación de Vehículos Especiales S.A.C. presentada en el procedimiento de selección citado.

A LA EMPRESA DIVEIMPORT S.A. - DIVEMOTOR

Sírvase informar si su representada es la única representante en el territorio nacional de la marca Mercedes Benz para el caso de los camiones. De ser afirmativa la respuesta, sírvase informar la relación comercial con la empresa Divecenter S.A.C. y si ésta se encuentra permitida de ofrecer suministro y repuestos para el chasis de la citada marca.

9. Con Decreto del 17 de agosto de 2018, se solicitó la siguiente información:

**A LA ENTIDAD
AL IMPUGNANTE:**

En el marco del recurso de apelación interpuesto por el Consorcio FAMEDI – VACJAR, conformado por las empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. – FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C., contra la declaratoria de nulidad de oficio derivado de la Adjudicación Simplificada N° 03-2018-MDO-CS - Primera Convocatoria, para la "Adquisición de compactadora de 10 m3 para el proyecto: mejoramiento de la unidad de maquinaria, equipos y talleres de la Municipalidad de Olmos, Distrito de Olmos - Lambayeque - Lambayeque", se aprecia lo siguiente:

- a) *Mediante Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MSO/A del 25 de junio de 2018, su representada declaró de oficio la nulidad del procedimiento de selección, retrotrayendo el mismo hasta la etapa de evaluación y calificación de las ofertas, argumentando una indebida evaluación a la oferta del Consorcio VEMAEQUIP – COPVEES, integrado por las empresas Vehículos, Maquinarias y Equipos S.A.C. y Corporación de Vehículos Especiales S.A.C.*
- b) *En ese sentido, de los fundamentos expuestos en dicha resolución no se apreciaría que se haya corrido traslado al Consorcio conformado por las empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. – FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C., previo al pronunciamiento de la declaratoria de nulidad, conforme a lo dispuesto en el numeral 211.2 del artículo 211 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS y, fuera manifestado por el citado Consorcio en su escrito del recurso de apelación.*
- c) *En adición a lo expuesto, se evidencia que la resolución que declara la nulidad fue emitida el 25 de junio de 2018 y publicada recién en el SEACE el 17 de julio del mismo año para conocimiento del consorcio que se adjudicó la buena pro del procedimiento de selección, sin indicar un sustento de la disparidad de tiempo entre emisión y publicación de dicho documento, además de ello, no contaría con el visado de la Secretaría General, contraviniendo lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones de la institución edil.*

En ese orden de ideas, lo antes expuesto permitiría advertir la existencia de posibles vicios que podrían acarrear la nulidad de dicho acto administrativo contenido en la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MSO/A del 25 de junio de 2018, por lo que, a efectos que el Tribunal pueda efectuar un pronunciamiento acorde a derecho, se requiere que su representada absuelva las atenciones detectadas, emitiendo su opinión respecto a lo indicado.

Por tales consideraciones, atendiendo a lo dispuesto por el numeral 106.2 del artículo 106 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

*Supremo N° 056-2017-EF, se dispone que la información requerida sea remitida en el plazo de **cinco (5) días hábiles**, teniendo en consideración los plazos perentorios con los que cuenta el Tribunal para resolver, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y comunicar el incumplimiento al Órgano de Control Institucional de la Entidad.*

10. Mediante escrito s/n presentado el 23 de agosto de 2018 en la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Chiclayo e ingresado el 24 del mismo mes y año en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió la oferta del Consorcio.
11. El 27 de agosto de 2018, se llevó a cabo la audiencia pública correspondiente, oportunidad en la cual hizo el uso de la palabra, el representante del Impugnante y de la Entidad.
12. El 27 de agosto de 2018, el Impugnante presentó un escrito señalando que debe ser declarada nula la Resolución de Alcaldía por violación al debido proceso, toda vez que, su representada entregó dentro del plazo que establece la norma los documentos requeridos y necesarios para la firma del contrato sin que la Entidad haya realizado ninguna observación a los documentos presentados. Además de ello, la Entidad no les puso en conocimiento sobre la existencia de las presuntas irregularidades encontradas en el procedimiento de selección, vulnerándose su derecho de defensa, tanto más, si la Resolución de Alcaldía expedida el 25 de junio de 2018, recién fue publicada el 17 de julio de 2018, no siendo una motivación el hecho que la oferta del Consorcio sea menor en S/ 50,000.00, al no haber sido referenciado en dicho documento, más aun cuando su oferta se encontraba dentro de los límites del valor referencial.

Respecto de la nulidad contenida en la Resolución de Alcaldía, debe señalarse que si el postor es un consorcio conformado por dos o más personas jurídicas, entonces la carta del representante del chasis de la marca debe estar dirigida al Consorcio y no solamente a uno de sus integrantes. Asimismo, ha quedado demostrado que la carta del presunto representante de la marca del fabricante del chasis Divecenter ha sido presentada por el Consorcio en fotocopia y no en original; en el mismo procedimiento, Diveimport S.A. ha presentado al postor Perú Business Corporation una carta en original, siendo el único representante de la marca en el Perú.

Finalmente, ha quedado acreditado que la Resolución de Alcaldía se sustenta básicamente en el Informe Legal N° 106-2018-MDO-SGA/JAVV, existiendo una clarísima intromisión y violación a la autonomía del Comité de Selección de la Entidad y un interés propio de favorecer al Consorcio.

13. Con Decreto del 28 de agosto de 2018, se declaró el expediente listo para resolver.
14. El 29 de agosto de 2018, la empresa Diveimport S.A. dio respuesta a la información solicitada.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio FAMEDI - VACJAR, conformado por las empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. - FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C., contra la declaratoria de nulidad del

otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 003-2018-MDO-CS – Primera Convocatoria, para la "Adquisición de compactadora de 10 m3 para el Proyecto: Mejoramiento de la unidad de maquinaria, equipos y talleres de la Municipalidad de Olmos, distrito de Olmos - Lambayeque - Lambayeque", contenida en la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018.

PROCEDENCIA DEL RECURSO:

2. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del proceso hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.
3. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso, es decir, en la procedencia se inicia el análisis sustancial puesto que se hace una confrontación entre determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutor.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 101 del Reglamento, a fin de determinar si el presente recurso es procedente o, por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

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

4. El artículo 95 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que dicho recurso es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor referencial sea superior a cincuenta (50) UIT³, o se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Asimismo, en el citado artículo 95 del Reglamento se señala que en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, dado que, en el presente caso, el recurso de apelación ha sido interpuesto en una adjudicación simplificada, cuyo valor referencial asciende al monto de S/ 392,000.00 (trescientos noventa y dos mil con 00/100 soles), resulta entonces que dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

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

³ De conformidad con el Decreto Supremo N° 353-2016-EF "Aprueban el valor de la UIT durante el año 2017", para este año, asciende a S/ 4,050.00 (cuatro mil cincuenta con 00/100 soles).

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

5. El artículo 96 ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como:
- i) Las actuaciones materiales relativas a la programación de los procedimientos de selección en el SEACE, ii) las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, iii) los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, iv) las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y v) las contrataciones directas.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la declaratoria de nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección contenido en la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018; por consiguiente, se advierte que el acto objeto de recurso no se encuentra comprendido en la lista de actos inimpugnables.

c) Haya sido interpuesto fuera del plazo.

6. El artículo 97 del Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado dicho otorgamiento; en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, la apelación se presenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. Asimismo, la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar, en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles.

Asimismo, el artículo 56 del Reglamento establece que, luego de la calificación de las ofertas, el comité de selección debe otorgar la buena pro, mediante su publicación en el SEACE. Adicionalmente, el Acuerdo de Sala Plena N° 03-2017/TCE ha precisado que en el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del día siguiente de la notificación de la buena pro a través del SEACE, aun cuando ésta pueda haberse efectuado en acto público.

En concordancia con ello, el artículo 37 del Reglamento establece que todos los actos que se realicen a través del SEACE durante los procedimientos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación. La notificación a través del SEACE prevalece sobre cualquier medio que se haya utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad de quienes intervienen en el procedimiento el permanente seguimiento de este a través del SEACE.

En aplicación a lo dispuesto, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer recurso de apelación, plazo que vencía el 24 de julio de 2018, considerando que la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A, que declaró de oficio la nulidad del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección, fue publicada en el SEACE el 17 del mismo mes y año.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que mediante el Escrito N° 1 presentado el 24 de julio de 2018, el Impugnante interpuso recurso de apelación, por consiguiente éste ha sido interpuesto dentro del plazo estipulado en la normativa vigente.

d) Quien suscriba el recurso no sea el Impugnante o su representante.

7. De la revisión al recurso de apelación, se aprecia que éste aparece suscrito por el Representante común del Impugnante, señor Marlon Araujo Dulanto.

e) El Impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

8. De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría evidenciarse que los integrantes del Impugnante se encuentren inmersos en alguna causal de impedimento.

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

9. De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual pueda evidenciarse que los integrantes del Impugnante se encuentren incapacitados legalmente para ejercer actos civiles.

g) El Impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.

10. El numeral 215.1 del artículo 215 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el TUO de la LPAG, establece la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto administrativo que supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante la interposición del recurso correspondiente que en materia de contrataciones del Estado es el recurso de apelación.

Nótese que, en este caso, la decisión de la Entidad de declarar de oficio la nulidad del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección le causa agravio al Impugnante en su interés legítimo como postor de suscribir contrato con la Entidad, acto que habría sido realizado transgrediendo lo establecido en la Ley, el Reglamento y las Bases Integradas; por tanto, cuenta con legitimidad procesal e interés para obrar

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

11. En el caso concreto, la oferta del Impugnante presentada en el procedimiento de selección obtuvo la buena pro del procedimiento de selección; sin embargo, éste fue declarado nulo por la Entidad.

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

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

12. El Impugnante ha solicitado que se revoque la decisión contenida en la resolución impugnada de declarar la nulidad del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección y, se ordene a la Entidad que cumpla con perfeccionar el contrato. En ese sentido, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que éstos están orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose por tanto en la presente causal de improcedencia.
13. Por tanto, atendiendo a las consideraciones descritas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 101 del Reglamento, por lo que corresponde proceder al análisis de los asuntos de fondo.

PETITORIO:

14. El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se declare la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018, la misma que declaró la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección.
- Se ordene a la Entidad proceda a suscribir contrato con su representada.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

15. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos del presente recurso.
16. Al respecto, es preciso tener en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 y numeral 2 del artículo 105 del Reglamento, que establecen que la determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento.

Cabe señalar que lo antes citado, tiene como premisa que, al momento de analizar el recurso de apelación, se garantice el derecho al debido proceso de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de lo que ha sido materia de impugnación; pues lo contrario, es decir acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una situación de indefensión a la otra parte, la cual, dado los plazos perentorios con que cuenta el Tribunal para resolver, vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa.

En el presente caso, se aprecia que, al ser el Impugnante el ganador de la buena pro, no existía un postor distinto que pudiese apersonarse al presente procedimiento ni menos aún absolver el traslado del recurso de apelación.

En el marco de lo indicado, este Colegiado considera que el punto controvertido a dilucidar consiste en lo siguiente:

- i. Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018, la cual resuelve, a su vez, declarar la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección y, en consecuencia, se proceda con la suscripción del contrato.

ANALISIS:

17. Con el propósito de dilucidar esta controversia, es preciso tener en cuenta que, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad. Asimismo, prescribe que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo.

Así también, cabe recordar que, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 26 del Reglamento, el Comité de Selección o el Órgano Encargado de las Contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado.

18. En adición a lo expresado, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.

En este orden, resulta importante mencionar que, por el principio de transparencia, las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico; mientras que, en virtud del principio de libertad de concurrencia, las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias; así como por el principio de competencia, los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

19. También es oportuno acotar que los documentos del procedimiento de selección, y para el presente caso, las bases, constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la admisión, evaluación y calificación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores sujetos a sus disposiciones.

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

A partir de lo expuesto, tenemos que las bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones, cuya finalidad se encuentra orientada a elegir la mejor propuesta sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica.

20. Ahora bien, es preciso también recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley.

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

21. En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, este Colegiado se avocará al análisis del punto controvertido planteado en el presente procedimiento de impugnación.

ÚNICO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018, la cual resuelve, a su vez, declarar la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección y, en consecuencia, se proceda con la suscripción del contrato.

22. El Impugnante manifiesta que, la Entidad en la resolución que declaró la nulidad del otorgamiento de la buena pro, inicialmente indicó que en el Factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos, el Consorcio que ocupó el tercer lugar no le correspondía puntaje en dicho factor, toda vez que, para el Comité de Selección, el representante de la marca del chasis en el Perú [la empresa Divecenter S.A.C. indicaba ser representante de la marca Mercedes Benz en el Perú], se dirigió sólo a uno de los integrantes del Consorcio, la empresa Corporación de Vehículos Especiales S.A.C.; sin embargo, las Bases no señalaban que la carta de representación de la marca en el Perú, debía estar dirigida al Consorcio, ya que sólo bastaba que esté dirigida a uno de sus integrantes. De acuerdo a la promesa formal de consorcio, la empresa Corporación de Vehículos Especiales S.A.C. tiene el 90% de participación y obligaciones.

Refiere el Impugnante que, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad declara la nulidad de oficio de los actos expedidos en un procedimiento de selección hasta antes de la celebración del contrato, pudiendo declarar la nulidad bajo cuatro (4) supuestos, cuando los actos hayan sido dictados por órgano incompetente,

contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de la normas esenciales del procedimiento de la forma prescrita por la normativa aplicable; no obstante ello, en el presente caso, precisa que la nulidad de oficio declarada por la Entidad no se encuentra incurra en ningún supuesto previsto en el citado artículo, por lo que la resolución impugnada ha sido dictada en contravención de la precitada norma, debiendo ser revocada por el Tribunal.

Agrega que, los Comités de Selección que se conforman en las entidades públicas para tramitar los procedimientos de selección son autónomos en sus actos y decisiones, estando prohibido que el Titular de la Entidad dirija las decisiones de dicho Comité e intervenga en los procedimientos, salvo los casos expresos y taxativamente señalados por Ley, como ocurre si se presenta una denuncia, o un recurso de apelación, o en el marco de un control posterior efectuado por el Órgano de Control Institucional de la Entidad, si se advirtiera la existencia de alguna irregularidad y/o trasgresión a la Ley. En este caso, alega que el Subgerente de Asesoría Jurídica de la Entidad, extralimitándose en sus funciones ejerce acciones de supervisión sobre el Comité, más aun cuando la resolución impugnada no cuenta con la firma del Secretario General y visto de la Subgerencia de Logística.

Indica el Impugnante que, otro aspecto a tener en cuenta es que la Resolución de Alcaldía es de fecha 25 de junio de 2018 y fue publicada recién en el portal del SEACE el 17 de julio del mismo año, sin habersele puesto de conocimiento ni en forma escrita ni verbal durante su requerimiento efectuado a la Entidad para proceder a la suscripción del contrato.

23. La Entidad, por su parte, informó, a través del Informe Técnico Legal N° 120-2018-MDO/SGA, que la normativa otorga al Titular de la Entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un procedimiento de selección hasta antes de la celebración del contrato, configurada en el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley, indicando la resolución a la etapa que se retrotraerá.

En ese sentido, se aprecia que en el presente caso no le otorgaron puntuación al Consorcio [que ocupó el tercer lugar en el orden de prelación], a pesar que adjunta la carta del representante de la marca del chasis en el Perú, indicando el establecimiento, lugar y dirección, la misma que está dirigida a la empresa Corporación de Vehículos Especiales S.A.C., quien tiene el 90% de participación, y ejecutaría actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación; por lo tanto, correspondía otorgarle puntaje según la fórmula establecida en el artículo 54 del Reglamento.

Agrega la Entidad que la no aplicación de la metodología aludida en la evaluación, constituye una deficiencia, trasgrediendo los principios de igualdad de trato y de eficacia y eficiencia contemplados en el artículo 2 de la Ley, más aun cuando el Impugnante oferta el vehículo con un costo económico de S/ 390,000.00, mientras que el Consorcio oferta el vehículo en S/ 339,990.00, evidenciándose mejores condiciones de precio y calidad, al tener el Estado un ahorro de S/ 50,010.00, cumpliendo con la finalidad de la normativa, cual es que las entidades adquieran bienes, servicios y obras maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten, de tal manera que dichas contrataciones se efectúen bajo las mejores condiciones de precios y calidad.

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

24. Conforme a lo expuesto, este Colegiado procedió a revisar los argumentos principales de la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A, que originó la declaratoria de nulidad del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección siendo éstos los siguientes:

VISTO

Expediente de Contratación del procedimiento de Selección Adjudicación Simplificada N°03-2018-MDO/CS, cuyo objeto de contratación es la Adquisición de Compactadora de 10 M3, para el Proyecto "Mejoramiento de la Unidad de Maquinaria, Equipos y Talleres de la Municipalidad Distrital de Olmos, Informe Legal N° 106 – 2018-MDO-SGA/JAVV, de fecha 25 de Junio del año 2018, emitido por la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica,

(...)

Que, la entidad representada por el comité revisor del procedimiento de selección al momento de su calificación en los factores de evaluación E) DISPONIBILIDAD DE SERVICIOS Y REPUESTOS, indica que el Consorcio VEMAEQUIP – COPVEES, no califica visto que para ellos el representante de la marca del Chasis en el Perú, indicando establecimiento lugar y dirección, solo acredita a unos de los consorciados, debiendo estar dirigido al consorcio;

Conforme a lo expuesto, se considerar evaluar el Expediente de Contratación de los postores, quiere decir cada una de sus propuestas y conforme se aprecia, de la lectura integral de las Bases Integradas, siendo así se revisara la propuesta del Consorcio VEMAEQUIP – COPVEES, los folios 89 y 90, virtud del Principio de Controles Posteriores conforme se aprecia a continuación:

(...)

Conforme se aprecia en la imagen líneas arriba y del folio 90, de la propuesta del postor Consorcio VEMAEQUIP – COPVEES, el Gerente de Sucursal Faucett, indica que DIVERCENTER SAC, representante de la marca MERCEDES BENZ en el Perú, cumple con señalar que cuenta con un taller de servicios en la Provincia de Lambayeque, ubicado en la carretera Panamericana Norte N° 779.5- Sector Lambayeque, dicha carta está dirigida CORPORACION DE VEHICULOS ESPECIALES SAC, unos de los Consorciados, siendo así es oportuno acotar que los documentos del procedimiento de selección, y para el presente caso, las bases, constituyen las reglas definitivas de aquél y es en función de ellas que debe efectuarse la admisión, evaluación y calificación de las ofertas quedando la Entidad (Comité) como los postores, sujetos a sus disposiciones, entonces entiéndase en los factores de evaluación E), esta no señala que la carta de la representación de la marca en el Perú, debe estar dirigida al Consorcio, ya que solo basta que este dirigida a uno de los prometedores del Consorcio, teniendo en cuenta que es una promesa de consorcio, y de acuerdo a la promesa, la empresa CORPORACION DE VEHICULOS ESPECIALES SAC, tiene el 90% de participación y obligación, así mismo dicho integrante ejecuta actividades directamente vinculadas al objeto de la contratación, conforme a los procedimientos señalados en la DIRECTIVA N° 006-2017-OSCE/CD, vigente;

Que habiendo sido revisada la Propuesta Consorcio VEMAEQUIP – COPVEES, se deja constancia que ésta cumple con los Requisitos calificación y Evaluación establecidos en las Bases Integradas, así mismo al descalificar dicha propuesta sin el sustento jurídico, se está contraviniendo el Principio de Igualdad de Trato y el Principio de Eficacia y Eficiencia contemplados en el Art. 2 de la Ley de Contrataciones del Estado;

(...)

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR, de Oficio la Nulidad del Otorgamiento de la Buena Pro del Procedimiento Selección Adjudicación Simplificada N°03-2018-MDO/CS, para la adquisición de una Compactadora de 10 M3, para el Proyecto "Mejoramiento de la Unidad de Maquinaria, Equipos y Talleres, en virtud del Literal ii) del Art 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.

ARTÍCULO SEGUNDO.-RETROTRAER, Procedimiento Selección Adjudicación Simplificada N°03-2018-MDO/CS, hasta la etapa de evaluación y calificación de las ofertas, por los fundamentos expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR, al Adjudicatario del Procedimiento Selección Adjudicación Simplificada N°03-2018-MDO/CS - Consorcio FAMEDI - VACJAR, así mismo devuélvase de ser el caso la documentación para suscripción de contrato.

(...)

Como se advierte, la decisión de la Entidad para declarar la nulidad del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección se basó principalmente en el hecho que se transgredió el principio de igualdad de trato y el principio de eficacia y eficiencia, en perjuicio del Consorcio, al no haberse revisado durante la etapa de evaluación y calificación de ofertas que dicho postor acreditaba el Factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos, lo cual se sustentaría en el Informe Legal N° 106-2018-MDO-SGAV/JAVV del 25 de junio de 2018.

25. Al respecto, conforme ha sido indicado en los fundamentos precedentes, la nulidad de oficio declarada por la Entidad retrotrae el procedimiento de selección hasta la etapa de evaluación y calificación de ofertas, disponiendo que notifique al Impugnante y se proceda a la devolución de los documentos presentados por aquel para la suscripción del contrato; sin embargo, es preciso mencionar que, el último párrafo del numeral 211.2 del artículo 211 del TUO de la LPAG, establece literalmente lo siguiente:

"En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa."

26. De lo expuesto, se tiene que, cuando la Entidad advierta la existencia de posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección, que en el caso estricto corresponde al otorgamiento de la buena pro, debe correr traslado al o los favorecidos con el acto administrativo emitido, para que estos puedan pronunciarse en un plazo máximo de cinco (5) días, de forma previa a la decisión que adopte el Titular de la Entidad.

En ese entendido, cabe señalar que el último párrafo del numeral 211.2 del artículo 211 del TUO de la LPAG, establece que la Entidad debe correr traslado al administrado para que pueda formular el pronunciamiento que estime pertinente cuando se trate de la declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo que le resulte favorable, lo cual ha ocurrido en el presente caso, pues recordemos que el Impugnante fue el ganador de la buena pro.

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

27. En este punto, es importante tener en cuenta que, conforme se ha señalado en la jurisprudencia emitida por este Tribunal⁴, el otorgamiento de la buena pro es la declaración que una Entidad realiza en el marco de normas de derecho público –la normativa vigente de contrataciones del Estado– que va a producir efectos jurídicos sobre determinados administrados en el desarrollo de un procedimiento administrativo especial denominado “procedimiento de selección”. Por tanto, de conformidad con el artículo 1 del TUO de la LPAG, el otorgamiento de la buena pro se configura como un acto administrativo.

De esta manera, considerando que el procedimiento de selección tiene por objeto identificar a la persona natural o jurídica con la cual la Entidad va a celebrar un contrato, queda claro que el otorgamiento de la buena pro es el acto que produce efectos jurídicos favorables, sobre el postor ganador de la misma, por lo que correspondía aplicar las disposiciones contenidas en el numeral 211.2 del artículo 211 del TUO de la LPAG, es decir, proceder a correr el traslado de la nulidad del otorgamiento de la buena pro al Impugnante. Tal argumento ha sido también recogido en la Opinión N° 246-2017/DTN del 23 de noviembre de 2017, emitida por el OSCE.

28. En tal sentido, este Tribunal requirió mediante el Decreto del 17 de agosto de 2018, tanto a la Entidad como al Impugnante, que se pronuncien respecto a la existencia de posibles vicios que podrían acarrear la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MSO/A, puesto que se advirtió que no se habría cumplido con la formalidad prevista en el artículo 211 del TUO de la LPAG.

Al respecto, la Entidad no emitió pronunciamiento y el Impugnante indicó que aquella no le había puesto en conocimiento la existencia de presuntas irregularidades encontradas en el procedimiento de selección, lo que vulnera su derecho de defensa; por lo que considera que debe declararse la nulidad de la resolución de alcaldía mencionada. Agrega, que la carta del representante del chasis de la marca debe estar dirigida al consorcio y no solamente a uno de sus integrantes y que además ha sido presentado en copia y no en original, asimismo, señala que existiría una intromisión en la autonomía del Comité de Selección.

29. Ahora bien, este Colegiado aprecia que la Entidad, conforme a lo señalado por el Impugnante y de la revisión a la documentación obrante en el expediente, no cumplió con aplicar las disposiciones contenidas en el numeral 211.2 del artículo 211 del TUO de la LPAG, es decir, proceder a correr el traslado de la nulidad del otorgamiento de la buena pro a éste.
30. No obstante lo expuesto, se debe tener en cuenta que el artículo 14 del TUO de la LPAG establece la posibilidad de la conservación del acto administrativo, aun cuando no se hubiese producido el vicio, el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, este Colegiado procederá a analizar si de haber trasladado la nulidad al Impugnante el acto hubiera tenido otro resultado o si éste se hubiera mantenido.
31. Así, en el presente caso, se advierte que la Entidad ha declarado la nulidad del otorgamiento de la buena pro, argumentando una deficiente evaluación efectuada por el Comité de Selección a la oferta del Consorcio que ocupó el tercer lugar en el orden de

⁴ Véase, por ejemplo, la Resolución N° 2172-2008-TC-S1 del 30 de julio de 2008.

prelación respecto del factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos; en torno a ello, debe señalarse que la Entidad declaró la nulidad en base al análisis de una oferta que no era la del Impugnante.

Además, en esta instancia, a raíz del recurso de apelación interpuesto, la Entidad y conociendo los argumentos planteados por el Impugnante, remitió el Informe Técnico Legal N° 120-2018-MDO/SGA, sustentando las razones por las cuales mantenía los mismos criterios y postura respecto de la declaratoria de nulidad efectuada, ratificando con ello, que dicha decisión -la declaratoria de nulidad del otorgamiento de la buena pro- se hubiera producido aun con el traslado de la misma al Impugnante; por lo tanto, bajo tales consideraciones, se advierte que nos encontramos ante un supuesto de conservación del acto administrativo, en particular conforme a lo dispuesto por el numeral 14.2.4 del artículo 14 del TUO de la LPAG, pues la Entidad mantiene la decisión contenida en la Resolución de Alcaldía N° 294-2018/MSO-A, a pesar de los argumentos de defensa expuestos por el Impugnante.

32. En esa línea, este Colegiado procederá a determinar si la Resolución de Alcaldía N° 294-2018/MSO-A se encuentra debidamente motivada, es decir, si correspondía declarar la nulidad del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección, debido a que la carta de representación de la marca en el Perú para acreditar el factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos, bastaba que esté dirigida a uno de los integrantes del Consorcio.

Al respecto, de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo IV – Factores de evaluación de las Bases Integradas del procedimiento de selección, se solicitaba lo siguiente:

E. DISPONIBILIDAD DE SERVICIOS Y REPUESTOS	
<u>Evaluación:</u> <i>Se evaluará en función a la cobertura de concesionarios y/o talleres autorizados con capacidad de suministro de repuestos que oferte el postor en la región Lambayeque y ciudades de Trujillo y Piura, por un periodo de tres años.</i> LOCALIDAD 1: Lambayeque o Chiclayo o Ferreñafe LOCALIDAD 2: Piura o Trujillo <u>Acreditación:</u> <i>Se acreditará mediante la presentación de declaración jurada en la que los postores se comprometan a contar con dichas instalaciones al inicio de la ejecución contractual, sin perjuicio de la fiscalización posterior que pueda realizar la Entidad, a efectos de verificar su cumplimiento. Asimismo, se deberá adjuntar carta de representante de la marca de chasis en el Perú, indicando establecimiento, lugar y dirección.</i>	<i>Lambayeque o Chiclayo o Ferreñafe:</i> 20 puntos <i>Piura o Trujillo:</i> 10 puntos

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

Conforme se aprecia del citado factor de evaluación, correspondía que los postores con la finalidad de obtener puntaje, además de presentar una declaración jurada de compromiso de contar con concesionarios y/o talleres autorizados, debían adjuntar una carta del representante de la marca del chasis en el Perú, indicando el lugar y la dirección del establecimiento.

33. En ese sentido, la Entidad en atención al pedido del Tribunal, remitió la oferta del Consorcio, en la cual se advierte que presentó los siguientes documentos con la finalidad de cumplir el factor de evaluación señalado:

Declaración jurada de disponibilidad de servicios y repuestos presentado por el Consorcio

CONSORCIO VEMAEQUIP - CORPVEES 000039

DECLARACIÓN JURADA DE DISPONIBILIDAD DE SERVICIOS Y REPUESTOS

OSCE

Lima, Mayo del 2018

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
FOLIO N° **0336**

Señores:
COMITÉ DE SELECCIÓN
LICITACIÓN PÚBLICA N° 3-2018-MDO/CS - PRIMERA CONVOCATORIA
CONTRATACIÓN DE BIENES: "ADQUISICIÓN DE COMPACTADOR DE 10M3 PARA EL PROYECTO: MEJORAMIENTO DE LA UNIDAD DE MAQUINARIA, EQUIPOS Y TALLERES DE LA MUNICIPALIDAD DE OLMOS, DISTRITO DE OLMOS - LAMBAYEQUE - LAMBAYEQUE"

Presente.-

El suscrito, Sr. César Alfredo Novoa O'Neill, identificado con DNI. N°25601614, en mi calidad de Representante Común del "CONSORCIO VEMAEQUIP - CORPVEES", con domicilio legal en Calle Los Lirios N°150 Dpto.1301, Urb. Las Casuarinas Sur, Distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, **DECLARO BAJO JURAMENTO**, que la marca cuenta con taller autorizado con capacidad de suministro de servicios y repuestos en la Provincia de Lambayeque, por un periodo de 03 años el mismo que detallamos a continuación:

➤ TALLER DIVECENTER S.A.C : CARRETERA PANAMERICANA NORTE KM 779.5 - SECTOR LAMBAYEQUE

Sin otro particular, nos despedimos de usted.

Atentamente,


CESAR ALFREDO NOVOA O'NEILL
Representante Común

Firma y sello del representante legal
Nombre / Razón social del postor

Carta del representante de la marca del chasis en el Perú

DIVECENTER S.A.C

007 090



FAIRLIGHT



DODGE

CHRYSLER

Jeep

Registro de Contrataciones del Estado	
EXP. N°	0337
FOLIO N°	

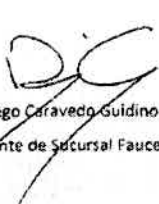
Callao, 29 de Mayo del 2018

CORPORACION DE VEHICULOS ESPECIALES SAC

Atte, Saddy Rufino M.

Por medio de la presente, DIVECENTER S.A.C., representante de la marca Mercedes Benz en el Perú, cumple con señalar que cuenta con un taller de servicios en la Provincia de Lambayeque, ubicado en Carretera Panamericana Norte km. 779.5 - Sector Lambayeque.

Sin otro particular.


Diego Caravedo Guidino
Gerente de Sucursal Faucett


CESAR ALFREDECAS VELI
Representante Comercial

Calle Alejandro Bussalieu 151 La Victoria - Telf. 712-2000 Lima / Av. Elmer Faucett N° 217, Callao - Telf.: 711-0592
www.divemotor.com

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

De acuerdo a tales documentos, se aprecia que el representante común del Consorcio declaró bajo juramento que la marca contaba con un taller autorizado con capacidad de suministros y repuestos, correspondiente al Taller Divecenter S.A.C. unido en la Carretera Panamericana Norte Km 779.5. Asimismo, adjuntó la carta s/n del 29 de mayo de 2018, emitida por Divecenter S.A.C., informando que, es representante de la marca Mercedes Benz en el Perú; dicha carta está dirigida a la empresa Corporación de Vehículos Especiales S.A.C. integrante del Consorcio Vemaquip – Corpvees.

- 34.** Ahora bien, se advierte de la documentación, que el postor es el Consorcio, conformado por las empresas Vehículos, Maquinarias y Equipos S.A.C. – VEMAEQUIP S.A.C. y Corporación de Vehículos Especiales S.A.C., proveedores que decidieron complementar sus capacidades y presentar conjuntamente una oferta en el procedimiento de selección. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 13 de la Ley establece que en los procedimientos de selección pueden participar varios proveedores agrupados en consorcio con la finalidad de complementar sus calificaciones, independientemente del porcentaje de participación de cada integrante, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato. En ese sentido, la participación de los proveedores en un procedimiento de selección, de manera consorciada, tiene por finalidad que éstos se asocien para complementar sus recursos, capacidades y aptitudes, y así reunir las condiciones exigidas para poder contratar con el Estado.

Precisamente una de las capacidades que los proveedores pueden complementar a efectos de participar, de manera consorciada, en un procedimiento de selección, es la capacidad técnica que, en el presente caso implicaba la Disponibilidad de servicios y repuestos (cobertura de concesionarios y/o talleres autorizados). En ese sentido, si uno de los consorciados cuenta con dicha capacidad técnica, es decir, tiene la posibilidad de aportar concesionarios y/o talleres autorizados para el suministro de repuestos, será plenamente válido que los documentos de acreditación se encuentren a nombre de tal consorciado.

Por consiguiente, debe quedar claro que, bajo el criterio de complementariedad de capacidades y recursos, indistintamente cualquier integrante del consorcio, puede acreditar contar con tal capacidad técnica, a fin que los proveedores puedan complementarse, a efectos de participar en consorcio en un procedimiento de selección.

- 35.** Bajo tales consideraciones, se concluye que el sólo hecho de que los documentos de acreditación del factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos se hayan encontrado a nombre de uno de los consorciados, no constituye una razón que haya ameritado no otorgarle puntaje en dicho factor a la oferta del Consorcio, toda vez que los integrantes del mismo pueden complementar sus capacidades a efectos de participar en un procedimiento de selección.

Cabe subrayar que, lo cierto es que el consorcio como tal asume responsabilidad por la correcta ejecución de la prestación, conforme a previsto en las bases integradas.

- 36.** En ese orden de ideas, se tiene que los documentos presentados por el Consorcio para acreditar el factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos, a nombre del consorciado Corporación de Vehículos Especiales S.A.C., sí debió ser considerada a efectos de acreditar dicho factor de evaluación requerido en las Bases Integradas.

37. Conforme a lo hasta aquí señalado, se advierte que el Comité de Selección efectuó una errónea revisión de la oferta presentada por el Consorcio [que ocupó el tercer lugar en el orden de prelación], en el extremo del factor de evaluación – Disponibilidad de servicios y repuestos, en tanto debió considerar como idónea su documentación para acreditar tal factor, en el sentido que resultaba válido que el documento cuestionado haya estado dirigido a uno de los consorciados. Cabe señalar además, que conforme a lo establecido en el artículo 44 de la Ley, el Titular de la Entidad se encuentra facultado a declarar la nulidad de los actos que hayan sido emitidos prescindiendo de las normas legales, lo que no enerva en lo absoluto el hecho cierto que tal actuación ha sido efectuada casi un mes posterior al otorgamiento de la buena pro a favor del Impugnante, situación que debe ser comunicada al Órgano de Control Institucional para el correspondiente deslinde de responsabilidades.
38. En ese orden de ideas, puede concluirse que la decisión adoptada por el Titular de la Entidad resulta pertinente y jurídicamente correcta, pues a pesar que el Consorcio dejó consentir la evaluación de su oferta y, con ello, el otorgamiento de la buena pro, la motivación por la cual se declaró la nulidad de dicho otorgamiento sí se encuentra arreglada a derecho, pues con la decisión primigenia del Comité de Selección [esto es, otorgarle un puntaje menor] se contravino la Ley y Reglamento, además de distorsionar los principios de competencia y de libre concurrencia con una interpretación particular que no se condice con el contenido de los principios rectores de la contratación pública.
39. En consecuencia, bajo las consideraciones del caso en concreto, corresponde confirmar la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018, que declaró la nulidad de oficio del otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 003-2018-MDO-CS – Primera Convocatoria, para la "Adquisición de compactadora de 10 m3 para el Proyecto: Mejoramiento de la unidad de maquinaria, equipos y talleres de la Municipalidad de Olmos, distrito de Olmos - Lambayeque - Lambayeque.
40. Sin perjuicio de lo señalado, teniendo en consideración que, acorde a lo normado en el numeral 14.3 del artículo 14 del TUO de la LPAG, no obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, este Colegiado dispone que la presente resolución sea comunicada al Órgano de Control Institucional de la Entidad, a fin que se efectúe el deslinde de responsabilidades y se adopten las medidas que se estimen pertinentes, a fin que situaciones como las descritas no se vuelvan a suscitar, en detrimento de los administrados.
41. Por lo expuesto, corresponde que el recurso de apelación sea declarado infundado, toda vez que la declaratoria de nulidad del otorgamiento de la buena pro, contenida en la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A, se encuentra justificada; por lo que la Entidad deberá continuar con las etapas siguientes del procedimiento de selección y otorgar la buena pro a quien corresponda.
42. Sin perjuicio de lo expuesto, es pertinente traer a colación que el literal E de los Factores de Evaluación de las Bases Integradas, señalaba que su acreditación se realizaba de la siguiente manera: "(...) Se acreditará mediante la presentación de declaración jurada en la que **los postores se comprometan a contar con dichas instalaciones** al inicio de la ejecución contractual (...)".

Resolución N° 1699-2018-TCE-S2

Sobre ello, de la revisión de la Declaración Jurada de disponibilidad de servicios y repuestos presentada por el Consorcio, este Tribunal aprecia que en ésta no se consigna expresamente el compromiso exigido por las citadas Bases, pues el Consorcio Vemaequip – Corpvees declara que la “marca cuenta un taller autorizado con capacidad de suministros y repuestos en la Provincia de Lambayeque” (...), correspondiente al Taller Divecenter S.A.C.; no precisando que dicho consorcio o los integrantes del mismo contarán con dichas instalaciones, sino se limita a informar que la marca ofertada cuenta con el Taller Divecenter S.A.C. (tercero ajeno al postor) en la provincia de Lambayeque. Asimismo, se observa que la Carta del representante de la marca del chasis en el Perú, tampoco tiene una precisión respecto de la obligación del postor de que cuenta o contará con las instalaciones exigidas en las Bases, limitándose a señalar que la empresa Divecenter S.A.C. (no el postor) cuenta con un taller de servicios en la provincia de Lambayeque.

En ese sentido, lo antes indicado debe ser puesto en conocimiento del Comité de Selección a efectos que sea valorado al momento de evaluar las ofertas de los postores participantes del presente procedimiento de selección.

43. Adicionalmente, ante la supuesta trasgresión del principio de presunción de veracidad por parte del Consorcio planteada por el Impugnante, debe señalarse que este Colegiado le solicitó información a la empresa Diveimport S.A., la cual a través de la carta s/n del 20 de agosto de 2018, ha referido que la empresa Divecenter S.A.C. es una sociedad constituida producto de la escisión de un bloque patrimonial de su representada, por lo que se encuentran vinculadas societariamente, y que en virtud de las facultades conferidas por Daimler AG, Diveimport nombró y autorizó como concesionario a la citada empresa para la venta de repuestos y prestar servicio técnico de la marca Mercedes Benz en el territorio peruano; en consecuencia, en esta instancia no puede determinarse que la carta de Divecenter S.A.C. presentada por el Consorcio sea un documento falso o que contenga información inexacta.
44. Finalmente, corresponde exhortar a los funcionarios de la Entidad que actúen de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar irregularidades y/o circunstancias que originen impugnaciones como la que es materia de análisis, las que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado, en perjuicio de la finalidad que implica el enfoque actual de gestión por resultados.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Jorge Herrera Guerra y la intervención de las Vocales Mariela Sifuentes Huamán y Paola Saavedra Alburquerque, atendiendo a la conformación de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 026-2018-OSCE/PRE del 7 de mayo de 2018, publicada el 9 de mayo de 2018 y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado vigente a partir del 9 de enero de 2016, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

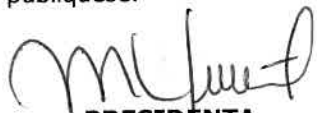
1. Declarar **infundado** el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio FAMEDI -

VACJAR, conformado por las empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. – FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C., en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 003-2018-MDO-CS – Primera Convocatoria, para la "Adquisición de compactadora de 10 m3 para el Proyecto: Mejoramiento de la unidad de maquinaria, equipos y talleres de la Municipalidad de Olmos, distrito de Olmos - Lambayeque - Lambayeque"; por los fundamentos expuestos.

En consecuencia:

- 1.1 Confirmar** la Resolución de Alcaldía N° 294-2018-MDO/A del 25 de junio de 2018 que declara la nulidad del otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 003-2018-MDO-CS – Primera Convocatoria y retrotrae dicho procedimiento de selección a la etapa de evaluación y calificación de las ofertas.
- 1.2 Disponer** que el Comité de Selección continúe con las etapas siguientes del procedimiento de selección y otorgue la buena pro a quien corresponda, debiendo tomar en consideración lo señalado en el Fundamento 42.
- 2. Ejecutar** la garantía otorgada por el Consorcio FAMEDI - VACJAR, conformado por las empresas Fabricaciones Metálicas y Servicios Diesel S.A.C. – FAMEDI S.A.C. y VACJAR S.A.C., presentada para la interposición de su recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 del Reglamento.
- 3. Disponer** la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad, la cual deberá recabarlos en la Mesa de Partes del Tribunal dentro del plazo de treinta (30) días calendario de notificada la presente Resolución, debiendo autorizar por escrito a la(s) persona(s) que realizará(n) dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central del OSCE para que se gestione su eliminación siguiendo lo dispuesto en la Directiva N° 001-2018-AGN/DNDAI "Norma para la eliminación de documentos en los archivos administrativos del Sector Público Nacional".
- 4. Comunicar** la presente resolución al Órgano de Control Institucional de la Entidad, conforme al Fundamento 37 y 40 de la presente resolución.
- 5. Dar** por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PRESIDENTA


VOCAL


VOCAL

SS.
Sifuentes Huamán.
Saavedra Alburquerque.
Herrera Guerra.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03.10.12".