

Resolución Ministerial

Nº 089-2015-PCM

Lima, 31 MAR. 2015

Vistos, los Informes Nº 072-2015-PCM/OAA y Nº 091-2015-PCM/OAA de la Oficina de Asuntos Administrativos, el Memorando Nº 288-2015-PCM/OGA de la Oficina General de Administración, y el Informe Nº 032-2015-PCM/OGAJ-CLC de la Oficina General de Asesoría Jurídica;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 03 de diciembre de 2014, mediante Resolución Directoral Nº 274-2014-PCM/OGA de la Oficina General de Administración, se aprobaron las Bases del Concurso Público Nº 004-2014-PCM para la "Contratación del Servicio de Acceso Dedicado a Internet e Interconexión de Datos para la Presidencia del Consejo de Ministros", proceso convocado por un valor referencial ascendente a S/. 1 860 000.00 (Un Millón Ochocientos Sesenta Mil y 00/100 Nuevos Soles);

Que, con fecha 03 de diciembre de 2014, se efectuó la convocatoria del proceso de selección antes referido, publicándose las bases en el SEACE;

Que, no obstante ello, mediante el Informe Nº 072-2015-PCM-OAA del 27 de febrero de 2015, elaborado sobre la base de lo señalado en el Memorando Nº 017-2015-PCM/OCI del 21 de enero de 2015, del Órgano de Control Institucional, y en parte sobre la base del Informe Nº 001-2015-PCM/CE-CP 004-2014¹ del 19 de febrero de 2015, del Comité Especial; la Oficina de Asuntos Administrativos ha solicitado se declare de oficio la nulidad del referido proceso de selección toda vez que una vez llegado el momento de absolver las observaciones el Comité Especial encargado de conducir el proceso de selección ha omitido pronunciarse sobre las observaciones presentadas por la empresa participante Movilmax Telecom S.A.C., indicándose que el referido Comité Especial tomó tal decisión debido a que dichas observaciones fueron presentadas no durante la etapa de formulación de observaciones sino con anterioridad a ésta, es decir, durante la etapa de formulación de consultas; por ende, se elevaron al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE las observaciones presentadas por otras empresas participantes, sin tener en consideración las correspondientes a la empresa participante Movilmax Telecom S.A.C., tras lo cual se emitió el Pronunciamiento Nº 110-2015/DSU del 28 de enero de 2015;

Que, con el referido Pronunciamiento Nº 110-2015/DSU el OSCE señaló, entre otros, que el Comité Especial debe tener en cuenta lo indicado en él a fin de

¹ El Informe Nº 001-2015-PCM/CE-CP004-2014 del Comité Especial recomienda se declare de oficio la nulidad del proceso de selección hasta la etapa de absolución de observaciones.

efectuar las modificaciones a las Bases a que hubiere a lugar, así como registrar en el SEACE la documentación allí solicitada;

Que, no obstante lo señalado en el Pronunciamiento Nº 110-2015/DSU, mediante el Informe Nº 091-2015-PCM-OAA del 13 de marzo de 2015, la Oficina de Asuntos Administrativos ha recomendado que se declare de oficio la nulidad del proceso de selección retrotrayéndolo hasta la etapa de convocatoria, por la causal de contravención de normas legales, expresando lo siguiente:

"II.1 Determinación del valor referencial (VR) sin contar con el Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado (EPOM).

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificada por la Ley Nº 29873, norma que a la letra dispone en lo pertinente: "El Valor Referencial es determinado sobre la base de un estudio de las posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado, efectuado en función del análisis de los niveles de comercialización, a partir de las especificaciones técnicas o términos de referencia y los costos estimados en el Plan Anual de Contrataciones, de acuerdo a los criterios señalados en el reglamento. (...)".

El artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo Nº 138-2012-EF, dispone en lo pertinente y a la letra: "Sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente:

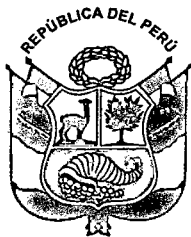
1. El valor referencial;
2. (...)".

Asimismo y sin perjuicio de lo anterior, es de mencionar que conforme a lo indicado en numeral (ii) del rubro 2. CONSULTA Y ANÁLISIS de la Opinión Nº 042-2009/DTN del 29 de mayo de 2009, que en copia de su parte pertinente se adjunta para ilustración, en el marco de un estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, las fuentes le permiten a la Entidad conocer los datos e información relevante sobre los precios y demás condiciones del mercado, a partir de los cuales se determinará el valor referencial.

(...)

De todo lo anterior, se colige con meridiana claridad que **producto del EPOM se determina el VR, para lo cual además, debe realizarse el análisis indicado en la norma.**

En el expediente de contratación obra el EPOM contenido en el Informe Nº 060-2014-OAA/CCN con fecha 18 de noviembre de 2014. En caso los funcionarios del OEC en aquel entonces hubiesen actuado con arreglo a normas, debe quedar claro que el VR debe determinarse producto del EPOM, es decir, el VR debió



Resolución Ministerial

haber sido determinado a partir del 18 de noviembre de 2014.

Sin embargo, no obstante lo anterior y contrariamente a normas, se advierte que con fecha 04 de noviembre de 2014 mediante Memorándum Nº 901-2014-PCM/OAA se señala en el segundo párrafo de este documento que "Del estudio de posibilidades que ofrece el mercado realizado se determinó que el monto referencial para la contratación del servicio asciende a S/. 1'860,000 (...)".

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, es de precisar que no resulta cierto ni veraz lo señalado en el sentido que al 04 de noviembre de 2014 se realizó el EPOM, ya que este como acto y documento formal, recién se realizó el 18 de noviembre de 2014, es decir, posteriormente a lo señalado.

Adicionalmente a lo anterior, con correo electrónico de fecha 29 de octubre de 2014, el ex servidor de esta Oficina (...) solicita certificación presupuestal señalando que el VR asciende a S/. 1'860,000. En este extremo, además de que este "VR" no podía ser tal por la fecha del correo electrónico (ya que el VR se determina con el EPOM, es decir, el 18 de noviembre de 2014 y no con anterioridad), no se aprecia en ningún documento haberse realizado el análisis que dispone el artículo 27 de la Ley Nº 29873 para determinar el VR, sino, sólo apreciamos la transcripción o copia del monto indicado en la cotización (llamada "propuesta económica") realizada por la empresa Optical Technologies S.A.C. con fecha 15 de octubre de 2014.

De lo anterior, se colige que el señalado Valor Referencial fue determinado sin contar con el EPOM, lo cual deviene en nulo, por contravenir normas.

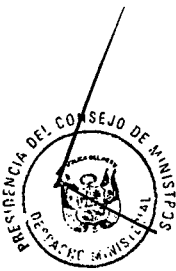
II.2 Inexistencia de pluralidad de fuentes para determinar el Valor Referencial (VR)

En este extremo, es de señalar que, al 04 de noviembre de 2014, fecha en la cual se "determina" (indebidamente, ya que el VR se determina con el EPOM) el VR según el Memorándum Nº 901-2014-PCM/OAA y según el correo electrónico de fecha 29 de octubre de 2014, no se acredita haber contado con pluralidad de fuentes para determinar dicho "VR".

En efecto, la pluralidad de fuentes queda evidenciada en el EPOM contenido en el Informe Nº 060-2014-OAA/CCN con fecha 18 de noviembre de 2014, en donde por ejemplo, se cita como fuentes el valor histórico y la cotización mencionada anteriormente.

Sin embargo, al 04 de noviembre de 2014 sólo se contó con cotizaciones.

Como sabemos, por la normativa de Contrataciones del Estado establecida en el artículo 12 del Reglamento mencionado y tal como consta del Comunicado Nº 002-2009-OSCE/PRE, el EPOM requiere contar con dos (2) fuentes.



Es de señalar que, ambas cotizaciones con las que se contó al 04 de noviembre de 2014 (de Optical Technologies S.A.C y de telefónica del Perú S.A.A.) son una sola fuente.

En otras palabras, si consideramos que el VR se determinó con fecha 04 de noviembre de 2014 (supuesto negado por esta Oficina) (...) se habría incurrido (...) en vicio que acarrea nulidad por contravención de normas legales ya que sólo se tuvo una fuente y no se justificó en ningún extremo la imposibilidad de contar con más de una fuente.

Con el análisis anterior, queda claro que el Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado es uno y es de fecha 18 de noviembre de 2014 (...).

II.3 Contravención de normas legales que justifica de oficio declarar la nulidad del proceso de selección, debiendo retrotraerse el proceso a la etapa de convocatoria, previa reformulación del expediente según normas.

Lo señalado en los numerales II.1 y II.2 líneas arriba, evidencia contravención a las normas legales señaladas, lo que constituye causal de nulidad del proceso de selección de conformidad con el artículo 56 de la Ley citada.

Es decir, el artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificada por la Ley Nº 29873 y el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo Nº 138-2012-EF, han sido contravenidos, vicio que constituye nulidad de conformidad con el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificada por la Ley Nº 29873.

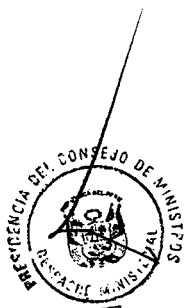
Es de destacar que los vicios incurridos son aquellos que se aprecian con anterioridad a la convocatoria del proceso de selección y no fueron advertidos con anterioridad (...); sin embargo, lo anterior, no obsta para actuar correctamente con arreglo a normas.

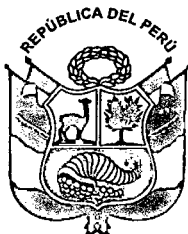
Por lo anterior, corresponde retrotraer el proceso de selección a la etapa de convocatoria, previa reformulación del expediente en lo pertinente.

III. CONCLUSIÓN

Lo señalado y documentado en el rubro ANÁLISIS acredita de manera indubitable, la flagrante violación de normas legales, lo que constituye causal de nulidad del proceso de selección, debiendo retrotraerse el mismo a la etapa de convocatoria, previa reformulación del expediente en lo pertinente."

Que, en relación con lo expuesto cabe precisar que del segundo párrafo del artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017, en adelante la Ley, se desprende que el Titular de la Entidad declarará de oficio





Resolución Ministerial

la nulidad del proceso de selección, sólo hasta antes de la celebración del contrato, cuando los actos expedidos dentro de éste 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 retrotraerá el proceso de selección;

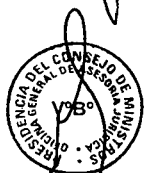
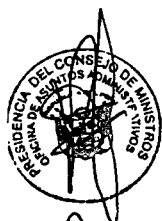
Que, el artículo 27 de la Ley establece que el Valor Referencial es determinado sobre la base de un estudio de las posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado, efectuado en función del análisis de los niveles de comercialización, a partir de las especificaciones técnicas o términos de referencia y los costos estimados en el Plan Anual de Contrataciones, de acuerdo a los criterios señalados en el reglamento;

Que, el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, establece que sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar: el valor referencial y la existencia de pluralidad de marcas y/o postores, entre otros; no obstante ello, esta obligación no ha sido cumplida a cabalidad en el Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado (Informe Nº 060-2014-OAA/CCN) tal como se ha indicado en el Informe Nº 091-2015-PCM-OAA, situación que contraviene la citada normativa legal;

Que, en tal sentido, teniendo en cuenta lo expresado en el Informe Nº 091-2015-PCM-OAA, respecto a la inobservancia de la normativa sobre determinación del valor referencial y de la existencia de pluralidad de marcas y/o postores así como su consecuente efecto en la elaboración del Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado, y atendiendo a lo previsto en el artículo 56 de la Ley, resulta necesario declarar de oficio la nulidad del Concurso Público Nº 004-2014-PCM para la "Contratación del Servicio de Acceso Dedicado a Internet e Interconexión de Datos para la Presidencia del Consejo de Ministros"; por contravención a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley y artículo 12 de su Reglamento, a fin de retrotraerlo hasta la etapa de la convocatoria, a cuyo efecto deberá observarse lo indicado en el Pronunciamiento Nº 110-2015/DSU, así como tenerse en cuenta las observaciones que en su momento presentó la empresa participante Movilmax Telecom S.A.;

Que, la Constitución Política del Perú y el artículo 1 de la Ley, establecen que las entidades del Sector Público deben realizar sus procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras, de acuerdo con los lineamientos que señala la Ley;

Que, según reiterados pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones del Estado, la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad que



podría enturbiar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de la materia, a efectos que la contratación que realice se encuentre arreglada a ley y no al margen de ella;

Que, en consecuencia, la nulidad a ser declarada de oficio encuentra su correlato en el propósito de no incurrir en la contravención de las normas legales glosadas anteriormente que rigen las contrataciones del Estado, a fin de lograr un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de la materia, a efectos de que la contratación que realice la Presidencia del Consejo de Ministros se encuentre arreglada a ley;

Que, por tales razones, en atención a la facultad otorgada por ley, corresponde que la Titular de la Entidad declare de oficio la nulidad del Concurso Público Nº 004-2014-PCM para la "Contratación del Servicio de Acceso Dedicado a Internet e Interconexión de Datos para la Presidencia del Consejo de Ministros", precisando que se retrotraiga el mismo hasta la etapa de convocatoria;

Con las visaciones de la Secretaría General, de la Oficina General de Administración, de la Oficina General de Asesoría Jurídica y de la Oficina de Asuntos Administrativos;

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1017 – Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, y el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, aprobado por Decreto Supremo Nº 063-2007-PCM, y sus modificatorias;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar de oficio la nulidad del Concurso Público Nº 004-2014-PCM para la "Contratación del Servicio de Acceso Dedicado a Internet e Interconexión de Datos para la Presidencia del Consejo de Ministros", por la contravención del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017 y el artículo 12 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, y conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, debiendo retrotraerse el proceso de selección hasta la etapa de convocatoria.

Artículo 2.- Disponer que la Oficina de Asuntos Administrativos de la Oficina General de Administración registre la presente Resolución en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017.

Artículo 3.- Disponer que la Secretaría General realice las acciones necesarias para el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar por la presente declaración de nulidad.



Resolución Ministerial

Artículo 4.- Encargar a la Secretaría General la notificación de la presente Resolución a las partes interesadas para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



.....
Ana Jara Velásquez
PRESIDENTA DEL CONSEJO DE MINISTROS