



Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018

San Sebastián
Gente que Progresa

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 175-2016-A-MDSS-SG

San Sebastián, 14 de abril de 2016.

EL ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

VISTO:

El Proveído N° 1949-2016, Opinión Legal N° 180-2016-GAL/MDSS, Informe N° 575-2016-SGA-GA/MDSS, FUT N° 035351, sobre solicitud de Nulidad del LP N° 001-2016-MDSS, deducida por el proveedor Industria de Alimentos Raysur S.R.L., y;

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en su Artículo 194° concordado con el Artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que los Gobiernos Locales gozan de autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia, esta autonomía radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico;

Que, del Informe N° 575-2016-SGA-GA/MDSS de fecha 11 de abril de 2016 a través del cual el Sub Gerente de Abastecimiento, pone en conocimiento del Gerente Municipal la Nulidad de la Licitación Pública N° 001-2016-MDSS, para la adquisición de alimentos para el Programa del Vaso de Leche (en adelante el procedimiento), deducida por el proveedor - Industria de Alimentos RAYSUR S.R.L., quién indica que la misma debería desestimarse en razón a que el postor en su oportunidad debió solicitar la elevación de los cuestionamientos del pliego de absolutorio de consultas y observaciones al no estar conforme con la notificación del pliego absolutorio publicado en la página del SEACE; y que con respecto a la prueba de factibilidad, se tiene que ha sido observada por el participante INDUSTRIAS MOLICUSCO S.A.C. y acogida en el pliego absolutorio, fecha que se encuentra comprendida entre el periodo de integración de bases y presentación de propuestas según indica las bases administrativas, y que para la prueba de aceptabilidad se solicita la presentación de un certificado microbiológico emitido por un organismo acreditado ante INACAL y que dichos certificados no están sujetos a fechas o cronogramas del procedimiento de selección, ya que la obtención de los mismos son responsabilidad de los postores que tengan la intención de participar en el proceso de selección;

Que, del FUT N° 035351, documento que a la vez genera el Expediente Administrativo N° 9390-2016 de fecha 07 ABR 2016, documento a través del cual deduce nulidad al Procedimiento de Licitación Pública N° 001-2016-MDSS, por contravención a la normativa de las contrataciones del Estado, teniendo como pretensiones y fundamentos principales los siguientes:

(...)

Vengo a deducir la nulidad de pleno derecho del acto de absolutorio de observaciones y consultas, y en consecuencia de los actos sucesivos como son la Integración de Bases y eventualmente del acto de calificación y otorgamiento de la Buena Pro en el presente procedimiento (...) por lo que solicito se declare la invalidez y/o nulidad de dichos actos, se retrotraiga hasta la etapa de absolutorio de observaciones y consultas volviendo a absolverlas cñiendo su actuación al ordenamiento legal vigente modificando el calendario del procedimiento en el que corresponda.

(...)

La integración de las bases fue realizada el día 06 de abril del 2016, es imposible que los resultados microbiológicos ingresados el mismo día 06 de abril del 2016, salgan a la fecha estipulada de prueba de aceptabilidad, limitándose a los postores en la participación de dicho proceso ya que no podría participar en iguales condiciones ante otras empresas que quizá cuenten con análisis microbiológicos de lotes pasados de producción, ya que dicho factor es un criterio de calificación de las propuestas a entregar en el proceso de licitación.

(...)

Resulta una exigencia no objetiva, ya que no todas las empresas cuentan con certificados microbiológicos de fechas pasadas de producción (...) considerando que dichos resultados son





Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018



otorgados por los laboratorios acreditados después de 6 días, o se puede exigir que la prueba de aceptabilidad se realice 2 días después de la integración de bases (...)

(...)

Se advierte que el Comité de Selección al absolver las consultas y observaciones cometió un error de colocar como fecha de realización de la prueba de aceptabilidad dos días después de la integración de las bases, cuando lo correcto debió ser que dicha prueba de aceptabilidad debió de haber sido realizada uno o dos días antes de la presentación de propuestas, dando un plazo suficiente área que todas las empresas puedan sacar el certificado microbiológico correspondiente. Transgrediéndose el Artículo 2 de la Ley de contrataciones del estado, ya que limita la participación de postores.

(...)

Que, respecto a la nulidad, es oportuno citar a CABANELLAS¹, quien señala que la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto;

Que, por lo tanto, el acto administrativo nulo será aquel que padece de algunas de las causales de invalidez trascendentes o relevantes previstas por el Artículo 10º de la Ley N° 27444 y que ha sido expresamente declarado como tal (nulo de pleno derecho dice el primer párrafo del Artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General) por la autoridad administrativa o judicial competente, determinando la expulsión del acto administrativo del mundo jurídico.

Que, la nulidad de pleno derecho a que se refiere el primer párrafo del Artículo 10º² de la Ley N° 27444, requiere ser expresamente declarada por los órganos legitimados para hacerlo por tanto no opera de manera automática;

Que, en nuestro ordenamiento administrativo no es posible sostener que un acto administrativo es nulo y no surte efecto alguno por más grave que sea el vicio de que padezca, si es que no ha sido expresamente calificado como tal por la autoridad competente conforme a los procedimientos establecidos legalmente;

Que, en el ámbito de las Contrataciones Estatales, la nulidad constituye una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las entidades una herramienta lícita para sanear el o los proceso(s) de selección de cualquier irregularidad que pudiera enturbiarlo, de modo que se logre un proceso con todas las garantías previstas en la normativa y una contratación con arreglo a Ley;

Que, en el marco de un proceso de selección, la invalidez de un acto determina, no solo la invalidez de la etapa en la cual fue realizado, sino también la invalidez de las etapas posteriores;

CAUSALES DE NULIDAD DEL PROCESO DE SELECCIÓN

Que, sobre las causales de nulidad del Proceso de Selección tenemos que el Artículo 44º de la Ley de Contrataciones estable que:

"El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales"

¹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edición actualizada, corregida y aumentada, Editorial Heliasta.

² Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3. Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.



Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018



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 o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas - Perú Compras, en los procedimientos de implementación o mantenimiento de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse perfeccionado en contravención con el Artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.
- e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- f) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.

La nulidad del procedimiento y del contrato, genera responsabilidades de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considera en primer lugar las causales previstas en la presente Ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

Que, en ese sentido, el Titular de la Entidad (Alcalde) sólo podrá declarar la nulidad de oficio o a solicitud de parte de un procedimiento de selección cuando se verifique alguna de las causales previstas en el Artículo 44° de la Ley, es decir, cuando exista en el proceso situaciones que contravengan las normas legales o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, aspecto normativo que concuerda con el Artículo 10° de la LPAG;

Que, respecto a las Bases del Procedimiento y sus etapas, debemos citar a RETAMOZO LINARES, Alberto³, quien indica que las bases constituyen el fundamento jurídico del proceso de selección, brindan seguridad jurídica a las partes, sin ellas, la Entidad no puede convocar a los postores, ni estos participar en el proceso. Constituyen el reflejo de la voluntad de la Entidad, por ello devienen en el fundamento de cualquier proceso válido, tal como quedó establecido en la Resolución N° 284-2003/TC-S2. Las bases constituyen un acto no impugnabile y poseen naturaleza reglamentaria, aspectos que concuerdan con lo establecido por el Artículo 96° del RLCE;

Que, además de ello y de conformidad a lo establecido por la LCE, específicamente a través de su Artículo 30° establece que la Entidad evalúa las ofertas conforme a los factores de evaluación previstos en las BASES, a fin de determinar la mejor oferta;

Que, de este modo, en el caso de autos se desprende que las bases han sido aprobadas a través de la Resolución de Gerencia Municipal N° 69-GM-2016-MDSS de fecha 14 de mayo de 2016, a través de las cuales se desprende en el extremo de las CONSIDERACIONES lo siguiente:



³ Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control - Análisis y Comentarios, Gaceta Jurídica - Décima Edición - 2015, Pag. 428 - Tomo I. RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 175-2016-A-MDSS-SG





Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018



La prueba de aceptabilidad se llevará a cabo con los postores que se registren como participantes y haya presentado su solicitud en el plazo indicado.

La presentación de las muestras precitadas y certificados microbiológicos serán entregados por la Certificadora u organismo contratada por el postor en mismo día de la prueba.

Los certificados microbiológicos deben estar acordes a lo dispuesto en la RM 451-2006/MINSA cuyos métodos estén acreditados ante INACAL, con la finalidad de salvaguardar la salud e integridad del panel a cargo de la degustación.

Que, con relación a las **CONSULTAS Y OBSERVACIONES** efectuadas por la solicitante, tenemos que se encuentra desarrollada en el Artículo 51^o del RLC, y citando a ALVARADO MAIRENA⁵, (...) las consultas a las bases son solicitudes de aclaración u otros pedidos formulados por los participantes en un proceso de selección, las consultas están referidas al alcance y/o contenido de cualquier extremo de las bases, es decir, a la aclaración de las bases. Las observaciones a las bases se presentan de manera fundamentada por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el rendimiento de selección u objeto de la contratación. Las consultas se presentan en un plazo no menor a 10 días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria. En el mismo plazo, los participantes pueden formular observaciones a las bases. Tal como se dispone en el presente Artículo, el comité de selección debe absolver las consultas y observaciones de manera motivada, mediante un pliego absolutorio de consultas y observaciones con respuestas fundamentadas y sustentadas, debiendo ser notificadas, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado, el plazo para recibir consultas y observaciones no puede exceder de 7 días hábiles contados desde el vencimiento de plazo para recibir consultas y observaciones señaladas en las bases. En la absolución de las observaciones se debe indicar si las mismas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen. **LOS PARTICIPANTES PUEDEN SOLICITAR LA ELEVACIÓN DE LOS CUESTIONAMIENTOS AL PLIEGO DE ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS Y OBSERVACIONES EN EL PLAZO DE 3 DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA NOTIFICACIÓN DEL PLIEGO ABSOLUTORIO A TRAVÉS DEL SEACE, a fin que OSCE emita el pronunciamiento correspondiente;**

Que, de conformidad a la revisión del propio expediente de contratación se desprende que en fecha 31 de marzo de 2016, se ha efectuado el Acta de Absolución de Consultas, ello de conformidad y dando cumplimiento al Cronograma (modificado) del presente procedimiento de selección, a través del cual se ha procedido absolver las consultas y observaciones realizadas por la empresa ahora solicitante, cumpliendo la Entidad en Integrar las bases en fecha 06 de abril de 2016, porque la solicitante, (ni otro postor) SOLICITARON LA ELEVACIÓN DE LOS CUESTIONAMIENTOS AL PLIEGO DE ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS Y OBSERVACIONES CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 51° DEL RLCE, razón por la cual la solicitud de nulidad no puede ser atendible, ya que la empresa ahora solicitante, tiene en el presente procedimiento de contratación la calidad de POSTOR, quien pudo haber cuestionado cualquier disconformidad a través de los mecanismos procedimentales establecidas en la Ley y su Reglamento de Contrataciones con el Estado,

Que, es evidente que los actos de absolución de observaciones y consultas y en consecuencia el acto de integración de bases y/o bases integradas se han efectuado dentro de los parámetros establecidos

* Artículo 51.- Consultas y observaciones

Todo participante puede formular consultas y observaciones respecto de las Bases. Las consultas son solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las Bases. Se presentan en un plazo no menor a diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria.

En el mismo plazo, el participante puede formular observaciones a las bases, de manera fundamentada, por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación.

El plazo para la absolución simultánea de las consultas y observaciones por parte del comité de selección y su respectiva notificación a través del SEACE no puede exceder de siete (7) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para recibir consultas y observaciones señaladas en las bases.

La absolución se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones que se elabora conforme a lo que establece la Directiva que aprueba OSCE; en el caso de las observaciones se debe indicar si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen.

En el plazo de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del pliego absolutorio a través del SEACE, los participantes pueden solicitar la elevación de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones conforme a lo previsto en la Directiva antes indicada, a fin que OSCE emita el pronunciamiento correspondiente.

El pronunciamiento que emite OSCE debe estar motivado e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto de las bases. El plazo para emitir y notificar el pronunciamiento a través del SEACE es de diez (10) días hábiles, es improrrogable y se computa desde el día siguiente de la recepción del expediente completo por OSCE.

Contra el pronunciamiento emitido por OSCE no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad y los proveedores que participan en el procedimiento de selección.

⁵ Contrataciones del Estado, Cometarios y Concordancias al Reglamento de la Nueva Ley N° 30225, Ediciones Gubernamentales, Segunda Edición 2016.



Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018

San Sebastián
Gente que Progresa

por Ley, no habiendo la Entidad contravenido la norma de contrataciones del Estado en ningún contexto, adquiriendo las bases integradas la calidad de reglas definitivas del procedimiento de selección, no pudiendo ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificada por la autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad;

Que, en ese sentido no se puede cuestionar que la prueba de aceptabilidad y los certificados microbiológicos deviene a ser una exigencia no objetiva, menos aún la transgresión del Artículo 2° de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que resultan endeble e inconsistentes los argumentos vertidos por la solicitante, al señalar que la Entidad limita la participación de postores al incorporar estas exigencias, situación que carece de fundamento de acuerdo al acta de fecha 07 de abril de 2016 alcanzada por la propia solicitante (folios 11), donde se evidencia que nueve postores se presentaron para la prueba de aceptabilidad en el presente proceso, por lo que no se puede alegar la limitación de postores;



Estando lo expuesto, a la Opinión Legal N° 180-2016-GAL/MDSS y las atribuciones contempladas en el Artículo 20° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, como en la Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de nulidad de la Licitación Pública N° 001-2016-MDSS, sobre la adquisición de alimentos para el Programa del Vaso de Leche, deducida por el proveedor - Industria de Alimentos RAYSUR S.R.L., de acuerdo a los fundamentos esgrimidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: DAR POR AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA, en aplicación del Artículo 50° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades en concordancia con el Artículo 218° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

ARTÍCULO TERCERO: DISPONER, que la **CENTRAL DE NOTIFICACIONES**, notifique la presente Resolución a las Unidades Orgánicas de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, y al interesado.

ARTÍCULO CUARTO: DISPONER, que la Oficina de Tecnología y Sistemas Informáticos publique la presente Resolución en el Portal Web Institucional de la Municipalidad Distrital de San Sebastián (www.munisensebastian.gob.pe).

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

WNN/VGTG/SG

CC
Gerencia Municipal
Gerencias
Designado
Archivo



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

Anamar Sicus Cahuana
ALCALDE