



"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 212-2016-A-MDSS-SG

San Sebastián, 12 de mayo de 2016.

EL ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN

VISTO:

El Proveído N° 2417-2016 de Gerencia Municipal, Opinión Legal N° 231-2016-GALSJS-MDSS, Oficio N° 491-2016-GR-CUSCO/GRDE-DRA/DCA, Oficio N° 123-2016-GRC/GRDE-DRAC-AACLCA, Oficio N° 21-SG-MDSS-2016, Resolución de Alcaldía N° 173-2016-A-MDSS-SG, sobre nulidad de oficio del Proceso de Selección Adjudicación Simplificada N° 02-2016-CE-MDSS, 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 Acta de Buena Pro de la Adjudicación Simplificada N° 002-2016/MDSS - Primera Convocatoria - para la contratación de plantas nativas, para el mejoramiento de la faja marginal de la carretera entre las comunidades de Kircas y Huilcarpay, del KM 7 al 16.2, (en adelante el procedimiento de selección) - de fecha 14 de marzo de 2016, publicada en el SEACE el 16 de marzo de 2016, a través de la cual se procede a otorgar la buena pro al CONSORCIO: TOVAR ACUÑA YAQUELIN Y HUAMAN GASPAS HERLINDA, hasta por el importe de S/ 53,460.00 (cincuenta y tres mil cuatrocientos sesenta con 00/100 soles), por haber obtenido un total de 100 puntos de conformidad al cuadro consolidado;

Que, mediante el Expediente Administrativo N° 8060-2016 de fecha 23 de marzo de 2016 (a fojas 477), a través del cual la señora Margarita Mayta Bueno, (en adelante - LA APELANTE), interpone recurso impugnatorio de apelación en contra del ACTO DE OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO DEL PROCESO DE SELECCIÓN ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N° 002-2016/MDSS para la contratación de plantas nativas, para el mejoramiento de la faja marginal de la carretera entre las comunidades de Kircas y Huilcarpay, del KM 7 al 16.2, por no encontrarse ajustada a Derecho, recurso que tiene como pretensión y fundamentos los siguientes:

(...)

DE LA PROMESA FORMAL DE CONSORCIO

Ambos consorciados se comprometen a entregar los plantones objeto de la convocatoria, siendo ellos así, la promesa formal de consorcio está regulado por la DIRECTIVA N° 002-2016-OSCE/CD, en cuyo numeral prescribe lo siguiente:

7.5. CALIFICACIÓN DE LA OFERTA

7.5.1. Actividad regulada:

En los procedimientos de selección cuyo objeto requiera la participación de empresas que realicen actividades reguladas, tales como intermediación laboral, vigilancia privada, servicio postal, transporte de combustible, comercialización de medicamentos, entre otras, únicamente deben cumplir los requisitos que disponga la ley de la materia, aquellos integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa de consorcio.

Dicho de otro modo y en vigor a la Directiva que regula los consorciados, en primer orden de líneas es **INSUBSANABLE LO CONSIGNADO EN EL ANEXO N° 06** y segundo por precedentes administrativos del tribunal de Contrataciones del Estado, se tiene que las bases integradas son vinculantes tanto para la entidad como para los postores, tal es así que en el literal h) de las bases integradas se ha solicitado lo siguiente:

h) Copia simple de constancia de productor de especies forestales otorgado por la dirección regional de agricultura y copias simples de certificado de posesión de tener un vivero.

(...)

DEL CERTIFICADO DE POSESIÓN DE TENER





Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018

**San
Sebastián**
Gente que Progresa

Cabe aclarar que se ha presentado información inexacta, ya que la postor HERLINDA HUAMAN GASPAS hace emitir un certificado señalando que su parcela encuentra ubicado en la comunidad Campesina de Kallarayan del distrito de Taray, ELIZABETH DUEÑAS ARAZABAL, deniega categóricamente el Certificado de posesión presentada bajo los términos siguientes:

"...que el vivero forestal Platananchis que se encuentra ubicado en el sector Parcahuasi S/N se encuentra dentro del territorio de la Comunidad Campesina de Rayanniyoc" y no en la jurisdicción de la comunidad campesina de Kallarayan(...)

(...)

DEL CERTIFICADO DE POSESIÓN COMUNAL

En esta línea de análisis el certificado de posesión comunal presentada por la postor HERLINDA HUAMAN GASPAS es un documento falso ya que dicho documento lo certifica el presidente de la comunidad campesina de Kallarayan, el cual carece de poderes y jurisdicción para emitir dicho certificado de posesión comunal, ya que el sector de Parcahuasi donde presuntamente la Postor tiene su vivero NO está ubicado en la comunidad campesina de Kallarayan, sino que el sector de Parcahuasi se encuentra ubicado en la comunidad campesina de Rayanniyoc..

PETITORIO

Solicito que se declare fundada el presente recurso impugnativo y por consiguiente se declare la nulidad y retrotraiga a la etapa de calificación y otorgamiento de la buena pro, y por glosado se me otorgue la buena pro por corresponderle por derecho.

Que, dicho recurso ha sido subsanado a través de la Carta de fecha 29 de marzo de 2016 (a fojas 458), mediante la cual el apelante adjunta el voucher de depósito N° 03697544-4-X de fecha 29 de marzo de 2016 por el monto de S/ 2,160.00 (Dos Mil Ciento Sesenta con 00/100 soles), a favor de la Municipalidad Distrital de San Sebastián, ingresado a la Municipalidad a través del Expediente Administrativo N° 8367-2016;

Que, por medio de la Carta N° 040-2016-SG-MDSS de fecha 30 de marzo de 2016 (a fojas 454), suscrita por el Secretario General de la Municipalidad, la Entidad cumple con notificar al POSTOR GANADOR el recurso interpuesto por la APELANTE, la misma que ha sido válidamente notificada el 31 de marzo de 2016;

Que, mediante el Expediente Administrativo N° 9130-2016 de fecha 05 abril de 2016 (a fojas 452), la adjudicataria de la buena pro realiza su descargo, respondiendo a los argumentos precisados en el recurso impugnatorio con el cual ha sido notificado legalmente, descargo que fundamenta lo siguiente:

- No existe conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.
- Las bases del proceso de selección, no exigen que cada consorciado tenga una constancia de productor de especies, lo que no puede ser exigido via interpretación.
- La ubicación del vivero se encuentra corroborada a través del informe técnico de verificación del mismo.

Que, en fecha 05 de abril de 2016, la apelante presenta a través del Expediente Administrativo N° 9120-2016 (a fojas 422) el alegato signado como escrito N° 02, ofreciendo medios probatorios de forma extemporánea;

Que, en fecha 12 de abril de 2016, la apelante presente a través del Expediente Administrativo N° 9707-2016 (a fojas 386) el alegato signado como escrito N° 04, ofreciendo medios probatorios de forma extemporánea;

Que, en fecha 22 de marzo de 2016, la señora Margarita Mayta Bueno a través del Expediente Administrativo N° 7906-2016 (a fojas 374), solicita la declaración de nulidad del proceso de selección de Adjudicación Simplificada N° 002-2016-CE-MDSS;

Que, en fecha 12 de abril de 2016, la Gerencia de Asuntos Legales y Servicios Jurídicos Sociales emite la Opinión Legal N° 186-2016-GALSJS-MDSS (a fojas 496) opinando que el recurso se declare infundado, y en consecuencia la nulidad deducida por la apelante sea declarada improcedente;

Que, a través de la Resolución de Alcaldía N° 173-2016-A-MDSS-SG, de fecha 14 de abril de 2016, se declara infundado el Recurso de Apelación interpuesto contra el acto de otorgamiento de la Buena Pro en el Procedimiento de Selección de Adjudicación Simplificada N° 002-2016-CEP-MDSS por la administrada señora Margarita Mayta Bueno; la misma que ha sido notificada a las partes interesadas en fecha 14 de abril de 2016;

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 212-2016-A-MDSS-SG

Página 2 de 6



Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018



Que, en fecha 07 de abril de 2016, se remite la Oficio N° 21-SG-MDSS-2016 (a fojas 503) a la Dirección Regional de Agricultura – Cusco, solicitando proceda a aclarar la posible inexactitud sobre la ubicación del vivero forestal denominado Plantanchis;

Que, en fecha 02 de mayo de 2016, mediante Oficio N° 491-2016-GR-CUSCO/GRDE-DRA/DCA (a fojas 506) la Dirección Regional de Agricultura – Cusco aclara que el vivero forestal denominado Plantanchis se encuentra ubicado en la Comunidad Campesina de Kallarayan;

Que, citando a CABANELLAS¹, 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 10° de la Ley N° 27444 y que ha sido expresamente declarado como tal (nulo de pleno derecho dice el primer párrafo del Artículo 10° 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 10° 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;

Que, en relación a las causales de la nulidad del Proceso de Selección tenemos que, el Artículo 44° de la Ley de Contrataciones establece 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, 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.*

¹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edición actualizada, corregida y aumentada, Editorial Heliasta.
RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 212-2016-A-MDSS-SG



Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018



- 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.
- g) 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.
- h) 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 de un contrato 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;

Que, de las actuaciones preparatorias tenemos que, conforme al Artículo 16° de la LCE, establece que el Requerimiento efectuado por 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 desarrolla que las especificaciones técnicas, *términos de referencia* o expediente técnico *deben formularse de forma objetiva y precisa*, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación y no tienen por efecto la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo. Salvo las excepciones previstas en el reglamento, en el requerimiento no se hace referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertos proveedores o ciertos productos;

Que, este aspecto concuerda con el Artículo 27° del RLCE, a través del cual se establece el Contenido mínimo de los documentos del procedimiento, siendo estos:

1. Las bases de la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada y la subasta inversa electrónica deben contener:

- a) La denominación del objeto de la contratación;
- b) Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico de Obra, según corresponda; (...)
- j) Los requisitos de calificación.

Que, estos requisitos han sido cumplidos por parte del área usuaria ello de conformidad a la Solicitud de Requerimiento N° 00166 corriente a folios 04 del expediente de contratación requiriendo lo siguiente:

1. PLANTONES DE ESPECIE NATIVA QOLLE.
2. PLANTONES DE ESPECIE NATIVA CHACHACOMO.
3. PLANTONES DE ESPECIE NATIVA QUEUÑA.

Adjuntando los *términos de referencia* para dicha adquisición, precisando en el punto 4.5. los recursos que deberá contar el postor para el desarrollo de las prestaciones, que a la letra indica:

- o 01 vivero forestal (acreditado con constancia como productor de especies forestales otorgado por la Dirección Regional de Agricultura, así mismo deberá presentar un certificado de posesión de tener un vivero). (...)

Que, en las bases integradas del procedimiento de selección se tiene del literal h) del punto 2.7 referente a la documentación de presentación obligatoria (folios 36 del expediente de contratación), se requiere que los postores presenten Copia simple de constancia de productor de especies

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 212-2016-A-MDSS-SG

Página 6 de 6



Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018



forestales otorgado por la Dirección Regional de Agricultura y copia simple de certificado de posesión de tener un vivero;

Que, teniéndose así que, se ha consignado en las bases integradas –en merito a los términos de referencia adjuntos al requerimiento realizado por el área usuaria- como requisito mínimo la acreditación del vivero forestal mediante dos documentos diferentes y de presentación conjunta, los mismos que son:

- *Constancia de Productor de Especies Forestales otorgado por la Dirección Regional de Agricultura.*
- *Certificado de posesión de tener un vivero.*

Que, en la revisión de la apelación interpuesta contra el otorgamiento de la Buena Pro en el procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 002-2016-CEP-MDSS por la administrada señora Margarita Mayta Bueno, y exponiendo como uno de los puntos controvertidos la ubicación del vivero en posesión de la adjudicataria de la Buena Pro, la Entidad ha procedido oportunamente a remitir el Oficio N° 21-SG-MDSS-2016 a la Dirección Regional de Agricultura – Cusco, solicitando proceda a aclarar la posible inexactitud sobre la ubicación del vivero forestal denominado Plantanchis sin obtener respuesta antes del vencimiento del plazo legal para resolver el recurso, estipulado en el Artículo 103° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aplicable, el mismo que venció el 14 de abril de 2016;

Que, en fecha 04 de mayo de 2016, ingresa a la Entidad el Oficio N° 491-2016-GR-CUSCO/GRDE-DRA/DCA de la Dirección Regional de Agricultura – Cusco, aclarando que el vivero forestal denominado Plantanchis se encuentra ubicado en la Comunidad Campesina de Rayaniyoc mas no en la Comunidad Campesina de Kallarayan;

Que, en ese entendido, y habiendo sido aclarada la ubicación del vivero del postor adjudicado con la buena pro por la Entidad competente, encontrándose efectivamente en la Comunidad Campesina de Rayaniyoc, la documentación presentada por el adjudicatario contendría información inexacta, deviniendo en la falcencia de presentación de requisitos mínimos para ser postor en el procedimiento de selección;

Que, por otro lado, se ha advertido que el segundo documento de presentación conjunta y obligatoria es el Certificado de Posesión de tener un vivero, sin embargo en los Términos de Referencia no se ha especificado la formalidad del documento ni el organismo que deberá emitirlo a fin de ser calificado como válido.

Que, del Artículo 12° de la LCE, se tiene que la Entidad solo podrá calificar a los proveedores utilizando criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el reglamento, y para lograrlo, los documentos del procedimiento de selección deben prever los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación;

Que, en concordancia, el Artículo 28° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado expone que el criterio de capacidad técnica será aquella que acredite el equipamiento, infraestructura y/o soporte, así como la experiencia del personal requerido, hecho por el cual la documentación que permita calificar la capacidad técnica del proveedor deberá encontrarse determinada de forma comprensible y proporcional al criterio que se desea utilizar, que viene a ser el espíritu del requisito mínimo requerido de la presentación obligatoria de Certificado de Posesión de Vivero;

Que, sin embargo, lejos de contar con información sobre formalismo y órgano competente para su emisión, el requisito mínimo de presentación obligatoria de certificado de posesión no cuenta con mayor objetividad en cuanto a su forma de emisión ni su contenido. Esta situación ha sido arrastrada desde la formulación del requerimiento con sus respectivos Términos de Referencia hasta las bases integradas del procedimiento de selección;

Que, finalmente, cabe resaltar que según el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Dirección Regional de Agricultura – Cusco, se encuentra facultada para la emisión de Constancias de Posesión, debiendo haber sido consignado como órgano emisor en el requisito mínimo de presentación obligatoria, cuya no inclusión no permite que se cuente con un requisito mínimo claro y objetivo;

Que, dicha situación evidencia la deficiencia en la determinación del requisito mínimo de presentación, trasladado desde el requerimiento efectuado por el área usuaria hasta las bases integradas del procedimiento de selección.

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 212-2016-A-MDSS-SG





Municipalidad Distrital de San Sebastián - Cusco

GESTIÓN 2015 - 2018



integradas establecidas en el presente expediente de contratación, situación que en definitiva pone en riesgo la finalidad pública de la presente contratación, no pudiendo contar con un criterio objetivo de calificación en el procedimiento de selección realizado por la Entidad y de proseguir la Entidad se alejaría del enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de determinados bienes y/o servicios como en el presente caso; de este modo resulta prudente declarar la nulidad de oficio en el presente procedimiento de selección, debiendo retrotraerse el mismo hasta la etapa de actos preparatorios, se reformule el requerimiento por el área usuaria y se continúe con el mismo conforme a Ley;

Que, mediante Opinión Legal N° 231-2016-GALSJS-MDSS (a fojas 515), de fecha 10 de mayo de 2016, la Gerencia de Asuntos Legales y Servicios Jurídicos Sociales, opina porque se declare la Nulidad de Oficio del Proceso de Selección Adjudicación Simplificada N° 02-2016-CE-MDSS, para la contratación de plantas nativas, para el mejoramiento de la faja marginal de la carretera entre las comunidades de Kircas y Huillcarpay, del Km 7 al 16.2;

Estando lo expuesto, a la Opinión Legal N° 231-2016-GALSJS-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 LA NULIDAD DE OFICIO del Proceso de Selección Adjudicación Simplificada N° 02-2016-CE-MDSS, para la contratación de plantas nativas, para el mejoramiento de la faja marginal de la carretera entre las comunidades de Kircas y Huillcarpay, del Km 7 al 16.2.

ARTÍCULO SEGUNDO: RETROTRAER, el Proceso de Selección Adjudicación Simplificada N° 02-2016-CE-MDSS, hasta la etapa de los actos preparatorios.

ARTÍCULO TERCERO: DISPONER, la remisión de la documentación adjunta a la presente Resolución a la Procuraduría Pública Municipal con la finalidad de que sea revisada y de considerarlo tome las acciones legales correspondientes.

ARTÍCULO CUARTO: DISPONER, que la Oficina de Central de Notificaciones, notifique la presente Resolución a los interesados.

ARTÍCULO QUINTO: DISPONER, que la Gerencia de Administración, a través del Área correspondiente publique la presente Resolución en el Portal Web del SEACE, y demás acciones que la ley establece.

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

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

WMM/VGTG/SG

CC
Alcaldía
Gerencia Municipal
Gerencias
Archivo

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN SEBASTIÁN
Imar Sicus Cahuana
ALCALDE

