



Resolución de Gerencia General

040-2024-AM/GG

NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN POR ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N° AS-SM-30-2023-AMSAC-2

**Ejecución de Obra: “Recuperación de Suelos en la Zona Rural del Centro Poblado
Huaynacancha, Distrito de La Oroya, Provincia de Yauli, Departamento De Junín”**

Lima, 11 de junio de 2024.

VISTOS:

La Carta s/n de fecha 23.05.2024 y Carta N° 03-2024/CSAH del 31.05.2024 presentados por el CONSORCIO SAN ANDRES DE HUAYNACANCHA, la Carta N° 039-2024-AM/GL del 31.05.2024 y el Informe N° 055-2024-GL de fecha 11.06.2024; y,

CONSIDERANDO:

Que, mediante el procedimiento de selección por Adjudicación Simplificada N° AS-SM-30-2023-AMSAC-1, Activos Mineros S.A.C., (en adelante, AMSAC) se dio inicio al proceso de “Ejecución de Obra: Recuperación de Suelos en la Zona Rural del Centro Poblado Huaynacancha, Distrito de La Oroya, Provincia de Yauli, Departamento De Junín”, el mismo que fue publicado en el Portal del SEACE con fecha 11.03.2024;

Que, dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante la Ley), y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, y sus respectivas modificatorias (en adelante, el Reglamento);

Que, es importante señalar que, en la etapa de consultas y observaciones del procedimiento antes referido, diversos postores formularon consultas en relación con la aplicación del Decreto Legislativo N° 1553, con especial referencia a la aplicación del artículo 9, que regula la figura de “*fondo de garantía*”;



Devolvemos vida al planeta

Que, ante las consultas formuladas, el Comité de Selección a cargo del citado proceso indicó lo siguiente:

“El comité de selección en coordinación con el área usuaria y soporte de la Gerencia Legal, acoge la consulta y señala que el postor adjudicado tendrá la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento, la retención del monto total de la garantía correspondiente, en concordancia con el numeral 9.1. y 9.4. del artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1553”.

Que, después de la evaluación y calificación realizada por el Comité de Selección, con fecha 06.05.2024 se otorgó la Buena pro del procedimiento a CONSORCIO SAN ANDRES DE HUAYNACANCHA, integrado por las empresas BCL Ingenieros Contratistas S.A.C, 2H Ingenieria y Construcción S.A.C y INCIMI S.A.C (en adelante, EL CONSORCIO);

Que, mediante la Carta s/n de fecha 23.05.2024 (y recibida el día 24.05.2024), EL CONSORCIO presentó los documentos del perfeccionamiento del Contrato, solicitando el acogimiento al Decreto Legislativo N° 1553 en reemplazo de la fianza de fiel cumplimiento señalado en el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado;

EL CONSORCIO precisó en la comunicación aludida lo siguiente:

Al respecto, en virtud de lo dispuesto por el comité de selección, que permite la facultad de optar por el Decreto Legislativo N°1553-2023, publicado el 9 de mayo de 2023, año del cual procede y se deriva el presente proceso de selección, se otorga al postor adjudicado la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, por la retención del monto total de la garantía correspondiente.

Por tanto, en aplicación del numeral 9.1 del artículo 9 del referido decreto legislativo numeral 2.3 del referido Decreto de Urgencia, y considerando que el presente proyecto cumple con los requisitos normativos establecidos: i) de aplicación a los contratos de ejecución periódica de suministro de bienes, servicios, consultorías y de ejecución de obras, ii) el plazo de la prestación sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; siendo en el presente caso, el plazo de ejecución contractual es de MIL CIENTO DIEZ (1110) días calendario; y, iii) se considere, según corresponda, al menos dos (02) pagos a favor del contratista o dos (02) valorizaciones periódicas en función del avance de obra, situación que se presenta al considerar el plazo de ejecución señalado en las bases integradas; SOLICITAMOS a su Despacho la Retención del 10% del monto del contrato como medio alternativo a la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento en el marco de la ejecución del proyecto " RECUPERACIÓN DE SUELOS EN LA ZONA RURAL DEL CENTRO POBLADO HUAYNACANCHA, DISTRITO DE LA OROYA, PROVINCIA DE YAULI, DEPARTAMENTO DE JUNÍN ".

Finalmente, aunado a lo expuesto, cabe precisar que nuestra solicitud también atiende a lo establecido en el numeral 9.7.1 de la sección 9 de las Bases integradas – obligaciones del contratista ejecutor de la obra – capítulo III – requerimiento.



Devolvemos vida al planeta

Que, luego de la revisión de los documentos del perfeccionamiento del contrato y del pedido formulado por EL CONSORCIO, el Gerente Legal remitió la Carta N° 039-2024-AM/GL de fecha 31.05.2024, para que en un plazo de 5 días hábiles EL CONSORCIO remita sus descargos ante la posible Nulidad de Oficio del Procedimiento de Selección por contravenir un dispositivo legal, esto es, al haberse advertido la consignación en las Bases Integradas de un beneficio no aplicable para el ejercicio fiscal 2024;

Que, con fecha 10.06.2024 y dentro del plazo otorgado, EL CONSORCIO remitió la Carta N° 03-2024/CSAH corriendo traslado de la posible Nulidad de Oficio, exponiendo su posición y concluyendo lo siguiente:

- a) De lo expuesto, se concluye que los supuestos contemplados en el artículo 44 de la LCE que faculta a la entidad declarar la nulidad del procedimiento de selección, NO se cumplen, por lo que no existe presupuesto legal para proceder con dicha figura.
- b) El DL N° 1553 SÍ ES APLICABLE a la AS N° 30-2023-AMSAC-2, pues al derivar de una Adjudicación Simplificada primigenia que contemplaba dicha figura y su origen en una Licitación Pública desierta, ambas correspondientes al año 2023, rige la ultraactividad de las normas vigentes en el año 2023, conforme lo señalado en la Segunda Disposición Transitoria de la LCE.
- c) Lo señalado no solo tiene sustento legal, sino fáctico, pues en el caso de la Adjudicación Simplificada N° 23-2023-MTC/10-2 derivada de la Licitación Pública N° 06-2023-MTC/10-1, que fuera reiniciada en el año 2024, se dispuso la aplicación del DL N° 1553.
- d) Finalmente, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado ha establecido la preservación del acto y continuidad de la contratación como una facultad de la Entidad, ello debido a que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.

Que, el Gerente Legal mediante Informe Legal N° 055-2024-GL del 11.06.2024, precisó que luego de la evaluación realizada, y contrariamente a la posición de EL CONSORCIO, el proceso de Selección debe ser declarado nulo en virtud a las siguientes consideraciones:



Devolvemos vida al planeta

- a) De la revisión del Decreto Legislativo N°1553, se advierte que en él se contemplan disposiciones aplicables para el Año Fiscal del año 2023 (artículos 8° y 9°), así como otras que serán de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2024 (artículos 3°, 4°, 5° y 7°);
- b) El artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1553 estipula lo siguiente:

“Artículo 9.- Fondo de garantía como medio alternativo para garantizar los contratos:

9.1 Autorizar a las entidades para que, en el Año Fiscal 2023, en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, establezcan que el postor adjudicado tiene la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, de corresponder, por la retención del monto total de la garantía correspondiente.

- c) De lo expresado por EL CONSORCIO, sobre la posibilidad que en las bases integradas de la Adjudicación Simplificada N° AS-SM-30-2023-AMSAC-1, convocada el 11.03.2024, se debe considerar la alternativa prevista en el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1553, por estar frente a una segunda convocatoria de una Adjudicación Simplificada declarada nula que se inició en el año 2023 y que deriva de una Licitación Pública declarada desierta también en el año 2023, **no resulta correcto**, por las siguientes razones:

- Las Opiniones emitidas por el OSCE y aludidas por EL CONSORCIO respecto a la observancia del marco normativo vigente a cuando se convocó un procedimiento declarado desierto, hacen referencia a los cambios normativos que se producen en la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, ellas se refieren a situaciones en los que se dicta una nueva norma de contratación pública que modifica la Ley de Contrataciones del Estado sin vocación de temporalidad. **En el presente caso esa no es la situación que se presenta pues no nos encontramos frente a una disposición que modifique la Ley de Contratación con el Estado con carácter permanente.**



Devolvemos vida al planeta

- Por otro lado, es de tener en cuenta que al momento en que se convocó la Licitación Pública (marzo de 2023) no se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 1553, no advirtiéndose por tanto que en sus bases se hubiere contemplado dicha posibilidad.

En efecto, la convocatoria de la Licitación Pública declarada desierta fue el 20.03.2023, y el Decreto Legislativo 1553 entró en vigor recién el 11.05.2023.

- Finalmente apreciamos que la opción de sustitución de la forma de la garantía prevista en el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1553 resultaba una excepcionalidad y sujeta expresamente a una temporalidad, tal como se aprecia de su propio texto, cuando señala:

“Autorizar a las entidades para que en el Año Fiscal 2023, en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento
.....”

- Por tanto, dicha autorización (no obligación de las entidades) se dio con carácter absolutamente excepcional y temporalmente limitado a que se incorpore esta posibilidad en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen durante el año 2023. Dicho esto, el marco normativo en comento ha establecido de manera restrictiva el ámbito temporal para su aplicación, limitándose su aplicación a los **procesos convocados** bajo la normativa de contrataciones del Estado hasta el 31.12.2023.
- Si bien nos encontramos frente a una Segunda Adjudicación Simplificada al haberse declarado nulo el primer procedimiento de selección, lo cierto es que la convocatoria se ha realizado el 11.03.2024, esto es, fuera del periodo establecido en la norma.
- Para ello, cabe tener presente que el año fiscal 2023, se computa desde el primero (01) de enero y finaliza el treinta y uno (31) de diciembre del mismo año, conforme se establece en la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 31639, Ley de



Devolvemos vida al planeta

Equilibrio Financiero del Presupuesto Pública para el Año Fiscal 2023.

- Por otro lado, la comparación del accionar del Comité de un procedimiento de selección de otra entidad, que aún está en curso, no genera un precedente vinculante para nuestra Entidad, y menos podemos afirmar que esta decisión NO PODRIA CONLLEVAR UNA NULIDAD POSTERIOR.
- d) En dicho orden, el Comité de Selección al absolver las consultas del proceso de selección, ha manifestado la posibilidad de acogerse a un beneficio no aplicable al presente ejercicio fiscal, en virtud a lo cual se evidencia una vulneración al marco legal vigente;
- e) En esa línea, debe indicarse que el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de los actos expedidos en un procedimiento de selección, hasta antes de la celebración del contrato, siempre que: (i) hayan sido dictados por órgano incompetente; (ii) contravengan las normas legales; (iii) contengan un imposible jurídico; o (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable. Para todos los casos, en la Resolución que se expida debe expresarse la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco;
- f) Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado otorga al Titular de la Entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección hasta antes de la celebración del contrato, cuando se configure alguna de las causales antes detalladas, debiendo indicarse la etapa hasta la cual se retrotraerá el proceso. Es preciso señalar, además, que conforme al artículo 8° de la Ley, la referida potestad es indelegable;
- g) Finalmente, del análisis efectuado no se advierte responsabilidad funcional alguna por parte del Comité de Selección a cargo del proceso, puesto que se advierte que el error cometido se circunscribe a una interpretación errada de la aplicación de la disposición contemplada en el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1553 así como también, no se ha materializado un daño cuantificable a la Entidad.

Que, el Gerente Legal concluyó su Informe, señalando que, bajo las consideraciones expuestas, en aplicación irrestricta del numeral 44.2° del artículo 44° del TUO de la Ley, se recomienda al Gerente General emitir la resolución que declare la nulidad del



Devolvemos vida al planeta

procedimiento de selección por Adjudicación Simplificada N° AS-SM-30-2023-AMSAC-2 contratación de la “Ejecución de Obra: Recuperación de Suelos en la Zona Rural del Centro Poblado Huaynacancha, Distrito de La Oroya, Provincia de Yauli, Departamento De Junín”, hasta la etapa de la Convocatoria, debido a que de los hechos advertidos y del análisis de alcance del Decreto Legislativo N° 1553, se concluye que AMSAC, a través de su Comité de Selección tomó la decisión de incorporar en las bases integradas una opción prevista en la legislación que no resultaba ya aplicable y por ende se actuó en contravención con el ordenamiento legal;

Que, el literal a), numeral 8.1°, del artículo 8° del TUO de la Ley señala que el Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras. En ese sentido, el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de AMSAC en su artículo 14° señala que “la Gerencia General es la unidad orgánica de mayor jerarquía y ejerce la representación legal, comercial y administrativa de la empresa”. En atención a las citadas normas, la calidad de Titular de la Entidad recae en el Gerente General de AMSAC;

Con el visto del Gerente Legal, y en uso de las facultades conferidas por el TUO de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. – Declarar la **NULIDAD** procedimiento de selección por Adjudicación Simplificada N° AS-SM-30-2023-AMSAC-2, para la “Ejecución de Obra: Recuperación de Suelos en la Zona Rural del Centro Poblado Huaynacancha, Distrito de La Oroya, Provincia de Yauli, Departamento De Junín”, retrotrayéndolo hasta la etapa de Convocatoria; atendiendo a los fundamentos contenidos en el Informe Legal que sustenta la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. - Disponer que el Departamento de Administración y Logística notifique con la presente Resolución, a más tardar al día siguiente de emitida, a los miembros del Comité de Selección del procedimiento de selección por Adjudicación Simplificada N°AS-SM-30-2023-AMSAC-2 y al CONSORCIO SAN ANDRES DE HUAYNACANCHA, para los fines de Ley.

ARTÍCULO TERCERO. - Disponer que el Jefe del Departamento de Administración y Logística registre en el portal del SEACE la presente resolución dentro del plazo del día siguiente de su comunicación.



Devolvemos vida al planeta

ARTÍCULO CUARTO. - Disponer que no corresponde el inicio de acciones de deslinde de responsabilidad en virtud a las consideraciones fácticas y legales desarrolladas por la Gerencia Legal mediante el Informe N° 055-2024-GL.

Regístrese y Comuníquese.

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

Antonio Montenegro Criado
Gerente General