

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 058-2016-GG-EMMSA

Santa Anita, 08 de Agosto de 2016

VISTOS:

La Carta S/N de fecha 18.07.2016 del Sr. Manuel Edgar Agüero Abarca; la Carta S/N de fecha 21.07.2016 del Consorcio La Buena Sazón – Representaciones Militares del Perú; el Memorando N° 91-AFDT-EMMSA-2016 de fecha 22.07.2016 del Departamento de Tesorería; el Informe Legal N° 077-OAL-EMMSA-2016 de fecha 25.07.2016 de la Oficina de Asesoría Legal, y;

Que, con fecha 20.06.2016, el Comité de Adjudicaciones, debidamente designado mediante Memorando N° 073-GG-EMMSA-2016, convoca el proceso de Subasta Pública N° 003-2016-EMMSA (en adelante el "Proceso") para la Contratación del Servicio de Arrendamiento de Locales para Uso de Cafeterías en el Gran Mercado Mayorista de Lima, a nivel de la página web de la Empresa Municipal de Mercados - S.A. en adelante EMMSA, publicándose además dicha convocatoria, el día 19.06.2016 en el diario "Ojo" y en el diario oficial "El Peruano";

Que, conforme al cronograma del Proceso, el día 11.07.2016 se llevaría a cabo el acto de presentación de propuestas, la misma que fue postergada debido a la complejidad en la absolución de las consultas y observaciones formuladas por los postores, así como producto de haberse advertido errores de redacción al momento de integrarse las citadas Bases; fijándose finalmente como fecha para la presentación de propuestas para el día 18.07.2016 con la presencia y participación de un Notario Público;

Que, el día 18.07.2016, se llevó a cabo el acto público del Proceso, con la presencia del Notario Público de Lima, Dra. Rebeca Marín Portocarrero, levantándose la respectiva Acta Notarial denominada: "Presentación de Propuestas Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas – Primera Convocatoria", tomando el Comité de Adjudicaciones los siguientes acuerdos: i) La no admisión de la propuesta técnica del Sr. Manuel Edgar Agüero Abarca, por no haber presentado el original del voucher concerniente a la garantía de permanencia en el Proceso. ii) La admisión de las propuestas de los siguientes participantes: Consorcio integrado por La Buena Sazón Cheff S.A.C. – Representaciones Militares del Perú SAC, y el Consorcio integrado por Sheerly Sandra Cayetano – Barras y Soles S.R.L. – JK Global Market S.A.C.;

Que, así mismo, quedó asentado en la citada Acta, que a solicitud del Sr. Manuel Edgar Agüero Abarca, su propuesta técnica y económica quedaban en custodia de la Notaría Pública, además de las propuestas económicas de los postores que habían sido admitidas para ser aperturadas el día 20.07.2016, conforme al cronograma del Proceso;

Que, con fecha 18.07.2016, mediante Carta S/N, el señor Manuel Agüero Abarca presentó ante EMMSA, un recurso de reconsideración al acuerdo de no admisión de su propuesta técnica, argumentando que el original del voucher de depósito en garantía fue retenido por personal del Departamento de Tesorería de EMMSA, y como cargo de ello, recibió una fotocopia del depósito con sello de recepción de dicho Departamento, el cual lo habría presentado en su propuesta técnica, y que motivó a que el Comité de Adjudicaciones del Proceso lo descalificara por no presentar el original del citado depósito.

Que, con fecha 19.07.2016, mediante Comunicado Circular N° 03, publicado en la página web de EMMSA, el Comité de Adjudicaciones del Proceso comunicó a los postores la suspensión de los actos del proceso hasta nuevo aviso, en razón a la presentación del recurso de reconsideración del Sr. Manuel Agüero Abarca, en su calidad de participante;

Que, con fecha 21.07.2016, mediante Carta S/N, la Representante del Consorcio la Buena Sazón - Representaciones Militares del Perú solicita que se aclare del porqué de la prórroga de la buena pro del Proceso, además de argumentar los siguientes hechos: i) que, el Sr. Manuel Agüero Abarca no cuenta con la actividad principal como restaurante o afines por lo que



no cumple con las Bases, ii) que, por no tener una propuesta válida, el Sr. Manuel Agüero Abarca no podrá presentar recurso de apelación, iii) que, una vez abierta la primera propuesta técnica ya no se podrá recibir otras propuestas, iv) que, se le curse al recurrente copia del recurso de reconsideración, a efectos de que presente sus descargos;

Que, con fecha 22.07.2016, mediante Memorando N° 164-OAL-EMMSA-2016, la Oficina de Asesoría Legal solicita al Departamento de Tesorería se sirva informar en relación a los hechos expuestos por el Sr. Manuel Agüero Abarca, en cuanto que se le habría retenido el voucher del depósito de la garantía por disposición de su despacho, lo cual habría perjudicado al recurrente para poder participar en el Proceso;

Que, con fecha 27.07.2016, mediante Memorando N° 91-AFDT-EMMSA-2016, el Departamento de Tesorería informa a la Oficina de Asesoría Legal lo siguiente:

"... ,debo expresar que quien extiende la constancia de depósito de la garantía de validez de oferta es la Caja Metropolitana de Lima, quien es la que emite un solo original al depositante, quien a la vez lo alcanza al Departamento de Tesorería, siendo nosotros quienes nos quedamos con el original de la constancia de depósito, con fines de registrar contablemente dicho ingreso, debido a que las transacciones de esta índole requieren para su conciliación, el documento original para su sustentación, razón por la cual este Departamento emitió copia de la constancia de depósito de la garantía conteniendo el sello en original del Departamento de Tesorería a las empresas que hayan efectuado tal depósito, con el objetivo de que puedan participar en el proceso de Subasta Pública N° 002-2016-EMMSA, sin tener conocimiento que la no presentación del original acarrearía problemas a las empresas participantes a la subasta.

Sin embargo, consideramos que resulta necesario recomendar a los miembros del Comité de Adjudicaciones que para futuros procesos de subasta, se exija a las empresas solo la presentación de copia de los documentos, y no de originales, ya que conforme lo señala el Principio de Economía, se debe evitar exigencias y formalidades costosas";

Que, estando a los hechos expuestos, corresponde indicar que los numerales 4.6 y 4.7 del punto 4 de las Bases Integradas del Proceso establecen que el Comité de Adjudicación es el órgano encargado de conducir la Subasta Pública, siendo la única para interpretarla y solo para efectos de su aplicación, pudiendo dicho órgano a su sola decisión y discreción, dejar sin efecto, suspender o variar la ejecución de la subasta pública, en cualquier etapa de su realización;

Que, así mismo, el punto 3 concordado con el numeral 8.3 del punto 8 de las Bases Integradas establece como marco legal bajo el cual se desarrollará el Proceso, entre otras disposiciones legales, la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por la Ley N° 27444 (en adelante "LPAG") y el Código Civil;

Que, ahora bien, el presente procedimiento se inicia a partir del recurso de reconsideración interpuesto por el Sr. Manuel Agüero Abarca contra el acto de descalificación de su oferta en el Proceso, por haberse restringido su participación por la no presentación del original del voucher de depósito por concepto de garantía de permanencia en el Proceso;

Que, en forma previa a la determinación, evaluación y desarrollo de los asuntos sustanciales, debe verificarse si el recurso de reconsideración ha sido interpuesto dentro del término de las Bases y si cumple con todos los requisitos pertinentes para ser declarado procedente, de acuerdo con las disposiciones establecidas en las Bases, tal es el caso del numeral 8.4 de las Bases que señala que mediante el recurso de apelación solo podrá ser interpuesto por el participante impugnante en el plazo de dos (02) días hábiles siguientes al otorgamiento de la buena pro, cuando su oferta económica haya sido aceptada como válida;

Que, en relación al primer punto, se verifica que no habiéndose llevado a cabo el acto de otorgamiento de la buena pro del Proceso, debido a la suspensión de los actos del proceso, el día





19.07.2016, realizados por el Comité de Adjudicaciones, con arreglo a sus competencias, así como por la falta de legitimidad del impugnante, corresponde declarar improcedente el recurso de reconsideración por haber sido interpuesto con anterioridad al acto de otorgamiento de la buena pro y por no contar con legitimidad para interponer recurso alguno, al no haber sido declarada válida su oferta económica conforme a las disposiciones de las Bases;

Que, otro punto que debe ser evaluado en este procedimiento, es la solicitud dirigida al Comité de Adjudicaciones por parte del Consorcio La Buena Sazón – Representaciones Militares del Perú, el cual solicita: : i) que, el Sr. Manuel Agüero Abarca no cuenta con la actividad principal como restaurante o afines por lo que no cumple con las Bases, ii) que, por no tener una propuesta válida, el Sr, Manuel Agüero Abarca no podrá presentar recurso de apelación, iii) que, una vez abierta la primera propuesta técnica ya no se podrá recibir otras propuestas, iv) que, se le curse al recurrente copia del recurso de reconsideración, a efectos de que presente sus descargos;

Que, en este estado, habiéndose declarado improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por el Sr. Manuel Agüero Abarca, corresponde señalar que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre los argumentos formulados por el Consorcio La Buena Sazón – Representaciones Militares del Perú, en el escrito del 21.07.2016; sin perjuicio, de que mediante las vías correspondientes el Consorcio La Buena Sazón – Representaciones Militares del Perú, solicite copia del recurso de reconsideración;

Que, de otro lado, resulta necesario en este estado, indicar que una de las funciones del Comité de Adjudicaciones es llevar a cabo una evaluación integral de las ofertas técnicas presentadas en un Proceso, es decir, analizar cada oferta de manera conjunta, en virtud a la información obrante en la misma, con la finalidad de determinar o identificar la mejor oferta que satisfaga los intereses o necesidades de la Entidad, no limitándose o restringiéndose a realizar un análisis sesgado o parcializado, que no involucre la totalidad de la información de la propuesta técnica presentada;

Que, habiéndose descrito, brevemente, como debe entenderse el análisis integral de una propuesta y, el accionar que debe realizar el Comité de Adjudicaciones, correspondería verificar de oficio, si mediante la exigencia de la presentación del original del voucher de depósito como garantía de permanencia en el Proceso, restringe la participación de potenciales postores, lo cual habría configurado un supuesto de nulidad, el cual debe ser materia de análisis;

Que, cabe indicar que el Comité de Adjudicaciones son quienes elaboran las Bases del Proceso, documento que debe promover un proceso transparente con reglas de participación claras para todos los postores, expresando con ello, una comprensión cabal de los requerimientos y la documentación que sería objeto de evaluación, claro está con arreglo al Principio de Simplicidad, el cual establece que **se debe evitar exigencias** costosas e **innecesarias en los procesos administrativos**;

Que, en el caso bajo análisis, la exigencia de haber requerido a los postores la presentación del original del voucher de depósito como garantía de permanencia en el Proceso, habría afectado los principios de Simplicidad y Participación, no permitiendo la participación de potenciales postores en el Proceso con la sola presentación de una copia del voucher de depósito;

Que, por lo expuesto, se puede concluir que al haberse acreditado las deficiencias de las Bases en lo que respecta a las reglas claras a las cuales deberían someterse los postores en el presente procedimiento, la respuesta que ofrece la normativa a las autoridades administrativas era la posibilidad de que corrijan sus errores u omisiones, previa declaración de nulidad del acto iniciado;

Que, en efecto, la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el citado proceso de cualquier irregularidad que pudiera 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 de que la contratación que realice se



encuentre arreglada a LPAG y no al margen de ella, circunstancia que resulta aplicable al presente caso en tanto las Bases no habían superado dicho examen, debido a la existencia de una exigencia innecesaria como es la presentación en la propuesta técnica del original del voucher de depósito de la garantía de permanencia;

Que, de esta manera, las circunstancias expuestas acarrearán la declaración de nulidad parcial de oficio del Proceso, dado que a la fecha, el actual Proceso se encuentra avanzado hasta la etapa de Integración de Bases, fecha en que se configuró la restricción de poder participar con la sola presentación de la copia del voucher de depósito por concepto de garantía de permanencia;

Que, en virtud de lo señalado, y evaluada la situación concreta, en razón a lo más conveniente para EMMSA, conforme al interés público involucrado, y a la evaluación de los costos que la presente decisión acarrea, corresponde declarar la nulidad parcial de oficio del Proceso, debiéndose mantener subsistente todos los actos hasta antes del acto de Integración, y en consecuencia retrotraer todo el procedimiento hasta el momento en que el vicio se produjo de acuerdo a lo establecido en el artículo 202.1 del artículo 202° y el numeral 217.2 del artículo 217° de la LPAG, es decir hasta el acto mismo de Integración de las Bases, debiéndose establecer claramente que la presentación de los documentos de carácter obligatorio descritas en las Bases del Proceso, podrán ser en original como en copia;

Que, en cuanto a las propuestas admitidas en el desarrollo del Proceso, el día 18.07.2016, las cuales no han sido calificadas por el Comité de Adjudicaciones, es preciso agregar que en el marco de un proceso administrativo, los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tales, no producen efectos jurídicos. De esta manera, 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. En esa medida, la resolución mediante la cual se declara la nulidad parcial de oficio, debe precisarse la etapa o fase a la que se retrotraerá el proceso, a efectos de sanearlo y continuar válidamente con su tramitación;

Que, en ese sentido, el acto de admisión de las propuestas de los postores: Consorcio integrado por La Buena Sazón Cheff S.A.C. – Representaciones Militares del Perú SAC, y el Consorcio integrado por Sheerly Sandra Cayetano – Barras y Soles S.R.L. – JK Global Market S.A.C., el día 18.07.2016, por parte del Comité de Adjudicaciones resulta ser inválida, al declararse la nulidad parcial del Proceso; por ello, corresponde que el Comité de Adjudicaciones proceda a la devolución de las propuestas a los postores, a fin de que reformulen sus propuestas con arreglo a los fundamentos expuestos;

Que, una vez devuelto las propuestas a los postores, el Comité de Adjudicaciones deberá fijar y publicar en la página web de EMMSA, el nuevo cronograma del Proceso, específicamente la fecha de integración de Bases y la fecha del acto público, en donde deberá intervenir un Notario Público para el acto de presentación de propuestas y de otorgamiento de la Buena Pro;

Con la visación de la Oficina de Asesoría Legal; y, de conformidad con el Reglamento de Organización y Funciones de EMMSA y la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR improcedente el recurso de reconsideración presentado por el señor Manuel Edgar Agüero Abarca, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- DECLARAR la Nulidad Parcial de Oficio del proceso de Subasta Pública N° 002-2016-EMMSA, cuyo objeto es el Servicio de Arrendamiento de Locales para Uso de Cafeterías en el Gran Mercado Mayorista de Lima, al haberse transgredido el Principio de Simplicidad consagrado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por la Ley



N° 27444, el cual establece que se debe evitar exigencias costosas e innecesarias en los procesos administrativos.

Artículo Tercero.- RETROTRAER la Subasta Pública N° 002-2016-EMMSA a la etapa de integración de las Bases, debiendo el Comité de Adjudicaciones proceder a la integración de las Bases con arreglo a los considerandos expuestos en la presente Resolución.

Artículo Cuarto.- DISPONER que el Comité de Adjudicaciones deberá establecer el nuevo cronograma de la Subasta Pública N° 002-2016-EMMSA, específicamente las fechas del acto de integración y el acto de otorgamiento de la buena pro.

Artículo Quinto.- DISPONER que el Comité de Adjudicaciones deberá devolver las propuestas a los postores: Consorcio integrado por La Buena Sazón Cheff S.A.C. – Representaciones Militares del Perú SAC, y el Consorcio integrado por Sheerly Sandra Cayetano – Barras y Soles S.R.L. – JK Global Market S.A.C., presentadas el día 18.07.2016.


Artículo Sexto.- REMITIR copia de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas, Gerencia de Promoción y Desarrollo y Oficina de Asesoría Legal, para conocimiento y fines.



Artículo Séptimo.- NOTIFICAR la presente resolución al señor Sr. Manuel Edgar Agüero Abarca, a los postores: **i)** Consorcio integrado por La Buena Sazón Cheff S.A.C. – Representaciones Militares del Perú SAC, y **ii)** el Consorcio integrado por Sheerly Sandra Cayetano. – Barras y Soles S.R.L. – JK Global Market S.A.C.

Regístrese, Comuníquese y Cúmplase.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.


JOSE ANTONIO LUNA BAZO
GERENTE GENERAL