



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 036-2016-GG-EMMSA

Santa Anita, 31 de mayo de 2016

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por la Sra. Ana María Cabrera Godoy y otros - Registro N° 1653-2016; y el Informe Legal N° 059-OAL-EMMSA-2016, de fecha 31 de mayo de 2016; y.

CONSIDERANDO:

Que, la Empresa Municipal de Mercados S.A. - EMMSA es una empresa municipal de derecho privado, organizada bajo la forma de Sociedad Anónima, que tiene por objeto administrar, controlar, supervisar y dirigir los mercados mayoristas existentes en la provincia de Lima, cuyas acciones y patrimonios son de propiedad de la Municipalidad Metropolitana de Lima, gozando de autonomía económica y administrativa, la misma que administra el Gran Mercado Mayorista de Lima;

Que, con fecha 18.04.2016, EMMSA, a través del Comité de Adjudicación, convocó el proceso de selección por Subasta Pública N° 001-2016-EMMSA (en adelante la "Subasta Pública"), cuyo objeto es la "Adjudicación de Siete Puestos de Venta en el Gran Mercado Mayorista de Lima", siendo los puestos a ser adjudicados, los siguientes: D0005, D0039, D0040, D0044, D0061, D0075 y D0079;

Que, de acuerdo al cronograma de la Subasta Pública, publicado en el diario Oficial "El Peruano", en el diario "Ojo" y en la página web de EMMSA, la presentación de propuestas para los puestos D0061, D0075 y D0079, se fijó en un primer momento para el día 12.05.2016; sin embargo, el Comité de Adjudicación consideró necesario cambiar la fecha para el día 19.05.2016, en virtud a la realización de una charla informativa dirigida exclusivamente a los potenciales participantes, habiéndose recepcionado para evaluación y calificación, las propuestas de diversos participantes;

Que, seguidamente, con fecha 23.05.2016, se llevó a cabo el Acto de Apertura de Propuestas Económicas y Otorgamiento de Buena Pro, a través del cual, el Comité de Adjudicación acuerda declarar admitidas las propuestas de los siguientes postores: Agro Inversiones J&S Ponce EIRL; Huber Roel Atahuaman Ayra; Jenny Alejandra Cárdenas Arango; Narciso Cotarma Yuto; Exportadora Hitalo EIRL; Consorcio MM integrado por Maura Teófila Galván López – Máxima Antonio Rivera; Inversiones Calani EIRL; Rossy Maritza Montes Chachi; Alejandro Walter Nuñez Quispe; Celia Rimachi Chipana; Gilberto Terrones López; Francisco José Vilchez Gutarra; Consorcio integrado por Maura Teófila Galván López – Máxima Antonio Rivera;

Que, con fecha 25.05.2016 la Sra. Ana María Cabrera Godoy; Argeles Juan de Dios Rojas Sánchez; Celia Rimachi Chicama; Huber Roel Atahuaman; Agroinversiones J&S Ponce EIRL; Jenny Alejandra Arango Cárdenas y Abraham Daniel Cabrera Vásquez (en adelante "los Impugnantes"), interponen conjuntamente recurso de impugnación contra el proceso de Subasta Pública N° 001-2016-EMMSA, cuyo objeto es la "Adjudicación de Siete Puestos de Venta en el Gran Mercado Mayorista de Lima"

Que, mediante Proveído, de fecha 26.05.2016, la Gerencia General deriva el recurso de apelación interpuesto por los Impugnantes contra el proceso de Subasta Pública, a la Oficina de Asesoría Legal;

Que, el petitorio del recurso de apelación interpuesto por los Impugnantes, se circunscribe: a) Declarar la nulidad de la Subasta Pública por existir contravenciones a los principios de transparencia, publicidad, falta de equidad e igualdad de trato; b) Declarar la nulidad de la Subasta Pública por existir una indebida calificación de la propuesta del postor: Consorcio MM integrado por Maura Teófila





Galván – Máxima Antonio Rivera, al haberse presentado éste último en otros puestos, a pesar que en la primera etapa, una de ellas, había sido beneficiada con la buena pro del puesto D005; c) Declarar la nulidad de la Subasta Pública por haber sido descalificados los postores: Ana María Cabrera SAC, Abraham Daniel Cabrera Vásquez y Argeles Juan de Dios Rojas Sánchez, por haber supuestamente incumplido con el numeral 5.2.2 de las Bases; d) Declarar la nulidad de la Subasta Pública al no haberse acogido la observación del postor Agroinversiones J&S Ponce, en cuanto a la propuesta económica ofertada por éste último, en el proceso;

Que, el punto 1.7 numeral 1.7.2 de las Bases Integradas, en adelante Bases, establece que el Comité de Adjudicación es el órgano que tiene por función conducir la Subasta Pública hasta la adjudicación de la buena pro, o, hasta que el mismo sea declarado desierto; y por tanto, resolverá toda cuestión que se suscite con relación al mismo;

Que, por su parte, el punto 1.3 de las Bases dispone que estas tienen por objeto el procedimiento de la Subasta Pública para las adjudicaciones de puestos de venta en el Gran Mercado Mayorista de Lima, con la finalidad de seleccionar a los postores que comercializarán productos alimenticios en los puestos;

Que, de otro lado, el punto 1.5 de las Bases establece como marco legal bajo el cual se desarrollará la Subasta Pública, entre otras disposiciones legales, la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por la Ley N° 27444;

Que, es materia del presente procedimiento, el recurso de apelación interpuesto por los Impugnantes contra el proceso de Subasta Pública N° 001-2016-EMMSA, basándose en la existencia de actos contrarios a los principios y a las reglas contenidas en las Bases de la Subasta Pública;

Que, un primer asunto que debe ser materia de examen consiste en determinar si los Impugnantes carecen o no de legitimidad para interponer recurso de apelación, de conformidad con las disposiciones reguladas en las Bases del Proceso de Subasta Pública N° 001-2016-EMMSA, así como las normas que resultan de aplicación para la Subasta Pública;

Que, sobre el particular, el punto 6 de las Bases de la Subasta Pública, aprobadas mediante Resolución de Gerencia General N° 022-2016-GG-EMMSA, de fecha 12.04.2016, establece que la impugnación deberá ser interpuesta por el postor dirigida a la Gerencia General, en el plazo de dos (02) días hábiles luego de otorgada la buena pro. De ello se desprende claramente que para cuestionar el acto de otorgamiento de la Buena Pro, quien la cuestiona debe acreditar previamente su calidad de postor. En ese sentido, debe determinarse si la Impugnante tiene o no la calidad de Postor, a fin de analizar, si puede o no interponer recurso de apelación, de conformidad con las disposiciones de las Bases;

Que, en el caso que nos ocupa, revisada el Acta de Presentación de Propuestas Técnicas y Económicas y Apertura de Propuestas Técnicas, de fecha 23.05.2016, puede observarse que la Impugnante Ana María Cabrera Godoy no tiene la calidad de postor, en virtud a que no ha cumplido con presentar sus sobres técnico y económico en la Subasta Pública, incumpléndose de esta manera este primer requisito de admisibilidad; mientras que en cuanto a la calidad de los otros impugnantes, revisada el acta notarial, se advierte que efectivamente tienen la calidad de postor, razón por la cual resulta admisible en ese extremo, y se procederá a analizar los puntos expuestos;

Que, habiéndose verificado la procedencia del recurso impugnativo y precisado los puntos controvertidos, corresponde determinar y analizar la materia controvertida planteada por los Impugnantes. De esta manera, analizado el recurso impugnativo, se advierte que éste contiene cuatro cuestionamientos en cuanto a la actuación del Comité de Adjudicación, los cuales serán materia de examen en el orden expuesto:





a) Declarar la nulidad de la Subasta Pública por existir contravenciones a los principios de transparencia, publicidad, falta de equidad e igualdad de trato.

Que, los Impugnantes manifiestan que no ha existido transparencia y publicidad, al no haber detallado en el momento mismo del acto público, el desarrollo de un cuadro donde se detallen las propuestas técnicas y económicas de cada postor en los tres procesos, la especificación de los puntajes y la aplicación de la fórmula polinómica que da resultado al mismo; agregando los Impugnantes que para ello, se debió utilizar una pizarra o cualquier otro medio físico o electrónico que facilite la apreciación del desarrollo del proceso y tener mejores fundamentos al momento de advertir las observaciones; así como esta situación se habría agravado ya que recién a partir de las 10:00 am del día de hoy se publicó en la página web de EMMSA, los resultados del proceso y el acta de adjudicación y apertura económica de sobres del día 23.05.2016, justo en el último día que nos da el derecho a impugnar, debiéndose haber realizado con anticipación.

Que, al respecto, se ha evaluado los documentos obrantes en el Expediente de la Subasta Pública, no advirtiéndose en el Acta de Apertura de Propuestas Económicas y Otorgamiento de Buena Pro, del día 23.05.2016, ninguna anotación o circunstancia por parte de la Notaria Pública, sobre las supuestas irregularidades que habría cometido el Comité de Adjudicación durante el desarrollo de la Subasta Pública, agotándose de este modo, la actuación de recabar medios de prueba por parte de la Entidad en relación a los hechos invocados.

Que, sin embargo, cabe agregar que estando a ello, y en aplicación del Principio de la Carga de la Prueba, corresponde a los Impugnantes aportar las pruebas que sustenten su pedido, en aplicación del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por la Ley N° 27444; situación que no se evidencia en autos, debido a que no existe ninguna prueba aportada por los Impugnantes en el presente recurso impugnativo, que motive evaluar la actuación del Comité de Adjudicación sobre la supuesta contravención a los principios de transparencia y publicidad.

Que, en ese sentido, corresponde desestimar los hechos invocados por los Impugnantes, sobre este extremo.

b) Declarar la nulidad de la Subasta Pública por existir una indebida calificación de las propuestas de los postores: Consorcio MM integrado por Maura Teófila Galván – Máxima Antonio Rivera, al haberse presentado en otros puestos, a pesar que en la primera etapa, una de ellas, había sido beneficiada con la buena pro del puesto D005

Que, conforme a lo expresado por los Impugnantes, se puede inferir que el Consorcio MM integrada por Maura Teófila Galván López - Máxima Antonio Rivera no debió de haber sido beneficiado con la buena pro del Puesto D0061, en razón a que según el párrafo 5.1.1 "Generalidades" de las Bases de la Subasta Pública señala expresamente que el postor que haya obtenido la adjudicación de un puesto, ya no podrá participar en la adjudicación de otros puestos; añadiendo que la Sra. Maura Teófila Galván López fue adjudicada con el puesto D0060, mientras que su consorciada Sra. Máxima Antonio Rivera fue beneficiada con la buena pro del puesto D005, en la primera etapa de la Subasta Pública; en razón de ello, deviene en nula e indebida el otorgamiento de la buena pro.

Que, al respecto, es necesario analizar el cuarto párrafo del punto 5.1.1 de las Bases de la Subasta Pública el cual dispone que *"en caso que el postor haya obtenido la adjudicación de un puesto, ya no podrá participar en la adjudicación de otros puestos de la presente subasta"*, argumento en que se fundan los Impugnantes.

Que, en razón de ello, corresponde definir el término "Postor" con arreglo a la definición que es desarrollada en el punto 1.6.6 de las Bases, el cual señala que: *"Es una persona natural, persona jurídica, o un Consorcio, que participa en la Subasta para la celebración de Contrato de Arrendamiento"*





de Puestos de Venta en el GMLL, y que se somete por completo a lo establecido en las presentes Bases”

Que, a partir de la definición antes expuesta, es evidente que un postor puede ser una persona natural, una persona jurídica o un Consorcio, entendiéndose a éste último como *“la conformación de dos o más personas naturales y/o jurídicas con la finalidad de participar de manera conjunta como postor en la presente subasta”*. En ese sentido, para éste último caso, entienda al Consorcio, la restricción de su participación en otro puesto de la Subasta Pública distinto al cual ha participado, se configura única y exclusivamente en la medida que vuelva a participar en Consorcio, integrado por las mismas personas, y haya obtenido la buena pro de un puesto, con arreglo al cuarto párrafo del punto 5.1.1 de las Bases; por lo que toda situación contraria a este condicionante, habilitaría al Postor a poder presentarse en otro puesto. Para una mayor ilustración sobre este último punto, ponemos como ejemplo, el siguiente supuesto: el “Consorcio I” integrado por A, B y C participa y oferta para el puesto “X”, obteniendo la buena pro del mismo; bajo este supuesto, el “Consorcio I” no podría participar nuevamente en otro puesto, debido a que está participando con el mismo Consorcio, integrado por A, B y C, y ha obtenido la buena pro de un puesto; por el contrario, A, B y C podrán participar en forma individual como en forma conjunta (entre dos: A+B o A+C o B+C) para otros puestos de la Subasta Pública.

Que, en consecuencia, en el caso que nos ocupa, el tema se circunscribe en establecer la calidad del postor (es decir, si es persona natural, persona jurídica, o Consorcio); razón por la cual, el acuerdo del Comité de Adjudicación resulta ser válido en cuando a declarar admisible la propuesta del Consorcio MM para su calificación para el puesto D0061, toda vez que se trata de un nuevo postor, integrado por dos personas naturales, con arreglo a la definición de “Postor” y a las condiciones para su participación en un nuevo puesto de la Subasta Pública.

Que, en ese sentido, corresponde desestimar los hechos invocados por la Impugnante, sobre este extremo.

c) Declarar la nulidad de la Subasta Pública por haber sido descalificados los postores Ana María Cabrera SAC, Abraham Daniel Cabrera Vásquez y Argeles Juan de Dios Rojas Sánchez, por haber supuestamente incumplido con el numeral 5.2.2 de las Bases.

Que, de acuerdo con lo expresado por los Impugnantes, en la calificación de los citados postores se habría violado el Principio de Legalidad y del derecho al debido procedimiento administrativo, al principio constitucional de principio de jerarquía de las normas, la doble instancia y la observancia del debido proceso. Agrega que las Bases no pueden coartar dichos derechos constitucionales, máxime que pare el caso de la Sra. Ana María Cabrera SAC, ostentaba de acuerdo a los requisitos de los últimos tres meses (febrero, marzo y abril del 2016) más de 8 toneladas diarias, conforme adjunto al presente, por lo que no incumplió el requisito mínimo, además de no evaluarse los vouchers adjuntados que certifican dicho volumen.

Que, en razón a lo expuesto, se ha analizado los fundamentos en que sustenta este petitorio y no se observa ni se acredita en que ha consistido la afectación directa y manifiesta a los principios que señala los Impugnantes; lo cual motiva traer a colación la aplicación del Principio de la Carga de la Prueba, a través del cual corresponde a los Impugnantes aportar las pruebas que sustenten su pedido, en aplicación del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por la Ley N° 27444; lo cual justifique realmente evaluar la actuación del Comité de Adjudicación sobre la transgresión a determinados principios.

Que, de otro lado, en cuanto a la calificación realizada al postor Ana María Cabrera SAC por parte del Comité de Adjudicación, es necesario previamente determinar si la misma ha recurrido mediante los mecanismos impugnativos que las Bases de la Subasta Pública le conceden, situación que no se evidencia en autos, debido a que no se observa en la introducción del recurso impugnativo



la referencia al postor Ana María Cabrera SAC, como titular del derecho, en su calidad de postor, con arreglo a lo dispuesto en el punto 6 de las Bases de la Subasta Pública, aprobadas mediante Resolución de Gerencia General N° 022-2016-GG-EMMSA, de fecha 12.04.2016, donde se establece que la impugnación deberá ser interpuesta por el postor dirigida a la Gerencia General, en el plazo de dos (02) días hábiles luego de otorgada la buena pro, lo cual motiva a desestimar este extremo del recurso.

d) Declarar la nulidad de la Subasta Pública al no haberse acogido la observación del postor Agroinversiones J&S Ponce, en cuanto a la propuesta económica ofertada.

Que, de acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso, el Impugnante Agroinversiones J&S Ponce solicita que se reevalúe el monto contenido en su propuesta económica para el caso del Puesto D-79, no debiéndose considerar la suma de \$ 7,000 dólares por metro cuadrado sino que dicha suma correspondía al monto total de su oferta; situación que debería seguir la misma suerte que los puestos D0061 y D0075, en donde el Comité de Adjudicación estableció que el monto total de sus ofertas ascendía a \$ 7,000.00 dólares.

Que, al respecto, se ha procedido a evaluar el contenido del Acta de Apertura de Propuestas Económicas y Otorgamiento de Buena Pro, de fecha 23.05.2016, y se observa en la última página, el siguiente tenor:

"El Sr. Ponciano Simón Alania identificado con DNI Nro. 4426769 representante del portor Agroinversiones J&S Ponce EIRL señala que en la oferta de la propuesta económica para el puesto D0079 existe un error, por cuanto el monto total ofertado es de \$ 7,000 (Siete Mil Dólares Americanos) y no por metro cuadrado. El Comité señala que al momento de la apertura de la propuesta económica para el puesto D0079 el postor no se encontraba presente para realizar dicha aclaración por lo que se ha respetado lo señalado en la propuesta económica."

Que, se advierte claramente por un lado, la actuación por parte del Comité de Adjudicación, en relación a requerir al postor la aclaración del monto de su propuesta económica, agregando que en razón a que no se encontraba presente, procedió a respetar lo expresado en la citada propuesta; argumento que no ha sido desvirtuada por el Impugnante, quien tiene la obligación de probar lo que afirma, en aplicación del Principio de la Carga de la Prueba, a través del cual corresponde a los Impugnantes aportar las pruebas que sustenten su pedido, regulado en el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por la Ley N° 27444.

Que, conforme a las reglas contenidas en las Bases de la Subasta Pública, específicamente en el punto 6, en caso el postor Impugnante hubiese advertido un error material en su propuesta económica en el mismo acto público, que podría generarle un perjuicio, éste tenía el derecho de ejercer válidamente su desistimiento a la presentación de sus propuestas, lo cual hubiera motivado su descalificación en el proceso de Subasta Pública, actuación que omitió realizar el postor Impugnante.

Que, en ese sentido, corresponde desestimar los hechos invocados por la Impugnante, sobre este extremo.

Que, ahora bien, cabe precisar, que si bien los miembros que integran el Comité de Adjudicación que tuvieron a su cargo la conducción de la Subasta Pública son responsables de emitir acuerdos o resoluciones, ellos deben asumir conductas y tratamientos que garanticen la mayor imparcialidad y objetividad a los postores participantes, de modo que con sus actuaciones no excedan los límites o facultades que les han sido otorgadas y no se beneficie o perjudique a un postor de manera indebida; condiciones que se han cumplido, en estricta sujeción a las disposiciones contenidas en las Bases;





Contando con la visación de la Oficina de Asesoría Legal y en uso de las facultades conferidas a la Gerencia General;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE el recurso de apelación presentado por la Sra. Ana María Cabrera Godoy contra el proceso de Subasta Pública N° 001-2016-EMMSA, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.



Artículo Segundo.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado conjuntamente por el Sr. Argeles Juan de Dios Rojas Sánchez, Celia Rimachi Chicama, Huber Roel Atahuaman, Agroinversiones J&S Ponce EIRL, Jenny Alejandra Arango Cárdenas y Abraham Daniel Cabrera Vásquez, contra el proceso de Subasta Pública N° 001-2016-EMMSA, en todos los extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Tercero.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa.

Artículo Cuarto.- Disponer se proceda a notificar al recurrente la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.Á.


JOSÉ ANTONIO LUNA BAZO
GERENTE GENERAL