

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO
SECCIÓN DE POST GRADO DE DERECHO



**“AMPLIACIÓN DE LA FACULTAD SANCIONADORA DEL ORGANISMO
SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (OSCE)”**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA
EN DERECHO CON MENCIÓN DERECHO CIVIL EMPRESARIAL**

AUTOR: Br. CINTHYA FIORELA AGUILAR ZAVALETA

ASESOR: DR. HENRY ARMANDO CARBAJAL SÁNCHEZ



**TRUJILLO – PERU
2015**

N° de Registro:

DEDICATORIA

**A DIOS, A QUIEN LE DEBO EL SER Y EL EXISTIR,
A MIS QUERIDOS PADRES, POR SU AMOR,
DEDICACIÓN Y SACRIFICIO, A MI QUERIDA TÍA
POR SU APOYO CONSTANTE E INCONDICIONAL
Y A MIS MEJORES AMIGOS.**

AGRADECIMIENTO

**SIN DUDA LOS MAYORES AGRADECIMIENTOS
SERÁN SIEMPRE PARA:**

**LOS DOCENTES DE ESTA CASA DE ESTUDIOS,
QUIENES CON SU EXPERIENCIA,
CONOCIMIENTOS Y VALORES HAN
CONTRIBUIDO A MI FORMACIÓN PERSONAL Y
ACADÉMICA.**

**EL DR. HENRY ARMANDO CARBAJAL SÁNCHEZ,
POR SER MI GUÍA EN ESTE ARDUO CAMINO DE
LA INVESTIGACIÓN, POR SU PACIENCIA Y
APOYO PARA NO DESFALLECER EN EL
INTENTO.**

**FINALMENTE, AGRADEZCO A TODAS
AQUELLAS PERSONAS QUE DE UNA U OTRA
MANERA HICIERON POSIBLE LA CULMINACIÓN
DEL PRESENTE TRABAJO.**

RESUMEN

Hoy en día; las contrataciones y adquisiciones del Estado están consideradas como una de las áreas críticas dentro de la gestión pública, que se ve afectada por los mayores casos de corrupción, situación que es muchas veces provocada por los funcionarios y servidores intervinientes en el proceso de selección y contratación que amparados en los márgenes de discrecionalidad que en sus actuaciones les permite la normativa en materia de contratación, actúan relegando los intereses colectivos generales y públicos en sus actos de gestión y actos administrativos, a fin de procurar intereses particulares o de terceros.

Si bien, nuestra legislación en materia de contratación estatal prevé que los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de selección y contratación son responsables de su cumplimiento ante actos u omisiones, cuyo adecuado desempeño es evaluado por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenecen, la que podrá disponer de exámenes y auditorías especializadas facultándolos para que en caso de incumplimiento, según su gravedad, impongan desde una amonestación escrita, suspensión sin goce de remuneración de treinta a noventa días, cese temporal sin goce de remuneración hasta por doce meses y la destitución o despido; cierto también es que en tales contrataciones y adquisiciones existe la innegable peculiaridad de involucrar en la probable determinación de responsabilidad tanto a los funcionarios y servidores públicos con el Titular de la Entidad, que es quién debe evaluar el desempeño de los referidos funcionarios y servidores; siendo por tanto la supervisión que la norma encarga a éste una mera expresión lírica

normativa, que aun cuando la infracción de la normativa es evidente y reconocida por la autoridad quien dispone la corrección necesaria disponiendo se retrotraiga a la etapa anterior a la infracción, elude disponer la determinación de responsabilidades; y, de disponerla no señala acciones o medidas que hagan prever la sanción correspondiente, sea porque no establece que instancia u órgano determinará la responsabilidad, el plazo en que se determinará esta; en el supuesto de si lo designa, muchas veces se impone la sanción mínima de “amonestación escrita” indiscriminadamente sin advertir gradualidad alguna, consintiendo la impunidad administrativa al interior de la Entidad, la misma que con la presente investigación pretendemos sea erradicada proponiendo para tal efecto que, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), ente técnico rector del Sistema, encargado de velar y promover el cumplimiento de la normativa, y el mismo que, ya cuenta con facultades para sancionar a proveedores y árbitros, sea también a través del Tribunal de Contrataciones el competente para sancionar a los funcionarios y servidores de las Entidades de la Administración Pública que infrinjan la legislación en materia de contratación estatal.

La viabilidad de la investigación radica además, en que al interior del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) se cuenta con un procedimiento sancionador que garantiza la determinación de la responsabilidad objetiva, muchas veces desconocida u obviada al interior de las Entidades de la Administración Pública sea por la existente complicidad con el encargado de su propia determinación o por su actuar coordinado para infringir la legislación por

orden y disposición superior (direccionamiento, inobservancia de requisitos y términos mínimos, indebida calificación, discriminación, parcialidad, etc.), procedimiento que basado en el principio de defensa y legalidad permitirá erradicar la falta deliberada de castigo al interior de cada una de las referidas Entidades.

ABSTRACT

Today; Contracting and acquisitions of the State are considered to be one of the critical areas within the public management, which is affected by the major corruption cases, situation that is often caused by officials and servers involved in the process of selection and recruitment that covered in the margin of discretion enabling in performances with the rules on procurement they are relegating the collective interests of General and public in their acts of management and administrative acts, in order to seek private or third party interests. While our public procurement legislation provides that officials and servers, as well as the members of the Special Committee involved in selection and hiring processes are responsible for their enforcement by their acts or omissions, whose proper performance is evaluated by the highest authority of the institution to which they belong, which tests are available and audits specialized empowering them so that in the event of non-compliance , depending on its severity, imposing from a written reprimand, suspension without pay of thirty to ninety days, temporary cessation without remuneration up to twelve months and the dismissal or dismissal; true is also that in such contracts and acquisitions there is the undeniable peculiarity engage in determining liability likely much to officials and public servants with the holder of the entity, which is who should evaluate the performance of the concerned officials and servants; being therefore the supervision that the standard handles this a mere expression regulatory lyrical, even if the infringement of the laws is apparent and recognized by the authority who has necessary to providing correction roll to the stage prior to the infringement, it avoids having the

determination of responsibilities; and have it does not point to actions or measures that provide for the appropriate sentence, because do not set that instance or organ will determine responsibility, the period that will be determined in the event if designates it, many times the minimum penalty of "written warning" imposed indiscriminately without warning any gradual, consenting administrative impunity to the interior of the entity, which, with this research, we propose be eradicated by proposing that agency Supervisor of the engagements of the State (OSCE), governing technical body of the system, ensure and promote compliance with regulations that already has powers to sanction suppliers and referees, either through the Court of engagements so that in cases provided for in violation of the rule who is also competent to punish officials and servers involved in the processes of selection and recruitment when they violate the rules. The feasibility of the research is also, that inside the Agency Supervisor of the Contracting State (OSCE) account with a sanctioning procedure that ensures the determination of objective responsibility, often unknown or overlooked the entity inside of existing complicity with the Manager of your own determination or by its acting coordinated to violate regulations by order and higher provision (addressing (, failure to comply with requirements and minimum terms, improper rating, discrimination, bias, etc.), procedure based on the principle of Defense and legality will allow eradication of the deliberate lack of punishment in interior of the entity.

ÍNDICE

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	viii

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	2
1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA	2
1.2 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	6
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	7
1.4 ENUNCIADO DEL PROBLEMA	7
1.5 HIPÓTESIS	7
1.6 OBJETIVOS	8

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

1. MATERIALES Y PROCEDIMIENTOS	11
1.1 MATERIAL	11
1.2 MÉTODOS	11
1.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	12
1.4 POBLACIÓN	12

CAPÍTULO III
MARCO TEÓRICO
SUB CAPÍTULO I

LA POTESTAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA	15
POTESTAD REGLADA	17
2. SIGNIFICADO ECONÓMICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	18
2.1 FINALIDAD	19
3. EL PROBLEMA DEL CONTROL	19
3.1 EL CONTROL BUROCRÁTICO	20
3.2 EL CONTROL SOCIAL	23
4. LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES ESTATALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN	24
5. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LAS CONTRATACIONES ESTATALES	25
5.1 PRINCIPIO DE MORALIDAD	26
5.2 PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL DESARROLLO HUMANO	27
5.3 PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA	27
5.4 PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD	28
5.5 PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD	29
5.6 PRINCIPIO DE EFICIENCIA	29
5.7 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	29
5.8 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	30
5.9 PRINCIPIO DE ECONOMÍA	31
5.10 PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA	31

5.11 PRINCIPIO DE TRATO JUSTO E IGUALITARIO	32
5.12 PRINCIPIO DE IGUALDAD	33
5.13 PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL	33

SUB CAPÍTULO II

EL SISTEMA ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

1. EL SISTEMA ADMINISTRATIVO, COMPETENCIA Y FUNCIÓN.	35
2. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	36
3. LA DEPENDENCIA RESPONSABLE	36
4. EL COMITÉ ESPECIAL	37
5. FUNCIONARIOS RESPONSABLES, TITULAR.	41
6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	42
6.1 RESPONSABILIDADES Y SANCIONES	44

SUB CAPÍTULO III

EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE

1. DEFINICIÓN	47
2. FUNCIONES	47
3. ORGANIZACIÓN Y RECURSOS	49
4. EL CONSEJO DIRECTIVO Y LA PRESIDENCIA EJECUTIVA DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO	

4.1 REQUISITOS E IMPEDIMENTOS	52
4.2 CAUSALES DE REMOCIÓN	53
5. EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	53
5.1 FUNCIONES	55
5.2 REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA SER VOCAL DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	57
5.3 REMOCIÓN Y VACANCIA	58
5.4 PUBLICIDAD DE SUS RESOLUCIONES	58
5.5 CARACTERISTICAS DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL	58

SUB CAPÍTULO IV

LA POTESTAD SANCIONADORA EN LAS CONTRTACIONES CON EL ESTADO

1. LA POTESTAD SANCIONADORA	61
2. PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA	67
2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD	68
2.2 PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO	69
2.3 PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD	69
2.4 PRINCIPIO DE IMPULSO DE OFICIO	69
2.5 PRINCIPIO DE INFORMALISMO	69
2.6 PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD	70
2.7 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE VERACIDAD	70
2.8 PRINCIPIO DE CONDUCTA PROCEDIMENTAL	70
2.9 PRINCIPIO DE CELERIDAD	71
2.10 PRINCIPIO DE EFICIENCIA	71

2.11	PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN	71
2.12	PRINCIPIO DE SIMPLICIDAD	71
2.13	PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD	72
2.14	PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD	72
2.15	PRINCIPIO DE PRIVILEGIO DE CONTROLES POSTERIORES	72
2.16	PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LICITUD	73
3.	CAUSALES DE APLICACIÓN DE SANCIONES	73
3.1	INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS	73
4.	PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	87
4.1	DEFINICIÓN	87
4.2	CARACTERÍSTICAS	87
5.	CLASES DE SANCIONES	94
5.1	INHABILITACIÓN TEMPORAL	94
5.2	INHABILITACIÓN DEFINITIVA	94
5.3	SANCIONES ECONÓMICAS	95
5.4	SANCIONES A LOS CONSORCIOS	96
5.5	SANCIONES A EXPERTOS INDEPENDIENTES DEL COMITÉ ESPECIAL.	97
5.6	SANCIONES A FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS	99
5.7	SANCIONES A ARBITROS	100
6.	GRADUALIDAD DE LA SANCIÓN	101
6.1	NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN	101
6.2	INTENCIONALIDAD DEL INFRACTOR	102
6.3	DAÑO CUSADO	102

6.4 REITERANCIA	103
6.5 RECONOCIMIENTO DE LA INFRACCIÓN COMETIDA ANTES DE QUE SEA DETECTADA	103
6.6 CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO Y MODO	104
6.7 CONDUCTA PROCESAL DEL INFRACTOR	104
6.8 CONDICIONES DEL INFRACTOR	105

SUB CAPÍTULO V

5.1 VERIFICACIÓN DE IMPUNIDAD ADMINISTRATIVA ANTE INFRACCIONES DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRTACIÓN ESTATAL	107
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

SUB CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN DE RESULTADOS	113
CONCLUSIONES	115
RECOMENDACIÓN	117
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120
ANEXOS	123

**CAPITULO I
EL PROBLEMA**

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA; 1.2 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN; 1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA; 1.4 ENUNCIADO DEL PROBLEMA; 1.5 HIPÓTESIS; 1.6 OBJETIVOS

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA:

Son conocidas las innumerables críticas al poder desmedido de la Administración Pública, única personificación interna del Estado cuyos fines asume y es el instrumento de relación permanente y general de los ciudadanos; que va desde el derroche de grandes cantidades de dinero en cosas aparentemente innecesarias, injustificados beneficios económicos (sueldos, viáticos, subvenciones; entre otros), descansos en su jornal laboral, así como el ejercicio abusivo de su facultad que por su condición de “Ius Imperium” le corresponde (como la imposición de multas o sanciones y poder coactivo de persecución); lo que ocasiona que los ciudadanos nos situemos en una posición subordinada y de desigualdad, además de la siempre evidente impunidad imperante en su propio interior.

En ejercicio del “Ius Imperium” y su poder represivo, punitivo y coactivo, la Administración Pública puede imponer sanciones con el fin de proteger el interés social o general; situación que revestida de las garantías y formalidades legales no existiría mayor crítica o cuestionamiento; lo cuestionable, resulta cuando los operadores de aquella maquinaria operativa del Estado distorsiona su razón de ser; esto es, pasar de servir a la colectividad con el propósito de brindar el bienestar común, por servirse de ella con el agravante, en gran número de casos de defraudar la confianza puesta en sus manos por la comunidad.

Como es sabido, tal defraudación desencadena consecuencias de connotaciones con responsabilidad civil, penal y administrativa.

Respecto a la Responsabilidad Civil, es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

En relación a la Responsabilidad Penal, es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito. Nuestra legislación contempla una gama de conductas tipificadas como delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos, orientadas a garantizar el normal funcionamiento de la Administración Pública en la necesidad de su preservación normativa versus el interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella, procurando se mantenga incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas (Rojas Vargas, Fidel (2007)).

Es en cuanto a la Responsabilidad Administrativa, aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico

administrativo al interno de la misma Administración Pública, que versa nuestra investigación y en especial y directo sentido con la impunidad en aquellas labores que con especial encargo es puesta en manos de servidores y funcionarios públicos con funciones de seleccionar al proveedor que suministrará un bien, brindará un servicio o ejecutará una obra, al Estado; con el fin de que éste cumpla con su obligación de satisfacer las necesidades de sus habitantes, para garantizar la convivencia y la paz social; esto es, los encargados de los procesos de selección a través de la denominada contratación estatal, regulada en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF. (Diplomado de especialización en Contrataciones del Estado, 2013).

La impunidad, antes señalada; entendida como la falta de castigo (Diccionario de la Real Academia Española) ante la propia Administración Pública por responsabilidad administrativa, es advertida del propio texto de la Ley de Contrataciones del Estado; así, en su artículo 46 se indica que: *“Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la presente norma y su Reglamento. En caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a principios establecidos en el artículo 4° del referido Decreto Legislativo. La evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones*

discrecionales a que se refiere el párrafo precedente, es realizada por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismos en sus cargos. Para tal efecto, la Entidad podrá disponer, en forma periódica y selectiva, la realización de exámenes y auditorías especializadas... ; ello en razón a que en la mayoría de supuestos, los servidores y funcionarios quebrantan su correcto actuar por cumplir disposiciones y lineamientos emanados de sus propios superiores e incluso con intervención de la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenecen; es decir, de los encargados de una futura y eventual evaluación por su adecuado o inadecuado desempeño laboral.

En materia de contrataciones estatales, la propia norma prevé la existencia y funcionamiento activo de un Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, conocido con las siglas "OSCE", organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia y con funciones, entre otras, con una de naturaleza sancionadora prescrita en el literal "k)" del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado, como la de: *"Imponer sanciones a los proveedores que contravengan las disposiciones de esta ley, su reglamento y normas complementarias, así como los árbitros en los casos previstos en la presente ley"*; concordante con su artículo 51, que establece en su numeral 51.1 las conductas consideradas como *Infracciones*; y en su numeral 51.2 las *Sanciones*, siendo éstas últimas: *Inhabilitación temporal, la inhabilitación*

definitiva y la sanción económica, sanciones administrativas para los proveedores, participantes, postores y contratistas.

Es de llamar a reflexión; que tal Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, con las autonomías antes señaladas, con capacidad sancionadora para imponer sanciones administrativas a proveedores, participantes, postores y contratistas, no sea quien sancione a los servidores o funcionarios públicos intervinientes en las diferentes etapas de los procesos de selección del proveedor estatal (sea como integrante del comité especial o integrante del área encargada de las contrataciones del área (Logística, Abastecimiento, Compras, etc) que infringan el ordenamiento jurídico administrativo en los procesos de selección.

De ahí, la necesidad de proponer cambios normativos necesarios para que al Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, se le amplie sus facultades de sancionar administrativamente a los servidores o funcionarios públicos, como en el Reglamento de Organización y Funciones de dicho organismo (Decreto Supremo N° 006-2009-EF) y en toda norma en materia de contrataciones (Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017).

1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

Habiendo revisado en las principales bibliotecas locales y algunas de la ciudad de Lima, podemos concluir que no existen trabajos de investigación, sean Tesis de Maestría y Doctorado sobre el tema materia de investigación, sin embargo el

tema en análisis se encuentra disperso en lo más especializado de la Doctrina en materia de Contrataciones de Estado, a lo que nuestro trabajo se orientará a seleccionar y sistematizar los principales aportes en la materia.

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA:

Consideramos que nuestra investigación se justifica porque a través de ella pretendemos conocer y dar a conocer a los operadores del Derecho, llámese Jueces, Abogados y Estudiantes de Derecho la necesidad de postular la ampliación de facultades para que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE sancione a los servidores y funcionarios públicos, independientemente del régimen laboral en que se encuentren, por actos u omisiones que infrinjan a la normativa en contrataciones con el Estado, dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional vigente.

1.4. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿EN QUÉ MEDIDA LA AMPLIACIÓN DE FACULTADES SANCIONADORAS AL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (OSCE) PARA SANCIONAR A SERVIDORES Y FUNCIONARIOS QUE INFRINGAN LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL EVITARÁ LA IMPUNIDAD ADMINISTRATIVA?

1.5. HIPÓTESIS:

En la medida que las Entidades de la Administración Pública incumplen con sancionar a sus servidores y funcionarios que infringen la legislación en materia

de contratación estatal, la ampliación de facultades al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para sancionarlos, evitará la impunidad administrativa.

1.6. OBJETIVOS:

a) General:

Determinar, si ampliándose la facultad sancionadora del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para que sancione a los servidores y funcionarios que infrinjan la legislación en materia de contratación estatal evitará la impunidad administrativa.

b) Específicos:

1. Determinar los alcances de la impunidad administrativa al interior de las Entidades de la Administración Pública frente a actos con responsabilidad de servidores y funcionarios intervinientes en los procesos de selección y contratación por infracción a las normas de contratación estatal.
2. Verificar si la ampliación de la facultad para que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), sancione administrativamente a los servidores y funcionarios que infrinjan la legislación en materia de contratación estatal se enmarca dentro del marco constitucional y normativo vigente.
3. Determinar si el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuenta con la capacidad técnica, normativa e institucional para sancionar administrativamente a los servidores y funcionarios que infrinjan la legislación en materia de contratación estatal.

4. Proponer como alternativa de cambio, las modificaciones legislativas necesarias que prevean la ampliación de la facultad sancionadora del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para que sancione administrativamente a los servidores o funcionarios que infrinjan la legislación en materia de contratación estatal, a fin de evitar la impunidad administrativa en la Administración Pública

CAPÍTULO II
METODOLOGÍA

1. MATERIALES Y PROCEDIMIENTOS: 1.1 MATERIAL; 1.2 MÉTODOS; 1.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS;
1.4 POBLACIÓN

1. MATERIALES Y PROCEDIMIENTOS:

1.1. MATERIAL:

- **BIBLIOGRÁFICO.** Libros, códigos, artículos, ensayos, opiniones científicas académicas y profesionales páginas web, etc.

1.2. MÉTODOS:

- **ANALÍTICO:** Este método implica el análisis o descomposición, esto es la separación de un todo en sus partes o en sus elementos constitutivos.
- **SINTÉTICO:** Para establecer después del análisis con que información, dentro de todo el conglomerado, se puede trabajar; en la presente investigación se usará también en el momento de establecer las conclusiones.
- **INDUCTIVO:** A partir de la observación de los hechos particulares que suceden en la realidad se podrá arribar a conclusiones genéricas.
- **DEDUCTIVO:** Razonamiento que permite derivar o inferir enunciados en su calidad de consecuencia lógica necesaria, Lo usaremos para el análisis lógico, conclusiones, recomendaciones, sugerencias.

- **HERMENÉUTICO:** Para la interpretación de las normas pertinentes, en este caso para la interpretación de la facultad sancionadora del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

1.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

- a) **Observación.** En la presente investigación se han plasmado los datos que hemos podido recopilar por medio de nuestra observación de los hechos que se suscitan en la realidad jurídica de la contratación estatal.
- b) **Fichaje.** Las que han servido para efectuar la revisión bibliografía empleando las fichas de registro y de investigación.
- c) **Internet – Páginas Web.** Las que han servido para obtener datos sobre opiniones de especialistas en materia de Derecho de Contratación con el Estado.
- d) **Fotocopiado:** A los principales textos bibliográficos, que no se pudo contar fuera de los lugares especializados de lectura.

1.4. POBLACIÓN:

Nuestro trabajo, por ser descriptivo-explicativo, nuestra población estará compuesta por toda la bibliografía empleada para desarrollar nuestra investigación, la que será citada en la referencia bibliográfica correspondiente.

**CAPÍTULO III
MARCO TEÓRICO**

**SUB CAPÍTULO I
LA POTESTAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

1. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: 1.1 POTESTADES REGLADAS; 1.2 POTESTADES DISCRECIONALES.
2. SIGNIFICADO ECONOMICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL; 2.1 FINALIDAD. 3. EL PROBLEMA DEL CONTROL: 3.1 EL CONTROL BUROCRATICO; 3.2 EL CONTROL SOCIAL. 4. LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES ESTATALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN. 5. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LAS CONTRATACIONES ESTATALES: 5.1 PRINCIPIO DE MORALIDAD; 5.2 PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL DESARROLLO HUMANO, 5.3 PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA; 5.4 PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD; 5.5 PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD, 5.6 PRINCIPIO DE EFICIENCIA; 5.7 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, 5.8 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA; 5.9 PRINCIPIO DE ECONOMÍA; 5.10 PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA; 5.11 PRINCIPIO DE TRATO JUSTO E IGUALITARIO; 5.12 PRINCIPIO DE IGUALDAD; 5.13 PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL

LA POTESTAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Conforme lo señala el Dr. Alberto Retamozo Linares, en su obra “Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control”, la articulación económica entre Estado y Sociedad establece una de sus modalidades cuando el Estado decide participar en la sociedad como agente económico y redistribuidor de riqueza, generándose con ello intereses y relaciones económicas que permiten la intensificación del mercado.

La cantidad de dinero que el Estado gasta anualmente en la adquisición de bienes y servicios y la forma en que lo hace, lo convierte en un agente económico con capacidad de orientar el proceso de acumulación económica en la sociedad. Así, define los montos por los que se puede comprar sin proceso de selección público, sino cerrado o en forma directa, otorga puntos adicionales por la región donde se ejecutará la obra o adquirirá el bien o servicio; convirtiendo a las contrataciones y adquisiciones del Estado en un instrumento de Política Económica y de Política Pública.

Una de las primeras interrogantes que surgen cuando se comienza a tratar el tema de las contrataciones del Estado, como un espacio académico distinto de los contratos privados, es la de establecer su razón de ser en el contexto hegemónico del Estado de Derecho, de la economía de mercado y la exigencia de control burocrático y social de las mismas.

La respuesta a la interrogante planteada, para por la comprensión de la racionalidad político-jurídica que subyace en nuestro actual estado de derecho; la cual implica la adecuación de los medios a los fines.

En este contexto, el de la racionalidad político-jurídica, se asume que el estado descansa sobre una dominación legal y legítima de carácter racional, donde se acepta la legalidad de las ordenaciones estatuidas, los derechos de mando (autoridad legal), la relación impersonal y la articulación jurídica Estado – Ciudadano.

1. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA.

La dominación legítima de carácter racional se instrumentaliza a través del ejercicio de la denominada Potestad, exteriorización del poder público, consecuencia de la organización de las sociedades en Estado, el que luego de un proceso histórico convulso devino en Estado de Derecho, escenario en el cual se produce la “Fragmentación y redistribución del poder”.

Esta Potestad asume el carácter de legal por cuanto en el estado moderno y, en especial, bajo la forma de Estado de Derecho no se puede ejercer el Poder sin marco jurídico previo; principio de legalidad que impone a la Administración la exigencia del cumplimiento de la Ley.

Pero ¿Qué es la potestad estatal, en qué consiste y cuáles son sus dimensiones?. La Potestad se articula al Poder, por lo que estamos ante el ejercicio del Poder del Estado, el cual es asumido como único y que en cuyo desenvolvimiento funcional se manifiesta de formas diversas, siendo una de ellas la Administración.

Articulando Potestad y Administración podríamos concluir en que las potestades administrativas se encuentran positivadas o juridizadas, por lo que la acción administrativa constituye el ejercicio de las mismas por el que se “creará, modificará, extinguirá, protegerá, ejercitará relaciones jurídicas concretas”, exteriorización de la discrecionalidad.

La potestad estatal se desenvuelve a través de la Administración y la Burocracia, las cuales se encuentran sometidas a la legalidad objetiva, siendo objeto del Derecho Público en general y del administrativo en particular.

En consecuencia la Administración en su cotidiana actividad ejerce las potestades con discrecionalidad, cuya esencia radica “en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la administración puede elegir con libertad”, pudiendo ser regladas o discrecional, las mismas que son objeto de control mediante la

verificación del cumplimiento de los límites establecidos en la ley; escenario en el que se desenvuelven las contrataciones y adquisiciones del Estado.

Potestad Reglada.

Entre legalidad y atribución de potestades existe un nexo causal. Toda atribución es otorgada y delimitada por Ley; pudiendo ser, según el caso, reglada o discrecionales. En la primera, las potestades regladas, la Ley “determina agotadoramente todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la Potestad constituyendo un supuesto legal completo” definido en todos sus términos y consecuencias”; en la segunda, las potestades discrecionales, la misma Ley, además de explicitar la Potestad que atribuye a la Administración remite, paralelamente, a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho... o bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites aplicables”.

Para García de Enterría, en los casos de las potestades regladas la Administración reduce su acción a la aplicación de la Ley, siendo el control la constatación del cumplimiento de la misma; mientras que en las discrecionales, la estimación subjetiva no implica el otorgamiento de ninguna facultad “extralegal”, sino que constituye “una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que la ha configurado”, con lo que la discrecionalidad tiene un margen preciso y un fin concreto.

El Artículo 1º de la Ley al precisar que ella “establece las normas básicas que contienen los lineamientos que deben observar la entidades del sector público

dentro de los criterios de racionalidad y transparencia”, presenta ambos tipos de potestades, correspondiendo a la discrecional un margen de acción que se reduce a consecuencias de las directivas emitidas por el OSCE y la Contraloría General de la República, normas que tienen por finalidad evitar la desnaturalización de las potestades otorgadas por Ley a la Administración Pública en este ámbito específico.

2. EL SIGNIFICADO ECONÓMICO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

La articulación económica entre Estado y Sociedad establece una de sus modalidades cuando el Estado decide participar en la sociedad como agente económico y redistribuidor de riqueza, generándose con ello intereses y relaciones económicas que permiten la intensificación del mercado.

La cantidad de dinero que el Estado gasta anualmente en la adquisición de bienes y servicios y la forma en que lo hace, lo convierte en un agente económico con capacidad de orientar el proceso de acumulación económica en la sociedad. Así, define los montos por los que se puede comprar sin proceso de selección público, sino cerrado o en forma directa, otorgar puntos adicionales al productor nacional ó al de la región donde se ejecutará la obra o adquirirá el bien o servicio; convirtiendo a las contrataciones y adquisiciones del Estado en un instrumento de Política Económica y de Política Pública.

En este contexto y de acuerdo a la Información brindada por el OSCE, un total de 2850 entidades públicas conformantes del Estado Peruano gastan anualmente un aproximado de \$ 4,000.00 (cuatro mil millones de dólares), gasto que se efectúa mediante la suscripción y ejecución de 850,000 contratos. La forma en que se distribuye el gasto público es la siguiente: 841,500 contratos y \$ 2,400.00 millones de dólares, el 99% y 60% respectivamente, se efectúan como consecuencia de

procesos de selección denominados Adjudicación de Menor Cuantía y Adjudicación Directa Selectiva, que son menos rigurosos; 8,500 contratos y \$ 1,600.00 millones de dólares, 1% y 40% respectivamente, corresponde a los que se efectúan en los procesos de selección denominados Adjudicación Directa Pública, Licitación y Concurso Público”.

De acuerdo a la información alcanzada por el Contralor General de la República, en el Perú, la demanda del sector público, expresada en el gasto de bienes y servicios en términos de presupuesto nacional, ha sido de 37.85%, para el año 2000; 28.00% para el 2001; 26% para el 2002; manteniéndose en un promedio histórico de 30% respecto del Presupuesto General de la República.

En razón de lo expuesto, la magnitud del gasto, la forma en que se gasta y la orientación que se brinda al mismo, son los elementos constructivos de las contrataciones y adquisiciones del Estado como Política Pública, la misma que se debe orientar a fortalecer las potencialidades nacionales y superar nuestras debilidades estructurales.

2.1. FINALIDAD

La finalidad de la contratación estatal se orienta a satisfacer las necesidades que la Entidad demanda para el cumplimiento de las funciones que le son propias, así como para el logro de las metas y objetivos institucionales trazados; por lo que le corresponde “establecer con precisión la naturaleza de los bienes a ser adquiridos, determinando sobre la base de sus propias necesidades, las características, requerimientos y especificaciones técnicas de los bienes requeridos” por lo que es su responsabilidad “que dichos requerimientos incidan sobre los objetivos, funciones y operatividad de aquellos que es objeto de proceso, de manera que no atente contra la normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Estado ni limiten la participación de postores o la obtención de la propuesta técnica y

económica más favorable, quedando proscrita la posibilidad de establecer criterios desproporcionados o incongruentes con el objeto de la convocatoria”.

3. EL PROBLEMA DEL CONTROL

Al ser las contrataciones uno de los principales instrumentos de ejecución del gasto público y planteada la significación económica y la importancia que tienen para el país como política pública para impulsar el desarrollo sostenido, corresponde analizar los mecanismos de control que existen para la evaluación de la calidad y transparencia del gasto del público que en él se hace, por cuanto “para el resguardo de recursos públicos, no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquiriente (control previo), como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República (control posterior).

A efectos de comprender la amplitud de los criterios expuesto, debemos partir definiendo lo que entendemos por control y las distintas perspectivas desde las que puede ser asumido. El control, entendiendo como el conjunto de acciones burocráticas y sociales que tienen como objetivo evaluar la eficiencia y calidad de la gestión y del gasto en el Sector Público, puede ser abordado desde dos perspectivas, la burocrática y la social. Ambas responden a racionalidades diferentes, por lo que legitiman de manera distinta el accionar de la Administración Pública en su conjunto. Articular ambas en la Gestión Pública nacional es una tarea aun por hacerse.

3.1. EL CONTROL BUROCRÁTICO

A efectos de establecer la esencia del control burocrático, precisamos que al igual que el estado, la burocracia también se encuentra animada por una racionalidad instrumental que supone la adecuación de los medios a los fines, desarrollando su actividad al interior de la Administración Pública. Esta burocracia y la organización en que desarrolla sus actividades se encuentran unida por normas y

reglamentos exhaustivos, de cumplimiento obligatorio tanto al interior de la organización como hacia fuera, constituyendo parte importante de la dominación legal.

El control burocrático, que se articula a la racionalidad burocrática estatal, es definido por el artículo 6° de la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, como la “supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, y transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado,... evaluando los sistema de administración, gerencia y control con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes”.

Este control gubernamental, que puede ser interno o externo, se desenvuelve en tres niveles: El control interno previo y simultáneo, que compete exclusivamente a las autoridades, funcionarios y servidores públicos de las entidades como responsabilidad propia de sus funciones y control interno posterior, que es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor, así como por el órgano de control institucional; el control externo es ejercido por las sociedades de auditoría o por la Contraloría General de la República.

Sobre el particular, el artículo 82° de la constitución Pública de 1993 establece, respecto de la Contraloría General de la República, que ésta “es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”; siendo su titular propuesto por el Presidente de la República y designado por la comisión Permanente del Congreso.

A partir de la competencia otorgada a la Contraloría, ésta, en los lineamientos de Política para la formulación del Plan Anual de Control de los Órganos conformantes del Sistema Nacional de control, estableció en materia anticorrupción y el control del proceso de adquisiciones de bienes y servicios, las pautas siguientes:

- “Lineamientos para el Control de Proceso
- Control del Proceso de adquisición de bienes y servicios.

El Control de la adquisición de bienes y servicios se realizará con un enfoque integral que comprenda la programación, contratación y control de la cantidad y calidad de los suministros; examinando la transparencia del proceso y publicación de los planes anuales de adquisición. Cuando corresponda, se verificará que los productos y servicios adquiridos sean de reducido impacto ambiental, no perjudiciales para la salud, y susceptibles de reaprovechamiento.

Se dará prioridad al control de la contratación de los servicios no personales, a las exoneraciones en la modalidad de licitación pública mediante declaración de estado de urgencia, a los procesos de licitación con mayor significación económica y a las adjudicaciones directas otorgadas por servicios personalísimos.

El planteamiento de la acción de control en las adquisiciones contendrá procedimientos para detectar presuntas irregularidades como el fraccionamiento de los bienes, sobrevaluación de precios, evaluación indebida de postores, incumplimiento contractual, omisión en el cobro de penalidades y adulteraciones en la cantidad y calidad de los bienes y servicios provistos. En las adjudicaciones de obra se verificará la existencia de expedientes técnicos aprobados e incidirá en la detección del fraccionamiento de obras, la evaluación de propuesta, manejo de registro de contratistas para los casos de adjudicación directa por invitación y sobrevaluación del presupuesto.

En las entidades donde se han producido procesos de modernización y cambios tecnológicos, se examinarán las adquisiciones de equipos, sistemas de comunicación, hardware, software y la implementación de los sistemas de gestión administrativa, intra e interconexión; evaluando los resultados obtenidos e impactos sobre la mejora de la gestión institucional”.

El control burocrático se encarga de fiscalizar la actividad de los distintos funcionarios públicos, legitimando la actividad estatal a partir del cumplimiento de la normativa vigente, es el denominado control de la legalidad. El financiamiento de este tipo de control se hace con cargo a los recursos públicos.

En el Perú tenemos, en general, un control de tipo garantista que se preocupa más por el cumplimiento de la norma que por el servicio oportuno y eficiente al cuidado, razón de ser de las contrataciones públicas.

3.2. EL CONTROL SOCIAL

El control social, que en el Perú no se encuentra normado en el ámbito de las contrataciones estatales, es una modalidad de participación ciudadana con contenidos de vigencia, crítica y sanción que pretende incrementar la responsabilidad y la integridad en el manejo de la cosa pública, siendo complementario a controles estatales. Este tipo de control que se desenvuelve desde la etapa precontractual hasta la ejecución de contrato supone en su ejercicio, a diferencia del control burocrático, que está a cargo de la denominada sociedad civil, ciudadanos y ciudadanas independientes de la gestión pública, comunidades, ONGS, universidades, gremios y cámaras de comercio, medios de comunicación, órganos institucionalizados de participación ciudadana, usuarios de servicios públicos domiciliarios, etc., y tiene como objetivo, más allá de la fiscalización que se efectúa, la de legitimar y fortalecer socialmente la presencia del Estado.

En cuanto al financiamiento, en nuestra opinión, este tipo de control no debería correr a cargo de los fondos públicos por cuanto no sólo hay que ser

independientes respecto de la gestión sino también respecto del financiamiento, ya que ello significaría, en términos reales, incrementar el costo de los que la entidad va a adquirir o contratar. Lastimosamente, en el país algunas Organizaciones No Gubernamentales han optado por esta vía, obviando que aquí no estamos solamente ante un problema de contrapartida, sino de consolidación de la ética pública.

4. LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES ESTATALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

En aplicación de los principios de Reserva de la Ley y Legalidad, la disposición de que el Estado adquiera y contrate en forma pública tiene su origen en la norma de rango constitucional. Así, el artículo 76° de la Constitución Pública de 1993 dispone textualmente lo que las obras y la adquisición de suministro “con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La Contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La Ley establece el procedimiento, la excepciones y las respectivas responsabilidades”.

En relación a esta disposición, el Tribunal Constitucional considera que esta norma constitucional tiene por función determinar y garantizar “que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los

potenciales proveedores... su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principio antes señalado para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos”.

A decir del Tribunal constitucional, cuando la Constitución establece la reserva de Ley, implica que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se a una norma de desarrollo constitucional, sin embargo, la posibilidad de normar al respecto no se agota en ella. Al referirse a la Constitución, las Licitaciones y concursos Públicos se involucra también a las adquisiciones directas y a las de menor cuantía.

Finalmente, el cumplimiento de los principios invocados se garantiza, hasta el momento, con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente.

5. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LAS CONTRATACIONES ESTATALES:

Los principios sirven de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la Ley y Reglamento; constituyen parámetros “para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables”, con lo que devienen el límites a la potestad discrecional, siendo las directrices de interpretación para “suplir los vacíos o lagunas del ordenamiento en materia de contrataciones públicas”.

Deben ser entendidos como integrales en el proceso de contratación y adquisición, por cuanto “no se materializan en forma individual o independiente uno de otro, sino que su observancia debe ser conjunta o concurrente durante todo el desarrollo del

procedimiento, desde la elaboración de las Bases hasta el otorgamiento de la buena pro y su suscripción del contrato.

Los procesos de contratación regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Legislativo N° 1017, y su reglamento, D.S. N° 184-2008-EF, se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

Estos principios sirven también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la normativa y parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones.

5.1 PRINCIPIO DE MORALIDAD.

Principio relacionado al acto administrativo, en especial a su contenido; no es suficiente la experiencia y los conocimientos al momento de ejecutar el acto administrativo, es necesario que estos se encuentren revestidos de ética, fundamento de la moral pública, esto es “El cuidado y vigilancia permanente, del patrimonio estatal; la moral personal o privada; la solidaridad, la lealtad”; siendo sus características “la austeridad y sobriedad; discreción, reserva; objetividad, serenidad, imparcialidad en el ejercicio del cargo; espíritu de justicia social en sus decisiones; como síntesis, autoridad moral”.

El Principio de Moralidad, se encuentra regulado en el literal “b)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *”Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad”*.

Si bien en la Administración Pública prima el Principio de Legalidad y la moralidad como valor no puede ser medida por Ley específica, ésta si puede ser evaluada indirectamente a través de determinada legislación.

Como ejemplo de lo que constituye atentar contra el principio de moralidad, imparcialidad o trato justo e igualitario constituye el hecho de que en la absolución de consultas el Comité Especial haya establecido que los gastos de inspección a realizarse fuera del lugar de ubicación de la Entidad convocante deban ser asumidos por los postores.

5.2 PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL DESARROLLO HUMANO.

El Principio de Promoción del Desarrollo Humano, se encuentra regulado en el literal “a)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *”La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia”.*

5.3 PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA.

Principio referido a la libertad que debe existir entre los distintos postores, para presentar propuestas y competir entre ellos a efectos de ganar el proceso de selección en el que participan.

No cabe restricción alguna, más allá de las señaladas por Ley expresa.

Ante el llamado de la administración, todos los postores hábiles pueden formular ofertas.

El Principio de Libre Concurrencia y Competencia, se encuentra regulado en el literal “c)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores”*.

Es responsabilidad de la administración establecer las reglas que permitan la participación del mayor número de postores, por cuanto “sin concurrencia no es posible realizar la selección, una concurrencia menguada, sin garantías suficientes, impide una correcta selección, los recaudos, excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación.

La Libre Competencia se articula en su desarrollo a la Economía de Mercado, donde la oferta y la demanda se convierten en los reguladores por excelencia.

Principio con doble finalidad, la de “proteger los intereses económicos de la Administración, suscitando en cada caso la máxima competencia posible; y garantizar la libertad de acceso a la contratación”.

Como contrapartida del principio de libre concurrencia, se exige a los oferentes un control de la capacidad y solvencia.

5.4 PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.

Durante el proceso de selección, no se puede actuar a favor o en contra de determinado postor, todos deben recibir igual trato y contar con igualdad de oportunidades al competir.

El Principio de Imparcialidad, se encuentra regulado en el literal “d)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“Los acuerdos y resoluciones de los*

funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas”.

Respecto al sustento de éste principio Bartolomé Fiorini; indica, articulando su definición a la de Moralidad, que “es consecuencia del comportamiento correcto, se juzga a través de la conducta de sus agentes de la insospechabilidad de los funcionarios y de la corrección de todos los actos integrantes de la operación selectiva.

5.5 PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

El Principio de Razonabilidad, se encuentra regulado en el literal “e)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado”.*

5.6 PRINCIPIO DE EFICIENCIA.

El significado de “eficiencia” en el Sector Público es diferente al que se aplica en el Sector Privado. En el primero prevalece la rentabilidad social, el bien común, la equidad; en tanto en el segundo se privilegia el afán de lucro, el ahorro y la mayor utilidad. Son dos racionalidades distintas que no deben ser confundidas.

Se asume la eficiencia sobre la base de la calidad y, después, se integran los otros elementos como precio, plazo, etc.

El Principio de Eficiencia, se encuentra regulado en el literal “f)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia”*.

5.7 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

El Principio de Publicidad, se encuentra regulado en el literal “g)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores”*.

5.8 PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

El carácter público del proceso de selección se articula a la publicidad del mismo, la cual adopta tres formas de exteriorizarse: la inherente a cualquier clase de actividad de la Administración Pública; la publicidad como medio para requerir propuestas; y el carácter público específico del proceso de selección.

Las Entidades tienen la obligación de “brindar información a la ciudadanía, respecto a la conducción de los procesos de selección así como respecto a la ejecución y resultado de las transacciones, a fin de brindar elementos para la evaluación de la gestión pública, a través de la publicidad de estas adquisiciones y contrataciones”.

El Principio de Transparencia, se encuentra regulado en el literal “h)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: “Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento”.

Este principio encuentra su realización en la obligación del Comité Especial de absolver “fundamentada y sustentadamente las consultas y observaciones formuladas por el adquirente de Bases”, así como en la obligación de entregar, en cumplimiento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, Ley N° 27806, la documentación sobre el proceso de selección solicitada por el postor; así como de ordenar toda la información del proceso de selección en un expediente, el mismo que deberá ser accesible a los postores, quienes podrán conocer dicha información en cualquier momento.

5.9 PRINCIPIO DE ECONOMÍA.

Principio que debe ser concordado con el de Eficiencia. Tiene dos dimensiones, el primero que se refiere al costo del bien, servicio u obra que la Entidad va a adquirir o contratar y el otro se refiere al costo del trámite o del proceso de selección en su conjunto.

El Principio de Economía, se encuentra regulado en el literal “i)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: “*En toda contratación se aplicarán los*

criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos”.

5.10 PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA.

En la adquisición de algún bien no debe existir mayor problema con la tecnología, sin embargo, por ahorrar o hacer que el presupuesto alcance se opta por adquirir tecnología obsoleta, éste es el criterio de economía mal utilizado.

La innovación tecnológica es constante, por lo que el bien a adquirir debe permitir mantener el servicio en forma adecuada en el mediano plazo. Es conveniente adquirir, teniendo en cuenta las necesidades del presente y de mediano plazo, la tecnología que viene siendo incorporada y no la que está siendo reemplazada.

Respecto a los servicios, se debe asegurar que estos cuenten con calidad, innovaciones organizacionales, administrativas e implementos modernos, a fin de que el servicio que se brinda sea eficiente y que el trabajador pueda desarrollar su actividad en condiciones adecuadas; respecto a las consultorías, asesorías externas y demás, es necesario garantizar la calidad de las mismas mediante la selección debida teniendo en consideración la formación académica, experiencia y trayectoria profesional. Contar a un mal servicio o consultoría siempre significará un lastre para la administración e, inevitablemente, el cuestionamiento de la gestión del Titular.

El Principio de Vigencia Tecnológica se encuentra regulado en el literal “j)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad*

tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos”.

5.11 PRINCIPIO DE TRATO JUSTO E IGUALITARIO.

Principio que se vincula al de Libre Competencia e Imparcialidad; consiste en establecer con los proveedores una relación legal y ética, que permita cumplir con el objetivo de adquirir bienes y servicios con la calidad requerida en forma oportuna y a precios o costos adecuados, relación que debe significar un beneficio mutuo, el trato igualitario debe abarcar todos los estadios del proceso de selección, desde su inicio hasta la adjudicación y firma del contrato; y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar indebidamente las bases para favorecer ni para perjudicar a su contraparte. La igualdad es una garantía de que la concurrencia será sana y genuina.

El Principio de Trato Justo e Igualitario se encuentra regulado en el literal “k)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas”.*

5.12 PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El Principio de Igualdad, se encuentra regulado en el literal “l)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”*.

5.13 PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL.

El Principio de Sostenibilidad Ambiental, se encuentra regulado en el literal “m)” del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar: *“ En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia”*.

SUB CAPÍTULO II

EL SISTEMA ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

1. EL SISTEMA ADMINISTRATIVO, COMPETENCIA Y FUNCIÓN. 2. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.
3. LA DEPENDENCIA RESPONSABLE. 4. EL COMITÉ ESPECIAL. 5. FUNCIONARIOS RESPONSABLES, TITULAR. 6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS:
6.1 RESPONSABILIDADES Y SANCIONES

1. EL SISTEMA ADMINISTRATIVO, COMPETENCIA Y FUNCIÓN.

La Administración Pública desarrolla su actividad a través de diferentes órganos a fin de poder realizar las políticas públicas, para lo cual, al interior de cada órgano, se establecen distintas funciones de índole jerárquico en el marco de las competencias otorgadas por su norma que lo crea.

La Competencia pertenece al Órgano, no a su Titular y es definida como la esfera de las atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo por lo que constituye un conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente, siendo su observancia “indispensable para la actuación válida del Órgano”.

La Función está conformada por “una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar el fin de la comunidad política; esto es el bien

común. Las funciones del Estado se identifican con los fines de la actividad estatal, y traducen la imperativa ejecución de actividades de carácter material (económico – social) para el logro de los objetivos de la comunidad.

Los Sistemas Administrativos se construyen sobre la base de la articulación de Competencia y Fines similares de los distintos órganos que conforman la Administración Pública.

La Ley debió crear el Sistema Administrativo de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por cuanto se advierte una deficiencia al ser Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) un órgano Constitucionalmente Autónomo se recurre a la Presidencia del Consejo de Ministros para que sea cabeza de sistema quien actuara a través de su órgano Desconcentrado, el OSCE.

2. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

Para Roberto Dromi, la Función Administrativa Pública implica dos aspectos sustanciales: la actividad directiva, de orientación; y la directa, de ejecución, de gestión y servicio. Así, coexisten en la Administración Pública los funcionarios públicos u Órganos colegiados que formulan políticas y otros que son ejecutores de aquellos, son los encargados de instrumentalizar acuerdos o decisiones. Aspecto importante al momento de determinar responsabilidades, en tanto estas se generan a título individual o colegiado sobre la base del tipo de funciones que de acuerdo a Ley estos Órganos o Funcionarios deben cumplir y, que se estipulan, normalmente, en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Entidad.

La responsabilidad que, en términos generales significa estar obligado y, cuyo incumplimiento (de la obligación) constituye el presupuesto fundamental para la existencia y efectos jurídicos de la potestad sancionadora del Estado, es el factor de coacción de las obligaciones establecidas para los órganos y funcionarios.

3. LA DEPENDENCIA RESPONSABLE.

De conformidad al vigente artículo 6 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada con Decreto Legislativo N° 1017 se establece, respecto a los Órganos que participan en las contrataciones: “Cada Entidad establecerá en su Reglamento de Organización y Funciones u otros instrumentos de organización, el órgano u órganos responsables de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación, debiendo señalarse las actividades que competen a cada funcionario, con la finalidad de establecer las responsabilidades que le son inherentes.

Los funcionarios y servidores que formen parte del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, deberán estar capacitados en temas vinculados con las contrataciones públicas, de acuerdo a los requisitos que sean establecidos en el Reglamento.

Mediante convenio, las Entidades podrán encargar a otras del Sector Público y/o Privado, nacional o internacional, la realización de sus procesos de contratación incluyendo los actos preparatorios que sean necesarios, conforme a los procedimientos y formalidades que se establezcan en el Reglamento.

El artículo 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Supremo N° 184-2008-EF; señala los Funcionarios y órganos encargados de las contrataciones; así en su tercer numeral indica: “El Órgano

encargado de las contrataciones es aquél órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una Entidad”.

4. EL COMITÉ ESPECIAL:

El cuarto numeral del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Supremo N° 184-2008-EF; indica: “Comité Especial es el órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación”.

El Capítulo II del Título II del referido Reglamento, prevé que el Titular de la Entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designará por escrito a los integrantes titulares y suplentes del Comité Especial, indicando los nombres completos y quién actuará como presidente y cuidando que exista correspondencia entre cada miembro titular y su suplente. La decisión será notificada a cada uno de los miembros. Conjuntamente con la notificación de designación, se entregará al presidente del Comité Especial el Expediente de Contratación aprobado y toda la información técnica y económica necesaria que pudiera servir para cumplir el encargo.

Una vez recibida la documentación señalada en el párrafo anterior, el presidente del Comité Especial, a más tardar al día siguiente hábil de recibida, deberá convocar a los demás miembros para la instalación respectiva, dejando constancia en actas.

El Comité Especial elaborará las Bases y las elevará para la aprobación de la autoridad competente. Luego de aprobadas, el Comité Especial dispondrá la convocatoria del proceso.

Durante el desempeño de su encargo, el Comité Especial está facultado para solicitar el apoyo que requiera de las dependencias o áreas pertinentes de la Entidad, las que estarán obligadas a brindarlo bajo responsabilidad.

Los acuerdos que adopte el Comité Especial deberán constar en actas, cuyas copias deberán incorporarse al Expediente de Contratación.

Para tal efecto, toda Entidad contará con un libro de actas de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas, o con un libro de actas por cada tipo de proceso de selección, debidamente foliado y legalizado, el mismo que podrá ser llevado en hojas mecanizadas. Facultativamente, también podrá incluir las actas de las Adjudicaciones de Menor Cuantía o contar con un libro de actas para este tipo de procesos de selección. El órgano encargado de las contrataciones será el responsable de la custodia de los indicados libros. De igual modo, establece la "Participación de expertos independientes", indicando: Los expertos independientes podrán ser personas jurídicas o naturales. En el caso que se designe como experto independiente a una persona jurídica del sector privado, ésta deberá tener como giro principal de su negocio aquél vinculado con el objeto de la convocatoria, debiendo además designar a la persona natural que la representará dentro del Comité Especial. Asimismo; podrán ser invitados expertos independientes que provengan de otras Entidades del sector público. Para estos efectos, será necesaria la autorización del Titular de la Entidad de la que provenga el experto independiente.

El experto independiente deberá guardar confidencialidad respecto de toda la información a que tenga acceso con ocasión del servicio.

De igual modo refiere los impedimentos para ser miembro del Comité Especial, señalando que se encuentran impedidos: El Titular de la Entidad; los funcionarios que tengan atribuciones de control o fiscalización tales como regidores, consejeros regionales, directores de empresas, auditores, entre otros, salvo que el Órgano de Control Institucional de la Entidad sea el área usuaria; los funcionarios que por delegación hayan aprobado el Expediente de Contratación, designado el Comité Especial, aprobado las Bases o tengan facultades para resolver el recurso de apelación; los funcionarios o servidores que hayan sido sancionados por su actuación como integrantes de un Comité Especial, mediante decisión debidamente motivada y consentida o administrativamente firme, con suspensión o cese temporal, mientras se encuentre vigente; o hayan sido sancionados con destitución o despido. Si la sanción a un miembro del Comité Especial es impuesta luego de ser designado, dejará de ser integrante de dicho Comité.

Tratándose de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, podrá designarse uno o más Comités Especiales Permanentes para objetos de contrataciones afines, excepto en el caso de Adjudicaciones de Menor Cuantía Derivada, los que serán conducidos por el mismo Comité Especial designado inicialmente.

Adicionalmente se establece que el Comité Especial conducirá el proceso encargándose de su organización, conducción y ejecución, desde la preparación

de las Bases hasta la culminación del proceso; siendo competente para: “1. Consultar los alcances de la información proporcionada en el Expediente de Contratación y sugerir, de ser el caso, las modificaciones que considere pertinentes. Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria y/o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda. La modificación requerirá una nueva aprobación del Expediente de Contratación; 2. Elaborar las Bases; 3. Convocar el proceso; 4. Absolver las consultas y observaciones; 5. Integrar las Bases; 6. Evaluar las propuestas; 7. Adjudicar la Buena Pro; 8. Declarar desierto; y declarar: 9. Todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la Buena Pro. El Comité Especial no podrá de oficio modificar las Bases aprobadas.

Para sesionar y adoptar acuerdos válidos, el Comité Especial se sujetará a las siguientes reglas: 1. El quórum para el funcionamiento del Comité Especial se da con la presencia del número total de miembros titulares; 2. Los acuerdos se adoptan por unanimidad o por mayoría. No cabe la abstención por parte de ninguno de los miembros.

Los actos del Comité Especial constan en actas que, debidamente suscritas, quedan en poder de la Entidad. La fundamentación de los acuerdos y de los votos discrepantes se hará constar en el acta.

Respecto a la Responsabilidad, remoción e irrenunciabilidad, se prescribe: “El Comité Especial actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones, las cuales no requieren ratificación alguna por parte de la Entidad. Todos los miembros del Comité Especial gozan de las mismas facultades, no existiendo

jerarquía entre ellos. Sus integrantes son solidariamente responsables por su actuación, salvo el caso de aquellos que hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante. Los integrantes del Comité Especial sólo podrán ser removidos por caso fortuito o fuerza mayor, o por cese en el servicio, mediante documento debidamente motivado. En el mismo documento podrá designarse al nuevo integrante. Los integrantes del Comité Especial no podrán renunciar al cargo encomendado.”

5. FUNCIONARIOS RESPONSABLES, TITULAR.

En el proceso de articulación y de toma de decisiones al interior de la Entidad, los **Funcionarios Públicos** ejercen sus actividades de acuerdo a lo dispuesto en los distintos instrumentos de gestión (manuales y reglamentos de organización y funciones), actividad que se ejecuta teniendo en cuenta que cada uno tiene deberes y derechos determinados, así como responsabilidades que pueden emerger de la omisión de alguna de sus obligaciones. Se asume que el deber básico de todo Funcionario Público es cumplir diligentemente la función encomendada, la que debe realizarla y cumplirla en forma eficiente, manteniendo una conducta ética.

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 en el Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones del Estado. En el caso de las empresas del Estado, el Titular de la Entidad es el Gerente General o el que haga sus veces.

6. LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS:

A efecto de establecer las implicancias de ser Funcionario responsable, es pertinente establecer cuál es el bien jurídico tutelado o protegido desde la perspectiva de las dos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. Para el primero, el Derecho Penal, “lo que interesa proteger es el normal funcionamiento de los órganos de gobierno”, la “regularidad funcional del Estado” o el correcto funcionamiento de la Administración Pública, a la actividad pública en cuanto constituya “los servicios que los distintos poderes del Estado prestan al Estado”; para el segundo, el Derecho Administrativo Sancionador, lo que se protege son los “intereses (y en su caso bienes) colectivos generales y públicos”, se asume, desde esta perspectiva, que se evita exponer a cualquier riesgo a estos intereses colectivos, por lo que desde esta perspectiva de riesgo se exige el cumplimiento de la norma que contiene “una orden (mandato o prohibición) acompañada de amenaza de una sanción” el disvalor de la conducta sancionable habría de ser, la producción de un riesgo”, para este Derecho “la infracción de la norma constituye la esencia de la infracción”.

Los distintos Funcionarios y Servidores Públicos ubicados en el nivel de Titular, Máxima Autoridad Ejecutiva, Jefe del órgano encargado de las contrataciones o miembro de Comité Especial pueden, por comisión u omisión, verse involucrados en algún tipo de responsabilidad funcional. Tal aspecto es relevante por cuanto las contrataciones del Estado están considerada como una de las áreas críticas de la gestión pública, que se ve afectada por los mayores casos de corrupción.

La responsabilidad deriva de la comisión u omisión de los deberes impuestos por la norma objetiva a los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se

exteriorizan en los actos de gestión y en los administrativos. Los actos administrativos son aquellos que contienen declaraciones de las autoridades u Órganos, los que han sido emitidos en el ejercicio de sus funciones y en el marco de las normas que regulan su accionar; por su parte los actos de gestión son aquellos que se destinan a hacer funcionar y organizar las actividades de la Entidad.

En este contexto se presentan dos tipos de Responsabilidad, la política y la jurídica, la que a su vez comprende a la administrativa, la civil y la penal. La Responsabilidad Política alcanza a los funcionarios de la Constitución Política de 1993. La Responsabilidad Administrativa se produce por infracción de una obligación administrativa, lo que se vincula al desempeño deficiente o negligente por parte del Funcionario. La Responsabilidad Civil se origina cuando el Funcionario, en el ejercicio de su cargo, produce un daño o perjuicio económico a la Entidad. La Responsabilidad Penal sucede cuando un Funcionario Público en el desempeño de su función o cargo incurre en una conducta tipificada como falta o delito del Código Penal, la responsabilidad es consecuencia del delito. Entre la Responsabilidad Administrativa y penal existe una fina línea de separación, distinguiéndose entre ambas por la concurrencia de dolo, la relevancia de las infracciones y en función de lo que determinen las normas y reglamentos.

Las contrataciones estatales tienen la peculiaridad de involucrar, en la probable determinación de responsabilidades, tanto a los funcionarios y servidores públicos, como al Titular de la Entidad. Esta es la peculiaridad de este ámbito de

la gestión pública y de ahí la necesidad de que el Titular cuente con una asesoría eficiente.

6.1 RESPONSABILIDADES Y SANCIONES.

El Capítulo I del TÍTULO IV de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017, en su artículo 46 y 47 indica: “Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la presente norma y su Reglamento. En caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo.

La evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales a que se refiere el párrafo precedente, es realizada por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismos en sus cargos. Para tal efecto, la Entidad podrá disponer, en forma periódica y selectiva, la realización de exámenes y auditorías especializadas.

En el caso de las empresas del Estado, dicha evaluación es efectuada por el Directorio.

En caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas se aplicarán, de acuerdo a su gravedad, las siguientes sanciones: a) Amonestación escrita; b) Suspensión sin goce de remuneraciones de treinta (30) a noventa (90) días; c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce (12) meses; y, d) Destitución o despido”.

Del mismo modo, se establece que;“La Entidad supervisará, directamente o a través de terceros, todo el proceso de ejecución, para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. En virtud de ese derecho de supervisión, la Entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas. El hecho que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder”.

SUB CAPÍTULO III
EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRTACIONES DEL ESTADO - OSCE

1. DEFINICIÓN. 2. FUNCIONES. 3. ORGANIZACIÓN Y RECURSOS. 4. EL CONSEJO DIRECTIVO Y LA PRESIDENCIA EJECUTIVA DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO: 4.1 REQUISITOS E IMPEDIMENTOS; 4.2 CAUSALES DE REMOCIÓN. 5. EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: 5.1 FUNCIONES; 5.2 REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA SER VOCAL DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO; 5.3 REMOCIÓN Y VACANCIA; 5.4 PUBLICIDAD DE SUS RESOLUCIONES.

**EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL
ESTADO - OSCE**

1. DEFINICIÓN

De conformidad al Título VI del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, D. Leg. N° 1017, artículo 57°; el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia, sin perjuicio de la

defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas. Su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

2. FUNCIONES

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene las siguientes funciones:

- a) Velar y promover el cumplimiento y difusión de esta ley, su reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias.
- b) Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado.
- c) Emitir directivas, lineamientos, manuales y comunicados sobre materias de su competencia.
- d) Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa.
- e) Supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que realicen las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago con fondos públicos, independientemente del régimen legal. Esta supervisión también alcanza a las contrataciones previstas en los literales i), o), s), t) y v) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley.
- f) Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como cualquier otro instrumento necesario para la implementación y operación de los diversos procesos de contrataciones del Estado.

- g) Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE).
- h) Organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto.
- i) Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el reglamento.
- j) Absolver consultas sobre las materias de su competencia. Las consultas que le efectúen las Entidades son gratuitas.
- k) Imponer sanciones a los proveedores que contravengan las disposiciones de esta ley, su reglamento y normas complementarias, así como los árbitros en los casos previstos en la presente ley.
- l) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.
- m) Suspender los procesos de contratación, en los que como consecuencia del ejercicio de sus funciones observe trasgresiones a la normativa aplicable, pudiendo adoptar y/o disponer las medidas que resulten necesarias para tal efecto, incluida la no emisión de las constancias necesarias para la suscripción del respectivo contrato, sin perjuicio de la atribución del Titular de la Entidad, de declarar la nulidad de oficio de dichos procesos.

- n) Promover la Subasta Inversa, determinando las características técnicas de los bienes o servicios que serán provistos a través de esta modalidad.
- o) Desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo a lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones.
- p) Realizar estudios conducentes a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado, analizar y proponer nuevos mecanismos idóneos de contratación según mercados, así como proponer estrategias destinadas al uso eficiente de los recursos públicos.
- q) Las demás que le asigne la normativa."

3. ORGANIZACIÓN Y RECURSOS

La organización del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, las características de los registros referidos en el Decreto Legislativo 1017 y demás normas complementarias para su funcionamiento están establecidas en su Reglamento de Organización y Funciones (ROF) aprobado con Decreto Supremo N° 006-2009-EF.

Los recursos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE son los siguientes:

- a) Los generados por el cobro de tasas previstas en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE;
- b) Los generados por la venta de bienes y prestación de servicios;

- c) Los generados por la ejecución de las garantías;
- d) Los generados por la capacitación y difusión de la normativa en materia de su competencia;
- e) Los provenientes de la cooperación técnica nacional o internacional;
- f) Los provenientes de las donaciones que se efectúen a su favor;
- g) Los provenientes de la imposición de multas; y,
- h) Los demás que le asigne su normativa.

La administración y cobranza de los recursos y tributos es competencia del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, para lo cual tiene facultad coactiva.

4. EL CONSEJO DIRECTIVO Y LA PRESIDENCIA EJECUTIVA DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

El Consejo Directivo, es el máximo órgano del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Se encuentra integrado por tres (3) miembros, los que son designados por un período de tres (3) años renovables por un periodo adicional, mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas.

Los miembros del Consejo Directivo perciben dietas a excepción de su Presidente Ejecutivo.

Son funciones del Consejo Directivo:

- a) Aprobar las Directivas referidas en el inciso b) del artículo 58.
- b) Proponer estrategias de gestión institucional.

- c) Proponer las estrategias destinadas a promover el uso eficiente de los recursos públicos y de reducción de costos en materia de contrataciones del Estado.
- d) Aprobar los lineamientos de gestión de sus órganos desconcentrados.
- e) Otras que se le asigne en el Reglamento de Organización y Funciones.

El Presidente Ejecutivo del Consejo Directivo es uno de sus miembros, el cual es designado mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas. El cargo de Presidente Ejecutivo es remunerado.

Son funciones del Presidente Ejecutivo:

- a) Convocar y presidir las sesiones del Consejo Directivo.
- b) Actuar como Titular del Pliego, máxima autoridad administrativa y representante legal del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).
- c) Supervisar la marcha institucional y administrativa.
- d) Designar a los altos funcionarios de acuerdo a las normas que resulten aplicables.
- e) Otras que se le asigne en el Reglamento de Organización y Funciones."

4.1 REQUISITOS E IMPEDIMENTOS.

Para ser designado miembro del Consejo Directivo o Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, se requiere:

- a) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acredita demostrando no menos de tres (3) años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva; o, no menos de cinco (5) años de experiencia en temas afines a las materias reguladas en esta norma;
- b) Contar con título profesional universitario;
- c) No estar inhabilitado para ejercer la función pública por sentencia judicial o resolución del Congreso de la República;
- d) No haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la declaración;
- e) No haber sido inhabilitado para contratar con el Estado;
- f) No tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado; y,
- g) No estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública conforme a la normativa sobre la materia.

4.2 CAUSALES DE REMOCIÓN

Los miembros del Consejo Directivo y el Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) pueden ser removidos de su cargo, mediante resolución suprema, por permanente incapacidad física o incapacidad moral sobreviniente, por falta grave o pérdida de confianza. La remoción genera la vacancia del cargo, la que también se produce por renuncia."

5. EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Es el órgano encargado de definir y resolver las controversias que resultan de las contrataciones públicas, y las discrepancias relacionadas con los actos administrativos que se presenten en las instancias gubernamentales, municipales y regionales, emitiendo pronunciamiento sobre las impugnaciones y decisiones de los comités especiales o de las máximas autoridades administrativas de las Entidades, dentro de un proceso de Contratación. Además tiene a su cargo el conocimiento de los procesos de imposición de sanciones administrativas de suspensión o inhabilitación para contratar con el estado en los casos expresamente previstos en la normativa de las contrataciones públicas, sin perjuicio de las acciones legales que corresponde adoptar a las entidades dentro de sus respectivas atribuciones.

Es un ente resolutorio que forma parte de la estructura orgánica y administrativa del nuevo Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE); tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y sus vocales son nombrados por concurso público y Resolución Suprema, y están encargados de resolver en última instancia administrativa toda controversia originada entre las entidades y los postores.

Todas las resoluciones que expidan deben ser publicadas en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

Las controversias se ventilan y dirimen siempre ante el Tribunal que toma conocimiento de los hechos cuestionados, que pueden dar lugar a la aplicación de sanción; y cuyo inicio puede darse de oficio, por denuncia de parte o por petición motivada de otros Organos o Entidades. Los Actos procesales que expide el Tribunal durante el desarrollo del procedimiento y al final de este son: decretos, acuerdos y resoluciones; siendo los decretos, pronunciamientos de mero trámite en la no pueden darse impugnaciones; los acuerdos son pronunciamientos expedidos para resolver cualquier asunto o controversia que se suscite durante la tramitación de un expediente administrativo o hasta que se produzca la resolución final, o en caso de aclaración o suspensión del procedimiento, o no ha lugar al inicio del procedimiento sancionador, o no ha lugar a la aplicación de la sanción; las resoluciones son las decisiones finales que ponen fin al procedimiento aplicando la sanción por la causal que corresponda y deben contener las referencias antecedentes (parte expositiva), situación registral, análisis de los hechos y fundamentación del caso (parte considerativa) y las conclusiones (parte resolutive).

Contra las decisiones que adopta el Tribunal no proceden recursos impugnativos jerárquicos, debido a que el Tribunal resuelve en única instancia y no se encuentra sometido a subordinación jerárquica en vía

administrativa; sin embargo, contra su propia resolución se pueden interponer un recurso de tipo impropio, como es el recurso de reconsideración, que tiene efecto no devolutivo, porque es el mismo órgano que examina y resuelve su anterior decisión, cuando se produce una impugnación. No procede la declaración de nulidad de oficio por parte del Tribunal.

Agotada la vía administrativa, los presuntos afectados pueden recurrir a la vía judicial a través de las acciones contenciosas administrativas que formulen ante los juzgados civiles pertinentes con el fin de revertir o anular las resoluciones del Tribunal; siempre y cuando la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes, contados desde la fecha en que el acto quedó firme a través de su notificación.

5.1 Funciones.

1. Resolver en última instancia administrativa los recursos impugnativos contra los actos administrativos derivados de los procesos de selección.
2. Resolver los recursos administrativos contra los actos derivados de las compras corporativas, así como la subasta inversa y el convenio marco.
3. Imponer sanciones de inhabilitaciones para participar en procesos de selección y para contratar con él es estado.

4. Ordenar, la inclusión de proveedores, palpitantes, postores y contratistas en el Capítulo de Inhabilitados del Registro Nacional de Proveedores cuando sean sancionados.
5. Resolver en última instancia administrativa los conflictos sobre determinación de competencias en la solución de controversias e impugnaciones.
6. Disponer la publicación de los pronunciamientos que correspondan y dictar las medidas pertinentes para el cumplimiento de sus resoluciones.
7. Poner en conocimiento a la Contraloría General de la República los casos en que se determine indicios de incompetencia, negligencia, corrupción o inmoralidad en el ejercicio funcional de las entidades.
8. Poner en conocimiento del Ministerio Público a través de la Procuraduría del OSCE los casos en que se detecte ilícitos penales, cometidos por funcionarios, servidores, participantes, postores, proveedores, contratistas o expertos independientes, comunicar a la presidencia del OSCE las medidas realizadas por el personal y proponer normas y procedimientos orientados a mejorar su actividades.
9. Mantener actualizada la información de los sistemas informáticos implementados en el ámbito de su competencia en SEACE y la página web de OSCE.
10. Y demás funciones que determinen la Ley, el Reglamento y los acuerdos de Sala Plena vigentes.

5.2 REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA SER VOCAL DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

Los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado son elegidos por concurso público y designados por un periodo de tres (03) años. Para ello se requiere:

- a) Contar con título profesional universitario.
- b) Experiencia acreditada no menor a cinco (5) años en las materias relacionadas con la presente norma.
- c) Acreditar estudios de especialización en temas afines a las materias de esta ley.
- d) Contar con reconocida solvencia moral.
- e) No tener sentencia condenatoria por delito doloso o encontrarse inhabilitado para ejercer la función pública por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República.
- f) No haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la declaración.
- g) No haber sido inhabilitado para contratar con el Estado.
- h) No tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado.
- i) No estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública.

El Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado es elegido de acuerdo a lo previsto en el reglamento de la presente ley, conforme al marco previsto en ésta."

5.3 REMOCIÓN Y VACANCIA.

Los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado podrán ser removidos mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas por falta grave, permanente incapacidad física o incapacidad moral sobreviniente.

La vacancia en el cargo también se produce por renuncia.

5.4 PUBLICIDAD DE SUS RESOLUCIONES.

El Tribunal de Contrataciones del Estado deberá publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) las resoluciones que expida como última instancia administrativa.

5.5 CARACTERÍSTICAS DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL.

Constituyen actos administrativos definitivos porque ponen fin a la instancia administrativa y se pronuncian sobre el fondo del asunto de la controversia.

Al definir la situación materia de la controversia causan estado y agotan la vía administrativa; por lo que contra las resoluciones emitidas no procede ningún recurso impugnativo.

Produce lo que se denomina cosa decidida o que se ha dictado una decisión sobre el fondo del asunto y la controversia ha sido objeto de un pronunciamiento final administrativo.

Sientan precedente administrativo y sus resoluciones que expiden como última instancia administrativa deben ser vinculantes para casos similares y de cumplimiento obligatorio y deben ser publicadas en el SEACE.

Las resoluciones que emite el Tribunal tiene sus formalidades en la que debe constar el número de resolución, la sala que lo expide, número de expediente, los fundamentos, los antecedentes, las conclusiones y la firma de los vocales integrantes de la Sala Sancionadora.

SUB CAPÍTULO IV

LA POTESTAD SANCIONADORA EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

1. LA POTESTAD SANCIONADORA; 2. PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA: 2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD, 2.2 PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO, 2.3 PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD, 2.4 PRINCIPIO DE IMPULSO DE OFICIO, 2.5 PRINCIPIO DE INFORMALISMO, 2.6 PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, 2.7 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE VERACIDAD, 2.8 PRINCIPIO DE CONDUCTA PROCEDIMENTAL, 2.9 PRINCIPIO DE CELERIDAD, , 2.10 PRINCIPIO DE EFICACIA, 2.11 PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN, 2.12 PRINCIPIO DE SIMPLICIDAD, 2.13 PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD, 2.14 PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD, 2.15 PRINCIPIO DE PRIVILEGIO DE CONTROLES POSTERIORES, 2.16 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE LICITUD; 3. CAUSALES DE APLICACIÓN DE SANCIONES: 3.1 INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS; 4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: 4.1 DEFINICIÓN, 4.2 CARACTERISTICAS; 5. CLASES DE SANCIONES: 5.1 INHABILITACIÓN TEMPORAL, 5.2 INHABILITACIÓN DEFINITIVA, 5.3 SANCIONES ECONÓMICAS, 5.4 SANCIONES A LOS CONSORCIOS, 5.5 SANCIONES A EXPERTOS INDEPENDIENTES DEL COMITÉ ESPECIAL, 5.6 SANCIONES FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS, 5.7 SANCIONES A ARBITROS; 6. GRADUALIDAD DE LA SANCIÓN: 6.1 NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN, 6.2 INTENCIONALIDAD DEL INFRACTOR, 6.3 DAÑO CUSADO, 6.4 REITERANCIA, 6.5 RECONOCIMIENTO DE LA INFRACCIÓN COMETIDA ANTES DE QUE SEA DECLARADA, 6.6 CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR, TIEMPO Y MODO, 6.7 CONDUCTA PROCESAL DEL INFRACTOR, 6.8 CONDIICIONES DEL INFRACTOR.

LA POTESTAD SANCIONADORA EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

1. LA POTESTAD SANCIONADORA.

Es la capacidad o facultad que tiene el órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado para examinar las conductas calificadas legalmente como causales de sanción y atribuidas a los proveedores, postores y contratistas que han participado en procesos de selección observados y cuestionados. Se materializa a través del trámite administrativo mediante el cual la autoridad o funcionarios que resuelven (Tribunal), imponen la sanción correspondiente a determinadas personas naturales o jurídicas por comprobadas infracciones a sus deberes y obligaciones, previa investigación del caso y admitiendo el derecho de defensa del investigado. También constituye el medio idóneo que asegura al presunto infractor, ejercer su derecho a la defensa, alegando y probando lo que le resulta favorable, y controlando la actuación inquisitiva de la administración, dentro de las reglas de un debido proceso, incluso con el respeto a la doble instancia.

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido; ya que aun siendo una manifestación del *ius puniendi* o *poder de sancionar* del Estado, éste se encuentra obligado a cumplir los principios generales que limitan su ejercicio y regulan su accionar; teniendo en cuenta que la sanción administrativa resulta ser un mal infringido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta previamente tipificada como causal de sanción, establecida en un

procedimiento predeterminado y con una finalidad represora, correctiva y preventiva.

El procedimiento sancionador se inicia de oficio, por propia iniciativa, por orden superior, motivada por otros órganos o entidades, o por denuncia de un particular. El tribunal debe notificar al denunciante las resoluciones y acuerdos que pongan fin al procedimiento para los efectos que tomen conocimiento del resultado de la denuncia presentada; debe tenerse en cuenta que los demás actos administrativos que se expidan dentro del procedimiento administrativo sancionador serán notificados solamente al supuesto infractor y a la entidad.

Para cuestionar los actos vinculados a los procesos de selección y formular denuncia dentro de él, quien lo gestiona debe acreditar su calidad de postor, en la medida que esto significa el sustento de su legitimidad procesal. Quien hace un cuestionamiento referido a una conducta que supone la comisión de un vicio o causal de sanción dentro de un proceso de selección, debe adjuntar pruebas contundentes y fehacientes sobre la imputación efectuada, toda vez que la seguridad jurídica que requiere la contratación pública no permite que se deje sin efecto determinado acto administrativo sobre la base de simples indicios, suposiciones o conjeturas; supuestos que requieren el trámite de un procedimiento investigatorio a través del cual la administración concluya de manera fehaciente que son hechos o situaciones efectivas e evidentes ocurridas y ameritan la nulidad y sanción del caso.

La Entidad se encuentra obligada a poner en conocimiento del Tribunal los hechos irregulares que ha conocido y sean sancionables administrativamente; a través de un informe Técnico Legal y con los requisitos exigidos por el TUPA para su presentación; por lo que la solicitud de aplicación de sanción debe: a) estar dirigido a la Presidencia del Tribunal, por el Titular del Pliego o por la máxima autoridad, de ser el caso o a quien se le haya delegado la facultad de representación; b) señalar nombres completos, RUC, número de fax y correo electrónico de la Entidad; c) señalar domicilio procesar en la ciudad de Lima; d) descripción clara y precisa de la información imputada; e) señalar el nombre, domicilio, RUC y número de fax del supuesto infractor; f) emitir el informe técnico legal sobre la procedencia de la sanción y la responsabilidad del supuesto infractor; g) remitir los antecedentes administrativos completos, foliados y ordenados cronológicamente, con copia para la otra parte.

Esta información debe ser enviada por el representante legal de la Entidad y no por el Comité Especial que tuvo a cargo el desarrollo de proceso, siendo necesaria la remisión de toda la documentación que sustente la configuración de la infracción para que el Tribunal no requiera solicitar información adicional.

Con la nueva Ley, (el Decreto Legislativo N° 1017), cuando las entidades adviertan la comisión de un hecho que pueda ser susceptible de sanción, conforme al Reglamento, (el Decreto Supremo N° 184-2008-EF del 01.01.2009) tiene la obligación de comunicar tales circunstancias al Tribunal del OSCE, siempre que el monto de la adquisición o contratación, sea igual o superior a 1

UIT vigente al momento de la transacción; en la actualidad viene a ser tres mil quinientos cincuenta nuevos soles (S/. 3,550), conforme al ejercicio presupuestal del año 2009.

En igual forma, cuando el Tribunal en un procedimiento de apelación al otorgamiento de la Buena Pro, advierta la comisión de causales de sanción que merecen ser investigadas, debe remitir toda la información que ha conocido a la Secretaria del Tribunal para que se inicie un procedimiento sancionador y lo derive a la Sala correspondiente.

El tribunal, antes de aplicar una sanción, notificará al respectivo Proveedor, Postor, Contratista o Experto Independiente para que ejerza sus derechos de defensa dentro de los diez días (10) siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse solo con la documentación obrante en autos. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento administrativo, se pueden realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar, con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen o no la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, solicitando información a las entidades y la actuación de otras diligencias pertinentes. En los casos de que las entidades remitan la información exigida de maneja incompleta, la Secretaria del Tribunal está obligada a requerir la información faltante hasta en dos oportunidades, poniendo en conocimiento a su órgano de control institucional la reiteración efectuada. Vencido el plazo otorgado sin que la entidad presente lo solicitado, el expediente será remitido a la Sala del

Tribunal que corresponda para que se pronuncie respecto al procedimiento administrativo sancionador, sobre el supuesto infractor y la causal configurada. En los casos que las Entidades, luego de efectuados los requerimientos respectivos, no cumplan con remitir la información o documentación sustentatoria de los hechos que ponen en conocimiento del Tribunal y que puedan dar lugar a una aplicación de sanción, omitiendo, total o parcialmente, la presentación de los antecedentes administrativos y/o el informe de su asesoría técnica y/o legal requeridos por el Tribunal, de modo tal que impidan la debida tipificación administrativa de los hechos denunciados y dificulten la determinación de circunstancias que ameriten la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente, bajo responsabilidad de la Entidad (Acuerdo N° 002/001). Si no se tuviera la información suficiente requerida, la sala puede suspender el procedimiento administrativo sancionador bajo responsabilidad de la entidad y se comunicará a la Contraloría General de la República, tal comisión o incumplimiento.

El proceso administrativo sancionador y el proceso arbitral no resultan incompatibles y pueden ser tramitados en forma paralela, debiendo suspenderse el primero, una vez constituido o instalado el árbitro o Tribunal arbitral. Esta suspensión sólo podrá levantarse con la expedición del laudo y/o resoluciones integrativas, aclaratorias o correctivas de ser el caso, o con la resolución expedida por los árbitros que declara archivado o concluido el proceso arbitral; lo que amerita un pronunciamiento del Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado.

El temor o preocupaciones que tienen las empresas que contratan con el Estado, para no ser inhabilitadas, no ha sido lo suficientemente entendido. Algunos postores toman todas las precauciones para no incurrir en las causales previstas en la Ley para imponer sanciones; pero otros, principalmente los informales, pretenden sorprender a la Administración Pública intentando ser favorecidos con los otorgamiento de Buena Pro, de manera indebida, sin tener en cuenta el control y la fiscalización posterior del Proceso de Selección de los documentos que presentan; que en algunos caos deben poner en movimiento el ejercicio de la Potestad Sancionadora del OSCE. El Tribunal no admite la falta de intencionalidad del infractor, porque éste debió cuidarse y no caer en alguna inobservancia a la ley, que signifique causal de sanción, siendo una apreciación netamente objetiva que pareciera excesiva, cuando se sanciona, pero que debe ser considerada para los efectos de la graduación de la medida sancionadora.

“La potestad sancionatoria que posee la administración en el campo de la ejecución contractual es incluida o considerada correlativa a la prerrogativa de dirección y control, siendo el medio por el cual se asegura la correcta ejecución del contrato, constituyendo justamente esto último la esencia de la prerrogativa. Se privilegia a ello por sobre la represión de un hecho u omisión y la búsqueda de una indemnización”.

El Estado utiliza la potestad administrativa sancionadora como instrumento para perseguir aquellas infracciones menores o que no tienen una valoración tan

intensa como lo bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal. La vinculación entre la potestad penal y la potestad sancionadora de la administración pública es subsidiaria, debido a que el Derecho Penal se rige por el principio de la última ratio o mínima intervención, ya que solo se deben recurrir al Derecho Penal y mantener como delitos los casos más trascendentes, que solo afectan bienes jurídicos esenciales y despenalizar aquellas conductas que resultan menos lesivas a los intereses de la sociedad y del Estado, debiendo ser el Derecho Penal, el último instrumento normativo al que se tiene que acudir para contener comportamientos considerados nocivos y que afectan en forma grave, bienes jurídicos, cuya erradicación resulta difícil para otros medios de control, por lo que las conductas sancionables en la vía administrativa y en las contrataciones del Estado no deben tener las características y consecuencias de los ilícitos penales; como son la apreciación del aspecto subjetivo, las causas de justificación para eximir de culpabilidad, pruebas que no son objetivas, en otras; y principalmente el criterio de conciencia, como sistema de valoración y que el Derecho Administrativo no lo concibe.

2. PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A decir del jurista Carlos Navas Rondón en su obra “La Potestad Sancionadora en las Contrataciones Públicas”, los Principios de la potestad sancionadora, son aquellos criterios fundamentales que forman el origen y desenvolvimiento de una legislación, tienen eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo y permiten complementar la fundamentación jurídica de las resoluciones administrativas.

En el procedimiento administrativo general, los procesos de selección y el procedimiento sancionador en particular se rigen por principios, los cuales constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos para controlar la liberalidad o discrecionalidad de la administración en la interpretación de las normas existentes, resolver aquello no regulado, desarrollar las normas complementarias y encauzar la actuación de los administrados.

Los principios de la potestad sancionadora administrativa sirven de criterio o pautas que permitan resolver situaciones, que puedan presentarse en la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, D. Legislativo N.º 1017 y su Reglamento, aprobado con Decreto Supremo N° 084-2014-EF; sirven de orientación para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables en las contrataciones; permiten suplir los vacíos y deficiencias de la normatividad sancionadora del Estado.

El cumplimiento de un principio no exime el cumplimiento y la observancia de otro u otros principios.

2.1 Principio de Legalidad. Se compone de tres elementos esenciales e indisolubles que “deben ser tomados en consideración de manera conjunta: a) la legalidad formal, que exige el sometimiento al procedimiento previamente formulado; b) la legalidad sustantiva referente a las materias que le son atribuidas y c) la legalidad teleológica, que obliga al cumplimiento de los fines que el legislador establece.

Las autoridades administrativas deben actuar conforme a la Constitución, la Ley y al derecho; y sancionar únicamente las conductas tipificadas y señaladas como infracciones administrativas.

La Ley y el Reglamento establecen causales que constituyen conductas sancionables y están descritas expresamente, sin que pueda configurarse otras modalidades o formas análogas.

Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que al momento de producirse no constituían infracciones administrativas o causales de sanción, según la legislación vigente en aquella fecha (atipicidad absoluta). Las bases en los procesos de selección no pueden incluir requisitos o condiciones ilegales y violatorias de disposiciones normativas, por cuanto la actuación estatal debe regirse por el respeto al principio de legalidad.

2.2 Principio del Debido Proceso. Los administrados gozan de todas las garantías inherentes al debido procedimiento administrativo como el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho; a ofrecer y producir pruebas; derecho de defensa; derecho a la doble instancia, etc.

El debido proceso es el derecho que tiene el administrado a un procedimiento justo, equitativo e imparcial; siendo un derecho fundamental complejo, porque está integrado por varios derechos que sirven de garantía en el ordenamiento procesal.

Busca el difícil equilibrio de evitar la impunidad por un lado, y prevenir errores que transgredan los derechos de los presuntos infractores, del otro lado.

2.3 Principio de Razonabilidad. Por este principio se garantiza que las decisiones de la autoridad administrativa debe estar dentro de los límites de la facultad que le fue atribuida y mantener una proporcionalidad entre los medios a emplear y los fines públicos que se deben tutelar con la fundamentación suficiente que permitan entender y comprender las arzones de la sanción impuesta.

Las sanciones deben contar con sustento legal y sujetarse a la estricta observancia y aplicación de las disposiciones de las normativas que resulten aplicables.

2.4 Principio del Impulso de Oficio. Las autoridades administrativas deben impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización de actos que sean necesarios para el esclarecimiento y resolución de los casos que están conociendo, sin necesidad de expesos pedidos de las partes.

Es responsabilidad de los funcionarios el resolver de manera oportuna.

2.5 Principio de Informalismo. Conocido también como de “formalidad atenuada”; las normas deben ser interpretadas en forma favorable a los administrados, de modo que sus derechos no sean afectados ante la exigencia de aspectos formales que pueden ser subsanados y no sean trascendentes, siempre que no afecte derechos de terceros.

Sobre el exceso de rigidez en los procedimientos de selección se ha opinado que es un mal potenciado por el temor de los miembros de los Comités Especiales a los Órganos de Control Interno.

2.6 Principio de Imparcialidad. Las autoridades administrativas deben actuar sin discriminación ni preferencias con los administrados, dándoles un trato igualitario; con independencia de criterio y sin permitir interferencia para favorecer o perjudicar la potestad sancionadora.

Es garantía para que los postores y contratistas participen en igualdad de condiciones, atendiendo criterios técnicos que permitan objetividad en su tratamiento.

El proceso sancionador debe regirse por reglas transparentes, objetivas e imparciales.

Permite controlar la liberalidad o discrecionalidad de la Entidad para la interpretación de las normas existentes, así como en la integración jurídica para resolver a aquello no regulado o no previsto.

2.7 Principio de Presunción de veracidad. Se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados, son conformes a la verdad de los hechos que afirman. Presunción que admite prueba en contrario por la audacia y malicia de algunos postores en presentar información inexacta y/o documentos falsos o adulterados.

La honestidad es la capacidad para desarrollar acciones en forma veraz y sin perjudicar a nadie, sin utilizar trampas para ser favorecido o sorprender a la administración pública en las contrataciones con el Estado.

2.8 Principio de Conducta Procedimental. Los sujetos intervinientes en el procedimiento administrativo deben realizar sus actos guiados por la buena fe, respeto mutuo y la colaboración, sin obstaculizar ni perturbar el proceso.

Esta conducta debe ser valorada para los efectos de una atenuación en la sanción, como se establece en los criterios que se toman en cuenta para la determinación gradual de la sanción. Debe de tenerse en cuenta la manera como se han conducido en el proceso, respondiendo a los requerimientos efectuados con argumentos y medios de prueba apropiados y pertinentes.

2.9 Principio de Celeridad. Por este principio se establece que se debe evitar las actuaciones procesales que dificulten el desenvolvimiento del procedimiento o que constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable y oportuno, evitando dilaciones innecesarias que no permitirían cumplir los plazos establecidos, incluso posibilitarían prescripciones que liberen indebidamente al administrado del ejercicio del ius puniendi por parte de la Administración.

2.10 Principio de Eficacia, Principio que establece que los sujetos que intervienen en el procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental sobre los meros formalismos que no inciden en su validez.

Principio que permite la conservación del acto administrativo, cuando el vicio que lo afecta por el incumplimiento de uno de sus elementos de validez no es trascendente, procediéndose a su corrección y/o subsanación.

2.11 Principio de Participación. Principio que garantiza que las autoridades deben brindar las condiciones necesarias para que los administrados puedan acceder a la información que tengan en su poder, sin expresión de causa y conocer las actuaciones procesales que se realizan en mérito a la transparencia y publicidad que deben tener las contrataciones del Estado para garantizar la buena marcha del proceso de selección.

2.12 Principio de Simplicidad. Los trámites de un procedimiento administrativo deben ser sencillos y no deben darse exigencias que la normativa no prevé, más aun cuando está vigente la Ley del Silencio Administrativo que obliga a la administración pública a cumplir estrictamente los plazos de Ley para facilitar el trámite, implicando una serie de facilidades en beneficio de los postores y partícipes en las contrataciones con el Estado.

2.13 Principio de Uniformidad. La autoridad debe establecer requisitos similares para trámites similares, y garantizar que las excepciones y los principios generales no sean la regla, sobre la base del trato justo y la igualdad entre las partes, sin privilegios ni favoritismos.

Principio que implica tener consistencia y uniformidad constante durante el procedimiento administrativo sancionador, que permita la igualdad para todos los partícipes en las contrataciones con el Estado.

2.14 Principio de Predictibilidad. Principio que establece que la autoridad administrativa debe brindar a los administrados o a sus representantes información suficiente de los trámites, de manera tal que el administrado pueda tener un criterio para conocer cuál va a ser el resultado final y anticiparse a las decisiones que se puedan adoptar, siendo un adelanto de opinión que no afecta el procedimiento administrativo, porque si se ha cumplido con las formalidades y la normativa del caso, resulta predecible conocer cómo concluirá el procedimiento.

2.15 Principio de Privilegio de Controles posteriores. Principio que establece que en aplicación de la fiscalización posterior, la autoridad administrativa se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, aplicando las sanciones pertinentes en caso que dicha información no resulte veraz.

Se debe someter a evaluación posterior la documentación, informaciones y declaraciones que presentan los postores y contratistas; incluso para registrarse en el RNP conforme a las normas establecidas en el Reglamento de la Ley y Leyes complementarias.

2.16 Principio de Presunción de licitud. Principio que garantiza que las Entidades deben presumir que los administrados han actuado conforme a sus deberes mientras no cuenten con evidencias en contrario.

En caso de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de licitud, la Administración se encuentra obligada a la absolución del administrado y no puede emitir sanción por no existir los suficientes elementos de juicio que determine una responsabilidad administrativa.

3. CAUSALES DE APLICACIÓN DE SANCIONES

3.1 INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

De conformidad al artículo 237° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF, se establece que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que incurran en las siguientes infracciones:

- a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor.
- b) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.
- c) Hayan entregado el bien, prestado el servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, previa sentencia judicial firme o laudo arbitral.
- d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a lo previsto en el artículo 10° de la Ley.
- e) Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el RNP.

- f) Suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas, según sea el caso.
- g) Realicen subcontrataciones sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento.
- h) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo establecido en el Reglamento.
- i) Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal o al OSCE.
- j) Interpongan recursos impugnativos contra los actos inimpugnables establecidos en el Reglamento; y,
- k) Se constate después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato, distintos de vicios ocultos, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases.

No mantener su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor.

El contratista se obliga a no variar la oferta realizada con anterioridad y cumplir con las condiciones establecidas en las bases respecto a las condiciones del producto o servicio ofertado; en caso contrario puede ser descalificado y sancionado.

Es condición que la Entidad haya seguido el procedimiento formal para suscribir el contrato conforme a la normativa; y, de haberse efectivamente seguido tal procedimiento, verificar que la omisión de la suscripción se debe a causa imputable al postor, de lo contrario se le debe exonerar de responsabilidad y posterior sanción, por advertirse causas justificantes (caso fortuito o fuerza mayor).

Ello implica el cuidado en las notificaciones a los proveedores y contratistas, para que exista la obligación y se mantenga el vínculo contractual para exigir el cumplimiento de sus prestaciones. Si bien las notificaciones defectuosas pueden subsanarse, al omitirse requisitos de contenido, estas solo tienen efectos legales a partir de la fecha en que el interesado manifiesta expresamente haberla recibido; y, siempre que no exista prueba en contrario.

Las notificaciones deben efectuarse en forma personal al proveedor o contratista o al afectado por el acto administrativo, en su domicilio señalado; subsidiariamente y siempre que lo haya solicitado expresamente a través de correo electrónico, fax, correo certificado u otro medio que acredite indubitablemente que lo recibió.

El otorgamiento de la Buena Pro obliga a mantener la oferta hasta la suscripción del contrato en las mismas condiciones en que presento sus propuestas técnica y económica. Los postores tienen la obligación de formular y presentar sus propuestas de acuerdo a lo solicitado en las Bases y luego mantener su oferta, si son favorecidos y deben ineludiblemente suscribir el contrato.

Los contratos se perfeccionan con la suscripción del documento que lo contiene; con excepción de las adjudicaciones de menor cuantía en la que es suficiente recepcionar la orden de compra o de servicio.

Respecto a la no suscripción injustificada del contrato otorgado en Buena Pro; tal situación se configura en el supuesto que habiendo sido correctamente notificados para suscribir el contrato, no se presenta para tal acto, dentro del plazo legal; en dicho supuesto la Entidad está obligada a comunicar al Tribunal del OSCE; del mismo modo debe comunicar si el segundo postor falta o no se presenta a la suscripción en reemplazo del primero. Incurrir en responsabilidad en caso no se haga tales comunicaciones. Es obligación remitir la carta de citación para la firma debidamente recibida por el contratista.

Es responsabilidad del postor adjudicatario de la Buena Pro, tomar las precauciones para la firma del contrato en la presentación de la documentación necesaria, especialmente en la Carta Fianza.

Todos los postores por declaración jurada se comprometen a firmar el contrato en caso de salir ganadores y señalan conocer las sanciones en caso de no hacerlo.

Postor adjudicatario que no se presente en el plazo establecido o no cuente con la documentación necesaria incurre en causal de sanción

Si la Entidad no cumple con las formalidades en la citación para la suscripción, no se configura infracción y no existe mérito para imponer sanción alguna.

Al respecto es pertinente señalar la necesidad de verificar si la falta de suscripción obedece a causas injustificables atribuibles al postor y que deban ser sancionadas administrativamente; pudiéndose dar el caso fortuito o fuerza mayor que justifique la demora en la suscripción, evitando la sanción.

En relación a no recibir injustificadamente la orden de compra o servicio; es de reiterar que en procesos de adjudicaciones de menor cuantía, distintas a las de ejecución y consultoría de obras el contrato se podrá perfeccionar con la recepción

de la orden de compra o de servicio, sin que sea necesaria la suscripción del mismo.

En las órdenes de compra o de servicio que se remitan a los postores ganadores de la buena pro figurara como condición que el contratista se comprometa a cumplir las obligaciones que le corresponde, bajo sanción de quedar inhabilitado para contratar con el Estado en caso de incumplimiento; pero previamente tiene que haber recibido los mencionados documentos.

Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.

Causal que se origina cuando se detiene o reduce sin justificación la ejecución de la prestación, pese a que el contratista fue requerido para corregir tal situación. Es una forma de incumplimiento al compromiso pactado por inobservancia de las bases.

Para resolver el contrato por incumplimiento, éste debe haber sido observado previamente por la Entidad y que tal incumplimiento no haya sido materia de subsanación; constituyendo estas etapas, condiciones necesarias para que se configure esta infracción. En caso de incumplimiento de alguna obligación, debe existir un previo requerimiento y con las formalidades y requisitos establecidos en la normativa.

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte afectada (en este caso la Entidad) deberá requerir mediante carta notarial para que cumpla con las omisiones y satisfaga los requerimientos en un plazo no mayor a cinco días bajo apercibimiento de resolverse el contrato. El documento en que se manifiesta esta decisión y el motivo que lo justifica debe ser autorizado por funcionario del

mismo nivel jerárquico del que suscribió el contrato. Quedando el contrato resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista.

Constituyen causales de resolución que con mayor frecuencia se producen: i) el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, luego de haber sido requerido para ello; ii) Haber llegado a acumular al monto máximo de penalidad por mora; iii) paralizar o reducir injustificadamente la ejecución de la prestación, a pesar de haber sido requerido para corregir tal situación; iv) No tener la capacidad económica o técnica para continuar la ejecución de la prestación a su cargo, no obstante haber requerido.

En la comunicación la Tribunal del incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista y la consiguiente resolución del contrato para la aplicación de la sanción, deben presentarse la documentación que acredite haber dado cumplimiento la procedimiento como envió de carta notarial de requerimiento y la carta notarial en que se comunica la resolución del contrato, de lo contrario se declarará no ha lugar inicio de procedimiento sancionador.

Haber entregado el bien, prestado el servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, previa sentencia judicial firme o laudo arbitral.

De existir defectos en los bienes entregados, servicios prestados o en la obra ejecutada, considerados para ser reclamados judicialmente o a través del arbitraje, y habiéndose constatado en tales instancias que se debe sancionar a los proveedores y/o contratista.

El vicio se configura en un error, que puede ser intelectual cuando se presenta en el proyecto de una obra, o material cuando se expresa a través de un defecto constructivo o de la errónea utilización de un material.

También es conocido como vicio oculto aquella situación que existía al momento de la transferencia pero que no era visible o conocido por el adquirente, estos defectos que no pueden ser subsanados pueden derivarse a un proceso judicial o un arbitraje.

La recepción de la conformidad de una obra, por la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos que deben ser señalados por el órgano jurisdiccional o través del arbitraje.

En tema contractual el vicio oculto es el demérito o devaluación del bien transferido, que a pesar de habérselo tomado como idóneo para la satisfacción de las necesidades del adquirente, éste no lo detecta, por lo que existe la obligación del transferente de subsanar el defecto y asumir su responsabilidad.

Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a lo previsto en el artículo 10° de la Ley.

De conformidad al artículo 10° del Decreto Legislativo 1017; *“cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:*

a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos;

b) En el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales;

- c) *En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores;*
- d) *En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;*
- e) *En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión;*
- f) *En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
- g) *En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria;*
- h) *En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria;*
- i) *En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de*

administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;

j) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su Reglamento;

k) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente;

l) Otros establecidos por ley o por el Reglamento de la presente norma.

Las propuestas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere

lugar de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante y de los contratistas que celebraron dichos contratos”.

Tales prohibiciones tratan de evitar la existencia de ventajas o beneficios por parte de funcionarios públicos que pueden ejercer influencias o favoritismos en las contrataciones del Estado.

Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

Para ser postor se requiere estar inscrito en el RNP, el cual califica como abastecedores de bienes, suministros, prestadores de servicios, ejecutores y consultores de obras, evaluándose que estén legalmente capacitados para contratar, que posean capacidad técnica de contratación, solvencia económica y organizacional suficiente.

En la adquisición de bienes y prestación de servicios no se requiere mayores exigencias, solo el pago de la tasa correspondiente; esas inscripciones son válidas por un año y deben revalidarse periódicamente.

La constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado es el documento expedido por el RNP que acredita que un proveedor no se encuentra incluido en el capítulo de Inhabilitados.

Suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas, según sea el caso.

El RNP determina la capacidad máxima de contratación que tienen los ejecutores de obra para participar en los procesos de selección, también determina la certificación de los consultores de obra de acuerdo a sus especialidades.

La capacidad libre de contratación es el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación y se obtiene deduciendo de ésta las obras públicas contratadas pendientes de valorización; se entiende por la capacidad comprometida de contratación a la parte no valorizada de las obras contratadas.

La capacidad libre de contratación se va restituyendo de acuerdo a la presentación de lo valorizado por los avances de las obras públicas contratadas, mediante la presentación de formulario oficial del récord de obras.

En caso de los consorcios, el RNP expedirá la correspondiente constancia de capacidad libre de contratación para cada integrante, donde la suma de las capacidades libres de contratación deberá ser igual o superior al monto de la propuesta económica que presenten.

Para suscribir contratos de ejecución o consultorías de obras el ganador debe presentar la constancia de capacidad libre de contratación suficiente expedida por el RNP en donde indica el monto.

Realizar subcontrataciones sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento.

El contratista puede acordar con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo siempre que se den las siguientes condiciones: i) La entidad debe aprobarlo por escrito y de manera expresa; ii) debe ser expedido por intermedio de funcionario competente; iii) debe darse dentro de los cinco días

hábiles de formulado el pedido; iv) el subcontratista debe estar inscrito y habilitado en el RNP.

Las prestaciones a subcontratarse con terceros no deben exceder el cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original. Es decir tenga la autorización de la Entidad, que no deba exceder dicho porcentaje del monto contrato, y presten asistencias a los subcontratistas nacionales en caso de ser contratistas extranjeros. Los subcontratistas pueden ser personas naturales o jurídicas que realizan parte de las prestaciones estipuladas en el contrato y que no pueden ser mayores al porcentaje establecido, siempre y cuando las bases lo permita.

Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente (INDECOPI); así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo establecido en el Reglamento.

Se requiere de informe técnico de INDECOPI para sancionar.

Los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas que restrinjan la libre competencia.

Constituyen prácticas restrictivas los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o practicas concertadas que produzcan el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia de otras empresas en el libre mercado.

La libre competencia se basa fundamentalmente en la libertad de elección tanto para el consumidor como para el productor.

Para producir los resultados deseados, el fundamento de la libre elección de consumidores y productores tiene que darse en simultáneo con otros principios básicos del buen funcionamiento de los mercados. Estos son la libre información

en los mercados, la definición precisa sobre los derechos e cada cual respecto de los bienes y servicios que se transan en el mercado, las garantías de ejecutabilidad de los pactos y el resarcimiento por daños que se ocasionen a terceros.

El OSCE y las entidades convocantes son competentes para verificar, investigar y sancionar a postores que encontrándose en los supuestos de socios comunes o que tengan vinculación económica (en el sentido de grupo económico) presente ofertas para un mismo proceso de selección de manera separada, con el fin de beneficiarse y sorprender al órgano público.

Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes o exista vinculación económica entre ellos en la que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, no pueden presentarse conjuntamente en un proceso de selección.

Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal o al OSCE.

Para determinar la falsedad de un documento, constituye mérito suficiente la manifestación efectuada por el propio órgano emisor a través de una comunicación oficial, en la que se acredite que el documento cuestionado no ha sido expedido por el mismo ente emisor.

Cuando se trata de imputaciones de la falsedad de documentos, quien hace el cuestionamiento, debe adjuntar las pruebas correspondientes, sin embargo es potestad del Tribunal realizara actuaciones de investigación, averiguación y recolección de pruebas con el fin de determinar si el denunciado habría cometido infracción administrativa y si corresponde imponer o no la sanción.

Para acreditar la falsedad o inexactitud del documento se requiere: i) Que no haya sido expedido por el órgano emisor; ii) que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido; iii) que sea incongruente con la realidad, produciendo un falseamiento de ésta.

La conducta sancionada en la presente causal, se refiere a la sola presentación de documentos falsos y para que se configure solo se requiere acreditar que los documentos presentados son efectivamente falsos, la margen de quien haya sido su autor o de las circunstancias en que se haya producido su falsificación o adulteración; estas investigaciones competen al ámbito penal, por lo que se debe remitir al procurador del OSCE, para formular la denuncia correspondiente.

La presentación de documento caduco no es sinónimo de documentación falsa.

El postor es responsable de la exactitud y veracidad de los documentos que presente en su propuesta o en las impugnaciones. Todo postor o contratista debe cuidar de la exactitud y veracidad de todos los documentos presentados ante la Entidad.

Cuando el Comité Especial tiene conocimiento de que en las propuestas existen documentos cuya veracidad o exactitud inducen a crear una duda razonable, debe informar tal hecho al órgano encargado de las contrataciones para que efectúe la inmediata fiscalización, descalificándose al postor, al haber transgredido el principio de moralidad y presunción de veracidad.

Interpongan recursos impugnativos contra los actos inimpugnables establecidos en el Reglamento.

Se ha establecido en qué casos no proceden las impugnaciones, sancionando a los postores que indebidamente apelan contra decisiones administrativamente previstas

y, se constate después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato, distintos de vicios ocultos, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

4.1 DEFINICIÓN

Es el conjunto regulado y concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa derivada de los procesos de selección en las contrataciones del Estado; siendo un mecanismo de corrección y control de la actividad administrativa en la adquisición de bienes y celebración de contratos que continuamente realizan las entidades públicas con particulares.

4.2 CARACTERÍSTICAS

Siendo un procedimiento administrativo, está sujeto a la Ley de Procedimientos Administrativos N° 27444, el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, los acuerdos de sala penal del tribunal y otras normas complementarias, apreciándose las siguientes peculiaridades:

01. Sólo pueden constituirse conductas sancionables administrativamente las infracciones establecidas expresamente en la Ley de Contrataciones Públicas, mediante la tipificación y comprobación de su existencia, sin que se puedan admitir interpretaciones extensivas o por analogía. Para la configuración de la infracción

basta mejor la responsabilidad objetiva del infractor, sin que resulte relevante tomar en cuenta factores como la intencionalidad, diligencia debida o el daño causado; los cuales sólo podrán entrar a tallar al omento de graduarse la sanción.

02. La emisión de un acto sancionador sin cumplir el procedimiento respectivo y sin garantizar la participación activa del interesado, determina su nulidad; no siendo posible la conservación de las actuaciones realizadas, ya que son inválidas e insuficientes las pruebas, cuando el sujeto sancionado no hubiera tenido participación en su desarrollo, y no tuvo la oportunidad para presentar los medios y recursos para contradecirla e invalidarla en el ejercicio de la defensa de sus derechos por no haber tenido conocimiento de su procedimiento.

03. Cuando en la tramitación de un procedimiento sancionador, la Autoridad Administrativa toma conocimiento de que se está realizando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre los administrados sobre determinadas relaciones de Derecho Privado, que precisan ser esclarecidos previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional, comunicación sobre las actuaciones realizadas y el estado en que se encuentra la causa.

Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución en el procedimiento administrativo podrá determinar su inhibición (suspensión del proceso), hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio principal, debiendo

ésta ser comunicada al procurador público correspondiente para que se apersona al proceso, de ser el caso.

04. El Tribunal, en los casos que conozca, declarará nulos los actos administrativos expedidos por las Entidades cuando hayan sido dictadas 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 normatividad aplicable; debiendo expresarse en la resolución que el expida, la etapa a la que debe retrotraerse el proceso con la fundamentación adecuada.

05. Se debe diferenciar en la estructura procesal, entre la autoridad que ordena la fase investigadora y la que decide la aplicación de la sanción, siempre y cuando la organización de la entidad lo permita y esté facultado por ley expresa, en aplicación del principio de la división de funciones; situación que no se presenta propiamente en el Tribunal de Contrataciones; ya que es la misma sala, la que investiga y resuelve; incluso en segunda instancia con el Recurso de Reconsideración.

06. El procedimiento administrativo sancionador se inicia cuando la entidad remite la totalidad de la documentación e información exigida por el TUPA o cuando la Sala del Tribunal emite un acuerdo que así lo disponga. Una vez iniciado el Procedimiento, el Tribunal comunicara al supuesto infractor de la denuncia efectuada en el contra, para los efectos de que presente sus descargos pertinentes, en el plazo de ley. Se debe considerar que los hechos declarados probados por

resoluciones judiciales firmes, vinculan y obligan a las entidades e su procedimiento administrativo sancionador. La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar determinada en un proceso judicial; la misma que deberá ser comunicada al Registro Nacional de Proveedores para que se cumpla tal medida. Cancelada o extinguida por cualquier forma dicha medida cautelar, la sanción continuará su curso por el periodo restante, al momento de la suspensión, siempre que la resolución del Tribunal que impuso la sanción no haya sido revocada por mandato judicial firme.

07. Se debe considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes, vinculan y obligan a las entidades en su procedimiento administrativo sancionador. La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar determinada en un proceso judicial; la misma que deberá ser comunicada al Registro Nacional de Proveedores para que se cumpla tal medida. Cancelada o extinguida por cualquier forma dicha medida cautelar, la sanción continuará su curso por el periodo restante, al momento de la suspensión, siempre que la resolución del Tribunal que impuso la sanción no haya sido revocada por mandato judicial firme.

08. Se debe notificar a los administrados los hechos que se les imputa, mediante cargo, donde debe constar la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir, y la expresión de las sanciones que se le pueden imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal

competencia, otorgándole el plazo de 10 días hábiles para que formulen su respectiva defensa.

09. La presentación de descargos que realice el denunciado dentro de un plazo de 10 días debe contener a) datos personales si es sujeto individual o del consorcio, si se trata de sujetos consorciados; b) el domicilio procesar en la ciudad de Lima; c) copia del DNI del representante legal; d) copia del poder de representación; e) fundamentación precisa de las cuestiones de hecho y de derecho; f) en caso de tratarse de un consorcio, copia del DINI y del Poder de cada consorciado; g) copia del escrito y de los anexos para las otras partes.

10. Si los escritos de presentación de descargos en el procedimiento sancionador deben contar con la firma y número de colegiatura del abogado que autoriza, aunque se refieran a procesos de menores cuantías, siendo la defensa cautiva para todos los casos. Los informes legales que se exponen en la audiencia señaladas también deben ser sustentados por abogados colegiados; pero pueden solicitarse informes sobre los hechos, por el representante del impugnante. La Sala del Tribunal por intermedio de su Secretaria, programará la vista de la causa, fijándose el día y la hora para la audiencia; así como el tiempo de las exposiciones señaladas pro el Presidente de Sala. Estos informes orales pueden ser aprobados como instrumentos tecnológicos; la diligencia mencionada debe llevarse a cabo en la fecha y hora exacta fijada, sin tolerancia alguna; no se concederán prorrogas, salvo en casos excepcionales previa consideración Sala respectiva.

11. Las sanciones que se impongan no constituyen impedimento para que el contratista cumpla con las obligaciones derivadas del contrato suscrito con la entidad; debe proseguir con la ejecución de los contratos que estuvieran suscritos hasta la culminación de los mismos, bajo responsabilidad; incluso la reciente Ley ha establecido una nueva causal de sanción, para cuando se incumplan injustificadamente las obligaciones de los contratos hasta los plazos de responsabilidad establecidos en la ley; aun después de haberse otorgado la conformidad e la entrega del bien o de la obra o en la prestación de los servicios.

12. Las sanciones entrarán en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la resolución del Tribunal al infractor, cuando es en forma personal y a partir del sexto día hábil siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano cuando es vía efecto. Desde esa fecha los postores y proveedores están impedidos de participar en procesos de selección y/o suscribir contratos de otorgamiento de buena pro, caso contrario incurrirían en causales de sanción.

13. Los errores materiales o aritméticos contenidos en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo en cualquier momento. Estas subsanaciones pueden darse ya sea de oficio o a pedido de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de lo contenido, no el sentido de la decisión. La subsanación es una figura que opera exclusivamente para defectos de forma que no deben modificar los alcances de las propuestas técnicas; pero las incorrecciones aritméticas en las propuestas económicas presentadas por los postores, determinan la descalificación de sus ofertas y no pueden ser subsanables.

14. La imposición de las sanciones administrativas es independiente de la responsabilidad civil o penal que puedan originarse por las infracciones cometidas.

15. El ejercicio de la Potestad Sancionadora corresponde a la autoridades administrativas; (vocales de la Sala de Sanciones del Tribunal del OSCE), quienes han sido designadas previamente y estableciéndose sus funciones y atribuciones por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda atribuirse o delegarse a otro órgano o personal distinta, tal competencia.

16. El presunto infractor puede seguir participando en un proceso de selección y seguir contratando con el Estado, mientras el Tribunal no haya emitido la resolución definitiva que los sancione y ésta se haya registrado en el Capítulo de inhabilitados del RNP; por lo que resulta urgente la celeridad y diligenciamiento que debe asumir el Tribunal para resolver pronto y oportunamente los casos que conoce, para evitar actos de injusticia y aprovechamiento de postores infractores.

17. Las resoluciones que determinan la imposición de sanciones e notifican al infractor y a la entidad que estuviere involucrada y se publicarán en el portal institucional del OSCE. La sanción será efectiva desde el sexto día hábil siguiente de la notificación al infractor. En caso que no se conozca domicilio cierto del infractor, la sanción será efectiva dese el sexto día hábil siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

18. La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar dictada en su proceso judicial. Cancelada o extinta bajo cualquier otra forma dicha medida cautelar, la sanción continuará su curso por el periodo restante al momento de la suspensión, siempre que ha resolución del Tribunal que dispuso la sanción no haya sido revocada por mandato judicial firme. También se suspende la vigencia de las sanciones, por la interposición del recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento y mientras éste no sea resuelto por el tribunal.

19. Contra la Resoluciones que imponen sanciones o las que se pronuncian respecto de la reconsideración interpuesta contra una resolución sancionadora procede la Acción Contenciosa Administrativa ante el Poder Judicial, de conformidad con la ley de la materia; al haberse agotado la vía administrativo en el OSCE.

5. CLASES DE SANCIONES.

5.1 Inhabilitación temporal

Consiste en la privación o suspensión, por el periodo determinado de tiempo, del ejercicio que tienen los proveedores, participantes, postores y contratistas de participar en los procesos de selección y contratación con el estado; las inhabilitaciones temporales determinan la suspensión de los derechos que tienen los proveedores para contratar con el Estado por un periodo que no puede ser menor a seis meses ni mayor a tres años, según sean las causales establecida en el Art. 51° 2 de la Ley. La Sala sancionadora hace una graduación y

valoración para determinar el periodo de sanción, conforme a los criterios establecidos en la norma.

5.2 Inhabilitación definitiva

Consiste en la privación permanente del ejercicio de los proveedores, participantes, postores y contratistas de los derechos de participar en los procesos de contrataciones con el Estado, en forma definitiva cuando existen responsabilidades e inhabilitaciones temporales acumuladas; en este caso no resulta necesario tener en cuenta los factores de graduación de la sanción; siendo suficiente que las inhabilitaciones temporales acumuladas hayan superado el tiempo previsto durante el plazo reestablecido para que se tenga que aplicar la medida definitiva.

La inhabilitación definitiva es la mayor sanción, la misma que por su gravedad impide a los sancionados volver a participar en procesos de selección que se convoquen para adquirir bienes, contratar servicios y ejecutar obras; y que se registra en el Capítulo de inhabilitados en el RNP.

Cuando durante el desarrollo de un proceso administrativo sancionador, el Tribunal constata que la responsabilidad de la persona natural o jurídica, se ha dado en otros procesos, en la que ha sido sancionado en oportunidades anteriores, con dos o más inhabilitaciones temporales, cuyo tiempo sumado sea mayor a 36 meses, dentro de un periodo de cuatro años, le debe imponer la sanción de inhabilitación definitiva.

Carece de objeto que el Tribunal emita pronunciamiento respecto a lo que es materia de controversia, cuando el Postor o Contratista ya fue inhabilitado definitivamente y ha perdido sus derechos para contratar con el Estado. En estos

casos es suficiente determinar sus antecedentes en el Registro nacional de Proveedores. Capítulo de inhabilitados, y ya no se requiere resolver sobre el fondo del asunto.

Con la nueva Ley, cuando se incurre en más de una infracción considerada en un proceso sancionador o en ejecución de un contrato se debe aplicar la sumatoria de las sanciones que corresponden a las causales de infracciones; esta disposición va a significar que las inhabilitaciones definitivas sean más frecuentes.

5.3 Sanciones económicas

Son aquellas que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la presentación de los Recursos de Apelación o Reconsideración, que son declarados infundados o improcedentes por la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado. Cuando el Recurso de Apelación es declarado fundado en todo o en parte se devolverá la garantía por el Tribunal, expresándose esta devolución en la misma Resolución.

Con la nueva Ley, en los casos de Desistimiento se ejecutará el 100% de la garantía económica presentada; de esta manera se trata de evitar la existencia de impugnaciones sin mayor fundamento, sólo con el ánimo de dilatar el proceso y perjudicar al postor ganador. El OSCE, con la nueva normativa vigente, puede imponer sanciones económica a las entidades que transgredan las normas jurídicas de la Contratación Pública.

5.4 Sanciones a los Consorcios

Las infracciones cometidas por los postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el Proceso de Selección se imputarán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose solo a éstas la sanción a la que hubiese lugar, siempre que pueda individualizarse al infractor.

Conforme al principio de causalidad, previsto en el Art. 230° de la Ley N° 2744, Ley de Procedimiento Administrativo General, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción sancionable.

Las infracciones cometidas durante la ejecución de un contrato se imputarán a todos los integrantes del consorcio, aplicándose la sanción que corresponde a cada uno.

Los integrantes de un consorcio responden solidariamente respecto de la no suscripción del contrato y del incumplimiento del mismo estando facultada la entidad, para demandar a cualquiera de ellos por daños causados y asegurar la reparación civil en favor del Estado.

La propuesta técnica de los consorcios debe contener una proesa formal de consorcio suscrito por cada uno de los representantes legales de los integrantes del mismo; debiendo precisarse las obligaciones que asumirá cada una de las partes, así como la descripción del o los representantes del Consorcio para todo el proceso de selección; además de las condiciones técnica y económicas a las

que se obligan y se comprometen todos los integrantes del Consorcio. Las propuestas deben ser serias, firmes y concretas; no indeterminadas ni ambiguas; no deben contener cláusulas condicionales o contradictorias que puedan originar incumplimientos o situaciones de controversia; por lo que no deben ser admitidas cuando se presenten estas situaciones, que luego traen consigo incumplimientos y determinan la aplicación de una sanción

5.5 Sanciones a expertos independientes del Comité Especial

Cuando la entidad considera que existe responsabilidad por parte de los expertos independientes que asesoraron y formaron parte de un Comité Especial se debe remitir al Tribunal todos los actuados del irregular proceso de selección en que hubiera participado, dentro de un plazo que no exceda los Diez días hábiles contados a partir de los hechos detectados. El Tribunal evaluará los actuados y de concordar total o parcialmente con las conclusiones de la entidad sancionará a los expertos independientes suspendiéndolos para contratar con el estado por un periodo no menor de seis (6) meses y no mayor de doce (12) meses. A pesar de que se ha incrementado la sanción, esta resultad mínima, considerando las graves consecuencias que trae consigo un proceso de selección mal llevado, cuando no se han observado las normas y formalidades que debe aplicarse por el especialista contratado para conformar el Comité Especial.

Los expertos independientes pueden ser personas jurídicas o naturales. En el caso que se designe a una persona jurídica del sector privado, ésta deberá tener como giro principal de su negocio, aquel que esté vinculado con el objeto de la convocatoria, debiendo además designarse a la persona natural que la

representará dentro del Comité Especial. Pueden ser invitados como expertos independientes otras personas que provengan de entidades del sector público distintas a la convocante. Para tal efecto es necesaria la autorización del titular de la entidad de la que provenga el experto independiente. Todo experto independiente debe guardar confidencialidad respecto de la información a que tenga acceso con motivo del servicio que va a prestar.

Cualquiera sea el número de integrantes del Comité especial, como mínimo, uno deberá pertenecer a la administración de la entidad y uno deberá ser especialista de la misma entidad o experto independiente expresamente contratado para el objeto de la convocatoria. Cuando los expertos independientes sean personas naturales y se adecuen con la naturaleza de la adquisición o contratación, pueden ser escogidos de las nóminas de profesionales hábiles que para tal efecto proporcionarán los Colegios Profesionales.

5.6 Sanciones a funcionarios y servidores públicos.

Los miembros del Comité Especial que participan en los proceso de contrataciones públicas son responsables solidariamente del cumplimiento de la Ley y su Reglamento; en caso que no lo hicieran, responden administrativa y/o judicialmente, respecto de cualquier irregularidad cometida y que les sea imputable por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable. Pueden ser sancionados y de acuerdo a la gravedad de su conducta, se le puede aplicar las siguientes sanciones:

- a. Amonestación escrita
- b. Suspensión sin goce de remuneraciones de 30 a 90 días.

- c. Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por 12 meses.
- d. Destitución o despido.

La Evaluación del desempeño de los servidores o funcionarios e realizada por la más alta autoridad de la entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de sus decisiones en el ejercicio de sus cargos. Para tal fin, la entidad puede pedir en forma periódica y selectiva la realización de exámenes y auditorias especializadas. Cuando se trate de empresas del estado dicha evaluación y aplicación de la sanción correspondiente será efectuada por el Directorio.

Los integrantes del Comité Especial son solidariamente responsables por las actuaciones que realizan, salvo el caso de aquellos que hubieran señalado e el Acta correspondiente, su voto discrepante. Sus miembros gozan de las mismas facultades, no existiendo jerarquía entre ellos y solo pueden ser removidos por caso fortuito, fuerza mayor o por cese en el servicio mediante documento o resolución debidamente motivada; asimismo no puede renunciar al cargo encomendado.

Los funcionarios y servidores que participen y tengan responsabilidades en todas las contrataciones y procesos de selección que realicen las Entidades Públicas, deben estar debidamente capacitados y tener la experiencia en la materia; para cuyo propósito el OCSE elaborará un Registro y un procedimiento de certificación que administrara para tener una base de datos de todos los profesionales y técnicos que hayan logrado la respectiva certificación; emitiendo las directivas y regulaciones correspondiente.

El Tribunal de OSCE está impedido de sancionar a los funcionarios y empleados públicos, pero cuando advierta graves irregularidades en el ejercicio de sus

funciones debe poner en conocimiento de estos hechos a la Contraloría General de La República.

5.7 Sanciones a los árbitros

El Tribunal impondrá sanción económica, de conformidad con lo establecido en el Art. 52° de la Ley, a los árbitros, sea que hayan actuado como árbitro único o tribunal arbitral, cuando incumplan injustísimamente, con emitir el laudo correspondiente al OSCE dentro del plazo señalado en el Art. 290° del presente Reglamento.

Cuando se considere que existe responsabilidad por parte de los árbitros, de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, se deberá remitir al Tribunal todos los actuados, incluyendo un informe en el cual se indique el citado incumplimiento en que habrían incurrido los árbitros, en un plazo que no exceda de diez (10) días hábiles, contados a partir de la detección de la omisión. El tribunal evaluará los actuados y, de concluir que asiste responsabilidad, sancionará económicamente a los árbitros con una multa equivalente no menor de una (1) ni mayor a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias vigentes (ejercicio presupuestal del 2009 que equivale a 3,550 nuevos soles). El OSCE puede exigir, además, activamente el pago de la multa, de conformidad con el Art. 59° de la Ley.

El Tribunal evaluará los actuados y, de concluir que existe responsabilidad, sancionará económicamente a los árbitros con una multa no mayor a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (4UIT) vigente.

6. GRADUALIDAD DE LA SANCIÓN.

Son los criterios que debe tener en cuenta el Tribunal para establecer el periodo de sanción que debe aplicarse en las inhabilitaciones temporales o definitivas que se establezcan, incluso permiten disminuir prudencialmente la sanción hasta límites inferiores al mínimo fijado para cada caso. Estos criterios que deben ser valorados con la fundamentación adecuada son los siguientes:

6.1 Naturaleza de la infracción

Cada infracción tipificada en la Ley tiene una sanción que oscila entre los seis meses y los tres años, siendo en la mayoría de casos la sanción no menor a un año de inhabilitación temporal, teniendo en cuenta el tipo de la infracción a imponer y la conducta sancionable que debe ser valorada para que sea proporcional y justa dentro del criterio de graduación que la Sala debe considerar y fundamentar.

Cuando se cometa más de una infracción en un mismo proceso o en la ejecución de un mismo contrato, se impondrá la sanción más grave. Existen casos, en que se denuncian la comisión de dos o más causales de sanción.

6.2 Intencionalidad del infractor

En las contrataciones públicas no resulta un factor existente la responsabilidad subjetiva del infractor, pero la graduación de la sanción será más benigna cuando no exista la intención de haber actuado con conciencia y voluntad de querer cometer la infracción. Existen casos en que el infractor no tuvo mayor conocimiento de la causal incurrida, pero su negligencia en no advertirla oportunamente le hace merecedor a una sanción, porque además se había

comprometido a observar las condiciones establecidas en las declaraciones juradas que suscribió para participar en los procesos de selección y debió tomar todas las providencias y precauciones del caso.

Esta circunstancia resulta a veces de acreditar, por la naturaleza eminentemente objetiva de la conducta del infractor, y solo es posible evaluar sus comportamientos teniéndose en cuenta la ventaja o beneficios posteriores, que el postor hubiese podido obtener al cometer la infracción.

6.3 Daño causado

Debe tenerse en cuenta el perjuicio ocasionado a la entidad según sea la causal, en función al monto involucrado del proceso de selección (conforme al valor referencial señalado en la convocatoria) y al retraso generado por el incumplimiento de los intereses y fines que tenía la Entidad perjudicada.

Las consecuencias del incumplimiento de obligaciones del postor y que derivan en la resolución del contrato trae graves perjuicios para la institución convocante que en muchos casos debe realizar otros procesos de selección con gastos y demoras que no debieron darse; incluso con la convocatoria ex temporánea de nuevos procesos de selección, o lo que es peor, con la pérdida de la partida del ejercicio presupuestal.

6.4 Reiterancia

Se debe tener en cuenta, si anteriormente los postores han sido sancionados, mediante la revisión de su situación registral en el Capítulo de Inhabilitados para contratar con el Estado del Registro nacional de Proveedores. Las

infracciones que se repitan deben ser por las causales de sanción previstas en el Art. 51.1 del Decreto Legislativo N° 1017 y pueden conducir a una inhabilitación definitiva cuando exista la reincidencia o habitualidad en realizar las conductas prohibidas en las contrataciones públicas.

Se han dado casos en que empresas postoras han cometido en repetidas veces la misma infracción; como por ejemplo presentar documentos falsos o informaciones inexactas en todos los procesos de selección en que han participado; originando que se les apertura diversos procedimientos sancionadores. Siendo suficiente que se sancionen inhabilitaciones temporales que sumados sean mayor a treinta y seis (36) meses, dentro de un plazo de 4 años, para que sean inhabilitados en forma definitiva, careciendo de objeto pronunciarse en los demás casos.

6.5 Reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.

La sinceridad y aceptación del responsable de la infracción incurrida favorece una graduación benigna de la sanción, la cual debe darse desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador. Si bien este reconocimiento debe ser efectuado antes de que sea descubierto por la Entidad, el infractor al efectuar sus descargos deberá reconocer su falta y admitir haber incurrido en la causal de sanción que se le atribuye. Cabe precisar que este reconocimiento no constituye un eximente de sanción porque se produce después que la autoridad administrativa ha iniciado el procedimiento, pero sirve para atenuar la sanción.

6.6 Circunstancias de lugar, tiempo y modo

Es importante conocer las circunstancias en que se produjo la infracción para establecer el grado de participación y responsabilidad de infracción para establecer el grado de participación y responsabilidad del infractor, las interrogantes de una mínima investigación deben ser descritas en el análisis de una resolución como el establecer en dónde, el cuándo, el cómo de los hechos (cuestiones de hecho), que no solo permiten tener un mejor conocimiento de lo sucedido, sino que también determina una justa apreciación en la aplicación y graduación de la sanción que corresponda.

6.7 Conducta procesal del infractor

Se debe determinar la colaboración que ha prestado el infractor durante el proceso administrativo sancionador; si éste ha sido renuente a los requerimientos que se le han efectuado y ha obstaculizado el trámite procesal o ha sido diligente en el atender las observaciones que se le han cursado, o en sus escritos presentado no ha aportado prueba alguna ni ha plantado argumentos a su favor para el esclarecimiento de los hechos discutidos o presentado recursos inoficiosos o impertinentes. No se debe recurrir a la mala fe o intenciones maliciosas, infringiendo normas procedimentales con el propósito de desviar y dilatar el resultado auténtico de la investigación; por lo que determinaría una mayor graduación en la severidad de la sanción.

6.8 Condiciones del Infractor

Pueden darse situaciones peculiares que no le permiten cumplir las obligaciones contraídas, las que pueden estar condicionadas a características de índole cultural, económica y social que lo diferencia del común de los postores o contratistas; aunque el desconocimiento o la ignorancia de las causales de sanción no la eximen, pero sus antecedentes personales y limitaciones pueden favorecerlo.

SUB CAPÍTULO V

***VERIFICACIÓN DE IMPUNIDAD ADMINISTRATIVA ANTE INFRACCIONES DE LA LEGISLACIÓN EN
MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL***

**5.1 VERIFICACIÓN DE IMPUNIDAD ADMINISTRATIVA ANTE
INFRACCIONES DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN
ESTATAL**

A efecto de verificar; al interior de las Entidades conformantes de la Administración Pública, la determinación efectiva de responsabilidades de los

funcionarios o servidores que infringen la legislación en materia de contrataciones del Estado, Ley de Contrataciones del Estado aprobado con Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sea en los procesos de selección o en otras actividades relacionadas a tales normas relacionadas en la adquisición o contratación de bienes, servicios y obras; o en todo caso evidenciar la impunidad que existe en ellas; amparados en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Ley N° 27806; concordante con su Texto único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM; se solicitó a seis instituciones locales, copia de las Resoluciones o documentos con los que se haya dispuesto la determinación de responsabilidades a los funcionarios o servidores que en su interno, en los diferentes procesos de selección durante el periodo del año 2012 a 2014 por haber infringido tales disposiciones normativas, así como copia de los memorandos, resoluciones o documentos con los que se les hubieren sancionado; ello, a fin de respaldar nuestra posición en el sentido que en la medida que las Entidades de la Administración Pública incumplen con sancionar a sus servidores y funcionarios que infringen la legislación en materia de contratación estatal, la ampliación de facultades al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para sancionarlos, evitará la impunidad administrativa.

Las Entidades consultadas fueron el Gobierno Regional de La Libertad, La Municipalidad Provincial de Trujillo, Empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad SEDALIB SA, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos SUNARP – Trujillo, Policía Nacional del Perú Región

Policia La Libertad y, Empresa Regional Electronorte Medios SA
HIDRANDINA SA, conforme la siguiente información.

ENTIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	DOCUMENTO DE ATENCIÓN
Gobierno Regional de La Libertad.	Expediente N° 2046040, de 25 de marzo de 2015	Carta N° 028-2015-GR-LL-PRE/AIP, de 26 de marzo de 2015: "Precise número y/o años de actos solicitados".
Municipalidad Provincial de Trujillo.	Expediente N° 7530, de 25 de marzo de 2015	Oficio N° 1162-2015-MPT/SG/RTDAI, de 7 de abril de 2015: "Derivado a Gerencia de Personal, hace presente uso de prórroga para entregar información".
Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad S.A. – SEDALIB SA.	Expediente N° 1939, de 25 de marzo de 2015	Carta N° 09-2015-SEDALIB SA-LTAI/VELARDE, de 30 de marzo de 2015: "Precise número de resoluciones".
Superintendencia Nacional de los Registros Públicos SUNARP – Trujillo.	Expediente S/N, de 31 de marzo de 2015	Oficio N° 299-2015-ZR.N°V/UADM, de 1 de abril de 2015: "subsanan solicitud, imprecisión".
Policía Nacional del Perú, Región Policial La Libertad.	Expediente S/N, de 31 de marzo de 2015	Constancia de Notificación y Enterado de 4 de abril de 2015: "Precise pedido".
Empresa Regional Electronorte Medios SA – HIDRANDINA SA.	Expediente N° 50101852697, de 25 de marzo de 2015	GA N° 0175-2015, de 30 de marzo de 2015: "Información de índole confidencial".

Adviértase que aun cuando la petición es clara, precisa y siendo la misma para todas las Entidades, la respuestas no son uniforme en ellas; así en la Municipalidad Provincial de Trujillo se derivó al área de personal para su atención, situación distinta a las adoptadas en las demás instituciones consultadas que alegando imposible especificación de numeración y año de documentación o que lo requerido está relacionado a información de índole confidencial, excusan brindar lo solicitado, evidenciando indicios de la impunidad administrativa.

De igual modo, a efecto de verificar que las Entidades de la Administración Pública incumplen con sancionar a sus servidores y funcionarios que infringen la legislación en materia de contratación estatal y por ende es válida la

propuesta de ampliación de facultades al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para sancionarlos y así evitar la referida impunidad administrativa, del portal web institucional del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE), se evidenció en la Empresa de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de La Libertad SEDALIB SA, haberse emitido las siguientes resoluciones revelando expresamente a los funcionarios o servidores intervinientes en cada proceso de selección por el que se dispone se retrotraiga el proceso a la etapa anterior en que se cometió el error y se dispone la determinación o deslinde de sus responsabilidades:

PROCESO DE SELECCIÓN	ACTO ADMINISTRATIVO QUE RESUELVE	INFRACCIÓN ADVERTIDA	DISPOSICIÓN
AMC 030-2014-SEDALIB SA: "Empresa supervisión de obra: Mejoramiento de Cámaras de Aguas Servidas y Línea de Impulsión de Aguas Servidas de Víctor Larco – Trujillo"	RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N.º 445-2014-SEDALIB SA-40000-GG de 13 de agosto de 2014.	► Artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado. ► Artículo 12°, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	- Nulidad de oficio. - Retrotraer proceso. - Deslinde de responsabilidades.
ADS 018-2014-SEDALIB SA: "Supervisión de obra: Mejoramiento de Cámaras de Aguas Servidas y Líneas de Impulsión de Aguas Servidas de Víctor Larco – Trujillo"	RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N.º 396-2014-SEDALIB SA-40000-GG de 2 de julio de 2014.	► Artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado. ► Artículo 13°, 22°, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	- Nulidad de oficio. - Retrotraer proceso. - Deslinde de responsabilidades.
ADS 015-2014-SEDALIB SA: "Adquisición de equipos para operatividad u optimización del sistema de cloración en pozos año 2014"	RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N.º 362-2014-SEDALIB SA-40000-GG de 16 de junio de 2014.	► Artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado. ► Artículo 22°, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	- Nulidad de oficio. - Retrotraer proceso. - Deslinde de responsabilidades.
ADS 010-2014-SEDALIB SA: "Servicio de Asesoría legal externa para la Gerencia General y el Directorio de SEDALIB SA"	RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N.º 355-2014-SEDALIB SA-40000-GG de 13 de junio de 2014.	► Artículo 4° Y 56° de la Ley de Contrataciones del Estado.	- Nulidad de oficio. - Retrotraer proceso. - Deslinde de responsabilidades.
ADP 09-2013-SEDALIB SA: "Empresa para adquisición de una solución integral de infraestructura de datos"	RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N.º 338-2014-SEDALIB SA-40000-GG de 30 de mayo de 2014.	► Artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado. ► Artículo 22°, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	- Nulidad de oficio. - Retrotraer proceso. - Deslinde de responsabilidades.
ADP 09-2013-SEDALIB SA: "Empresa para adquisición de una solución integral de infraestructura de datos".	RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N.º 068-2014-SEDALIB SA-40000-GG de 10 de febrero de 2014.	► Artículo 28°, 56° de la Ley de Contrataciones del Estado. ► Artículo 22°, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	- Nulidad de oficio. - Retrotraer proceso. - Deslinde de responsabilidades.
ADS 012-2014-SEDALIB SA: "Contratación de consultor diseño perfil técnico hidráulico sanitario – planta de tratamiento de agua potable El Milagro - Trujillo".	RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N.º 386-2014-SEDALIB SA-40000-GG de 30 de junio de 2014.	► Artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado. ► Artículo 22°, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	- Nulidad de oficio. - Retrotraer proceso. - Deslinde de responsabilidades.

Fuente: Portal institucional del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE).

Leyenda, (Tipos de procesos):

Ley de Contrataciones del Estado; D. Legislativo N° 1017.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; D. Supremo N° 184-2008-EF.

AMC; Adjudicación de Menor Cuantía.

ADP; Adjudicación Directa Pública.

ADS; Adjudicación Directa Selectiva.

Adviértase que aun cuando en las Resoluciones se revela expresamente la infracción a la legislación en materia de contratación estatal sea en la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017, artículo 4° relacionado a los *“Principios que rigen las contrataciones”*; artículo 56° *“Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección”*; así como en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF en cuyo artículo 12° prevé el *“Estudios de posibilidades que ofrece el mercado”*; artículo 13° el *“Valor referencial”* y el artículo 22° *“Etapas de los Procesos de Selección”*, con expresa indicación de la determinación y deslinde de responsabilidades de los funcionarios y servidores intervinientes, tal disposición resulta ser mera expresión lírica con visos de mera formalidad, no evidenciándose una real disposición porque realmente se sancione las infracciones evidenciándose también la impunidad que con la intervención del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en la determinación de las sanciones evitará.

SUB CAPÍTULO VI
DISCUSIÓN DE RESULTADOS
CONCLUSIONES
RECOMENDACIÓN
BIBLIOGRAFIA
ANEXOS

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

- 1) Es necesario un efectivo rígido sistema de control, fiscalización y sanción al interior de las Entidades de la Administración Pública ante la contravención de la legislación en materia de la contratación estatal.
- 2) Las deficiencias en el Control Gubernamental relacionado a la correcta administración de los Recursos Públicos con relación a la contratación estatal, hace necesaria la inmediata intervención del órgano regulador en cumplimiento

del control externo para sancionar los actos al interior de las Entidades de la Administración Pública cuando se infrinja la legislación que regula la contratación estatal.

- 3) Es necesaria la efectiva aplicación de las disposiciones sancionadoras al interior de las Entidades conformantes de la Administración Pública frente al abusivo ejercicio de los márgenes de discrecionalidad en la adquisición o contratación de bienes, servicios y obras a fin de evitar las acciones burocráticas u omisivas en la determinación de responsabilidades para los funcionarios o servidores intervinientes en las diferentes etapas de las adquisiciones que va desde la falta o imprecisión de funciones en sus instrumentos de gestión o la propia impunidad.
- 4) Es escasa y en algunos casos nula las acciones por disponer en forma periódica y selectiva exámenes y auditorias especializadas en concordancia con la normativa general y específica aplicable a la contratación estatal que prevean una efectiva determinación de responsabilidades de los funcionarios intervinientes que infrinjan dicha normativa.
- 5) Aun cuando expresamente se declare la infracción a la legislación en materia de contratación estatal, con expresa indicación de la determinación y deslinde de responsabilidades de los funcionarios y servidores intervinientes, tal disposición resulta ser mera expresión lírica con visos de mera formalidad, no evidenciándose una real disposición porque realmente se sancione las infracciones.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Ampliándose la facultad sancionadora al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE para sancionar a los servidores y funcionarios que infrinjan la legislación en materia de contratación estatal que participen en los procesos de selección y contratación se evitará la impunidad administrativa al interior de cada Entidad.

SEGUNDA. La innegable peculiaridad de involucrar al Titular de la Entidad en la probable determinación de responsabilidades de los funcionarios y servidores que infrinjan la legislación en materia de contratación estatal, que en algunos casos disponiendo la corrección ante la infracción advertida, retrotrayendo a la etapa anterior del proceso; omite disponer la determinación de responsabilidades, y, de hacerlo no precisa acciones o medidas que hagan prever la sanción: no estableciendo instancia u órgano encargado, plazo de determinación; o en caso de determinación impone una misma sanción mínima de “amonestación escrita” indiscriminadamente sin advertir gradualidad.

TERCERA. La ampliación de facultades para que sancione administrativamente el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), a servidores y funcionarios intervinientes en los procesos de selección y contratación que infrinjan la legislación en materia de contratación estatal se enmarca dentro del vigente marco constitucional y normativo; toda vez, que dicho ente rector es responsable de verificar el cumplimiento de la normativa de contrataciones con el Estado; quién además, cuenta con facultades expresas para sancionar a proveedores y árbitros, a través del Tribunal de Contrataciones garantizando los principios constitucionales y legales del derecho a la defensa, legalidad y debido procedimiento, en que sustenta todo procedimiento administrativo sancionador.

CUARTA. Contando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, dentro de su estructura con el Tribunal de Contrataciones del Estado cuyas

atribuciones están expresamente señaladas en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada con Decreto Legislativo N° 1017, su reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el Reglamento de Organización y Función (ROF) del OSCE, aprobado con DS N° 009-2006-EF, previendo su facultad sancionadora a proveedores y árbitros, se advierte que cuenta con la capacidad técnica, normativa e institucional para sancionar administrativamente a los servidores y funcionarios que intervengan en los procesos de selección y contratación, que incumplan con las disposiciones establecidas en la normativa de contrataciones estatales.

QUINTA. Adviértase la renuencia en las Entidades de la Administración Pública por informar respecto a la efectiva determinación de responsabilidades por infracción a la legislación en materia de contratación estatal, en su interior, aun ante la expresa declaración de contravención.

RECOMENDACIÓN

Como alternativa de cambio, se formula la siguiente modificación legislativa que prevé la ampliación de la facultad sancionadora del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para que sancione administrativamente a los servidores y funcionarios que participan en los procesos de selección y contratación

infringiendo la legislación en materia de contratación estatal a fin de evitar la impunidad administrativa en la Administración Pública.

PROYECTO DE LEY

“AMPLIACIÓN DE FACULTADES SANCIONADORAS DEL ORGANISMO

SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – OSCE”

Visto:

El proyecto de ley presentado por el Ilustre Colegio de Abogados de la Libertad, suscrito por su decano Dra. Luis Saldaña Ruidias virtud a la facultad de iniciativa legislativa prevista en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú relacionada a la “Ampliación de facultades del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE” para que sancione a los servidores y funcionarios públicos que intervienen en los procesos de selección y contratación estatal a la luz del marco normativo en que tales contrataciones se regulan.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1017 se aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, estableciendo en su artículo 57° que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE es un organismo público especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

Que, los literales “a)”, “e)” y “k” del artículo 58° de la acotada Ley establece que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, tiene como funciones: *“Velar y promover el cumplimiento y difusión de esta ley, su reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias”; Supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que realicen las entidades para proveerse de bienes, servicios u obras”; e, “Imponer sanciones a los proveedores que contravengan las disposiciones de esta ley, su reglamento y normas complementarias, así como los árbitros en los casos previstos en la presente ley”.*

Que, el artículo 46° de la referida Ley establece que los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la presente norma y su Reglamento; en tanto su tercer párrafo señala que “La

evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales a que se refiere el párrafo precedente, es realizada por la más alta autoridad de la entidad, a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismos en sus cargos.

Que, el artículo 3° de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, establece como fines de la función pública el servicio a la nación, de conformidad con la Constitución Política, y la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal.

Que, el artículo 4° del acotado Código de Ética, considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la administración pública en cualquiera de los niveles jerárquicos, sin tener en cuenta el régimen jurídico de la entidad donde presta servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto.

Que, si bien la evaluación del adecuado desempeño de los servidores y funcionarios que participan en los procesos de selección y contratación corresponde al Titular de cada Entidad, que incluye la determinación de responsabilidades y sanciones ante la infracción a la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y demás directivas en sus decisiones discrecionales, se ha evidenciado la innegable peculiaridad que en muchos casos el Titular de la Entidad está inmerso en los resultados de la probable determinación de responsabilidades, disponiendo la corrección ante la infracción advertida, retrotrayendo a la etapa anterior del proceso; pero omitiendo disponer la determinación de responsabilidades, y, de hacerlo no precisa acciones o medidas que hagan prever la sanción: no estableciendo instancia u órgano encargado, plazo de determinación; o en caso de determinación impone una misma sanción mínima de “amonestación escrita” indiscriminadamente sin advertir gradualidad.

Que, no obstante ello, a fin de garantizar la objetiva aplicación de sanciones por infracción de la Ley, su Reglamento y Directivas corresponde ampliar facultades al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, a fin de que sancione administrativamente a los servidores y funcionarios por actos u omisiones infractoras.

Que, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, a través del Tribunal de Contrataciones cuenta con los instrumentos técnicos y normativos para imponer tales sanciones, de conformidad con el Reglamento de organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2009-EF.

Estando a lo expuesto y, de conformidad a la Constitución Política del Estado.

SE RESUELVE:

Artículo Primero: Ampliar la facultad sancionadora para que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, pueda sancionar a los servidores y funcionarios que intervengan en los Procesos de Selección y Contratación Estatal, en consecuencia modifíquese el literal “k” del artículo 58° de la Ley de Contrataciones

del Estado, aprobado con Decreto Legislativo N° 1017, quedando redactado de la siguiente manera:

“k) Imponer sanciones a los proveedores, servidores y funcionarios públicos que intervengan en los procesos de selección y contratación, independientemente del régimen jurídico o laboral que se encuentren, que contravengan las disposiciones de esta ley, su reglamento y normas complementarias, así como los árbitros e los casos previstos en la presente ley.

Artículo Segundo: Incorporar el inciso “d” al artículo 63° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Legislativo N° 1017, con el siguiente contenido:

“d) Aplicar las sanciones administrativas a los servidores y funcionarios que intervengan en los procesos de selección y contratación de bienes, servicios y obras al Interior de la Entidad, cualquiera sea su régimen jurídico o laboral que mantenga, según corresponda para cada caso por actos u omisiones que contravengan a la Ley, su Reglamento y Directivas.

Artículo Tercero: Derogar el artículo 46° y 47° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Legislativo N° 1017 y toda disposición legal que contravenga a lo resuelto.

Artículo Cuarto: Dispóngase para que a través del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en virtud a sus funciones conferidas en el artículo 60° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Legislativo N° 1017, establezca en el plazo de treinta días (30) a partir de la publicación de la presente Ley para que proponga, especificando su gravedad, las sanciones a imponer en virtud a la ampliación de facultades materia de la presente Ley, debiendo además adecuar al procedimiento administrativo sancionador a efecto de procurarse se mantenga estricta sujeción al derecho a la defensa, el debido proceso y legalidad enmarcados dentro de la Constitución Política y demás normatividad aplicable.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LEGISLACIÓN NACIONAL VIGENTE.

Constitución Política del Perú de 1993.

Ley N° 27815: Código de Ética de la Función Pública.

Decreto Legislativo N° 1017: Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto Supremo N° 184-2008-EF: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto Supremo N° 006-2009-EF. Aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

DOCTRINA.

ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. (2003). *Compendio de normas aplicables en las contrataciones del Estado*. Lima. Editores & Impresores Global GRAFIC SAC.

ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. (2004). *Compendio de normas aplicables en las contrataciones del Estado*. Lima. Editores & Impresores Global GRAFIC SAC.

ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. *Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones Adquisiciones del Estado*. Lima. Editores & Impresores FIMART S.A.

CERVANTES ANAYA, Dante A. (2003). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima. Editorial Rodhas.

CORDOVA, J. *La estructura de los procesos de selección*. Lima. Ediciones Caballero Bustamante.

DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. (2009). *Diccionario de gestión Pública*. Lima. Ediciones GRIJLEY.

DIEZ, Manuel María. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires.

DROMI, Roberto. (2005). *Derecho Administrativo*. Lima. Gaceta Jurídica.

ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Tecnos.

GARCÍA ENTERRIA, Eduardo. FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*.

MAX, Weber. (1987). *Economía y Sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica.

MESINAS MONTERO, F. MURO ROJO M. (2010). *Los Recursos Procedimentales en la Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

MORY PRÍNCIPE, Fredy. (2008). *El Procedimiento Administrativo Disciplinario*. Lima. Editorial RODHAS.

NAVAS RONDÓN, Carlos. (2009). *La Potestad Sancionadora en las Contrataciones Públicas*. Lima. Editorial San Marcos E.I.R.L. – Editor.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRTACIONES DEL ESTADO – OSCE. (2013). *Diplomado de Especialización en Contrataciones del Estado*. Trujillo.

PARADA, Ramón. (2004). *Los contratos y la Administración*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

PARADA, Ramón. (2004). *Derecho Administrativo: Parte General*. Madrid. Marcial Pons

POÉMAPE RODRIGUEZ, Raúl; POÉMAPE RODRIGUEZ, Jaime. (1997). *Nueva Constitución Política del Perú Comentada*. Lima. Editorial MUNDI.

RAMIREZ, J. (1990). *Evolución del contrato como ente genérico de derechos*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

RAMIREZ, J. (1990). *Teoría general del contrato administrativo*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

RETAMOZO LINARES, Alberto. (2005). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Lima. Jurista Editores E.I.R.L.

RODRIGUEZ, L. (2005). *La noción del contrato administrativo*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima. Editorial GRIJLEY.

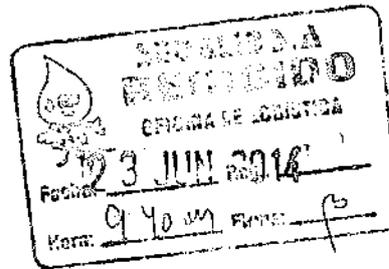
DIRECCIONES ELECTRONICAS.

www.osce.gob.pe; Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

www.seace.gob.pe; Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado.

ANEXOS

Se adjunta los documentos indicados en el Sub Capítulo V: VERIFICACIÓN DE IMPUNIDAD ADMINISTRATIVA ANTE INFRACCIONES DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.



RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 355 -2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Trujillo, 13 de junio de 2014.

VISTO, el Oficio N° 38-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI, y expediente de contratación de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0010-2014-SEDALIB S.A. "Servicio de Asesoría Legal Externa para la Gerencia General y el Directorio de SEDALIB S.A.", y;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Memorando N° 282-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAI de fecha 28.03.2014, la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica remite a la Oficina de Logística los términos de referencia para selección y contratación de persona jurídica para el servicio de asesoría legal externa a la Gerencia General y al Directorio de SEDALIB S.A., ello para sé de cumplimiento al artículo 12° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado.

Que, con Informe N° 346-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG de fecha 11.04.2013, la Oficina de Logística informa a la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica sobre el estudio de posibilidades que ofrece el mercado habiéndose utilizado dos fuentes (cotizaciones y precio histórico del SEACE) y se obtiene un valor referencial de S/. 74 800.00 por ello solicitan que haga llegar su requerimiento con la respectiva aprobación de presupuesto y los términos de referencia.



Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 241-2014-SEDALIB S.A.-40000-GG de fecha 29.04.2014 se aprueba el expediente de contratación a solicitud de la oficina de Logística y para ello adjuntan el Resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado debidamente suscrito por el encargado de licitaciones CPC Ever Regalado Catalán y el Jefe de la Oficina de Logística Ingeniero Carlos Avalos Capristán en el cual se declara existe pluralidad de postores que cumplen con el requerimiento así como también que no existen observaciones al requerimiento.

Que, con fecha 27.05.2014, el Comité Especial de la ADS N° 0010-2014-SEDALIB S.A. otorga la buena pro a favor del postor **ESTUDIO LOZANO, REYNA, CABRERA, VALDEZ & GONZALES U. ABOGADOS S.A.C.**, por el monto total de S/. 74 800.00 incluido I.G.V.; lo que es informado a Gerencia General mediante Informe N° 062-2014-SEDALIB S.A.-ADS N° 0010-2014/COMITÉ ESPECIAL.

Que, con Carta N° 129-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG, recepcionada con fecha 30.05.2014, la Oficina de Logística comunica al postor **ESTUDIO LOZANO, REYNA, CABRERA, VALDEZ & GONZALES U. ABOGADOS S.A.C.**, requiriéndole acompañe la documentación que indica para la firma del contrato; cumpliendo con lo requerido según carta recepcionada con fecha 03.06.2014.



RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 355 -2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Que, con Oficio N° 38-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI, el Órgano de Control Institucional del expediente de contratación no se advierte acción alguna que asegure la existencia en el mercado de profesionales que cuenten con la experiencia mínima en haber asesorado a órganos de la alta dirección de empresas de servicio de saneamiento, así como, no se advierte sustento para que el área usuaria lo exija como requisito.

Que, de conformidad con el Artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo 1017, los procesos de selección se rigen por Principios, entre los cuales se contempla el de Libre Concurrencia y Competencia, según el cual en los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

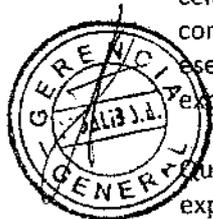
Que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 56 del mencionado cuerpo normativo el Titular de la Entidad puede declarar la nulidad de oficio del proceso de selección hasta antes de la celebración del contrato: a) cuando hayan sido dictados por órgano incompetente b) contravengan las normas legales, c) contengan un imposible jurídico o d) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresarse en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

Que, de lo expuesto por el Órgano de Control Institucional la exigencia del requisito mínimo de experiencia de un año en asesoría a órgano de alta dirección de empresas de saneamiento contraviene el Principio de Libre Concurrencia y Competencia, pues existirían pocos o un solo postor que cumpliría con dicho requisito, por lo que, se ha configurado una causal de nulidad de oficio de los actos emitidos en el presente proceso de selección; por lo que, debe retrotraerse el proceso hasta la etapa de convocatoria, posibilitando con ello la reformulación de los términos de referencia por parte del área usuaria.

Que, según las facultades contenidas en el Reglamento de Organización y Funciones, y conforme a la encargatura de funciones dispuesta por el Directorio en Sesión Extraordinaria N° 597-2014 de fecha 17.03.2014; se **RESUELVE**;

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO DEL PROCESO DE SELECCIÓN ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA N° 0010-2014-SEDALIB S.A. "SERVICIO DE ASESORÍA LEGAL EXTERNA PARA LA GERENCIA GENERAL Y EL DIRECTORIO DE SEDALIB S.A.", EN CONSECUENCIA RETROTRÁIGASE LOS ACTUADOS HASTA LA ETAPA DE CONVOCATORIA.

ARTÍCULO SEGUNDO: DISPÓNGASE EL DESLINDE DE RESPONSABILIDADES a que hubiere lugar respecto de los miembros del Comité Especial, área usuaria, Oficina de Logística o los que correspondan, con cuyo objeto **REMÍTASE** copia fedateada de los actuados a la Sub Gerencia de





Recursos Humanos la misma que deberá elevar el informe que contenga la propuesta de sanciones o las sanciones aplicadas en un plazo máximo de **quince días hábiles**.

ARTÍCULO TERCERO: REMÍTASE los actuados a la Oficina de Logística a fin de que proceda conforme al estado del proceso.


CPC. JUAN PRETEL SVILLANO
GERENTE GENERAL



C.c.
OCI
SGRH
SGAJ
SGA
OLOG

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 362 -2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Trujillo, 16 de junio del 2014

VISTO, la Memorando N° 193-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI de fecha 06.06.2014, Informe N° 541-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG de fecha 06.06.2014 y el Informe N° 186-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ., y;

CONSIDERANDO

Que, mediante Memorando N° 193-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI de fecha 06.06.2014, el Jefe del Órgano de Control Institucional de SEDALIB S.A. precisa que no existe justificación para exigir en los términos de referencia **"carta de distribuidor autorizado emitida por el fabricante y dirigida al comité especial con fecha actual"** toda vez que es contrario a lo establecido en el Pronunciamiento N° 880-2013/DSU en el cual se señala que debe suprimirse dicho requisito toda vez que *el único obligado a cumplir con sus obligaciones en los términos ofertados en el proceso de selección es el contratista, independiente de su calidad de representante, distribuidor, importador, fabricante o dueño de la marca.*

Que, con Informe N° 541-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG de fecha 06.06.2014, el Jefe de la Oficina de Logística solicita al Gerente General (e) la declaración de nulidad de oficio del proceso Adjudicación Directa Selectiva N° 015-2014-SEDALIB S.A. "Adquisición de equipos para operatividad u optimización del sistema de cloración en pozos año 2014"

Que, el segundo párrafo del artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato, cuando los actos dictados: a) provengan de órgano incompetente, b) contravengan normas legales, c) contengan un imposible jurídico; o d) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable;

Que, el penúltimo párrafo del artículo 22° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado otorga al titular de la entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, cuando, debido al incumplimiento de dicha normativa, se configure alguna de las causales antes detalladas, siendo necesario retrotraer el proceso de selección hasta el momento o instantes previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento;

Estando a lo expuesto en el Informe N° 186-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ y a las atribuciones conferidas en el Estatuto de SEDALIB S.A., la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y de conformidad con los considerandos expuestos;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO del Proceso de la Adjudicación Directa Selectiva N° 015-2014-SEDALIB S.A. "Adquisición de equipos para operatividad u optimización del sistema de cloración en pozos año 2014", por la causal de prescindir de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable y contravenir normas legales.

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

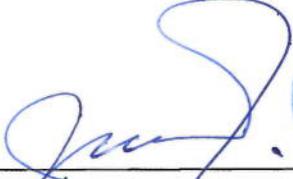
ARTÍCULO SEGUNDO.- RETROTRAER el Proceso de Selección Proceso de la Adjudicación Directa Selectiva N° 015-2014-SEDALIB S.A. "Adquisición de equipos para operatividad u optimización del sistema de cloración en pozos año 2014", a la Etapa de convocatoria.

ARTÍCULO TERCERO.- EXHORTAR al Jefe de la Oficina de Logística a fin de cumpla su función básica de comprobar que las compras de bienes, servicios y obras se realicen con observancia estricta de las normas legales vigentes y a las políticas, a efectos de que pongan mayor celo en el desempeño de sus funciones.

ARTÍCULO CUARTO.- DEVOLVER al Comité Especial a cargo del Proceso de la Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. "Selección y contratación de empresa para la adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos", para que proceda conforme a sus funciones y competencias y en estricta observancia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

ARTÍCULO QUINTO.- DISPONER que a través de la Sub Gerencia de Recursos Humanos, se determine la existencia o no de falta administrativa y de ser el caso, para que proceda conforme a sus funciones y competencias y en estricta observancia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE



CPC. JUAN PRETEL SEVILLANO
GERENTE GENERAL (e)

Cc, Archivo, Directorio, Comité, SGAJ, GAF, OLOG, OCI, Expediente



"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 386 -2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Trujillo, 30 de junio del 2014

VISTO, el Oficio N° 041-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI, el Informe N° 079-2014-SEDALIB S.A.-COMITÉ ESPECIAL-ADS 012-2014 de fecha 24.06.2014 y el Informe N° 210-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ., y;

CONSIDERANDO

Que, mediante Oficio N° 041-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI de fecha 24.06.2014, el Órgano de Control Institucional comunica riesgos en el presente proceso de selección de acuerdo al siguiente detalle: a) No advierte especialidad en la conformación del comité especial, b) Falta información relevante relacionadas con el desarrollo del estudio, c) Los requerimientos técnicos mínimos no revelan la especialidad del proyecto y d) Los criterios de evaluación son incongruentes con lo señalado en la normatividad vigente;

Que, el Comité especial mediante Informe N° 079-2014-SEDALIB S.A.-COMITÉ ESPECIAL-ADS 012-2014 de fecha 26.06.2014 informa al gerente general que es un estudio de perfil, y que el presidente del comité especial cuenta es Ingeniero sanitario colegiado y experiencia en el objeto de la convocatoria; asimismo señala que no es un servicio de consultoría de obra que corresponde a estudios definitivos o a supervisión de obra.

Que, si bien es cierto el objeto de la presente convocatoria no es un servicio de consultoría de obra sin embargo, en los términos de referencia se debió calificar y evaluar la experiencia similar acreditada en la elaboración de perfil y prefactibilidad referentes al Diseño hidráulico sanitario de plantas de tratamiento ello en concordancia con los principios de eficiencia y vigencia tecnológica y no la Instalación, rehabilitación y/o mejoramiento de agua potable que no es objeto de la convocatoria;

Que, el segundo párrafo del artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato, cuando los actos dictados: a) provengan de órgano incompetente, b) contravengan normas legales, c) contengan un imposible jurídico; o d) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable;

Que, el penúltimo párrafo del artículo 22° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado otorga al titular de la entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, cuando, debido al incumplimiento de dicha normativa, se configure alguna de las causales antes detalladas, siendo necesario retrotraer el proceso de selección hasta el momento o instantes previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento;

Estando a lo expuesto en el Informe N° 210-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ y a las atribuciones conferidas en el Estatuto de SEDALIB S.A., la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y de conformidad con los considerandos expuestos;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO del Proceso de la "Contratación del servicio de consultor para el diseño perfil técnico hidráulico sanitario – Planta de tratamiento de agua potable - El Milagro - Trujillo", por la causal de prescindir de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable y contravenir normas legales.

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

ARTÍCULO SEGUNDO.- RETROTRAER el Proceso de Selección Proceso de la "Contratación del servicio de consultor para el diseño perfil técnico hidráulico sanitario – Planta de tratamiento de agua potable - El Milagro - Trujillo", a la Etapa de convocatoria

ARTÍCULO TERCERO.- DEVOLVER al Comité Especial a cargo del Proceso de la "Contratación del servicio de consultor para el diseño perfil técnico hidráulico sanitario – Planta de tratamiento de agua potable - El Milagro - Trujillo", para que proceda conforme a sus funciones y competencias y en estricta observancia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

ARTÍCULO CUARTO.- DISPONER que a través de la Sub Gerencia de Recursos Humanos, se determine la existencia o no de falta administrativa y de ser el caso, la consecuente responsabilidad de quienes resulten responsables.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE



CPC. JUAN PRETEL SEVILLANO
GERENTE GENERAL (E)

Cc, Archivo, Directorio, Comité, SGAJ, GAF, OLOG, OCI, Expediente



“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 068-2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Trujillo, 10 de febrero del 2014

VISTO, el Informe N° 018-2013-SEDALIB S.A.-ADP N° 0009-2013/COMITÉ ESPECIAL de fecha 07.02.2014 emitido por el Comité Especial del Proceso de Selección Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. “SELECCIÓN Y CONTRATACION DE EMPRESA PARA LA ADQUISICIÓN DE UNA SOLUCIÓN INTEGRAL DE INFRAESTRUCTURA DE DATOS”, y;

CONSIDERANDO

Que, mediante Resolución N° 194-2014-TC-S3 de fecha 05.02.2014, la Tercera Sala resuelve declarar la nulidad de la Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. para la “Adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos”, debiendo dejarse sin efecto el otorgamiento de Buena pro a favor de la empresa FG GROUP IT S.A.C.; y retrotraer hasta la etapa de absolución de consultas y/o observaciones, a fin de que el Comité Especial considere los aspectos señalados en el numeral 2, y considere en su oportunidad, lo señalado en los numerales 3 y de la presente resolución;

Que, con Informe N° 018-2013-SEDALIB S.A.-ADP N° 0009-2013/COMITÉ ESPECIAL de fecha 07.02.2014 emitido por el Comité Especial del Proceso de Selección Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. “SELECCIÓN Y CONTRATACION DE EMPRESA PARA LA ADQUISICIÓN DE UNA SOLUCIÓN INTEGRAL DE INFRAESTRUCTURA DE DATOS”, y solicitan se declare la nulidad del proceso de selección CP N° ADP N° 0009-2013 retro trayéndolo a la etapa de absolución de consulta;

Que, el artículo 28° de la Ley de Contrataciones del Estado concordado con el artículo 54° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF establece que a través de las consultas los participantes podrán solicitar la aclaración de cualquier de los extremos de las Bases, o plantear solicitudes respecto de ellas, asimismo las respuestas a las consultas deberán ser fundamentadas y sustentadas y se comunicarán de manera oportuna y simultánea, a todos los participantes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE);

Que, el segundo párrafo del artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato, cuando los actos dictados: a) provengan de órgano incompetente, b) contravengan normas legales, c) contengan un imposible jurídico; o d) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable;

Que, el penúltimo párrafo del artículo 22° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado otorga al titular de la entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, cuando, debido al incumplimiento de dicha normativa, se configure alguna de las causales antes detalladas, siendo necesario retrotraer el proceso de selección hasta el momento o instantes previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento;

Estando a las atribuciones conferidas en el Estatuto de SEDALIB S.A., la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y de conformidad con los considerandos expuestos;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO del Proceso de Selección ADP N° 0009-2013 –SEDALIB S.A. y “SELECCIÓN Y CONTRATACION DE EMPRESA PARA LA ADQUISICIÓN DE UNA SOLUCIÓN

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

INTEGRAL DE INFRAESTRUCTURA DE DATOS”, por la causal prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable.

ARTÍCULO SEGUNDO.- RETROTRAER el Proceso de Selección Concurso Público Adjudicación Directa Pública – ADP N° 0009-2013 –SEDALIB S.A. y “SELECCIÓN Y CONTRATACION DE EMPRESA PARA LA ADQUISICIÓN DE UNA SOLUCIÓN INTEGRAL DE INFRAESTRUCTURA DE DATOS”, a la Etapa de Absolución de Consultas y/o observaciones.

ARTÍCULO TERCERO.- EXHORTAR a los Miembros del Comité Especial a cargo del Proceso de Selección Adjudicación Directa Pública – ADP N° 0009-2013 –SEDALIB S.A. y “SELECCIÓN Y CONTRATACION DE EMPRESA PARA LA ADQUISICIÓN DE UNA SOLUCIÓN INTEGRAL DE INFRAESTRUCTURA DE DATOS”, a efectos de que pongan mayor celo en el desempeño de sus funciones.

ARTÍCULO CUARTO.- DEVOLVER al Comité Especial a cargo del Proceso de Selección Adjudicación Directa Pública – ADP N° 0009-2013 –SEDALIB S.A. y “SELECCIÓN Y CONTRATACION DE EMPRESA PARA LA ADQUISICIÓN DE UNA SOLUCIÓN INTEGRAL DE INFRAESTRUCTURA DE DATOS” para que proceda conforme a sus funciones y competencias y en estricta observancia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

ARTÍCULO QUINTO.- DISPONER que a través de la Sub Gerencia de Recursos Humanos, se determine la existencia o no de falta administrativa y de ser el caso, la consecuente responsabilidad de los miembros del Comité Especial a cargo del Proceso de Selección Adjudicación Directa Pública – ADP N° 0009-2013 –SEDALIB S.A. y “SELECCIÓN Y CONTRATACION DE EMPRESA PARA LA ADQUISICIÓN DE UNA SOLUCIÓN INTEGRAL DE INFRAESTRUCTURA DE DATOS” para que proceda conforme a sus funciones y competencias y en estricta observancia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

ARTÍCULO SEXTO.- DISPONER la comunicación al Órgano de Control Institucional sobre la actuación del Comité Especial de acuerdo a la Resolución N° 194-2014-TC-S3.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE

MBA. CARLOS HUGO LUNA RIOJA
GERENTE GENERAL

Cc, Archivo, Comité, SGAJ, GAF, OLOG, OCI



RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 445 -2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Trujillo, 13 de agosto de 2014.

VISTO, el Oficio N° 054-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI, y expediente de contratación de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0030-2014-SEDALIB S.A. "Selección y Contratación de Empresa para Supervisión de la obra: Mejoramiento de las Cámaras de Aguas Servidas y Línea de Impulsión de Aguas Servidas de Víctor Larco – Trujillo", y;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Memorando N° 358-2014-SEDALIB S.A.-44000-SGPO, de fecha 10.07.2014, la Sub Gerencia de Proyectos y Obras solicita la contratación de un profesional y/o empresa para la supervisión de la obra "Mejoramiento de las Cámaras de Aguas Servidas y Línea de Impulsión de Aguas Servidas de Víctor Larco – Trujillo"; estableciéndose en los términos de referencia un plazo de ejecución de: 19 días en la ejecución de obra, y 01 mes en la liquidación de obra.

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 420-2014-SEDALIB S.A.-40000-G.G., de fecha 15.07.2014, se aprueban las bases del proceso **Adjudicación de Menor Cuantía N° 0030-2014-SEDALIB S.A. "Selección y Contratación de Empresa para Supervisión de la obra: Mejoramiento de las Cámaras de Aguas Servidas y Línea de Impulsión de Aguas Servidas de Víctor Larco – Trujillo"**

Que, con fecha 24.07.2014 se suscribe el acta de otorgamiento de Buena Pro del proceso de selección antes mencionado, señalando que: "se otorga la Buena Pro al postor: **CONSORCIO CAMARAS** (Conformado por **LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ MALCA** y **EDWIN GUSTAVO ANGULO SANTILLÁN**" por el importe de **S/. 35 408.14** incluido IGV.

Que, con Oficio N° 054-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI, el Órgano de Control Institucional comunica la existencia de riesgos tales como:

1. Con informe N° 749-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG del 06 de agosto de 2014, la Oficina de Logística informa que no existe adendas y/o documentos que hayan modificado los alcances de la contratación de la ejecución de la obra "Mejoramiento de las Cámaras de Aguas Servidas y Línea de Impulsión de Aguas Servidas de Víctor Larco – Trujillo", (dentro de éstos el plazo de su ejecución); por consiguiente y estando a que su plazo de ejecución venció el pasado 27 de julio de 2014; se estaría por contratar la supervisión para la ejecución de obra cuyo plazo de ejecución ha culminado.
2. De considerarse y sustentarse la necesidad de contar con la supervisión de la obra, el objeto y sus respectivas prestaciones (costos para la Empresa) deben ajustarse a lo estrictamente necesario y en relación al tramo y plazo de culminación que falte para su culminación.

8-25

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 445 -2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

3. Es pertinente dejar constancia, que del expediente de contratación de la AMC N° 0030-2014 I Convocatoria, el OCI no advierte que la cotización alcanzada por Ing. Rolando Saldaña Capuñay 8FS 0008) no está suscrita (firmada); del mismo modo no se aprecia documento con el que las propuestas del postor adjudicatario de la bueno pro haya entregado sus propuestas.

Que, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 56 la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo 1017 el Titular de la Entidad puede declarar la nulidad de oficio del proceso de selección hasta antes de la celebración del contrato: a) cuando hayan sido dictados por órgano incompetente b) contravengan las normas legales, c) contengan un imposible jurídico o d) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

Que, el Artículo 12° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF establece (...) Para realizar el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, debe emplearse, como mínimo, dos (2) fuentes, pudiendo emplearse las siguientes: presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria, incluyendo fabricantes, cuando corresponda; portales y/o páginas Web, catálogos, precios históricos, estructuras de costos, la información de procesos con buena pro consentida publicada en el SEACE, entre otros, según corresponda al objeto de la contratación y sus características particulares debiendo verificarse que la información obtenida en cada fuente corresponda a contrataciones iguales o similares a la requerida. En caso exista la imposibilidad de emplear más de una fuente, en el estudio deberá sustentarse dicha situación.

Que, de la revisión del expediente de contratación se aprecia de folios 000008 a 000014 que, se han empleado dos fuentes: a) cotizaciones y precios históricos. Respecto del primero se indica que se ha considerado la llevada a cabo por parte de don Rolando Saldaña Capuñay; sin embargo, no verifica que dicho documento haya sido recepcionado (tampoco se verifica documento o correo electrónico de envío) y menos aún que aquel haya sido suscrito por quien se refiere como su emisor.

Que, en ese contexto, no teniendo dicho documento la calidad que se le atribuyó (la de una cotización), se debe tener por no válida para efectos de ser valorada como una fuente en la elaboración del estudio de posibilidades, esto es, por lo que, únicamente se puede otorgar validez a la fuente de precios históricos, no obrando en el expediente justificación para el uso de una única fuente; de lo que se entiende que se ha vulnerado lo dispuesto en el Artículo 12° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; por lo que, se ha configurado la causal de nulidad de oficio de los actos emitidos en el presente proceso de selección contemplada en el inciso b) del Artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017.

Que, en ese sentido, debe retrotraerse el proceso hasta la etapa de convocatoria, posibilitando con ello la evaluación por parte del área usuaria de lo expuesto por el Órgano de Control Institucional en los puntos 1 y 2 del Oficio N° 054-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI.

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 445 -2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Que, según las facultades contenidas en el Reglamento de Organización y Funciones, y conforme a la encargatura de funciones dispuesta por el Directorio en Sesión Extraordinaria N° 597-2014 de fecha 17.03.2014; se **RESUELVE**;

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO del Proceso de Selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 0030-2014-SEDALIB S.A. – I Convocatoria “Selección y Contratación de Empresa para Supervisión de la Obra: Mejoramiento de las Cámaras de Aguas Servidas y Línea de Impulsión de Aguas Servidas de Víctor Larco – Trujillo; hasta la etapa de convocatoria.

ARTÍCULO SEGUNDO: DISPÓNGASE EL DESLINDE DE RESPONSABILIDADES a que hubiere lugar, con cuyo objeto **REMÍTASE** copia fedateada de los actuados a la **Sub Gerencia de Recursos Humanos** la misma que deberá elevar el informe que contenga la propuesta de sanciones o las sanciones aplicadas o la absolución en un plazo máximo de **quince días hábiles**.

ARTÍCULO TERCERO: DEVUÉLVASE los actuados a la Oficina de Logística a fin de que proceda conforme al estado del proceso.


CPC. JUAN PRETEL SEVILLANO
GERENTE GENERAL (e)

C.c.
OCI
SGPO
SGRH
SGAJ
SGA
OLOG



"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N°338 -2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Trujillo, 30 de mayo del 2014

VISTO, la Resolución N° 1165-2014-TC-S1 de fecha 23.05.2014, el Informe N° 063-2014-SEDALIB S.A.-ADP N° 009-2013/COMITÉ ESPECIAL de fecha 29.05.2014 del Proceso de Selección Adjudicación Directa Pública "Selección y contratación de empresa para la adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos" y el Informe N° 160-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ., y;

CONSIDERANDO

Que, mediante Resolución N° 1165-2014-TC-S1 de fecha 23 de mayo del 2014 emitida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa TECNOTEL S.R.L: contra el otorgamiento de la Buena pro de la Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. en la que resuelven declarar la nulidad del proceso de selección debiendo retrotraerse hasta la etapa de integración de bases, a fin de éstas puedan implementar todas las precisiones y modificaciones señaladas en el respectivo Pliego Absolutorio de consultas y/u observaciones, de acuerdo a los fundamentos de la presente resolución y comunicar al Órgano de Control Institucional de la entidad para que adopte las medidas que estime pertinente;

Que, con Informe N° 063-2014-SEDALIB S.A.-ADP N° 009-2013/COMITÉ ESPECIAL de fecha 29.05.2014 del Proceso de Selección Adjudicación Directa Pública "Selección y contratación de empresa para la adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos" y solicitan se declare la nulidad del proceso de selección Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. retrotrayéndolo a la etapa de integración de bases;

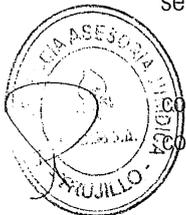
Que, el segundo párrafo del artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato, cuando los actos dictados: a) provengan de órgano incompetente, b) contravengan normas legales, c) contengan un imposible jurídico; o d) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable;

Que, el penúltimo párrafo del artículo 22° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado otorga al titular de la entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, cuando, debido al incumplimiento de dicha normativa, se configure alguna de las causales antes detalladas, siendo necesario retrotraer el proceso de selección hasta el momento o instantes previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento;

Estando a lo expuesto en el Informe N° 160-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ y a las atribuciones conferidas en el Estatuto de SEDALIB S.A., la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y de conformidad con los considerandos expuestos;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO del Proceso de la Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. "Selección y contratación de empresa para la adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos", por la causal de prescindir de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable y contravenir normas legales.





SEDALIB S.A.

SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTELLADO DE LA LIBERTAD
RUC: 13191131

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

ARTÍCULO SEGUNDO.- RETROTRAER el Proceso de Selección Proceso de la Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. "Selección y contratación de empresa para la adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos", a la Etapa de integración de bases.

ARTÍCULO TERCERO.- EXHORTAR a los Miembros del Comité Especial a cargo del Proceso de la Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. "Selección y contratación de empresa para la adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos", a efectos de que pongan mayor celo en el desempeño de sus funciones.

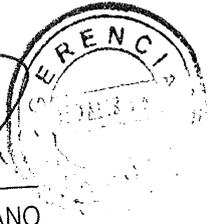
ARTÍCULO CUARTO.- DEVOLVER al Comité Especial a cargo del Proceso de la Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. "Selección y contratación de empresa para la adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos", para que proceda conforme a sus funciones y competencias y en estricta observancia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

ARTÍCULO QUINTO.- DISPONER que a través de la Sub Gerencia de Recursos Humanos, se determine la existencia o no de falta administrativa y de ser el caso, la consecuente responsabilidad de los miembros del Comité Especial a cargo del Proceso de la Adjudicación Directa Pública N° 009-2013-SEDALIB S.A. "Selección y contratación de empresa para la adquisición de una solución integral de Infraestructura de datos" para que proceda conforme a sus funciones y competencias y en estricta observancia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

ARTÍCULO SEXTO.- COMUNICAR al Órgano de control Institucional la presente Resolución y la Resolución N° 1165-2014-TC-S1 para que, en uso de sus atribuciones, efectúe las acciones que estime pertinentes, en cuanto a la indebida integración de las Bases que ha generado un retraso en la presente contratación.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE


CPC. JUAN PRETEL SEVILLANO
GERENTE GENERAL (E)



Cc, Archivo, Comité, SGAJ, GAF, OLOG, OCI, Expediente



"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 396-2014-SEDALIB S.A.-40000-GG

Trujillo, 02 de julio del 2014

VISTO, el Oficio N° 043-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI, el Informe N° 625-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG de fecha 24.06.2014 y el Informe N° 215-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ., y;

CONSIDERANDO

Que, con fecha 23.10.2013, la Sub Gerencia de Proyectos y Obras remite el Requerimiento N° 2013004081 con disponibilidad presupuestal y presupuesto analítico para el servicio de Consultoría de obra para la supervisión de la ejecución de la obra: Mejoramiento de las cámaras de aguas servidas y de líneas de impulsión de aguas servidas de Víctor Larco – Trujillo" a la oficina de Logística a fin de que realice todos los actos previos para su aprobación del expediente y se realice el proceso de selección; el proceso es convocado el 28.11.2013 a través del SEACE denominado Adjudicación Directa Pública N° 011-2013-SEDALIB S.A. por el monto de S/. 200, 800.60 Nuevos Soles quedando desierto el 13.12.2013 y siendo informado por el presidente del Comité Especial a la Gerencia General el 17.12.2013 mediante Informe N° 099-2013-SEDALIB S.A.-ADP N° 011-2013/Comité especial;



Que, mediante Memorando 446-2013-SEDALIB S.A.-44000-SGPO de fecha 19.12.2013, la Sub Gerencia de Proyectos y obras informa a la Oficina de Logística que es necesario realizar con urgencia la convocatoria del asunto adjuntando para ello copia simple del Requerimiento N° 2013004081 con disponibilidad presupuestal y presupuesto analítico para el servicio de Consultoría de obra para la supervisión de la ejecución de la obra: Mejoramiento de las cámaras de aguas servidas y de líneas de impulsión de aguas servidas de Víctor Larco – Trujillo" a la oficina de Logística a fin de que realice todos los actos previos para su aprobación del expediente y se realice el proceso de selección, el proceso es convocado el 23.12.2013 a través del SEACE denominada Adjudicación de Menor Cuantía derivada N° 046-2013-SEDALIB S.A.; en el presente proceso derivado se presentaron observaciones a las bases de acuerdo al cronograma establecido, éstas fueron absueltas por el Comité Especial en los plazos legales establecidos; sin embargo estas fueron elevadas al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, quien emite pronunciamiento en los plazos legales N° 110-2014/DSU de fecha 03.02.2014. El Comité especial integra las bases y las publica el 11.02.2013; celebrándose el acto de presentación de propuestas; sin embargo mediante Oficio N° P 240-2014/DSU-PAA de 19.02.2014 solicita la correcta integración de las bases;



Que, al haber transcurrido el plazo, la Sub Gerencia de Obras y Proyectos mediante Informe N° 039-2014-SEDALIB S.A.-44000-SGPO con fecha 24.02.2014 informa la Gerente General con copia a Logística la necesidad de cancelar el proceso debido a que el plazo de ejecución del servicio de consultoría e obra de supervisión se ha visto reducido, esta reducción superaba el 25% permitido por ley por la que la consecuencia sería un perjuicio económico para la entidad;

Que, el Comité especial a través de su presidente, Ingeniero Oscar Delgado Vásquez solicito en reiteradas ocasiones al Gerente General con copia a la Oficina de Logística la postergación del Proceso de Selección a fin de que la entidad no se viera perjudicada con mayores gastos y perjuicios económicos como es de advertirse en los Informes N° 06, 07, 08, 09, 10-2014-SEDALIB S.A.-AMC 0046-2013- I CONV./COMITÉ

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

ESPECIAL de fechas 25.02.2014, 26.02.2014, 28.02.2014, 05.03.2014 respectivamente; ello debido a que en calidad de área usuaria ya había observado el valor referencial del servicio de consultoría de obra de supervisión;

Que, mediante Memorando N° 218-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ de fecha 07.03.2014, la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica avala la observación realizada por el área usuaria respecto al valor referencial y recomienda que en calidad de presidente de comité especial reitere la observación de acuerdo a sus competencias reguladas en el artículo 31° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado asimismo concluye que obligatoriamente la ejecución de la obra "Mejoramiento de las cámaras de aguas servidas y de líneas de impulsión de aguas servidas de Víctor Larco – Trujillo" debe contar con supervisión de acuerdo al normativa de contrataciones en concordancia con las normas presupuestales;

Que, asimismo, mediante Resolución de Gerencia General N° 160-2014-SEDALIB S.A.-40000-GG de fecha 17.03.2014 se declara la nulidad de oficio del Adjudicación de Menor Cuantía derivada N° 046-2013-SEDALIB S.A. hasta la integración de bases;

Que, reiterando el perjuicio económico, el Presidente del Comité especial de fecha 28.03.2014 reitera la solicitud de cancelación del proceso de selección por el valor referencial que esta supra valorado ya que el plazo del servicio ha disminuido considerablemente asimismo remite un nuevo requerimiento N° 2014001299 por otro valor referencial en calidad de Sub Gerente de Proyectos y obras **por el monto de S/. 69, 261.28 Nuevos Soles;**



Que, con Informe N° 88-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ de fecha 11.04.2013 de la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica y con copia a la oficina de Logística y a la Sub Gerencia de Proyectos y Obras se concluye que no se puede cancelar el proceso de selección, que el obligatorio la presencia de supervisor y que estando a lo emitido por la Sub Gerencia de Obras en el numeral 3 de los antecedentes del presente informe se proceda a una modificación del plan Anual de contrataciones, determinación del nuevo valor referencial y finalmente aprobación de expediente de contratación;

Que, con Informe N° 348-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG de fecha 11.04.2014, la Oficina de Logística recomienda al Comité especial que debe ser el área usuaria quien debe remitir los nuevos términos de referencia a fin de aprobar el expediente de contratación; inobservando los documentos antes descritos en que tanto área usuaria como comité especial y la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica solo variaban el valor referencial debido al tiempo del servicio;



Que, con Informe N° 104-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ de fecha 28.04.2013 de la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica remite informe y con copia a la oficina de Logística reitera opinión legal en la cual concluye estando a lo emitido por la Sub Gerencia de Obras en el numeral 3 de los antecedentes del presente informe y el informe legal precitado se debe **"requerir que se apruebe el expediente de contrataciones con el nuevo valor referencial y realizar las modificaciones del plan Anual de Contrataciones a fin de modificar el tipo de proceso por la cuantía, la continuación del proceso actual con el actual monto acarrearía responsabilidad administrativa funcional de acuerdo a las normas de Contraloría General de la República"**

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

y la no contratación del servicio de supervisión contraviene las normas antes expuestas (presupuestales y de contrataciones);

Que, con Memorando N° 194-2014-SEDALIB S.A.-44000-SGPO de fecha 29.04.2014, la Sub Gerencia de Proyectos y Obras remite a la Oficina de Logística el nuevo presupuesto de supervisión y que los términos de referencia del documento remitido el 26.03.2014 (señalado en el numeral 7 de los antecedentes del presente informe);

Que, con Informe N° 409-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG de fecha 30.04.2014, la Oficina de Logística remite a Gerencia General con copia a Sub Gerencia de Proyectos y obras que ya se estaba iniciando el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, al elaborar el estudio de mercado se inobserva la estructura de costos de elaborada por el área usuaria, alcanzado un estudio de mercado debidamente suscrito por el Jefe de Logística por un monto mayor;

Que, con Resolución de Gerencia General N° 317-2014-SEDALIB S.A.-40000-GG de fecha 20.05.2014 se declara la nulidad de oficio del Adjudicación de Menor Cuantía derivada N° 046-2013-SEDALIB S.A. hasta la convocatoria a fin de que se apruebe el expediente de contratación con el nuevo valor referencial distinto al elaborado por el área usuaria;

Que, mediante Proceso de Selección Adjudicación Directa Selectiva N° 018-2014-SEDALIB S.A. se convoca el servicio de consultoría de obra para la supervisión de la ejecución de obra Mejoramiento de las cámaras de aguas servidas y de líneas de impulsión de aguas servidas de Víctor Larco – Trujillo", dando como resultado el otorgamiento de buena pro y quedando consentida el 27.06.2014;

Que, mediante Memorando N° 324-2014-SEDALIB S.A.-44000-SGPO de fecha 25.05.2014, el Sub Gerente de Obras recomienda reajustar el nuevo monto contractual en función de la nueva fecha de firma de contrato adicionalmente considerar un mes de liquidación;

Que, con Oficio N° 043-2014-SEDALIB S.A.-30000-OCI de fecha 27.06.2014, el Órgano de Control Institucional comunica los riesgos del presente proceso de selección de acuerdo al siguiente detalle: a) La entidad a través del área usuaria, comité especial y el órgano encargado de contrataciones no han actuado de manera oportuna para viabilizar el proceso de selección para la contratación de la supervisión, incumpliendo la normatividad vigente; b) La sub gerencia de Proyectos y obras, el comité especial y el órgano de contrataciones no han actualizado el costo del valor referencial para la contratación de la supervisión generando un alto riesgo de contratar por un monto que no corresponde, c) El órgano de contrataciones no ha cautelado que el expediente de contratación consigne lo actuado en el proceso, incumpliendo la normatividad vigente; d) El órgano encargado de las contrataciones no ha advertido que el valor referencial ha sido modificado, generando el riesgo que el proceso sea declarado nulo y e) El comité especial ha consignado en las bases, factores de evaluación que incumplen con lo señalado en la normatividad vigente;

Que, con Informe N° 625-2014-SEDALIB S.A.-60200-OLOG de fecha 01.07.2014, la Oficina de Logística informa a la Sub Gerencia de Asesoría Jurídica que ante la disparidad del presupuesto propuesto por el área usuaria en su Requerimiento N° 2014001299 y el Memorando N° 194-2014-SEDALIB S.A.-44000-SGPO se puede evidenciar un error en el monto presupuestado para la determinación del valor referencial, más aun si a la fecha el área usuaria solicita un reajuste por lo expuesto se indica que en el presente proceso se ha



“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

transgredido la normatividad vigente al no tomar el presupuesto de supervisión presentado por el área usuaria por ello solicita que se declare la nulidad de oficio del Proceso de Selección Adjudicación Directa Selectiva N° 018-2014-SEDALIB S.A.;

Que, el artículo 13° del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala que **el valor referencial es el monto determinado por el órgano encargado de las contrataciones**, de acuerdo a lo establecido en el artículo 27° de la ley, asimismo en el caso de consultorías de obras debe detallarse, en condiciones competitivas en el mercado, los honorarios de personal propuesto, incluyendo gastos generales y la utilidad, de acuerdo a los **plazos** y características definidos en los términos de referencia del servicio requerido de acuerdo al artículo 14° del mismo dispositivo legal;

Que, el órgano de contrataciones ha inobservado el plazo del servicio así como la estructura de costos elaborada por el área usuaria, por un monto mayor, lo que contraviene a la normativa antes citada;

Que, el segundo párrafo del artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato, cuando los actos dictados: a) provengan de órgano incompetente, b) contravengan normas legales, c) contengan un imposible jurídico; o d) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable;

Que, el penúltimo párrafo del artículo 22° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado otorga al titular de la entidad la potestad de declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, cuando, debido al incumplimiento de dicha normativa, se configure alguna de las causales antes detalladas, siendo necesario retrotraer el proceso de selección hasta el momento o instantes previo al acto, etapa o fase en la que se produjo el incumplimiento;

Estando a lo expuesto en el Informe N° 215-2014-SEDALIB S.A.-41000-SGAJ y a las atribuciones conferidas en el Estatuto de SEDALIB S.A., la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y de conformidad con los considerandos expuestos;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO del Proceso Adjudicación Directa Selectiva N° 018-2014-SEDALIB S.A. se convoca el servicio de consultoría de obra para la supervisión de la ejecución de obra Mejoramiento de las cámaras de aguas servidas y de líneas de impulsión de aguas servidas de Víctor Larco – Trujillo”, por la causal de prescindir de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable y contravenir normas legales.

ARTÍCULO SEGUNDO.- RETROTRAER el Proceso de Selección Proceso Adjudicación Directa Selectiva N° 018-2014-SEDALIB S.A. se convoca el servicio de consultoría de obra para la supervisión de la ejecución de obra Mejoramiento de las cámaras de aguas servidas y de líneas de impulsión de aguas servidas de Víctor Larco – Trujillo”, a la Etapa de convocatoria

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

ARTÍCULO TERCERO.- DEVOLVER al Comité Especial a cargo del Proceso Adjudicación Directa Selectiva N° 018-2014-SEDALIB S.A. se convoca el servicio de consultoría de obra para la supervisión de la ejecución de obra Mejoramiento de las cámaras de aguas servidas y de líneas de impulsión de aguas servidas de Víctor Larco – Trujillo", para que proceda conforme a sus funciones y competencias y en estricta observancia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

ARTÍCULO CUARTO.- DISPONER que a través de la Sub Gerencia de Recursos Humanos, se determine la existencia o no de falta administrativa y de ser el caso, la consecuente responsabilidad de quienes resulten responsables.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE



CPC. JUAN PRETEL SEVILLANO
GERENTE GENERAL (E)

Cc, Archivo, Directorio, Comité, SGAJ, GAF, OLOG, OCI, Expediente

