

ACTA DEL COMITÉ DE APELACIÓN

Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Técnicas 01-2020-DSE-Osinergmin

El Comité de Apelación designado con Resolución de Gerencia General N° 86-2020-OS/GG del 9 de octubre de 2020, se reúne en la sede de Osinergmin el día de hoy 30 de octubre de 2020 a las 09:00 horas, convocados por su Presidente Titular, Fidel Edgard Amésquita Cubillas, para desarrollar el tema considerado en la siguiente agenda:

1. Atención al Expediente SIGED N° **202000153036** mediante el cual el Comité de Selección remite el Memorándum N° 004-2020-CSES/DSE del 23 de octubre de 2020, en el cual solicita se evalúe si correspondería una eventual nulidad al Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Técnicas 01-2020-DSE-Osinergmin.

Acto seguido se procedió a desarrollar la agenda con la presencia de los miembros del Comité de Apelación:

1. Presidente Titular: Fidel Edgard Amésquita Cubillas, representante de la Gerencia General.
2. Miembro Titular: Daniel Andrés Del Carpio Arellano, representante de la Gerencia de Asesoría Jurídica.
3. Miembro Titular: Violeta Mercedes Rodríguez Arce, representante de Logística.

DESARROLLO DE LA AGENDA:

I. Antecedentes

1. El 4 de octubre de 2020, se publicó la convocatoria del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Técnicas N° 01-2020-DSE-Osinergmin (en adelante el proceso de selección).

En dicha oportunidad, el Comité de Selección publicó los siguientes documentos: i) el aviso de convocatoria, ii) las bases del proceso de selección y iii) los documentos denominados Anexos y "Formatos editables", los cuales forman parte de las bases.

2. Con fecha 16 de octubre de 2020, el Comité de Selección absolvió las consultas efectuadas a las bases del proceso de selección. Asimismo, el Comité de Selección publicó las bases integradas.
3. Mediante Memorándum N° 004-2020-CSES/DSE del 23 de octubre de 2020, el Comité de Selección indica que ha observado que algunos aspectos del pliego absolutorio que dieron lugar a las bases integradas, podrían no estar de acuerdo con lo establecido en la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras N° 037-2016-OS-CD y sus modificatorias (en adelante, La Directiva), conforme a lo siguiente:

- 3.1 En el numeral 2.2 del pliego se consulta lo siguiente:

Confirmar la validez de la conformación de un consorcio entre una persona natural que cuenta con la experiencia específica indicada en el perfil de la ETS y una empresa jurídica que solo cuente con la experiencia en cualquier actividad en el sector eléctrico.

Dicha consulta fue absuelta de la siguiente manera:

El consorcio puede estar conformado por personas naturales con negocio y/o jurídicas y la experiencia en la actividad y la experiencia específica será evaluada según los documentos de sustento establecidos en las Bases.

Al respecto, el literal b) del numeral 5.2 de La Directiva dice:

“... Las empresas supervisoras técnicas pueden estar conformadas por consorcios integrados por personas naturales o jurídicas, siendo todos los involucrados responsables solidarios ante Osinergmin frente a cualquier acción u omisión que constituya un incumplimiento o genere algún tipo de responsabilidad”

Se advierte que la respuesta a la consulta podría no estar de acuerdo con La Directiva, por cuanto se ha indicado que los consorcios pueden estar conformados por personas naturales con negocio, excluyéndose a las personas naturales y su correspondiente evaluación.

3.2 En el numeral 5.9 del pliego se consulta lo siguiente:

*En el literal a.7 del numeral 2.8.2. ANEXOS (PROPUESTA TÉCNICO – ECONÓMICA) (pag. 10) de las bases, se indica lo siguiente: **Los tiempos de experiencia se consideran cronológicamente, por lo que no cabe la contabilización de tiempos de experiencia superpuestos.***

En el caso de los consorcios, estos pueden estar conformados por personas naturales, que, como tales, pudieron haber brindado servicios a un mismo cliente, en el mismo período de tiempo, para ejecutar el mismo objeto materia de un contrato, pero cada una con su propio contrato y su respectiva conformidad por los servicios prestados; y que para este concurso, se presentan en consorcio para ejecutar el objeto materia de esta convocatoria, aportando cada uno su experiencia y su monto facturado correspondiente. Según lo indicado en las bases, para la contabilización de los tiempos de experiencia del consorcio, en este caso, estos se podrían considerar superpuestos.

¿En este caso, cuál sería la razón para que aparentemente, no se contabilicen los tiempos de experiencia de los consorciados, asumiendo que los tiempos son superpuestos?

¿Se solicita aclarar si este caso entra dentro de lo indicado en las bases? En caso sea así, se solicita sea debidamente sustentado.

*Por otro lado, según el formato del anexo 8, para este caso en particular descrito, los datos ingresados en cada fila serían los mismos, llegando a variar en algunos casos solo el monto del contrato. **Se recomienda que, para el caso de los consorcios, se evalúe agregar una columna indicando el nombre del consorciado que aporta con su experiencia.***

Dicha consulta fue absuelta de la siguiente manera:

El considerar el tiempo de experiencia en la actividad o especialidad, está vinculado al concepto de antigüedad desarrollando o prestando algún servicio. Dicha antigüedad, a su vez está vinculada al expertis o pericia materia de su contratación; por lo que la superposición de tiempos no hace que los consorciados sumen mayor antigüedad en el desarrollo de las actividades consideradas para valorar la experiencia en la actividad o especialidad.

Al respecto, el numeral 18.6 de La Directiva señala lo siguiente:

(...)

18.6 La evaluación de los factores técnicos incluye obligatoriamente la experiencia del postor, que se califica considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo de hasta ocho (8) años a la fecha de presentación de propuestas, por un monto acumulado de hasta tres (3) veces el valor referencial de la contratación. Se acredita mediante contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente con un máximo de veinte (20) servicios prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado. Cuando el postor sea un consorcio, solo se considera la experiencia de aquellos integrantes del consorcio que ejecutan conjuntamente el objeto materia de la

convocatoria según la promesa formal de consorcio.

Sobre este punto, se advierte que podría no estar de acuerdo con La Directiva, ya que ésta solo considera la evaluación obligatoria de montos facturados, y no contempla la superposición o no de tiempos en su evaluación. Adicionalmente, cabe señalar que la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD tampoco hace referencia a la superposición de tiempo en la evaluación.

3.3 En el numeral 5.11 del pliego se consulta lo siguiente:

En el numeral 2.10.1 EVALUACIÓN DE REQUISITOS Y PROPUESTA TÉCNICA,

De la evaluación de la Propuesta Técnica, se indica que, la evaluación del Cumplimiento del Servicio se evalúa para un número máximo de 10 servicios/contratos.

*Se entiende que, al indicarse que el número máximo de servicios para evaluar el Cumplimiento de Servicio no puede ser mayor a 10, el valor de NC en la formula no puede ser mayor a 10; sin embargo, si el N° de contrataciones presentadas para acreditar la experiencia del postor (NC) es mayor a 10 pero menor o igual a 20 (según lo requerido para evaluar la Experiencia en la Actividad), **Consulta: ¿es correcto afirmar que, el postor seleccionará del total de los servicios/contratos presentados para la evaluación del cumplimiento de la Actividad, 10 servicios y sus respectivas constancias, de los cuales CBC será igual al número de servicios prestados sin penalidad?***

Del Cumplimiento del Servicio.-

Se evalúa en función al número de certificados o constancias que acrediten que el servicio se efectuó sin que se haya incurrido en penalidades, no pudiendo ser mayor de diez (10) servicios. Tales certificados o constancias deben referirse a los servicios que se presentaron para acreditar la experiencia del postor en la actividad objeto de la convocatoria:

$$PCP = (PF \times CBC)/NC$$

Donde:

PCP = Puntaje a otorgarse al postor

PF = Puntaje máximo al postor (conforme a lo establecido en los criterios para cada ítem)

NC = N° de contrataciones presentadas para acreditar experiencia del postor

CBC = N° de constancias de servicios prestados sin penalidad

Para el CBC sólo se considera constancias o certificados que expresamente indiquen que la prestación del contrato o servicio fue realizada sin penalidad. Si un contrato/servicio tiene varias constancias, se cuentan como una sola constancia.

Para el CBC se indica que, si un contrato/servicio tiene varias constancias, se cuentan como una sola constancia. Consulta: Si este fuera el caso, ¿se debe presentar una sola constancia o todas las constancias asociadas a ese contrato/servicio?

Dicha consulta fue absuelta de la siguiente manera: Para los ítems 1, 2 y 3:

- Cuando para acreditar el Factor de Evaluación Experiencia en la Actividad se presentan hasta 10 servicios:

NC = N° de servicios presentados para acreditar experiencia en la actividad
CBC = N° de servicios llevados a cabo sin incurrir en penalidades (acreditado por sus

constancias de conformidad). Si un contrato/servicio tiene varias constancias, se cuentan como una sola constancia.

- Cuando para acreditar el Factor de Evaluación Experiencia en la Actividad se presentan más de 10 servicios:

NC = 10 (*)

CBC = N° de servicios llevados a cabo sin incurrir en penalidades (acreditado por sus constancias de conformidad). Si un contrato/servicio tiene varias constancias, se cuentan como una sola constancia.

(*) Nota: El Participante deberá indicar CLARAMENTE los servicios que se validarán para efectos de acreditar el presente factor evaluación. Si el Participante NO indicase los servicios que desee le sean validados, el Comité de Selección considerará los 10 primeros servicios (acreditado por sus constancias de conformidad) indicados en el Anexo 8°.

Al respecto, se advierte que podría no estar de acuerdo con lo indicado en el citado literal a) del numeral 18.7 de La Directiva, por cuanto en ella esta evaluación tendría el criterio de tomar los 10 primeros servicios, tengan o no conformidad, luego se seleccionaría los servicios que tienen constancia de conformidad sin penalidad, lo cual constituye el CBC, en tanto que con lo señalado en la respuesta se estaría asegurando el puntaje máximo a todos los postores que les aplique este supuesto, con lo cual no se cumpliría el objetivo de esta evaluación.

3.4 En el numeral 8.13 del pliego se consultó lo siguiente:

Sírvase indicar:

- a) ¿Para sustentar la experiencia de empresa, se puede presentar facturas de un servicio sin presentar el contrato, aunque éste servicio haya sido parte de un contrato?*
- b) ¿De haber tenido un contrato, necesariamente tengo que presentar el contrato y su constancia?, sírvase sustentar su respuesta.*

Dicha consulta se absolvió de la siguiente manera:

- a) Es correcta la afirmación, tener presente que la cancelación debe acreditarse documental y fehacientemente (voucher de depósito, nota de abono, reporte de estado de cuenta o cualquier otro documento emitido por Entidad del sistema financiero que acredite el abono o mediante cancelación en el mismo comprobante de pago).*
- b) De haber tenido un contrato, así como su constancia no está obligado a presentarlo. El participante puede presentar la documentación que crea pertinente, la validez de la misma para efectos de acreditar criterios mínimos o factores de evaluación estará ceñida a lo establecido en las Bases.*

Al respecto, el numeral 18.6 de La Directiva dice:

“La evaluación de los factores técnicos incluye obligatoriamente la experiencia del postor, que se califica considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo de hasta ocho (8) años a la fecha de presentación de propuestas, por un monto acumulado de hasta tres (3) veces el valor referencial de la contratación. Se acredita mediante contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente con un máximo de veinte (20) servicios prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado”

Se advierte que la absolución de la consulta podría no estar de acuerdo con el numeral 18.6 de La Directiva, al considerar la siguiente acreditación: i) contratos y su

respectiva conformidad, o ii) comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, siendo la correcta acreditación: i) contratos y su respectiva conformidad, o ii) contratos y sus respectivos comprobantes de pago, toda vez que tanto los contratos como las conformidades están asociadas a un contrato. Además, el/los comprobantes(s) de pago no necesariamente indican el objeto del servicio efectuado en su descripción, dado que la facturación considerada en la actividad, según los términos de referencia, es la del sector eléctrico, lo cual no se verificaría con la absolución brindada.

Por todo lo expuesto en párrafos precedente, el Comité ha considerado poner en conocimiento del Comité de Apelación lo antes mencionado, a fin de que se evalúe si correspondería una eventual nulidad.

II. Competencia del Comité de Apelación

1. El proceso de selección, se llevó a cabo bajo los alcances de La Directiva, por lo que tal disposición legal resulta aplicable.
2. De acuerdo a lo establecido en el numeral 8.1 del artículo 8 de La Directiva, el Comité de Apelación tiene a su cargo la resolución de los recursos de apelación interpuestos contra los actos del Comité de Selección; así como declarar la nulidad de oficio de los actos del Comité de Selección según lo establecido en la presente Directiva.
3. Al respecto, cabe señalar que el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la LPAG, norma aplicable al presente caso¹, establece las siguientes causales de nulidad:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. **La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.**
2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
3. *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.*
4. *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma”. (El resaltado es agregado nuestro).*

4. De lo anterior, se advierte que el Comité de Apelación cuenta con facultades para declarar la nulidad de oficio de los actos del Comité de Selección, cuando se advierta que los mismos fueron emitidos en contravención de lo dispuesto en La Directiva.
5. En tal sentido, de corroborarse un vicio que acarrea la nulidad del proceso de selección, al haberse realizado en contravención de las disposiciones de La Directiva, el Comité de Apelación se encuentra facultado para declarar la nulidad de oficio del mismo, ello en

¹ Cabe indicar que el numeral 1 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG establece:

Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

atención de lo dispuesto en el numeral 8.1 del artículo 8 de La Directiva y en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG.

III. Análisis

1. El artículo 2 de La Directiva establece que las disposiciones de la misma son de obligatorio cumplimiento para los interesados en participar en los procesos de selección de Empresas Supervisoras que Osinergmin convoca, para las Empresas Supervisoras que contraten con Osinergmin; así como para el personal de Osinergmin que, en ejercicio de sus labores, participa en la selección y contratación de empresas supervisoras o en la supervisión de la ejecución contractual.
2. Asimismo, el artículo 4 de La Directiva, señala que los principios de acción establecidos en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, los principios recogidos en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, inspiran el desarrollo de los procesos de selección de empresas supervisoras y la ejecución de prestaciones derivadas de los contratos de supervisión, en lo que resulten de aplicación.
3. De igual modo, cabe indicar que la Primera Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que la Ley y su Reglamento son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.
4. Ahora bien, conforme lo establece el artículo 16 de la Directiva, a través de las consultas, los interesados podrán solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las Bases, las cuales serán absueltas por parte del Comité de Selección y se incorporan a las Bases quedando éstas integradas, constituyendo las reglas definitivas del proceso de selección.

Teniendo en cuenta lo anterior, al momento de efectuar la absolución de consultas, el comité de selección deberá considerar lo establecido en la Directiva y en la normativa de contratación pública, la cual se aplica de manera supletoria. Asimismo, cabe indicar que, cualquier contravención a los referidos dispositivos constituiría una causal de nulidad conforme lo establece el artículo 10 del TUO de la LPAG anteriormente detallado.

5. Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando lo señalado por el Comité de Selección, corresponderá verificar si, la absolución de consultas a las bases, efectuada por el referido órgano colegiado, se realizó en cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Directiva y en la normativa de contratación pública.
6. Con relación al numeral 3.1 del punto 3 de los “Antecedentes” del presente documento, corresponde verificar si la siguiente absolución de consulta vulnera el literal b)² del numeral 5.2 del artículo 5 del Título II de La Directiva:

“El consorcio puede estar conformado por personas naturales con negocio y/o

² Artículo 5.- Clasificación de Empresas Supervisoras

“(…)

Las empresas supervisoras técnicas pueden estar conformadas por consorcios integrados por personas naturales o jurídicas, siendo todos los involucrados responsables solidarios ante Osinergmin frente a cualquier acción u omisión que constituya un incumplimiento o genere algún tipo de responsabilidad”

jurídicas y la experiencia en la actividad y la experiencia específica será evaluada según los documentos de sustento establecidos en las Bases.”

Al respecto, debemos indicar que el literal b) del numeral 5.2 del artículo 5 del Título II de La Directiva debe ser interpretado en forma integral con el numerales 3.3³ y 3.7⁴ del artículo 3 del Título I de La Directiva. En ese sentido, se desprende de dichos numerales que un Postor puede ser un persona jurídica o persona natural con negocio, y por ende una Empresa Supervisora es una persona jurídica o persona natural con negocio que suscribe un contrato de supervisión con Osinergmin.

En consecuencia, un Consorcio puede estar conformado por una persona jurídica y/o persona natural con negocio. Es decir, la referida absolución de consulta no vulnera el literal b) del numeral 5.2 del artículo 5 del Título II de La Directiva; toda vez que el Comité de Selección, al absolver la consulta, indicó que un Consorcio puede estar integrado por una persona jurídica y/o persona natural con negocio. Por ello, no se advierte vicio de nulidad sobre este punto.

7. Con relación al numeral 3.2 del punto 3 de los “Antecedentes” del presente documento, corresponde verificar si la siguiente absolución de consulta contraviene el numeral 18.6 del artículo 18 del Título IV de La Directiva:

“El considerar el tiempo de experiencia en la actividad o especialidad, está vinculado al concepto de antigüedad desarrollando o prestando algún servicio. Dicha antigüedad, a su vez está vinculada al expertis o pericia materia de su contratación; por lo que la superposición de tiempos no hace que los consorciados sumen mayor antigüedad en el desarrollo de las actividades consideradas para valorar la experiencia en la actividad o especialidad.”

Conforme se aprecia de lo anterior, la absolución realizada por el comité de selección hace referencia a que la experiencia en la actividad o especialidad del postor, se encuentra vinculada con el tiempo de antigüedad desarrollando o prestando el servicio; es decir, se hace referencia a una experiencia del postor adquirida por el transcurso del tiempo.

Al respecto, cabe indicar que el numeral 18.6 del artículo 18 del Título IV de La Directiva establece lo siguiente:

“Artículo 18.- Evaluación de Propuestas

(...)

18.6 La evaluación de los factores técnicos incluye obligatoriamente la experiencia del postor, que se califica considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo de hasta ocho (8) años a la fecha de presentación de propuestas, por un monto acumulado de hasta tres (3) veces el valor referencial de la contratación. Se acredita mediante contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente con un máximo de veinte (20) servicios prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado. Cuando el postor sea un consorcio, solo se considera la experiencia de

³ Artículo 3.- Definiciones

(...)

3.3 Empresas Supervisoras. - Personas jurídicas o personas naturales con negocio que suscriben con Osinergmin contratos de supervisión.

(...)

⁴ Artículo 3.- Definiciones

(...)

3.7 Postor.- Persona jurídica o personal natural con negocio inscrita en el Registro de Participantes y que presenta su propuesta en un proceso de selección para la contratación de una empresa supervisora.

aquellos integrantes del consorcio que ejecutan conjuntamente el objeto materia de la convocatoria según la promesa formal de consorcio.”

Asimismo, cabe indicar que la OPINIÓN N° 208-2018/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, de fecha 20 de diciembre de 2018, indica lo siguiente:

*“(…) en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la experiencia del postor se mide en función a **la facturación que éste tenga respecto de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria**, la cual se acredita mediante copia simple de contratos u órdenes de compra con su respectiva conformidad, o con comprobantes pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente mediante los documentos que se hayan indicado en las Bases del procedimiento de selección”.*

A su vez, la OPINIÓN N° 211-2017/DTN de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, de fecha 26 de septiembre de 2017, señala lo siguiente:

“(…)

*3.2 No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, **los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación** (la negrita es nuestra)”.*

De lo anterior, se advierte que, al absolverse la consulta referida en el numeral 3.2 del punto 3 de los “Antecedentes” de la presente acta, el Comité de Selección debió precisar que la experiencia del postor se acredita en atención al monto facturado y no por el tiempo o antigüedad en la prestación del servicio, conforme lo establece la Directiva y lo señalan las opiniones antes mencionadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que, en el presente caso, existe una contravención al numeral 18.6 del artículo 18 de La Directiva, configurándose un vicio de nulidad, y ello trae como consecuencia que se tenga que reformular el requisito mínimo de la experiencia del postor en la actividad y especialidad considerando que la experiencia del postor se acredita en función al monto facturado y no a la antigüedad o tiempo de experiencia que éste tenga.

8. Con relación al numeral 3.3 del punto 3 de los “Antecedentes” del presente documento, corresponde verificar si la siguiente absolución de consulta contraviene el literal a) del numeral 18.7 del artículo 18 del Título IV de La Directiva:

“Dicha consulta fue absuelta de la siguiente manera: Para los ítems 1, 2 y 3:

- *Cuando para acreditar el Factor de Evaluación Experiencia en la Actividad se presentan hasta 10 servicios:
NC = N° de servicios presentados para acreditar experiencia en la actividad CBC = N° de servicios llevados a cabo sin incurrir en penalidades (acreditado por sus constancias de conformidad). Si un contrato/servicio tiene varias constancias, se cuentan como una sola constancia.*
- *Cuando para acreditar el Factor de Evaluación Experiencia en la Actividad se presentan más de 10 servicios:
NC = 10 (*)*

CBC = N° de servicios llevados a cabo sin incurrir en penalidades (acreditado por sus constancias de conformidad). Si un contrato/servicio tiene varias constancias, se cuentan como una sola constancia.

() Nota: El Participante deberá indicar CLARAMENTE los servicios que se validarán para efectos de acreditar el presente factor evaluación. Si el Participante NO indicase los servicios que desee le sean validados, el Comité de Selección considerará los 10 primeros servicios (acreditado por sus constancias de conformidad) indicados en el Anexo 8°”.*

Al respecto, cabe indicar que el literal a) del numeral 18.7 del artículo 18 del Título IV de La Directiva, establece lo siguiente:

“a) Cumplimiento del servicio: Se evalúa en función al número de certificados o constancias que acrediten que el servicio se efectuó sin que se haya incurrido en penalidades, no pudiendo ser mayor de diez (10) servicios. Tales certificados o constancias deben referirse a los servicios que se presentaron para acreditar la experiencia del postor en la actividad objeto de la convocatoria. Se aplica la siguiente fórmula:

$$PCP = \frac{PF * CBC}{NC}$$

PCP= Puntaje a otorgarse al postor

PF= Puntaje máximo al postor.

NC= Número de contrataciones presentadas para acreditar la experiencia del postor

CBC= Número de constancias de servicios presentados sin penalidades”.

Conforme se aprecia de lo anterior, la Directiva no hace referencia alguna referida a que para el factor técnico “Cumplimiento del Servicio” se deba considerar los diez (10) primeros servicios, tengan o no conformidad, y que luego se seleccionaría los servicios que tienen constancia de conformidad sin penalidad.

En ese sentido, considerando que de conformidad con el numeral 18.6 del artículo 18 del Título IV de la Directiva para acreditar el factor técnico “Experiencia del postor” se pueden presentar un máximo de veinte (20) servicios, y el factor técnico “Cumplimiento del Servicio” sólo considera un máximo de diez (10) certificados o constancias que acrediten que el servicio se realizó sin penalidad; a través de la mencionada absolucón de consulta, al existir un vacío en el referido numeral 18.6 respecto de un tema no descrito en La Directiva, el Comité de Selección precisó que en el caso que se presentara para acreditar el factor técnico “Experiencia del postor” más de diez (10) servicios, es el participante quien debe indicar claramente los servicios que se validarán para acreditar el factor técnico “Cumplimiento del servicio” y sólo en caso que el participante no lo señale, el Comité de Selección considerará los diez (10) primeros servicios (acreditados con sus constancias de conformidad).

Por lo expuesto, en el presente numeral 6, no se advierte vicio de nulidad respecto de la absolucón de la consulta señalada en el numeral 3.3 del punto 3 de los “Antecedentes” de la presente acta.

9. Con relación al numeral 3.4 del punto 3 de los “Antecedentes” del presente documento, corresponde verificar si la siguiente absolucón de consulta contraviene el numeral 18.6 del artículo 18 del Título IV de La Directiva.

“Sírvasse indicar:

- c) ¿Para sustentar la experiencia de empresa, se puede presentar facturas de un*

servicio sin presentar el contrato, aunque éste servicio haya sido parte de un contrato?

d) ¿De haber tenido un contrato, necesariamente tengo que presentar el contrato y su constancia?, sírvase sustentar su respuesta.

Dicha consulta se absolvió de la siguiente manera:

- c) Es *correcta* la afirmación, tener presente que la cancelación debe acreditarse documental y fehacientemente (voucher de depósito, nota de abono, reporte de estado de cuenta o cualquier otro documento emitido por Entidad del sistema financiero que acredite el abono o mediante cancelación en el mismo comprobante de pago).
- d) De haber tenido un contrato, así como su constancia no está obligado a *presentarlo*. El participante puede presentar la documentación que crea pertinente, la validez de la misma para efectos de acreditar criterios mínimos o factores de evaluación estará ceñida a lo establecido en las Bases.”

Al respecto, debemos indicar que a la consulta del literal c), el Comité de Selección indicó que, si no se contara con un contrato, es posible acreditar con facturas cuya cancelación deberá acreditarse documental y fehacientemente (voucher de depósito, nota de abono, reporte de estado de cuenta o cualquier otro documento emitido por Entidad del sistema financiero que acredite el abono o mediante cancelación en el mismo comprobante de pago). Ello es correcto y no contraviene el numeral 18.6 del artículo 18 del Título IV de La Directiva, el cual señala lo siguiente:

*“18.6 La evaluación de los factores técnicos incluye obligatoriamente la experiencia del postor, que se califica considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo de hasta ocho (8) años a la fecha de presentación de propuestas, por un monto acumulado de hasta tres (3) veces el valor referencial de la contratación. Se acredita **mediante contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada** (la negrita y subrayado es nuestro) o mediante **comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente** (la negrita y subrayado es nuestro) con un máximo de veinte (20) servicios prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado”*

De otro lado, con relación a la consulta d), el Comité de Selección respondió que de haber tenido un contrato, así como, su constancia no está obligado a presentarlo, precisando que el participante puede presentar la documentación que crea pertinente, la validez de la misma para efectos de acreditar criterios mínimos o factores de evaluación estará ceñida a lo establecido en las Bases.

Al respecto, debemos indicar que la respuesta a la consulta d) es ambigua, dado que el Comité de Selección estaría dando a entender que es posible acreditar el factor técnico “Experiencia del postor” con un contrato sin tener que presentar la constancia de conformidad. A su vez, adicionalmente, menciona que hay que ceñirse a las Bases⁵, donde se señala que en el caso que

⁵ 2.10.1 EVALUACIÓN DE REQUISITOS Y PROPUESTA TÉCNICA

(...)

De la evaluación de la Propuesta Técnica

Experiencia en la Actividad.- Se califica considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un período de hasta ocho (8) años a la fecha de presentación de propuestas. Se verifica en función de la documentación presentada: **copia de los contratos y su respectiva conformidad de la prestación efectuada** (la negrita y subrayado es nuestro) o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente (voucher de depósito, nota de abono, reporte de estado de cuenta o cualquier otro documento emitido por Entidad del sistema financiero que acredite el abono o mediante cancelación en el mismo comprobante de pago5)

se acredite la experiencia en la actividad con un contrato se debe presentar su respectiva conformidad. Por ello, dicha respuesta contraviene el principio de transparencia⁶ establecido en el literal c) del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como, el numeral 18.6 del artículo 18 del Título IV de La Directiva.

Por lo expuesto, se advierte que, la absolución de la consulta d) indicada en el numeral 3.4 del punto 3 de los “Antecedentes” de la presente acta, constituye un vicio de nulidad.

10. Conforme se advierte de lo expuesto, se ha detectado vicios de nulidad en la absolución de las consultas de las bases; toda vez que se advierte la contravención de las disposiciones contenidas en la Directiva, así como la vulnerabilidad del principio de transparencia.

Ahora bien, cabe indicar que, con ocasión de la revisión de las bases efectuadas en atención a los posibles vicios de nulidad en la absolución de consultas comunicadas por el Comité de Selección, este Comité de Apelación advirtió además que el segundo párrafo del literal a.7 del numeral 2.8.2. “ANEXOS (PROPUESTA TÉCNICO – ECONÓMICA)” del punto 2.8 del Capítulo II de la Sección General de las Bases Integradas, contraviene el numeral 18.6 del artículo 18 del Título IV de La Directiva, al considerar que la experiencia del postor en la actividad y especialidad sea acreditada en atención al tiempo de antigüedad en la prestación del servicio y no por monto facturado.

Asimismo, se ha detectado que en el CAPÍTULO II: ALCANCE DEL SERVICIO Y PERFIL DE LAS EMPRESAS SUPERVISORAS TÉCNICAS de los Términos de Referencia de las citadas Bases (Sección Específica), para los Ítems 1, 2, 3 y 4, se ha establecido dentro del Perfil de las Empresas Supervisoras Técnicas, la experiencia en la actividad y la específica del postor con el criterio de tiempo en años; contraviniéndose lo establecido en el numeral 18.6 del artículo 18 del Título IV de La Directiva.

De igual modo, cabe indicar que, dichas contravenciones al numeral 18.6 del artículo 18 de la Directiva formaron parte de las bases primigenias del proceso de selección, advirtiéndose por lo tanto vicios que acarrear la nulidad de las mismas y que deben ser corregidas a efectos de sanear el proceso de selección a fin que el mismo se desarrolle en cumplimiento con lo establecido en la Directiva y en la normativa de contratación pública de manera supletoria y en lo que resulte aplicable.

11. Teniendo en cuenta lo anterior, si bien de acuerdo al numeral 7.7 del artículo 7 de La Directiva, el Comité de Selección es autónomo en la organización, conducción y ejecución de los actos realizados durante sus labores, debe tenerse presente que, dichas actuaciones deben enmarcarse en el marco legal establecido por la Directiva y la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en lo que resulte pertinente.
12. En ese sentido, si bien el Comité de Selección cuenta con autonomía para actuar de manera discrecional durante el desarrollo del proceso de selección, dicha facultad no puede contravenir la normativa vigente aplicable ni vulnerar los principios que rigen el proceso de selección; por lo que, un proceder contrario a lo anterior podría acarrear vicios pasibles de nulidad del proceso de selección, con la responsabilidad que ello conlleva.

y que corresponda a un máximo de veinte (20) servicios prestados a uno o más clientes sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado.

⁶ Artículo 2. Principios que rigen las contrataciones

(...)

c) Transparencia. Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores (...)

13. Es necesario señalar que la nulidad de oficio es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa. Eso implica que la anulación del acto puede encontrarse motivada en la propia acción positiva u omisiva, de la administración o de los propios participantes del procedimiento, siempre que dicha acción afecte la decisión final tomada por la administración.
14. El legislador establece los supuestos de gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la nulidad absoluta que, de este modo queda convertida en algo excepcional. Ello obedece a que, en principio, todos los actos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren causales expresamente previstas por el legislador; siendo necesario que al declarar la nulidad se apliquen ciertas garantías, tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.
15. Al respecto, el numeral 8.1 del artículo 8 de La Directiva establece que el Comité de Apelación tiene a su cargo la resolución de los recursos de apelación interpuestos contra los actos del Comité de Selección; así como declarar la nulidad de oficio de los actos del Comité de Selección según lo establecido en la presente Directiva.
16. Teniendo en cuenta lo anterior, de los argumentos esgrimidos, se advierte que, en el presente caso, existe vicios trascendentes no siendo materia de conservación de los actos, toda vez que contraviene las disposiciones contenidas en la Directiva.
17. Asimismo, los vicios detectados vulneran el principio de transparencia consagrado en el literal c) del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, según el cual las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. A su vez, los vicios detectados vulneran el principio de legalidad, consagrado en el numeral 1.1 del punto 1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, según el cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
18. En consecuencia, el Comité de Apelación concluye que, de conformidad con lo establecido en el numeral 8.1 del artículo 8 de la Directiva, concordante con el artículo 10 del TUO de la LPAG, corresponde declarar la nulidad de oficio del proceso de selección, debiendo retrotraerse el mismo hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases a fin que las mismas se elaboren acatando las disposiciones contenidas en la Directiva y, de manera supletoria, en la normativa de contratación pública, en lo que resulte aplicable.

Por las consideraciones expuestas, el Comité de Apelación por unanimidad, acordó lo siguiente:

1. **Declarar la Nulidad de Oficio** del proceso de selección, al haberse advertido la contravención de la normativa aplicable y la vulneración de los principios de transparencia y de legalidad, retro trayéndose el proceso de selección a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases a fin que las mismas se elaboren acatando las disposiciones contenidas en la Directiva y, de manera supletoria, en la normativa de contratación pública, en lo que resulte aplicable, según lo indicado en la presente acta.

2. **Disponer** que la presente Acta se publique en el portal institucional de Osinergmin, dentro de las actuaciones seguidas en el marco del proceso de selección.
3. **Remitir copia** de la presente declaración de nulidad a la Secretaría Técnica de los Órganos Instructores del Procedimiento Administrativo Disciplinario de Osinergmin, para los fines pertinentes; conforme lo dispuesto en el numeral 11.3 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

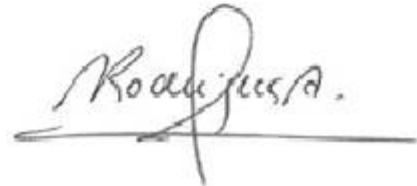
Siendo las 10:00 horas, los miembros del Comité de Apelación suscriben la presente acta en señal de conformidad a su contenido y actos descritos.



Representante
Gerencia de Asesoría
Jurídica
Miembro Titular
**Daniel Andrés
Del Carpio Arellano**



Representante
Gerencia General
Presidente
**Fidel Edgard
Amésquita Cubillas**



Representante
Unidad de Logística
Miembro Titular
**Violeta Mercedes
Rodríguez Arce**