

ACTA DEL COMITÉ DE APELACIÓN

Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 008-2022-Osinergmin-DSR-Ítem 1

El Comité de Apelación designado con Resolución de Gerencia General N° 92-2022-OS/GG del 1 de agosto de 2022, se reúne el día 5 de setiembre de 2022 a las 15:00 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° 202200122109 mediante el cual el Comité de Selección remite, entre otros documentos, el Informe Técnico N° 1725-2022-OS/DSR suscrito el 05 de agosto de 2022, donde se elevó todos los actuados del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 008-2022-Osinergmin-DSR-ITEM N° 1, ante un posible vicio de nulidad, dado que la Declaración Jurada (Anexo N° 3) suscrita con fecha 26 de mayo de 2022 por el Ing. Eli Velásquez Pera, documento presentado en la propuesta técnica (folio 147) de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. es inexacta.

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 19 de mayo de 2022, se publicó en la página web de Osinergmin la convocatoria del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 008-2022-Osinergmin-DSR (en adelante, el proceso de selección) cuyo objeto es la *contratación de nueve (09) Empresas Supervisoras Técnicas Persona Jurídica, que brinden servicio de fiscalización en las Oficinas Regionales de Ica, Arequipa, Moquegua, Tacna, Lambayeque, Piura, Tumbes, Amazonas, Loreto, San Martín, Cajamarca, Áncash, La Libertad, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco, Junín, Pasco, Ucayali, Lima Norte y Lima Sur, así como las supervisiones especiales vinculadas al Subsector Electricidad encargadas por Osinergmin: Ítem N° 1 - Fiscalización de la Comercialización y Distribución Eléctrica Oficinas Regionales: Ica, Arequipa, Moquegua y Tacna.*

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 "Formatos editables", los cuales forman parte de las Bases.

2. Conforme al cronograma establecido para el proceso de selección, con fecha 03 de junio de 2022, la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. presentó su propuesta.
3. Con fecha 17 de junio de 2022, mediante Acta N° 05 - "Acta de Designación y Publicación de Resultados", el Comité de Selección admitió, evaluó y designo como ganador del Ítem 01, a la empresa HP CONSULTANTS S.A.C.

4. Con fecha 22 de junio de 2022, el Comité de Selección tomó conocimiento que el Ing. Eli Velásquez Pera, identificado con DNI N° 32962278 (personal propuesto por la empresa HP CONSULTANTS S.A.C.) cuenta con Contrato Administrativo de Servicios (CAS) vigente con Osinergmin.
5. Con fecha 23 de junio de 2022, mediante el Informe N° 1297-2022-OS/DSR, el Comité de Selección remitió a la Gerencia de Administración y Finanzas y a la Gerencia de Recursos Humanos, la propuesta de la referida empresa (incluyendo la correspondiente Declaración Jurada - Anexo N° 3 del referido profesional propuesto por la empresa HP CONSULTANTS S.A.C.), a fin de que se efectúe la inmediata fiscalización de dicha Declaración Jurada.
6. Mediante correo electrónico de fecha 07 de julio del 2022, la Unidad Logística solicitó a la Gerencia de Recursos Humanos, confirmar si el Sr. Eli Velásquez Pera, profesional propuesto por la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. labora en Osinergmin y bajo qué modalidad.
7. Mediante correo electrónico de fecha 07 de julio del 2022, la Gerencia de Recursos Humanos confirmó que el mencionado profesional laboró en Osinergmin desde el 4 de junio de 2018 hasta el 30 de junio del 2022 bajo la modalidad de Contrato Administrativo de Servicios (CAS), con el cargo de Analista Técnico en la Secretaría Técnica de Órganos Resolutivos del Osinergmin.
8. Mediante el Informe N° GAF/ALOG-226-2022 de fecha 12 de julio del 2022, la Unidad de Logística comunicó a la Gerencia de Administración y Finanzas lo siguiente:

“Respecto a lo informado por la Gerencia de Recursos Humanos, el Sr. Eli Velásquez Pera, contaba con Contrato Administrativo de Servicios (CAS) con Osinergmin al 30 de junio del 2022. Por lo que, la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. ganadora del ítem 1 del Proceso de Selección N°008-2022-Osinergmin-DSR, ha presentado como personal en su oferta técnica al Sr. Elí Velásquez Pera, quien ha brindado información inexacta en su Declaración Jurada de No tener impedimentos, incompatibilidades y Prohibiciones (Anexo N° 3) de fecha 26 de mayo de 2022, ya que a la fecha de la firma de la referida Declaración Jurada, el Sr. Elí Velásquez Pera contaba con Contrato Administrativo de Servicios (CAS) vigente con Osinergmin; por lo que se encontraba impedida de contratar con Osinergmin.”

“Conforme se ha descrito en los antecedentes, se confirma que el profesional propuesto por la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. durante el Proceso de Selección N°008-2022-Osinergmin-DSR para el ítem 1, el Sr. Eli Velásquez Pera, ha proporcionado información inexacta en el Anexo N° 3 Declaración Jurada de no tener impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones, al contar con Contrato Administrativo de Servicios (CAS) vigente con Osinergmin al momento de presentar el mencionado Anexo N°3; lo cual implicaría la vulneración del principio de Integridad que rige las contrataciones públicas, el cual se encuentra establecido en el literal j) 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, y transgredido además el numeral 4 del artículo 67 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.”

9. Mediante el Memorándum N° GAF/ALOG -641-2022 de fecha 14 de julio del 2022, la Unidad de Logística comunicó que la Declaración Jurada (Anexo N° 3) suscrita con fecha 26 de mayo de 2022 por el Ing. Eli Velásquez Pera, documento presentado en la propuesta técnica (folio 147) de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. (postor adjudicado en el Ítem 1 del proceso de selección), es inexacta, y por ello dicha empresa ha vulnerado el principio de integridad previsto en el literal j) 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, y ha transgredido además el numeral 4 del artículo 67 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
10. Mediante el Oficio N° 1262-2022-OS-GAF/ALOG, de fecha 18 de julio de 2022, la Unidad de Logística solicitó sus descargos a la empresa HP CONSULTANTS S.A.C., respecto de la referida Declaración Jurada, toda vez que Ing. Eli Velásquez Pera laboró en Osinergmin hasta el 30 de junio del 2022 bajo la modalidad de Contrato Administrativo de Servicios (CAS).
11. Mediante Carta N° HPC-2022-07-21, de fecha 25 de julio del 2022, la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. remitió sus descargos, como respuesta al Oficio N° 1262-2022-OS-GAF/ALOG.
12. Con fecha 05 de agosto del 2022, mediante el Memorándum N° GAF/ALOG -730-2022, la Unidad de Logística comunicó al Comité de Selección que la citada Declaración Jurada contiene información inexacta, y que los descargos de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. no han desvirtuado los hechos imputados en el Oficio N° 1262-2022-OS-GAF/ALOG.
13. Mediante Informe Técnico N° 1725-2022-OS/DSR de fecha 05 de agosto de 2022, el Comité de Selección elevó todos los actuados del proceso de selección, ante un posible vicio de nulidad, dado que la Declaración Jurada (Anexo N° 3) suscrita con fecha 26 de mayo de 2022 por el Ing. Eli Velásquez Pera, documento presentado en la propuesta técnica (folio 147) de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. es inexacta.
14. Mediante Oficio N° 5-2022-CA de fecha 11 de agosto de 2022, el Comité de Apelación solicitó a la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. su pronunciamiento sobre el presunto vicio de nulidad referido a la información inexacta contenida en la Declaración Jurada (Anexo N° 3) suscrita con fecha 26 de mayo de 2022 por el Ing. Eli Velásquez Pera, documento presentado en la propuesta técnica (folio 147) de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C.; se adjuntó como **Anexo 1** copia del Informe Técnico N° 1725-2022-OS/DSR, como **Anexo 2** copia del Memorándum N° GAF/ALOG -730-2022, como **Anexo 3** copia del Informe N° GAF/ALOG226-2022 y como **Anexo 4** copia de la “Declaración Jurada de no tener impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones” suscrita por el Sr. Eli Velásquez Pera.
15. Mediante Carta HPC-2022-08-28 de fecha 15 de agosto de 2022, la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. presentó sus descargos, como respuesta a lo requerido con el Oficio N° 5-2022-CA.

II. Competencia del Comité de Apelación

1. El Proceso de Selección se llevó a cabo bajo los alcances de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada por Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 198-2020-OS/CD y sus modificatorias, por lo que, tal disposición legal resulta aplicable al presente caso.
2. De acuerdo a lo establecido en el numeral 9.1 del artículo 9 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 de acuerdo con el artículo 24 de la Directiva, el Comité de Apelación puede declarar la nulidad de los actos del proceso de selección cuando se advierta que los mismos han sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del proceso o de la forma prescrita por la normativa aplicable.
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, previa descargo del postor, conforme lo dispone el cuarto párrafo del artículo 24 de 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 atención de lo dispuesto en el numeral 9.1 del artículo 9, y el artículo 24 de la Directiva.

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, los que contraten servicios de fiscalización con Osinergmin; así como para el personal de Osinergmin que, en ejercicio de sus labores, participe en representación del área usuaria o del área de contrataciones de la entidad, ya sea en el proceso de selección, en las actividades de contratación o en la supervisión de la ejecución contractual, según corresponda.
2. Asimismo, el artículo 4 de la Directiva, señala que en todo aquello que no se encuentre expresamente normado en la presente directiva, Osinergmin, los participantes, postores y Empresas Supervisoras deben regir su accionar inspirados en 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 el TUO de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, y sus modificaciones, en todo aquello que resulte aplicable.

3. De igual modo, cabe indicar que la Primera Disposición Complementaria Final de la 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. El artículo 6 de la Directiva, contempla los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones para ser participante, postor y contratista. El literal b) de su numeral 6.1 señala que: *“No pueden ser participantes, postores y/o contratistas los que incurran en alguno de los siguientes supuestos: (...) b) Las personas impedidas de contratar con el Estado, de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas. (...)”*
5. El literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF dispone como impedimento el siguiente:

“Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

(...)

f) Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función (...) (el subrayado es nuestro).”

6. El numeral 6.6 de la Directiva, establece que, *“los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el presente artículo se mantienen durante la vigencia del contrato, y alcanzan a los integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales de las personas jurídicas y personas naturales con negocio que postulen o sean contratadas como Empresas Supervisoras, así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio”.* (el subrayado es nuestro)
7. Es decir, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 6.1 y 6.6 del artículo 6 de la Directiva, el impedimento del literal b) del numeral 6.1 del artículo 6 no sólo se aplica al postor, sino también a los profesionales o técnicos que sean presentados por el postor para la ejecución del servicio.
8. Ahora bien, el Tribunal de Contrataciones del Estado a través de sendas Resoluciones¹, ha indicado que la ***información inexacta*** supone la presentación de documentos y/o declaraciones cuyo contenido no es concordante con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de ésta y el quebrantamiento de los principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad.
9. Con fecha 3 de junio de 2022, la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. presentó su propuesta, dentro de la cual se encuentra la “Declaración Jurada de no tener impedimentos,

¹ Resoluciones N° 953-2015-TCE-S1, N° 941-2015-TCE-S3 y N° 3146-2014-TC-S3.

incompatibilidades y prohibiciones" (Anexo 3) suscrita con fecha 26 de mayo de 2022, por el Sr. Eli Velásquez Pera (folio 147), personal propuesto en el proceso de selección para el Ítem 1.

En la referida Declaración Jurada, el Sr. Eli Velásquez Pera, declaró entre otros, lo siguiente: *"No tener impedimento para postular en el proceso de selección, ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 6 de la "Directiva para la selección y contratación de empresas supervisoras", tal como se aprecia a continuación:*

ANEXO N° 3

DECLARACIÓN JURADA DE NO TENER IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES¹

Señores
COMITÉ DE SELECCIÓN
Proceso de Selección N° 08-2022-Osinergmin-DSR
Presente. -

Mediante el presente el suscrito Eli Velásquez Pera, personal propuesto de la Empresa HP CONSULTANTS S.A.C, declaro bajo juramento:

1. No tener impedimento para postular en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado y al artículo 6 de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras.

Asimismo, no incurso en ninguna de las prohibiciones descritas en la Directiva o incompatibilidades señaladas en los términos de referencia.

(...)

Lima, 26 de mayo de 2022

Firma del personal propuesto
Nombres y Apellidos: Eli Velásquez Pera
DNI: 32962278

10. Mediante correo electrónico de fecha 07 de julio del 2022, la Gerencia de Recursos Humanos confirmó que el mencionado profesional laboró en Osinergmin desde el 4 de junio de 2018 hasta el 30 de junio del 2022 bajo la modalidad de Contrato Administrativo de Servicios (CAS), con el cargo de Analista Técnico en la Secretaria Técnica de Órganos Resolutivos del Osinergmin.
11. Como se aprecia de los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la parte del Análisis del presente documento, el Sr. Eli Velásquez Pera, personal propuesto por la empresa HP CONSULTANTS S.A.C., señaló entre otros, lo siguiente: *"No tener impedimento para postular en el proceso de selección, ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 6 de la "Directiva para la selección y contratación de empresas supervisoras" en la "Declaración Jurada de no tener impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones" (Anexo 3), la cual fue suscrita el 26 de mayo de 2022, y se encuentra en el folio*

147 de la propuesta de la referida empresa. Es decir, declaró que no tenía impedimento, cuando en la mencionada fecha, tenía un Contrato Administrativo de Servicios (CAS), con el cargo de Analista Técnico en la Secretaría Técnica de Órganos Resolutivos del Osinergmin, por lo que al 26 de mayo de 2022, el Sr. Eli Velásquez Pera, al ser un servidor público, sí tenía impedimento para contratar con Osinergmin, y por ende la citada Declaración Jurada contiene información inexacta.

12. Como parte de sus descargos, sobre un supuesto vicio de nulidad advertido en el proceso de selección, mediante la Carta: HPC-2022-08-28 de fecha 15 de agosto de 2022, la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. indicó lo siguiente:

A.- Respecto a que el Sr. Eli Velásquez Pera ha declarado que no tiene impedimento para contratar con Osinergmin:

1.- Consideramos que existe un error en esta afirmación debido a que el profesional propuesto no va a contratar con Osinergmin, él no tendrá ningún vínculo laboral como consecuencia del Proceso de Selección, ni firmará contrato, ni tampoco existirán prestaciones recíprocas entre ambas partes (Osinergmin y Velásquez); por lo tanto, no es correcto cuando se afirma que el profesional “contratará” con la Entidad, **de tal forma que la imputación nace de una premisa equivocada.**

2.- Entendemos que la fiscalización se origina por la afirmación del Sr. Eli Velásquez :

*“1.- **No tener impedimento** para postular en el proceso de selección ni **para contratar con el Estado**, conforme al artículo 11° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 6 de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras”.*

Esta es una frase sin ningún valor o importancia, es inoficiosa, intrascendente, ya que no ha influido ni a favor ni en contra en la calificación del postor, ya que el Sr. Eli Velásquez Pera no contratará con Osinergmin, sino que lo hará nuestra empresa en su condición de postor, por lo que la frase carece de eficacia legal.

3.- Asimismo las “reglas del proceso” son las que rigen la calificación; y estas son las Bases Integradas, en cuyo literal d) del numeral 5) del Capítulo I – Documentos para la Admisión de la Propuesta – se exigía lo siguiente:

*“d) **Declaración Jurada del postor** o su representante legal, **de no encontrarse incurso en los supuestos impedimentos**, incompatibilidades y prohibiciones **previstos en el artículo 6° de la presente Directiva**. En el caso de personas jurídicas, esta declaración debe ser efectuada también por los integrantes de los órganos de administración, apoderados, y por los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio, según Anexo N° 3”.*

Las Bases no solicitaban que el profesional o técnico declare que “no tiene impedimento para contratar con el Estado”, esta frase no corresponde a la exigencia de las Bases, por lo que es evidente que ha sido consignado erróneamente en el Anexo N° 03, no existiendo congruencia entre lo solicitado en las Bases con el texto del Anexo.

4.- Ahora, el art. 4° de la Directiva señala que en todo aquello que no se encuentre expresamente normado en la Directiva, debe regir su accionar en los principios de la Ley de Contrataciones del Estado; por lo tanto, las definiciones y desarrollo jurídico basado en esta Ley es jurídicamente admisible, de tal manera que es viable considerar los criterios desarrollados por el OSCE en Opiniones y Resoluciones para que se pueda concluir si estamos ante una “declaración inexacta”.

De acuerdo a los criterios de las Contrataciones del Estado respecto a la “declaración inexacta” **debe configurarse un elemento o requisito legal indispensable y obligatorio que es el siguiente:**

“Que la empresa haya obtenido una ventaja o beneficio con el documento con contenido inexacto”.

Es decir que aun cuando se advierta una “declaración inexacta” en algún documento esta sólo podrá tener efectos negativos en contra del postor si es que la declaración le trajo un beneficio o ventaja en la calificación de su oferta.

Lo señalado tiene su sustento jurídico en el Acuerdo de Sala Plena del Tribunal del OSCE N° 02/2018 de fecha 11.05.18 que señala que sólo se estará ante esta infracción cuando el postor o contratista se hubiese beneficiado u obtenido una ventaja del documento que es materia de cuestionamiento, tal como incluso fue recogido y resuelto por el Tribunal del OSCE mediante la Resolución N° 2436–2020–TCE–S1 que dispuso lo siguiente:

*“6.- Además, para la configuración del tipo infractor, es decir aquel referido a la presentación de información inexacta, de información inexacta, **deberá acreditarse, que la inexactitud esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros**, caso contrario, la conducta no será pasible de sanción.*

*Al respecto, el **Acuerdo de Sala Plena N° 02/2018** de fecha 11 de mayo de 20188 (referido a la configuración de la infracción consistente en presentar información inexacta), **estipula que el tipo infractor bajo análisis comprende un conjunto de situaciones que es importante distinguir:***

• ***Que la información inexacta presentada ante la Entidad esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección***. Comprende aquellos casos en que los proveedores presentan ofertas conteniendo información inexacta para acreditar el cumplimiento de un requerimiento (especificaciones técnicas, términos de referencia, expediente técnico, o requisito de calificación) o para obtener puntaje en el factor de evaluación o documentos para suscribir el contrato.

• ***Que la información inexacta presentada ante la Entidad le represente una ventaja o beneficio en la ejecución del contrato***. En este supuesto, el tipo infractor comprende aquellos casos en que los contratistas presentan información inexacta a las Entidades con el fin de obtener un beneficio o ventaja durante la ejecución del contrato, como ocurre cuando efectúan pedidos o solicitudes (prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo, mayores gastos generales, etc.), realizan anotaciones (por ejemplo, en

el cuaderno de obra), remuevan garantías, tramitan pagos, entre otros supuestos, a fin de cumplir los requisitos fijados para tal efecto (requerimiento).

En el literal d) del numeral 5) del Capítulo I “Documentos para la **Admisión de la Propuesta**” de las Bases NO SE EXIGIA que los profesionales o técnicos declaren “no tener impedimento para CONTRATAR con Osinergmin”; por lo tanto, NO ERA UN REQUISITO DE ADMISIBILIDAD, por lo que aun cuando el profesional propuesto haya manifestado “que no tiene impedimento para contratar”, **resulta siendo una afirmación sin relevancia porque las Bases no solicitaban esta exigencia, no era parte de las condiciones para que se admita la propuesta, de tal forma que no hemos obtenido ningún beneficio o ventaja, ya que la frase no afecta la admisión de nuestra oferta**, en ese sentido, al carecer de este requisito legal obligatorio (“beneficio o ventaja”) la supuesta declaración inexacta – aun cuando exista – no sería factible de sanción, ni de Nulidad de la adjudicación u otra consecuencia negativa en contra de nuestra empresa.

5.- Queda demostrado que la Declaración desafortunada del Sr. Eli Velásquez – que copió el error e incongruencia consignado en el texto del Anexo N° 03 – no ha sido un requisito de Admisibilidad tal como se puede verificar del literal d) del numeral 5) del Capítulo I de las Bases, **porque en esa parte no se solicitó que los profesionales tengan que contratar con Osinergmin**, lo cual de por si es un despropósito porque la Entidad contratará con el postor no con el Sr. Velásquez.

6.- Por lo expuesto, podemos concluir en lo siguiente:

- (i) La Entidad **contratará** con el postor, no con el profesional
- (ii) La declaración del profesional (Sr. Velásquez) en el Anexo N° 3 es intrascendente o nula porque él no contratará con la Entidad, siendo irrelevante esa frase
- (iii) En el texto de las Bases no se solicitaba como requisito de Admisión que el profesional deba declarar que no tiene impedimento para contratar

- (iv) Aun cuando sea cierto que se hubiese configurado la figura de la declaración inexacta, de igual forma no podría generarse un resultado negativo porque se carece de un requisito fundamental: La existencia de una “ventaja o beneficio” a favor del postor, y si las Bases no pedían como requisito de Admisión que el profesional deba declarar que no tiene impedimento para contratar, entonces es evidente que dicha declaración no nos ha beneficiado en la adjudicación
- (v) El contenido del Anexo N° 03 está dirigido a los postores, no a los profesionales, siendo evidente que estamos ante un error material en las Bases, ya que el texto del Anexo N° 03 sólo es razonable y exigible para el postor, y no para el profesional o técnico, por lo que si Osinergmin tenía como finalidad que los profesionales también realicen una declaración, entonces debieron consignarlo objetivamente y claramente en las Bases, y su vez, adjuntar otro Anexo que sea sólo para los profesionales, y así evitar esta incongruencia en las reglas del proceso

B.- Respecto a los impedimentos del literal b) del numeral 6.1 del art. 6° de la Directiva de Osinergmin: Si el legislador hubiese pretendido que los profesionales y técnicos estén comprendidos en las causales del art. 6.1° de la Directiva, entonces también los habría considerado expresamente y taxativamente en la norma, pero no lo hizo; por lo tanto, no es aplicable pretender realizar una interpretación extensiva al afirmar que los “profesionales” que se mencionan en el art. 6.6° están comprendidos en el art. 6.1°, no hay sustento legal para tal conclusión

1.- El literal b) del numeral 6.1 hace mención a las personas impedidas de contratar con el Estado de acuerdo a lo normado en el literal f) del art. 11° de la Ley de Contrataciones; es decir, que el artículo de la Directiva tiene estrecha relación con los impedimentos taxativos de la Ley de Contrataciones; **sin embargo, en esa norma no se describe ninguna prohibición o impedimento para los “profesionales o técnicos” que serán parte del equipo que realizará o ejecutará el servicio.**

2.- El art. 11° referido señala taxativamente lo siguiente: *“Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas”.*

En la descripción del impedimento no se contempla a las personas que conforman el equipo de “profesionales y/o técnicos” que ejecutarán el servicio; por lo tanto, los impedimentos legales que le corresponde a los “postores” no puede ser trasladado mediante una interpretación extensiva a los “profesionales o técnicos” que realizarán los trabajos, porque ello no nace del art. 11° de la Ley de Contrataciones; así como tampoco los “profesionales” propuestos tienen la calidad de participantes, contratistas o subcontratistas.

En la Directiva se define al “Participante” como aquella persona jurídica o natural con negocio **inscrita** en el Registro de Participantes de un proceso de selección para la contratación de Empresas Supervisoras, pues es más que claro que el Sr. Eli Velásquez no se encuentra dentro de esta definición.

3.- La única limitación descrita en el literal f) para los servidores públicos y trabajadores de las empresas del Estado es que no pueden ser “postores” mientras ejercen su función. Incluso podrían ser postores al día siguiente de dejar de laborar en Osinergmin, siempre y cuando no hubiesen desempeñado ninguna función que haya implicado influencia, poder de decisión o acceso a información privilegiada en el proceso que se presentan.

En ese sentido cuando se trata de trabajadores del sector público el impedimento del art. 11° de la Ley de Contrataciones no les alcanza, porque sólo es para aquel trabajador que quisiera presentar una oferta como “postor”.

4.- Lo cierto es que el literal b) del numeral 6.1 de la Directiva que hace referencia al art. 11° de la Ley de Contrataciones no sería aplicable al Sr. Eli Velásquez Pera, porque en ninguna parte del texto de las referidas normas se prohíbe o impide o sanciona que un trabajador de una institución estatal pueda ser propuesto como parte del “equipo de trabajo” en una oferta, no existe tal impedimento (estando prohibido legalmente la interpretación) , y ello es lógico, porque **ninguna Ley puede prohibir que una persona postule o presente**

sus documentos para una posible plaza laborar. Lo que no puede hacer el trabajador estatal es seguir laborando en el Estado al momento de ejecutarse el servicio, lo cual sucederá una vez que el adjudicado firme el Contrato.

5.- Es importante destacar que lo dispuesto en el art. 6°, numeral 6.1 y 6.6 de la Directiva **no son complementarias o conexas para realizar interpretaciones extensivas bajo la creencia que si en el numeral 6.6 se hace mención a “profesionales y técnicos” entonces es admisible trasladarlo o extenderlo al literal b) del numeral 6.1 de la Directiva y del literal f) del art. 11° de la Ley de Contrataciones**, pues tal “interpretación” no es admisible, porque infringe el Principio de Tipicidad y Legalidad.

6.- El Comité de Apelaciones podrá corroborar que los Informes adjuntados no manifiestan, ni sustentan nada jurídicamente, acerca del aspecto desarrollado en este punto B), ya que no responden algo tan básico como lo siguiente: **Si el legislador hubiese pretendido que los “profesionales y técnicos” estén comprendidos en las causales del art. 6.1 de la Directiva, entonces también los habrían considerado, pero no lo hizo, ¿entonces porque Osinergmin realiza ese “traslado e interpretación extensiva” para sancionar?**

No resulta razonable, ni jurídicamente admisible que mediante una “interpretación” sin base legal se concluya que el texto del último párrafo del art. 6.6° (“*profesionales o técnicos*”) pueda ser trasladado de forma extraña, imaginaria o forzada al texto del numeral 6.1° (¿¿??), ello no tiene ningún sentido.

7.- Es evidente el grave error que se comete cuando se “une o junta” el último párrafo del art. 6.6° (“*profesionales o técnicos*”) con el párrafo del art. 6.1°, y es el Comité de Apelaciones quién debe hacer derecho analizando este aspecto.

C.- Respecto al impedimento del numeral 6.6 del art. 6° de la Directiva de Osinergmin: En el Informe no se diferencia la etapa de presentación de propuestas (art. 6.1°) con la de “ejecución contractual” (6.6°)

1.- En principio es importante diferenciar la etapa de “presentación de propuestas” con la etapa de “ejecución contractual”, en el primer caso se tiene la condición de “postor” (Título IV), y en el segundo escenario se tienen la calidad de “contratista” (Título V), y cada una de estas etapas tienen obligaciones, impedimentos o restricciones diferentes que se encuentran objetivamente y expresamente consignadas en la Directiva, no pudiendo realizarse interpretaciones extensivas o subjetivas, porque de lo contrario se contravendría un Principio fundamental que es el de Tipicidad.

El Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado define al “Contratista” de la siguiente forma: “El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento”.

2.- En el numeral 6.6 del art. 6° de la Directiva se precisa que los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el presente artículo “se mantienen

durante la VIGENCIA DEL CONTRATO, y alcanzan a (...), así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta PARA LA EJECUCIÓN DEL SERVICIO”.

Véase que el impedimento para los profesionales y técnicos está ceñido sólo a la etapa de ejecución contractual, es por eso que primero se señala “que los impedimentos se mantienen DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO”.

¿Y cuál es la definición jurídica de “Vigencia del Contrato” al que hace referencia el numeral 6.6 de la Directiva?, pues el numeral 3.12 del art. 3° de la Directiva y el art. 144.1° del Reglamento de la Ley de Contrataciones lo regula:

“Vigencia del Contrato: El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio”

En esa misma línea jurídica se encuentra la OPINION N° 040–2019 del OSCE:

“2.1.2.- En tal sentido –y en aplicación del “método histórico”¹, considerando lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado vigente hasta el 8 de enero de 2016; así como lo establecido por la normativa actualmente vigente- se infiere que la vigencia del contrato rige desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene, o en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio, hasta el otorgamiento de la conformidad de las prestaciones a cargo del contratista y el pago correspondiente, tratándose de bienes y servicios –distintos a los de consultoría de obras-, o hasta el consentimiento de la liquidación y el pago correspondiente, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Adicionalmente, cabe precisar que el criterio antes expuesto es concordante con lo señalado en la Opinión N° 141-2017/DTN, en la cual se precisa que la normativa de contrataciones del Estado –vigente en el contexto que es materia en consulta- mantiene similar criterio con respecto a la “vigencia del contrato”, entre otros aspectos”.

Como puede apreciarse la descripción de “Vigencia del Contrato” tiene una connotación jurídica, de tal manera que cuando en el numeral 6.6 del art. 6° de la Directiva se describe el impedimento de los profesionales y técnicos durante la vigencia del contrato, se está haciendo referencia sólo a los actos que se realicen una vez firmado el Contrato.

¹ Al respecto, resulta oportuno citar a Marcial Rubio, quien refiere que: “Para el método histórico la interpretación se hace recurriendo a los contenidos que brindan antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate. (...) son importantes para el método histórico las normas en las que el legislador declara haberse inspirado y las propias normas derogadas, pues el cotejo entre ambas puede decir mucho del contenido de la actual.” (El subrayado es agregado). RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, décima edición, 2009, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 248.

3.- En la única parte del texto del art. 6° de la Directiva en que se cita a los “profesionales y técnicos” es en el numeral 6.6 – que está relacionado sólo a la “ejecución contractual o del servicio” –, no siendo posible realizar una interpretación extensiva con la etapa de “presentación de ofertas” o cuando nuestra empresa todavía tiene la calidad de “postor”, sino que el impedimento del Sr. Eli Velásquez Pera se hará efectivo cuando al firmarse el Contrato dicha persona aún tenga vínculo con Osinergmin.

4.- Incluso el numeral 6.6 del art. 6° de la Directiva hace una advertencia a los postores, y es que los impedimentos descritos del literal a) al h) del numeral 6.1 hasta el numeral 6.5 se mantendrán durante la vigencia del contrato; es decir, que no quedarán liberados de los impedimentos durante el servicio, PERO ES RECIEN EN EL NUMERAL 6.6 QUE SE HACE ALUSION a los “profesionales o técnicos” que ejecutarán el servicio, y ellos no son mencionados en ningún momento en los numerales del 6.1 al 6.5, por lo que mal se hace en extender todo lo consignado en esos numerales a los “profesionales o técnicos”, ¿cuál es la base legal para esa “interpretación extensiva”?

El numeral 6.6 de la Directiva está estrictamente destinado a la etapa de “ejecución contractual” o “ejecución del servicio”, y los impedimentos descritos en el numeral 6.1 al 6.5 sólo es respecto a los postores, más no a los “profesionales o técnicos”, ya que ellos no son mencionados expresamente o taxativamente en estos numerales como personas “impedidas”.

5.- Incluso el último párrafo del numeral 6.6 del art. 6° de la Directiva es congruente con lo expuesto en este documento, dice:

“...así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio”.

¿En que momento se ejecuta el servicio?, cuando ya ha sido perfeccionado el contrato; por lo tanto, tenemos una segunda definición jurídica que evidencia con bastante claridad que el numeral 6.6 de la Directiva está destinado sólo para la empresa que ha sido adjudicada y firmado el contrato, y a partir de ese momento ningún profesional o técnico propuesto puede ser trabajador de Osinergmin.

La OPINION N° 005-2019 del OSCE define el “SERVICIO”: “*En ese orden de ideas, debe señalarse que el término “servicio” corresponde al objeto de una RELACIÓN CONTRACTUAL que supone que el proveedor se obliga a realizar determinadas prestaciones, sin estar subordinado a la Entidad, por un plazo determinado o para una prestación (de naturaleza no laboral) determinada a cambio de un pago como contraprestación*”.

6.- En ese contexto es de aplicación el Principio de Tipicidad regulado en la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, que consiste en lo siguiente:

*“Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las **infracciones previstas expresamente** en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, **sin admitir interpretación extensiva o analogía**. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, **sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente**, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.*

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda”.

Este Principio tiene un mandato imperativo, y es que no se puede efectuar interpretaciones extensivas o análogas cuando se trata de infracciones o conductas sancionables, sino que estas deben estar expresamente descritas en la Ley o Directiva; por lo tanto, no existiría impedimento alguno por parte del Sr. Eli Velásquez Pera porque el numeral 6.6 sólo está referido a la etapa de ejecución contractual, lo cual es lógico, **porque durante la etapa de presentación de ofertas los “profesionales o técnicos” no tienen ninguna vinculación contractual o relación de dependencia con el postor**, ya que sólo es una “propuesta”, la misma que no genera una relación de dependencia o subordinación por parte de los “profesionales” con la empresa postora.

El Tribunal Constitucional (Exp. 1873–2009–PA/TC–Lima) mediante Sentencia de fecha 03.09.2010 resolvió lo siguiente acerca de la Tipicidad:

b.- Principio de Tipicidad**, en mérito al cual, la **descripción legal de una CONDUCTA ESPECÍFICA** aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, **las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones**, mientras que en relación al segundo, **los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada.

En ese contexto, los impedimentos que tienen los postores en los numerales 6.1, 6.2, 6.3, 6.4 y 6.5 de la Directiva sólo serán de aplicación o se harán extensivos hacia los “profesionales o técnicos” a partir de la firma del Contrato, antes de esa situación no tendrían ningún impedimento legal.

CONCLUSIONES:

1.- Todo postor se rige bajo el Principio de Tipicidad, y al no describirse ningún impedimento expreso, taxativo, claro y objetivo en el numeral 6.1) de la Directiva, ni en el art. 11° de la Ley de Contrataciones del Estado acerca de los integrantes del equipo que son propuestos

para ejecutar el servicio (profesionales y/o técnicos), se entiende que es indistinto si en la etapa de presentación de ofertas estas personas laboran o no en Osinergmin u otra institución.

2.- El Comité realiza una interpretación incorrecta al pretender “extender” o “trasladar” lo que se señala **en el último párrafo del art. 6.6°** (“..., así como los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio”) **al texto del numeral 6.1°** (“No pueden ser participantes, postores y/o contratistas los que incurran...”).

3.- Si el legislador hubiese pretendido que los profesionales y técnicos estén comprendidos en las causales del art. 6.1 de la Directiva, entonces también los habría considerado, pero no lo hizo, de tal manera que no resulta razonable, ni jurídicamente admisible que mediante una “interpretación” sin base legal se traslade el texto del último párrafo del art. 6.6° (“*profesionales o técnicos*”) al art. 6.1°, ello no tiene ningún sentido.

4.- El art. 6.1° regula lo relacionado a la Etapa de “Presentación de Propuestas” y el art. 6.6° a la Etapa de “Ejecución Contractual”, de tal forma que lo señalado en ambos artículos no son complementarios o conexos no pudiendo el evaluador realizar interpretaciones extensivas bajo la creencia que si en el numeral 6.6° se hace mención a “profesionales y técnicos” entonces es admisible trasladarlo o extenderlo al literal b) del numeral 6.1° de la Directiva y del literal f) del art. 11° de la Ley de Contrataciones, pues tal “interpretación” no es posible, porque infringe el Principio de Tipicidad y Legalidad.

5.- El numeral 6.6° del art. 6 de la Directiva está referida sólo a las acciones que se realizan después de firmado el contrato, es por eso que se hace mención a dos descripciones jurídicas:

- (i) Vigencia del Contrato
- (ii) Ejecución del Servicio

Ambas tiene una definición jurídica en el art. 144.1° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y en la OPINION N° 005–2019 del OSCE.

6.- La prohibición o impedimento de los trabajadores de Osinergmin es en el momento de la ejecución del servicio; es decir, después de la firma del contrato.

7.- La prohibición del art. 11° de la Ley de Contrataciones es sólo para aquellos profesionales que son trabajadores de una Entidad y que desean presentarse como postores, pues en ese supuesto sí están impedidos, pero no es nuestro caso.

8.- Si no existe impedimento legal expreso y taxativo en la Directiva o en la Ley acerca del impedimento para los “profesionales o técnicos”, entonces tampoco se ha configurado la “declaración inexacta”.

9.- Las Bases no requerían como requisito de calificación que los profesionales presenten una declaración de no impedimento, siendo evidente que no existe congruencia entre el pedido de las Bases con el texto del Anexo N° 3.

10.- El Sr. Eli Velásquez Pera ya no trabaja en Osinergmin, de tal forma que al momento de firmarse el Contrato y ejecutarse el servicio, no existiría ningún impedimento.

Por lo expuesto, solicitamos tengan por presentados nuestros descargos y se nos permita firmar el Contrato.

13. Con relación a los argumentos del pronunciamiento de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C., referidos en el numeral precedente, debemos señalar lo siguiente:

- **Respecto de los numerales 1, 2, 3 y 6 (i, ii, iii y v) del punto A del descargo**, debemos indicar que la declaración del Sr. Eli Velásquez Pera referido a que no tiene impedimento para contratar con el Estado², forma parte del Anexo 3, el cual es un documento que

² Que incluye a todas las Entidades del Estado, entre las cuales se encuentra Osinergmin

deben presentar los postores para la admisión de su oferta, de acuerdo con el literal d) del numeral 5 del Capítulo I de la Sección Específica de las Bases Integradas del proceso de selección, el cual dispone lo siguiente:

“5. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS

DOCUMENTOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PROPUESTA

La propuesta contendrá un índice de los documentos presentados, la documentación para la admisión de la propuesta será presentada de acuerdo al siguiente orden:

(...)

d) Declaración Jurada del postor o su representante legal, de ser el caso, de no encontrarse incurso en los supuestos de impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones previstos en el artículo 6 de la presente Directiva.

En el caso de personas jurídicas, esta declaración deberá ser efectuada también por los integrantes de los órganos de administración, apoderados, y por los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio, según Anexo N° 3.” (la negrita y subrayado es nuestra)

El Formato del Anexo 3 indica lo siguiente:

ANEXO N° 3

**DECLARACIÓN JURADA
DE NO TENER IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES²⁶**

Señores

COMITÉ DE SELECCIÓN

Proceso de Selección N° 08-2022-Osinergmin-DSR

Presente.-

Mediante el presente el suscrito [CONSIGNAR EL NOMBRE DE LA PERSONA QUE SUSCRIBE EL DOCUMENTO], [CONSIGNAR SI ES POSTOR Y/O REPRESENTANTE LEGAL/COMÚN Y/O INTEGRANTE DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y/O APODERADO Y/O PERSONAL PROPUESTO, SEGÚN CORRESPONDA] de [CONSIGNAR EN CASO DE SER PERSONA JURÍDICA O CONSORCIO, DE SER EL CASO], declaro bajo juramento:

1. No tener impedimento para postular en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado y al artículo 6 de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras.

Asimismo, no incurro en ninguna de las prohibiciones descritas en la Directiva o incompatibilidades señaladas en los términos de referencia.

[CONSIGNAR CIUDAD Y FECHA]

.....
**Firma, Nombres y Apellidos del postor o
Representante legal o común, o integrante del órgano de administración o
apoderado o personal propuesto, según corresponda**

²⁶ En caso de personas jurídicas podrá ser suscrita por el postor o su representante legal. En el caso que el postor sea un consorcio, cada integrante debe presentar esta declaración jurada, salvo que sea presentada por el representante común del consorcio.

En caso de personas jurídicas, esta declaración jurada también deberá ser suscrita por cada uno de los integrantes de sus órganos de administración (gerentes o administradores, a cargo de la gestión administrativa de la persona jurídica), apoderados y/o personal propuesto, según corresponda. En este caso, si el postor fuese un consorcio, estas últimas declaraciones deberán ser presentada por cada uno de los integrantes del órgano de administración y/o apoderados de cada integrante del consorcio, según corresponda.

En ese sentido, la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. presentó como parte de su oferta la "Declaración Jurada de no tener impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones" (Anexo 3), suscrita por el Sr. Eli Velásquez Pera, personal propuesto, la cual se muestra a continuación:

ANEXO N° 3

DECLARACIÓN JURADA DE NO TENER IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES¹

Señores

COMITÉ DE SELECCIÓN

Proceso de Selección N° 08-2022-Osinergmin-DSR

Presente. -

Mediante el presente el suscrito Eli Velásquez Pera, personal propuesto de la Empresa HP CONSULTANTS S.A.C, declaro bajo juramento:

1. No tener impedimento para postular en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado y al artículo 6 de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras.

Asimismo, no incurso en ninguna de las prohibiciones descritas en la Directiva o incompatibilidades señaladas en los términos de referencia.

Lima, 26 de mayo de 2022

.....
Firma del personal propuesto
Nombres y Apellidos: Eli Velásquez Pera
DNI: 32962278

¹ En caso de personas jurídicas podrá ser suscrita por el postor o su representante legal. En el caso que el postor sea un consorcio, cada integrante debe presentar esta declaración jurada, salvo que sea presentada por el representante común del consorcio.

En caso de personas jurídicas, esta declaración jurada también deberá ser suscrita por cada uno de los integrantes de sus órganos de administración (gerentes o administradores, a cargo de la gestión administrativa de la persona jurídica), apoderados y/o personal propuesto, según corresponda. En este caso, si el postor fuese un consorcio, estas últimas declaraciones deberán ser presentada por cada uno de los integrantes del órgano de administración y/o apoderados de cada integrante del consorcio, según corresponda.

Como se puede apreciar, la declaración del Sr. Eli Velásquez Pera referido a que no tiene impedimento para contratar con el Estado³ Osinergmin, que forma parte del Anexo 3, es una exigencia de las Bases Integradas del proceso de selección, porque dicho Anexo constituye un documento obligatorio para la admisión de la oferta de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C., de acuerdo con el literal d) del numeral 5 del Capítulo I de la Sección Específica de las referidas Bases Integradas.

Asimismo, debemos señalar que la declaración del Sr. Eli Velásquez Pera referido a que no tiene impedimento para contratar con el Estado no sólo es obligatoria para la admisión de la oferta, por ser profesional propuesto, sino también es necesaria para cautelar que no se encuentre inmerso en alguna causal de impedimento establecida en los numerales 6.1 y 6.2 del artículo 6 de la Directiva, en concordancia con el numeral 6.6 del mismo artículo 6.

- **Respecto de los numerales 4, 5 y 6 (iv) del punto A de los descargos**, debemos señalar que el artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF⁴, regula aspectos relacionados con la aplicación de la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado; aspecto que difiere de lo regulado por la Directiva como normativa especial para la contratación de Empresas Supervisoras. Por ende, no pueden ser consideradas las Opiniones del OSCE que hacen referencia a la definición de algún aspecto que se encuentra desarrollado en el mencionado artículo 50.

Al respecto, debemos señalar que cuando la Directiva hace referencia en el literal b)⁵ del numeral 39.1 de su artículo 39, no condiciona la declaración de nulidad de la calificación del postor por presentar información inexacta, a que dicha información esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual; por lo que debe entenderse que la Directiva, como normativa especial, al no establecer condicionamientos, considera como información inexacta a aquella información que simplemente no es concordante con la realidad.

En ese sentido, aplicar al presente caso, supletoriamente el artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, es incompatible con la Directiva, y por ende, contraviene la Primera Disposición Complementaria Final⁶ de la mencionada Ley.

³ Que incluye a todas las Entidades del Estado, entre las cuales se encuentra Osinergmin

⁴ RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

(...)

i) Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas-Perú Compras. En el caso de las Entidades siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual.

⁵ **Artículo 39.- Registro de Inhabilitación de Empresas Supervisoras**

39.1 Se inscriben en el Registro de Inhabilitación de Empresas Supervisoras cuando:

(...)

b) La declaración de nulidad de la calificación del postor **por presentar información inexacta** o documentación falsa o adulterada.

(...)

⁶ **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

Primera. La presente norma y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Esta prevalencia también es aplicable a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma, 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.

Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado, aun en el supuesto que se pretenda aplicar el criterio que es argumentado en los descargos presentados, sí se cumpliría largamente con el mencionado criterio, puesto que, conforme se ha señalado anteriormente, el documento en cuestión presentado por HP CONSULTANTS S.A.C. constituye un documento obligatorio, una exigencia y requisito para la admisión de la propuesta, y además representa una ventaja o beneficio en el proceso de selección, pues justamente es lo que le permite participar, ser postor y contratista.

- **Respecto de los numerales 1,2,3,4,5,6 y 7 del punto B de los descargos**, debemos indicar que los numerales 6.1 y 6.2 del artículo 6 de la Directiva han establecido los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones, y en el numeral 6.1 se ha dispuesto como impedimento el referido al literal b) que señala: “Las personas impedidas de contratar con el Estado, de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas. (...)”

Asimismo, en el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF se dispone como impedimento el siguiente:

“Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:
(...)

f) Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función (...) (el subrayado es nuestro).”

Asimismo, el numeral 6.6 de la Directiva, establece que, “los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el presente artículo se mantienen durante la vigencia del contrato, y alcanzan a los integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales de las personas jurídicas y personas naturales con negocio que postulen o sean contratadas como Empresas Supervisoras, así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio”. (el subrayado es nuestro)

En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 6.1 y 6.6 del artículo 6 de la Directiva, el impedimento del literal b) del numeral 6.1 del artículo 6 no sólo se aplica al postor, sino también a los profesionales o técnicos que sean presentados por el postor para la ejecución del servicio.

Dicha lectura no responde a una interpretación extensiva o análoga como argumenta la empresa HP CONSULTANTS S.A.C.; sino a una interpretación directa y literal sobre un numeral que, con meridiana claridad, hace extensivo el impedimento mencionado, a, entre otros, los profesionales o técnicos que son presentados por un postor en su propuesta.

Cabe agregar que la aplicación del impedimento del literal b) del numeral 6.1 del artículo 6 de la Directiva, a los profesionales o técnicos propuestos por el postor, es una aplicación que constituye una regulación propia de dicho marco normativo que como

régimen especial de contratación establece las reglas específicas y particulares para la selección y contratación de Empresas Supervisoras, marco emitido justamente debido a la especialidad y características propias que posee el servicio de fiscalización que desarrollan. Así, la aplicación mencionada es concordante con el principio de legalidad⁷ establecido en el acápite 1.1 del numeral 1 del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que la Directiva que establece los impedimentos es una norma de carácter vinculante no sólo para los participantes, postores y contratistas, sino también para el personal de Osinergmin que conduce los procesos de selección, y los encargados del trámite del perfeccionamiento de los contratos.

- **Respecto del punto C de los descargos**, debemos señalar que el numeral 6.6⁸ del artículo 6 de la Directiva cuando hace referencia a **“Los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el presente artículo se mantienen durante la vigencia del contrato, y alcanzan a los integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales de las personas jurídicas y personas naturales con negocio que postulen o sean contratadas como Empresas Supervisoras, así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio.”**, estableció dos disposiciones distintas:

- a) Los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el artículo 6 de la Directiva se mantienen durante la vigencia del contrato.
- b) Los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el artículo 6 de la Directiva alcanzan, entre otros, a los profesionales o técnicos **que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio.**

Como se puede apreciar, del literal b) se desprende que los referidos impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones también se aplica a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio.

En ese sentido, el literal d) del numeral 5 del Capítulo I de la Sección Específica de las Bases Integradas del proceso de selección, ha establecido de forma clara la obligatoriedad de la suscripción del mencionado Anexo 3 no sólo para las empresas supervisoras postoras sino también para el personal propuesto en sus ofertas para la ejecución del servicio.

Por lo expuesto, los descargos de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. no desvirtúan lo señalado en el numeral 11 de la parte del Análisis del presente documento, y el supuesto de información inexacta contenida en la mencionada Declaración Jurada.

14. A fin de determinar si en el presente caso existe una causal de nulidad del proceso de selección, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- El artículo 2 de la Directiva establece lo siguiente:

“La presente Directiva es de obligatorio cumplimiento para:

- a) Los interesados en participar en los procesos de selección de Empresas Supervisoras que Osinergmin convoca.***
- b) Los que contraten servicios de fiscalización con Osinergmin.***

⁷ Principio de legalidad.- 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.

⁸ (...)

6.6 Los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el presente artículo se mantienen durante la vigencia del contrato, y alcanzan a los integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales de las personas jurídicas y personas naturales con negocio que postulen o sean contratadas como Empresas Supervisoras, así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio.

c) ***El personal de Osinergmin que, en ejercicio de sus labores, participe en representación del área usuaria o del área de contrataciones de la entidad, ya sea en el proceso de selección, en las actividades de contratación o en la supervisión de la ejecución contractual, según corresponda.***” (la negrita es nuestra)

- El artículo 6 de la Directiva, contempla los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones para ser participante, postor y contratista. El literal b) de su numeral 6.1 señala que: *“No pueden ser participantes, postores y/o contratistas los que incurran en alguno de los siguientes supuestos: (...) b) Las personas impedidas de contratar con el Estado, de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas. (...)”*

- El literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF dispone como impedimento el siguiente:

“Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

(...)

f) Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función (...)” (el subrayado es nuestro).”

- El numeral 6.6 de la Directiva, establece que, *“los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el presente artículo se mantienen durante la vigencia del contrato, y alcanzan a los integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales de las personas jurídicas y personas naturales con negocio que postulen o sean contratadas como Empresas Supervisoras, así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio”.* (el subrayado es nuestro)

- El numeral 1.1 del punto 1 del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece el principio de legalidad, el cual dispone lo siguiente:

*“**Principio de legalidad.**- 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.”*

- El literal j) del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, contempla el **principio de integridad**, el cual indica que *“la conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna”.* (el subrayado es nuestro)

- El artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establece lo siguiente:

*“**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.” (la negrita es nuestro)*
- Considerando lo señalado en el numeral 8 de la parte del Análisis del presente documento, el Sr. Eli Velásquez Pera, personal propuesto por la empresa HP CONSULTANTS S.A.C., señaló entre otros, lo siguiente: *“No tener impedimento para postular en el proceso de selección, ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 6 de la “Directiva para la selección y contratación de empresas supervisoras” en la “Declaración Jurada de no tener impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones” (Anexo 3), la cual fue suscrita el 26 de mayo de 2022, y se encuentra en el folio 147 de la propuesta de la referida empresa. Es decir, declaró que no tenía impedimento, cuando en la mencionada fecha, tenía un Contrato Administrativo de Servicios (CAS), con el cargo de Analista Técnico en la Secretaría Técnica de Órganos Resolutivos del Osinergmin, por lo que al 26 de mayo de 2022, el Sr. Eli Velásquez Pera, al ser un servidor público, sí tenía impedimento para contratar con Osinergmin, y por ende la citada Declaración Jurada contiene información inexacta.*
 - En ese sentido, la empresa HP CONSULTANTS S.A.C. al presentar la referida Declaración Jurada con información inexacta, ha vulnerado el principio de integridad contemplado en el literal j) del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley del Procedimiento Administrativo General.
15. Cabe recalcar que, si bien de acuerdo al numeral 8.2 del artículo 8 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.
 16. 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.
 17. 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.

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.

18. Teniendo en cuenta lo anterior, de los argumentos esgrimidos, se advierte que, en el presente caso, existe un vicio trascendente, no siendo materia de conservación del acto, toda vez que contraviene las disposiciones contenidas en la Directiva.
19. Asimismo, el vicio detectado vulnera el principio de legalidad, consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 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.
20. Adicionalmente, el referido vicio contraviene el principio de integridad, establecido en el literal j) del artículo 2 del TUO de la Ley N° 30225.
21. En consecuencia, el Comité de Apelación concluye que, de conformidad con lo establecido en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Directiva, concordante con el artículo 24 de la Directiva, corresponde declarar la nulidad de oficio del proceso de selección, debiendo retrotraerse el mismo hasta la etapa de la evaluación y calificación de propuestas, a efectos que el vicio detectado se corrija y, posteriormente se continúe con el proceso de selección.

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

1. **Declarar la Nulidad de Oficio** del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 008-2022-Osinermin-DSR – Ítem 1, al haberse advertido la contravención de la normativa aplicable y la vulneración de los principios de legalidad y de integridad, retrotrayéndose dicho proceso de selección hasta la etapa de evaluación y calificación de la propuesta técnica de la empresa HP CONSULTANTS S.A.C., a efectos que el vicio detectado se corrija y, posteriormente se continúe con el proceso de selección.
2. **Disponer** que la presente Acta se publique en el portal institucional de Osinermin, dentro de las actuaciones seguidas en el marco del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 008-2022-Osinermin-DSR respecto del Ítem 1.
3. Remitir copia de la presente declaración de nulidad a la Secretaría Técnica de los Órganos Instructores del Procedimiento Administrativo Disciplinario de Osinermin, 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.
4. Se informe a la Gerencia de Asesoría Jurídica, que la empresa HP CONSULTANTS S.A.C., ha presentado documentación inexacta en el Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 008-2022-Osinermin-DSR - Ítem 1, para las acciones penales o civiles que ameriten, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 18.5 del artículo 18 de la Directiva.

Siendo las 16:45 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**