

ACTA DEL COMITÉ DE APELACIÓN

Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Nro. 08-2022- Osinergmin - DSR

El Comité de Apelación designado con Resolución de Gerencia General Nro. 79-2023-OS/GG del 24 de mayo de 2023, se reúne el día 20 de junio de 2023 a las 08:30 horas, convocados por su Presidenta Titular, Karina Nilda Flores Gomez, para desarrollar el tema considerado en la siguiente agenda:

Atención al Expediente SIGED Nro. **202300147499** mediante el cual el Comité de Selección remite, entre otros documentos, el Informe Nro. 1087-2023-OS/DSR del Comité de Selección suscrito el 15 de junio de 2023, donde se eleva todos los actuados del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Nro. 08-2022-Osinergmin-DSR, Tercera Convocatoria, ante un posible vicio de nulidad.

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

1. Presidente Titular: Karina Nilda Flores Gomez, representante de la Gerencia General.
2. Miembro Titular: Daniel Andrés Del Carpio Arellano, representante de la Gerencia de Asesoría Jurídica.
3. Miembro Suplente: Erika Valencia Pohl, representante de Logística.

DESARROLLO DE LA AGENDA:

I. Antecedentes

1. Con fecha 19 de mayo de 2022, se publicó en la página web de Osinergmin la primera convocatoria del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Nro. 08-2022-Osinergmin-DSR-Primera Convocatoria cuyo objeto es la fiscalización de la normativa de la comercialización y distribución eléctrica 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.
2. Con fecha 4 de octubre de 2022, se publicó en la página web de Osinergmin la segunda convocatoria del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Nro. 08-2022-Osinergmin-DSR-Segunda Convocatoria cuyo objeto es la fiscalización de la normativa de comercialización y distribución del servicio público de electricidad en el ámbito de las Oficinas Regionales de Ica, Arequipa, Moquegua, Tacna, Lambayeque, Piura, Tumbes, Amazonas, Loreto, San Martín, Cajamarca, Áncash, la Libertad y Lima Norte, así como las supervisiones especiales vinculadas al Sub Sector Electricidad encargadas por Osinergmin.
3. Con fecha 23 de mayo de 2023, se publicó en la página web de Osinergmin la tercera convocatoria del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Nro. 08-2022-Osinergmin-DSR-Tercera Convocatoria (en adelante el Proceso de Selección), cuyo objetivo es la Contratación de dos (02) Empresas Supervisoras Técnicas Personas Jurídicas, que brinden servicio de fiscalización en las Oficinas Regionales de Lambayeque, Piura, Tumbes, Amazonas, Loreto, San Martín, Cajamarca, Áncash y la Libertad encargadas por Osinergmin.

En dicha oportunidad el Comité de Selección publicó los siguientes documentos: i) el aviso de la convocatoria, ii) las Bases del proceso de selección incluidos los términos de referencia, iii) los documentos denominados "Formatos Editables" los cuales forman parte de las Bases, iv) el Instructivo de ingreso y afiliación al Sistema de Notificación Electrónica, v) el Instructivo para registro de propuestas -Ventanilla Virtual de Osinergmin (VVO), vi) la Resolución de Consejo Directivo Nro. 198-

2020-OS/CD y vii) la Resolución de Consejo Directivo Nro. 164-2022-OS/CD que modifica los artículos 24 y 29 de La Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras.

4. Conforme el cronograma establecido para el proceso de selección, con fecha 29 de mayo de 2023 el Comité de Selección absolvió las consultas formuladas por los interesados, por lo que se continuó con la etapa de presentación de propuestas programada para el 2 de junio de 2023.

Mediante el Informe Nro. 1087-2023-OS/DSR suscrito el 15 de junio de 2023, el Comité de Selección, solicita al Comité de Apelación la declaración de nulidad de oficio de la etapa de Presentación de Propuestas, retrotrayendo el proceso de selección a dicha etapa al no haberse permitido la presentación de propuestas por parte de algunos participantes en la forma y plazos señalados en el Calendario del Proceso de Selección Nro. 08-2022-Osinergmin-DSR - tercera convocatoria, debido a la ocurrencia de un error en el Sistema de Gestión de Documentos Digitales del Osinergmin (en adelante SIGED) el cual permite la presentación de documentos a través de la Ventanilla Virtual del Osinergmin (en adelante VVO).

5. De acuerdo a lo señalado en el Informe Nro. 1087-2023-OS/DSR, a partir de las 22:00 horas del día viernes 2 de junio del 2023, se recibieron algunos correos electrónicos de los participantes a la dirección: propuestas.est@osinergmin.gob.pe, quienes informaron que no pudieron ingresar sus propuestas, hechos ocurridos que fueron comunicados por el Presidente del Comité de Selección mediante correo electrónico a las 23:06 horas del viernes 2 de junio del 2023 al área de Sistemas para su atención, situación que fue finalmente corregida a las 00:14 horas del día sábado 3 de junio del 2023, es decir, con posterioridad al plazo señalado en el Calendario del Proceso.
6. Asimismo, en el citado informe, el Comité de Selección afirma que, mediante Memorando GSTI-333-2023, de fecha 7 de junio del 2023, la Gerencia de Sistemas y Tecnologías de la Información (GSTI) remitió al Comité de Selección el Informe IGSTI-384-2023 de fecha 7 de junio de 2023, en el que se informó la ocurrencia de un error en el (SIGED), el cual permite la presentación de documentos a través de la VVO.

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 Osinergmin Nro. 198-2020-OS-CD, y sus modificatorias, en adelante La Directiva; por lo que tal disposición legal resulta aplicable.
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.
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 Nro. 054-2001-PCM, los principios recogidos en la Ley Nro. 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y en el TUO de la Ley Nro. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, y sus modificaciones, en todo aquello que resulte aplicable.

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.

3. Ahora bien, cabe indicar que el numeral 8.2 del artículo 8 de la Directiva, establece que el Comité de Selección tiene a su cargo la convocatoria y conducción del proceso de selección de Empresas Supervisoras, así como las demás actuaciones establecidas en la presente Directiva. Son autónomos respecto a la organización, conducción y ejecución de los actos realizados durante sus labores.
4. Es competencia del Comité de Apelación, la resolución de recursos de apelación interpuestos en el marco de los procesos de selección y contratación de Empresas Supervisoras, así como avocarse a las solicitudes de nulidad de oficio que presentan los Comités de Selección de conformidad con el artículo 24 de la Directiva. En tal sentido, en virtud a lo comunicado mediante Informe N° 002-PSE012-2022-CS 01-001-2021-CSES-DSE del Comité de Selección, corresponde a este colegiado evaluar la existencia de la causal de nulidad informada en el proceso de selección.
5. 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.

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)

- Conforme los numerales 16.1 y 16.2 del artículo 16 de la Directiva, se ha indicado lo siguiente:

"16.1 La presentación de propuestas se efectúa en la oportunidad establecida en el Cronograma, el cual contemplará para ello un plazo no menor a tres (3) días hábiles, contados desde el día siguiente hábil de culminada la Integración de Bases.

16.2 Los participantes presentan sus propuestas de manera electrónica, en la forma y oportunidad establecida en las bases del proceso de selección." (el subrayado es nuestro)

En el presente caso, las bases integradas establecen en el punto 2.6 del Capítulo II de la Sección General, que las propuestas se presentan de manera electrónica, desde las 00:00 horas hasta las 23:59 del día establecido para el efecto, en el cronograma del proceso de selección¹:

2. 6 PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS

Las propuestas se presentan de manera electrónica, en la forma y oportunidad establecida en las bases del proceso de selección, desde las 00:00 horas hasta las 23:59 horas del día establecido para el efecto en el cronograma del proceso de selección, adjuntando el archivo digitalizado que contenga los documentos que conforman la propuesta de acuerdo a lo requerido en las bases.

El participante debe verificar antes de su envío, bajo su responsabilidad, que el archivo pueda ser descargado y su contenido sea legible.

Las declaraciones juradas, formatos o formularios previstos en las bases que conforman la propuesta deben estar debidamente firmados por el postor. Los demás documentos deben ser rubricados (visados) por el postor. En el caso de persona jurídica, por su representante legal, apoderado o mandatario designado para dicho fin y, en el caso de persona natural con negocio, por este o su apoderado.

El precio de la oferta debe incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del servicio a contratar.

El precio total de la oferta y los subtotales que lo componen deben ser expresados con dos decimales. Los precios unitarios pueden ser expresados con más de dos decimales.

No se acepta el pegado de la imagen de una firma o visto. Las propuestas se presentan foliadas.

6. Mediante Informe I-GSTI-384- 2023 de fecha 7 de junio de 2023, la Gerencia de Sistemas y Tecnologías de la Información (GSTI) confirma la ocurrencia de un error asociado a un parámetro que debía insertarse automáticamente en el SIGED el cual permite la presentación de documentos a través de la VVO.
7. Efectivamente, de la revisión del Informe Nro. 1087-2023-OS/DSR y sus anexos se aprecia que se informó respecto a un error del sistema que impidió a algunos participantes la presentación de sus propuestas técnica y económica a través de la VVO dentro de los horarios establecidos en la etapa de la convocatoria del Proceso de Selección Nro. 08-2022-Osinergmin-DSR - Tercera Convocatoria (es decir, desde las 00:00 horas hasta las 23:59 horas del día 2 de junio del 2023).

Por lo tanto, el Comité de Selección advierte que el error en el sistema antes señalado habría impedido la adecuada presentación de propuestas de algunos participantes, y como consecuencia de ello el adecuado desarrollo de la etapa respectiva, hecho que contraviene la normativa aplicable establecida en la Directiva y las Bases conforme a lo indicado en el punto 5 precedente, y vulnera a su vez el Principio de Transparencia contemplado en el literal c) del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala que las entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los postores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Asimismo, el error indicado vulnera los principios de libertad de concurrencia e

¹ https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Procesos-Seleccion/ES/DSR/08-III-2022-DSR/Bases-Integradas-08-III-2022-DSR.pdf p.4

igualdad de trato señalados en los literales a) y b) del artículo 2° de la Ley de Contrataciones del Estado, respectivamente.

8. Asimismo, el error detectado vulnera el principio de legalidad, consagrado en el subnumeral 1.1 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 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.

Por su parte, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley Nro. 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)*

9. 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.
10. 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.
11. Por su parte, el numeral 13.3 del artículo 13 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establece la posibilidad de que, ante una declaración de nulidad, se pueda conservar aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio.
12. De lo actuado se aprecia que, pese a que en la etapa de Presentación de Propuestas se advierte un vicio que afectó el adecuado desarrollo de la misma e impidió a algunos participantes la presentación de sus propuestas a través de la VVO del Osinergmin dentro de los horarios establecidos en el Proceso de Selección, lo cierto es que, otros participantes realizaron su presentación de propuestas sin problema alguno; por lo que los mismos no deben verse afectados por la incidencia ocurrida, debiendo conservarse tales actuaciones.
13. 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 Presentación de Propuestas, a efectos que el vicio detectado sea corregido, debiendo conservarse las propuestas que fueron presentadas sin problemas por los participantes que no se vieron afectados con la incidencia en la VVO antes mencionada.

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 Nro. 08-2022- Osinergmin – DSR- Tercera Convocatoria, al haberse advertido la contravención de la normativa aplicable y la vulneración de los principios de transparencia, libertad de concurrencia, igualdad de trato y legalidad, retrotrayéndose dicho proceso de selección hasta la etapa de Presentación de Propuestas, a efectos que el vicio detectado sea corregido por el Comité de Selección, debiendo conservarse las propuestas que fueron presentadas sin problemas por los participantes que no se vieron afectados con la incidencia en la Ventanilla Virtual del Osinergmin antes mencionada.
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 de Empresas Supervisoras Nro. 08-2022- Osinergmin – DSR- Tercera Convocatoria.
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 Nro. 004-2019-JUS.

La presente reunión culmina con la firma de los integrantes del Comité de Apelación, lo cual da la conformidad a su contenido y actos descritos.

«dcarpio»

«kfloresg»

«evalenciap»

Representante
Gerencia de Asesoría Jurídica
Miembro Titular
Daniel del Carpio Arellano

Representante
Gerencia General
Presidente Titular
Karina Flores Gomez

Representante
Unidad de Logística
Miembro Suplente
Erika Valencia Pohl