

ACTA DEL COMITÉ DE APELACIÓN

Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N°011-2022- Osinergmin - DSR

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 08 de febrero de 2023 a las 10:00 horas, convocados por su Presidente Suplente, Oscar Alfredo Echegaray Pacheco, para desarrollar el tema considerado en la siguiente agenda:

1. Atención al Expediente SIGED N° 202200201447 mediante el cual el Comité de Selección remite, entre otros documentos, el Informe de Comité de Selección N° 2698-2022-OS/DSR suscrito el 29 de noviembre de 2022, donde se eleva todos los actuados del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 011-2022-Osinergmin-DSR, 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 Suplente: Oscar Alfredo Echegaray Pacheco, representante de la Gerencia General.
2. Miembro Suplente: Jose Luis Luna Campodónico, representante de la Gerencia de Asesoría Jurídica.
3. Miembro Titular: Violeta Rodriguez Arce, representante de Logística.

DESARROLLO DE LA AGENDA:

I. Antecedentes

1. Con fecha 04 de septiembre de 2022, se publicó en la página web de Osinergmin, la convocatoria del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 011-2022-Osinergmin-DSR (en adelante el proceso de selección) cuyo objeto es la contratación de Empresas Supervisoras Técnicas-Personas Jurídicas a fin de continuar con el servicio de fiscalización y/o supervisión de las actividades de Comercialización y Calidad del servicio de distribución de Gas Natural por red de ductos en la concesión de Lima/Callao.

En dicha oportunidad, el Comité de Selección publicó los siguientes documentos: i) el aviso de la convocatoria, ii) las Bases del proceso de selección, iii) los documentos denominados "Formatos y Anexos Editables" los cuales forman parte de las Bases, iv) la Guía General de Supervisión, v) el instructivo de ingreso y afiliación al Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE), vi) Instructivo para registro de propuestas -Ventanilla Virtual de Osinergmin (VVO), vii) la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada por Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 198-2020-OS/CD, viii) Resolución 023-2022-OS/CD que modifica la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras (en adelante la Directiva).

El referido proceso de selección se convocó para los siguientes ítems:

Ítem N°	Materia del ítem
1	Fiscalización del cumplimiento de las obligaciones normativas relacionadas a: Corte y Reconexión, Toma de Lectura, Facturación, Pliego Tarifario y Contabilidad Regulatoria aplicable a los concesionarios de la Red de distribución de gas por red de ductos en la Concesión de Lima y Callao.
2	Fiscalización del cumplimiento de las obligaciones normativas relacionadas a: Instalaciones Típicas, Habilitación de Suministro de instalaciones internas, Multas, GIS, y Registro de Instaladores de Gas Natural en la Concesión de Lima y Callao.

3	Fiscalización del Cumplimiento de las obligaciones normativas relacionadas a: Verificación Inicial de medidores, Contraste de medidores, mantenimiento de acometida, revisiones quinquenales, calidad de servicio en la Concesión de Lima y Callao.
---	---

2. Con fecha 15 de septiembre de 2022, se realizó la presentación de propuestas, dentro de las cuales está la oferta presentada por el CONSORCIO CENTRICA ENERGY SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA - COEMIN SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA - SUPERVISIÓN & ENERGY CONSULTING S.A.C. (en adelante, CONSORCIO), en los tres ítems.
3. Mediante Acta del Comité N° 4 del 26 de setiembre de 2022 y su anexo, publicados el 27 de setiembre de 2022, se realizó la admisión de las propuestas presentadas por los postores, así como la evaluación económica, evaluación técnica y cumplimiento de requisitos de calificación. En dicha evaluación, se designó al CONSORCIO como ganador de los Ítems Ns° 01, 02 y 03. Dicho resultado final fue consentido mediante comunicado del Comité de Selección del 03 de octubre de 2022, siendo que a la fecha no se ha suscrito contrato alguno en los referidos Ítems.
4. Con fecha 04 de octubre de 2022, el Comité de Selección acordó remitir el expediente a la Unidad de Logística de la Gerencia de Administración y Finanzas (área de contrataciones) para que proceda con las acciones para el perfeccionamiento del contrato, según lo dispuesto en el numeral 26.2 del artículo 26 de la Directiva.
5. Con fecha 13 de octubre de 2022, la Unidad de Logística de la Gerencia de Administración y Finanzas notificó el Oficio N°1690-2022-OS-GAF/ALOG donde se requiere a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (en adelante, SUNASS) remita información sobre la siguiente:
 - Si el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra es o ha sido Auditor y Gerente encargado del Órgano de Control Institucional de SUNASS, precisándose la fecha de inicio y de término en el cual se desempeñó en dicho cargo, sin perjuicio de informar si el referido cargo es de servidor público con poder de dirección o decisión.
 - Copia del contrato de trabajo o constancia donde se acredite el desempeño de dicho cargo y el periodo de ejecución del mismo.
 - Si el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra ha trabajado en la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento en cualquier posición o cargo, y bajo cualquier modalidad contractual; precisándose la fecha de inicio y de término en el cual se desempeñó en dicho cargo. Así como si el referido cargo es de servidor público con poder de dirección o decisión.
 - Copia del contrato de trabajo o constancia donde se acredite el desempeño de dicho cargo y el periodo de ejecución del mismo.
6. Mediante Oficio N°113-2022-SUNASS-OAF-URH ingresado mediante la Ventanilla Virtual de Osinergmin (VVO) con fecha 18 de octubre de 2022, SUNASS comunicó lo siguiente:

El servidor se encuentra laborando con Contrato a Plazo indeterminado, bajo el régimen laboral de la Actividad Privada – Decreto Legislativo N° 728- en conformidad al Art. 4 del D.S N° 003-97-TR: Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siendo que en sus cargos de especialista auditor solo pudieron tener acciones de decisión en sus informes técnicos emitidos, por lo que se detalla lo siguiente:

INGRESO A LA SUNASS	INICIO	TÉRMINO
1er. Ingreso con Contrato de Trabajo sujeto a modalidad	06/01/2003	12/02/2009
Auditor	01/07/2003	12/02/2009
Supervisión de Gerencia de Fiscalización	28/01/2009	12/02/2009
2do. Ingreso por Acta de Reposición	18/04/2016	Actualmente se encuentra con Licencia sin goce de haber

- En la actualidad, se le ha concedido Licencia sin goce de haber por asuntos particulares, y comprenden los siguientes periodos:

LICENCIAS SIN GOCE DE HABER	01/09/2017 (Por 90 días calendario)
	14/12/2021 al 13/03/2022
	14/03/2022 al 11/07/2022
	12/07/2022 al 09/10/2022
	<u>10/10/2022 al 13/12/2022</u>

7. Mediante Oficio N° 1735-2022-OS-GAF/ALOG, notificado el 24 de octubre de 2022, mediante el cual se solicitó los descargos a la empresa COEMIN S.A.C. (cuyo representante legal es el representante común del CONSORCIO) por haberse detectado que este CONSORCIO presentó al señor Demetrio Pedro Durand Saavedra como personal propuesto en su oferta en el ítem 1, dado que éste estaría impedido de contratar con el Estado, en razón de tener vínculo laboral vigente con la Superintendencia Nacional de Agua y Saneamiento (SUNASS) y ser un funcionario o servidor público con poder de decisión, por lo que le alcanza el impedimento previsto en el literal b) del numeral 6.1 de la Directiva, concordado con el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082- 2019-EF. Para la presentación de los citados descargos, se le otorgó cinco (05) días hábiles.
8. Mediante la Carta ingresada en el expediente (SIGED 202200224189) con fecha 31 de octubre de 2022, la empresa COEMIN S.A.C. presentó sus descargos al Oficio N° 1735-2022-OS-GAF/ALOG.
9. Por medio de carta S/N ingresada por medio de expediente SIGED N° 202200201447 con fecha 02 de noviembre de 2022, la empresa COEMIN S.A.C. reitera sus descargos al Oficio N° 1735-2022-OS-GAF/ALOG
10. Con fecha 07 de noviembre de 2022, la Unidad de Logística emitió el Informe N° GAF/ALOG-411-2022 sobre el resultado de la fiscalización posterior, concluyéndose que el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra está impedido para ser participante, y postor en un proceso de selección, así como, para contratar con el Estado, de acuerdo a lo establecido en el literal e) del numeral 11.1. del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y por ende, está impedido para ser postor y contratar con Osinergmin, por encontrarse en el supuesto de impedimento contemplado en el literal b) del numeral 6.1 del artículo 6 de la Directiva, en concordancia con el numeral 6.6 del artículo 6 de la Directiva. Por ello, en el referido Informe, se señaló que el CONSORCIO presentó información inexacta referida a la “Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones” suscrita por el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra (folio 372 de la propuesta del CONSORCIO en el Ítem 01).

11. A través del Memorándum N° GAF-1176-2022 de fecha 11 de noviembre de 2022, la Gerencia de Administración y Finanzas comunicó al Comité de Selección del proceso de selección respecto a la inscripción de las empresas integrantes del CONSORCIO en el Registro de Inhabilitación de Empresas Supervisoras.
12. Mediante el Informe N° 2698-2022-OS/DSR de fecha 29 de noviembre de 2022, el Comité de Selección informó al Comité de Apelación, que al haberse determinado la presentación de información inexacta por parte del CONSORCIO, corresponde remitir la información al referido Comité a fin que, de ser el caso, declare la nulidad de la calificación del CONSORCIO y los actos posteriores, sin perjuicio de conservar aquellos actos no afectados con el vicio, de conformidad con el numeral 18.4 del artículo 18 de la Directiva.
13. Mediante el Oficio N°07-2022-CA notificado el 01 de diciembre de 2022, el Comité de Apelación solicitó al CONSORCIO se pronuncie sobre la solicitud de nulidad presentada por el Comité de Selección, otorgándole dos (2) días hábiles para la presentación de sus descargos, para la cual remitió copia de los Informes N°s GAF/ALOG-411-2022 y 2698-2022-OS/DSR.
14. Mediante la Carta S/N (SIGED N° 202200201477) ingresado por la Ventanilla Virtual de Osinergmin con fecha 05 de diciembre de 2022, el CONSORCIO presentó sus descargos, como respuesta al Oficio N°07-2022-CA.

II. Competencia del Comité de Apelación

1. El Proceso de Selección se llevó a cabo bajo los alcances de La Directiva; por lo que tal disposición legal resulta aplicable.
2. De acuerdo a lo establecido en el numeral 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 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.

Asimismo, de acuerdo con el tercer párrafo del referido artículo 24, en caso se advierta la posible existencia de alguna causal de nulidad, el Comité de Selección remite todos los actuados al Comité de Apelación, adjuntando un informe respecto de los hechos advertidos

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 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

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. El numeral 18.3 de la Directiva señala lo siguiente: *“18.3 Si con posterioridad a la etapa de evaluación y calificación de propuestas y antes de la suscripción del contrato, el Comité de Selección toma conocimiento o tiene algún indicio que en las propuestas o en otra documentación presentada durante el proceso de selección, obra algún documento sobre cuya veracidad o exactitud existe duda razonable, solicita a la Gerencia de Administración y Finanzas que efectúe la inmediata fiscalización, la cual se realiza siguiendo el mismo procedimiento establecido para la fiscalización de los procedimientos de selección en materia de contratación pública. El inicio de la fiscalización posterior no suspende el plazo de entrega de documentos para la firma del contrato, ni la suscripción del mismo. Los errores materiales pueden ser subsanados, en tanto no incidan en la evaluación y calificación del postor”* (el subrayado es nuestro).

En ese sentido, el órgano de Osinergmin para realizar la fiscalización posterior de los documentos presentados en el Proceso de Selección es la Gerencia de Administración y Finanzas por medio del área de contrataciones que es la Unidad de Logística.

5. Por su parte, en el numeral 18.4 del artículo 18 de la Directiva, se señala que: *“En caso que, como resultado de la fiscalización posterior se verifique la presentación de información inexacta o documentación falsa o adulterada antes de la suscripción del contrato, el Comité de Selección remite la información al Comité de Apelación a fin que, de ser el caso, declare la nulidad de la calificación del postor y los actos posteriores, sin perjuicio de conservar aquellos actos no afectados con el vicio. Cuando la información inexacta o documentación falsa o adulterada haya sido presentada por el postor designado, se suspende la suscripción del contrato hasta el pronunciamiento del Comité de Apelación; para tal efecto, el Comité de Selección pone en conocimiento del área de contrataciones la comunicación efectuada al Comité de Apelación y ésta a su vez, comunica al postor designado la suspensión de la suscripción del contrato y del plazo para la presentación de la documentación requerida para tal efecto. La sola afirmación de la entidad o institución emisora de un documento*

sobre la falta de veracidad o autenticidad de éste, resulta suficiente para que el Comité de Apelación declare la nulidad de la calificación del postor y los actos posteriores, sin perjuicio de la posibilidad de verificar este hecho por otros medios."

6. Mediante la Carta S/N (SIGED 202200201477), ingresado por la Ventanilla Virtual de Osinergmin con fecha 05 de diciembre de 2022, el CONSORCIO presentó sus alegaciones al Informe presentado por el Comité de Selección y la solicitud de nulidad de la calificación en el Proceso de Selección, señalando lo siguiente:

6.1 El señor Durand se encuentra gozando de licencia sin goce de haber o remuneración, la cual ha sido otorgada por su empleador SUNASS por los periodos que corresponden al año 2022, siendo que el último periodo de licencia sin goce de haber fue concedido al señor Durand mediante Resolución de Gerencia General N° 104-2022-SUNASS-GG de fecha 12 de octubre de 2022:

<i>DEL</i>	<i>AL</i>
14/12/2021	13/03/2022
14/03/2022	11/07/2022
12/07/2022	09/10/2022
10/10/2022	13/12/2022

Indicó que de acuerdo al clasificador de cargos de SUNASS aprobado por Resolución de Presidencia N° 013-2019-SUNASS-PE, el especialista es el que desempeña labores de ejecución de servicios públicos y no ejerce función administrativa, señalándose además que el especialista tiene entre sus funciones coordinar y ejecutar las actividades complejas a las funciones del órgano al que pertenece de conformidad con la normativa vigente en el ámbito de su competencia **en ningún caso tiene poder de dirección o decisión**; por lo cual el CONSORCIO concluye que el señor Durand **no tiene poder de decisión o dirección a través de las opiniones** emitidas mediante informes en SUNASS en la que afirman que el señor Durand solo pudo tener acciones de decisión en sus informes técnicos emitidos, acotando que las funciones del señor Durand están suspendidas.

Como efecto de la licencia sin goce de remuneración, las prestaciones de las partes (sr Durand/SUNASS) se encuentran suspendidas de manera perfecta, para el Consorcio es obvio que desde el punto de vista del trabajador la prestación personal de sus tareas, la subordinación frente al empleador, la percepción de la remuneración, la compensación por tiempo de servicios, las vacaciones y las gratificaciones por julio y diciembre; también se encuentran suspendidas.

Señaló por tanto que como el señor Durand no ejerce funciones para SUNASS de manera continua desde el 14 de diciembre de 2021 hasta la fecha de presentación del escrito de descargos, es que resulta imposible que el señor Durand haya incurrido en la causal de impedimento para formar parte del personal propuesto por el Consorcio en el Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 011-2022-Osinergmin-DSR, Primera convocatoria.

6.2 El CONSORCIO indicó que el literal b) del numeral 6.1 y el numeral 6.6 del artículo 6 de la Directiva¹ en concordancia con el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único de la Ley de

¹ **Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras**

Artículo 6.- Impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones

6.1 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. (...)

(...)

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

Contrataciones del Estado que señala que ***“el impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo”*** no le alcanza al señor Durand. Por tanto, si durante el proceso de selección el señor Durand no ejercía el cargo en SUNASS entonces no ha incurrido en el impedimento establecido por Osinergmin porque estaba temporalmente exonerado de prestar sus servicios a favor de SUNASS.

En este orden de ideas, precisó que la normativa de contrataciones del estado permite que toda persona que cumple con los requisitos previstos pueda ser participantes postor, contratista en las contrataciones que realicen las entidades públicas, por tanto, el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios de libertad de concurrencia, competencia, publicidad, transparencia, igualdad de trato entre otros. En consecuencia, los impedimentos para ser participante, postor o contratista solo pueden ser establecidos mediante ley y se establece la inaplicabilidad de la analogía de las normas que establecen excepciones o restringen derechos.

Al respecto, indicó que los impedimentos establecidos en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado alcanzan al participante, postor o contratista, pero el señor Durand no califica como participante, postor o contratista; Osinergmin y SUNASS son entidades diferentes, por lo que no le alcanza el impedimento imputado y que perjudica al CONSORCIO. Ello implica que Osinergmin está haciendo extensiva la aplicación de este artículo de la Ley al señor Durand quien únicamente forma parte de la propuesta técnica del CONSORCIO.

Mencionó que en la Opinión OSCE 023-2010/DTN se señala que si un funcionario o servidor público conforma el plantel técnico de una propuesta no presenta la calidad de participante, postor y/o contratista, no estaría incluido dentro de los impedimentos establecidos en la normativa de contratación pública. Asimismo, alega que los impedimentos vigentes al momento en que se emitió esta opinión son los mismos que se mantienen en la legislación vigente.

De acuerdo a la citada opinión, el señor Durand no estaría incurso en ningún impedimento y como tal la suscripción del contrato a favor del Consorcio debe llevarse a cabo conforme lo establece la Directiva.

En consecuencia, el CONSORCIO señaló que al no estar incurso en ningún impedimento, el señor Durand, no ha presentado información inexacta en el proceso de selección N°11-2022-Osinergmin-DSR. En consecuencia, no existe un vicio de nulidad al no haberse presentado alguna causal establecidos en el literal b) del numeral 6.1 y 6.6 del artículo 6 de la Directiva concordado con el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado Ley 30225.

6.3 Asimismo, el CONSORCIO señaló que existe discriminación y barreras burocráticas en el proceso de selección de empresas supervisoras, dado que para la contratación de un personal de Osinergmin por el cuadro de asignación de personal no se exige que el postulante renuncie durante la postulación, en cambio en el caso del personal propuesto de las empresas supervisoras no existe esta condición dado que se exige que las personas renuncien al puesto anterior sin tener la seguridad de ganar el concurso. De acuerdo a lo que afirma el CONSORCIO, esta situación implica de manera encubierta que se busca que el personal supervisor debe ser a exclusividad lo que contradice las bases del proceso de selección de empresas supervisoras N°011-2022-Osinergmin- DSR primera convocatoria.

6.4 Adicionalmente, el CONSORCIO indicó que la inscripción del CONSORCIO en el Registro de Inhabilitación de Empresas Supervisoras les ha causado un gran perjuicio económico y moral,

postulen o sean contratadas como Empresas Supervisoras, así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio.

dado que se ha suspendido la firma de los contratos de los ítems 1, 2, 3 del proceso de selección N°11-2022-Osinergmin-DSR, en el ítem 2 del proceso de selección N°20-2022-Osinergmin-DSR Primera Convocatoria y en los ítems 01, 02 y 04 del proceso de selección N°05-2022-Osinergmin-DSR-Segunda Convocatoria.

- 6.5 Asimismo, el CONSORCIO solicitó al Comité de Apelación dejar sin efecto el supuesto vicio de nulidad por información inexacta; dejar sin efecto la inhabilitación de las empresas que conforman el CONSORCIO; pronunciarse por la continuación de los procesos de selección de Empresas Supervisoras N°011-2022-Osinergmin-DSR-Primera Convocatoria a fin que el CONSORCIO suscriba los contratos de los ítems 1, 2 y 3 y la continuación del proceso de selección 20-2022-Osinergmin-DSR Primera Convocatoria (Ítem 2); se ordene la nulidad del proceso de selección de empresas supervisoras 05-2022-Osinergmin-DSR Segunda Convocatoria debido a que fueron descalificados en razón de la inhabilitación arbitraria.
7. Con relación a los argumentos del pronunciamiento del CONSORCIO referidos en el numeral precedente, y con el fin de determinar si en el presente caso existe una causal de nulidad del proceso de selección se debe tener en cuenta lo siguiente:
- 7.1 De la revisión del expediente del proceso de selección, el CONSORCIO presentó propuestas en los ítems 1, 2 y 3, resultando designado en los tres ítems. Cabe precisar que la “Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones” suscrita por el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra fue presentada en el folio 372 de la propuesta del CONSORCIO en el ítem 01.
- 7.2 Con relación a si existe o no la documentación conteniendo información inexacta presentada por CONSORCIO en el ítem 1 del proceso de selección, corresponde evaluar en primer lugar si el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra se encuentra o no incurso en la causal señalada en el literal b) del numeral 6.1 del artículo 6 de la Directiva. Esto es, si en realidad se encuentra impedido por tener vínculo laboral vigente como servidor público con poder de decisión en la Superintendencia Nacional de Agua y Saneamiento (SUNASS).

Al respecto, debemos indicar que en el Oficio N° 113-2022-SUNASS-OAF-URH de SUNASS, se comunicó lo siguiente:

Si el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra ha trabajado en la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento en cualquier posición o cargo, y bajo cualquier modalidad contractual; precisándose la fecha de inicio y de término en el cual se desempeñó en dicho cargo. Así como si el referido cargo es de servidor público con poder de dirección o decisión.

El servidor se encuentra laborando con Contrato a Plazo indeterminado, bajo el régimen laboral de la Actividad Privada – Decreto Legislativo N° 728- en conformidad al Art. 4 del D.S N° 003-97-TR: Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siendo que en sus cargos de especialista auditor solo pudieron tener acciones de decisión en sus informes técnicos emitidos, por lo que se detalla lo siguiente:

INGRESO A LA SUNASS	INICIO	TÉRMINO
1er. Ingreso con Contrato de Trabajo sujeto a modalidad	06/01/2003	12/02/2009
Auditor	01/07/2003	12/02/2009
Supervisión de Gerencia de Fiscalización	28/01/2009	12/02/2009
2do. Ingreso por Acta de Reposición	18/04/2016	Actualmente se encuentra con Licencia sin goce de haber

- En la actualidad, se le ha concedido Licencia sin goce de haber por asuntos particulares, y comprenden los siguientes periodos:

LICENCIAS SIN GOCE DE HABER	01/09/2017 (Por 90 días calendario)
	14/12/2021 al 13/03/2022
	14/03/2022 al 11/07/2022
	12/07/2022 al 09/10/2022
	10/10/2022 al 13/12/2022

Como se aprecia, SUNASS ha señalado que el Sr. Demetrio Pedro Durand Saavedra es un servidor público con poder de decisión a través de sus informes técnicos que emite, quien tiene un vínculo laboral con SUNASS a través de un Contrato de Trabajo a Plazo Indeterminado, y que el 04 de septiembre de 2022 (fecha de la convocatoria del proceso de selección) mantiene dicho vínculo.

Asimismo, a mayor ahondamiento, debemos señalar que el Informe Técnico 001218-2021-Servir-GPGSC², señala que “En el caso del régimen laboral de la actividad privada, sus normas generales no desarrollan las licencias que corresponden ser otorgadas a los trabajadores. Ante tal ausencia, cada entidad empleadora emite disposiciones internas orientadas a establecer las licencias que sus servidores podrán solicitar, así como las particularidades de cada una.”

Adicionalmente, debemos indicar que el artículo 34 del Reglamento Interno de los Servidores Civiles de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) señala que *“la inasistencia será justificada en los siguientes supuestos: a. Comisiones de servicio. b. Licencias. c. Permisos. d. Compensación por sobretiempo autorizada. e. Situaciones excepcionales de caso fortuito o fuerza mayor.”* De este artículo, se desprende que la Licencia es una justificación de la inasistencia al centro de trabajo, es decir, se mantiene el vínculo laboral entre el Sr. Demetrio Pedro Durand Saavedra y SUNASS.

En este orden de ideas, con relación a la alegación del CONSORCIO respecto a que el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra se encuentra con licencia sin goce de haber, debemos señalar que de acuerdo a lo señalado en el primer párrafo³ del artículo 11° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, aunque el trabajador no está desempeñando ninguna función, y tampoco está recibiendo una remuneración, el vínculo laboral con SUNASS se encuentra vigente.

En este sentido, conforme a la información proporcionada por SUNASS y el resultado de la mencionada fiscalización posterior, se advierte que el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra sigue teniendo el cargo de Especialista Auditor en el Órgano de Control Institucional de SUNASS, con poder de decisión en sus informes técnicos, a pesar que se encuentre con licencia, es decir, él sigue ostentando el cargo. Considerar lo contrario, sería avalar un beneficio perverso en contra de lo que establece la norma; dado que bastaría con salir de vacaciones o tomar licencia y para incrementar sus ingresos, contratar con el Estado, ejecutar su orden de servicio y luego regresar a trabajar a su puesto; lo cual contraviene la normativa vigente.

Respecto de si el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra se encuentra o no incurso en la causal señalada en el literal b) del numeral 6.1 del artículo 6 de la Directiva, debemos señalar que el señor Durand está impedido de ser participante, postor y contratar con el Estado por estar en el supuesto de impedimento establecido en el literal e)⁴ del numeral 1.11 del artículo 11 del Texto

² Recuperado de ¿Por cuánto tiempo se puede otorgar licencia sin goce a trabajadores CAS? [Informe 001218-2021-Servir-GPGSC] | LP (lpderecho.pe)

³ **DE LA SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Artículo 11.- Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral. (...)

⁴ e) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, **servidores públicos con poder de dirección o decisión**, según la ley especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado. **El impedimento se aplica para todo**

Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, Ley), aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Al respecto, debemos señalar que cuando el numeral 1.11 del artículo 11 de la Ley, hace mención a *“durante el ejercicio del cargo”* o *“mientras ejercen su función”*, corresponde entenderlo *“mientras se mantengan en el cargo”*. Asimismo, la frase *“para todo proceso de contratación”* implica *“en cualquier proceso de contratación que se realice dentro del territorio nacional”*. En ese sentido, la Dirección Técnica Normativa del OSCE, a través de la OPINIÓN N° 057-2022/DTN de fecha 20 de julio de 2022, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Sobre el particular, cabe indicar que el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del Estado, las siguientes personas: “Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado. El impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de culminado el mismo hasta doce (12) meses después sólo en la entidad a la que pertenecieron”. (El resaltado es agregado).

Como se puede apreciar, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado, durante el ejercicio del cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en cualquier proceso de contratación que se realice dentro del territorio nacional; asimismo, dicho dispositivo establece que, desde el momento en que tales personas dejan el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho cese, el impedimento se aplicará únicamente en las contrataciones que realice la Entidad de la que formaron parte.

2.2. En ese contexto, se advierte que los ex servidores de una Entidad pública, que contaban con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas **en los procesos de contratación convocados por la Entidad a la que pertenecían**, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo de servidores, conforme a lo dispuesto en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe anotar que cada Entidad contratante debe realizar el análisis correspondiente, a fin de verificar que los proveedores del Estado que participan en los procesos de contratación que aquella convoca no se encuentren inmersos en algunos de los supuestos de impedimentos que establece el artículo 11 de la Ley.

2.3. **“Si se aplica el impedimento del literal f) del artículo 11 del TUO de la Ley 30225. En la contratación de un ex servidor.”** (Sic.)

Sobre el particular, debe indicarse que el literal f) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidas de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, las siguientes personas: **“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. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.”**. (El énfasis es agregado). En tal sentido, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, los servidores públicos sin poder de dirección o decisión, de conformidad con la ley especial de la materia, mientras se mantengan en el cargo, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en las contrataciones de la Entidad de la que forman parte; **no obstante, luego del cese del cargo y hasta doce (12) meses después de este evento, dichos servidores sólo estarían impedidos en el ámbito de los procesos que convoque la Entidad a la que pertenecían, siempre que en virtud del cargo que asumieron hubieran contado con influencia, poder de decisión, información privilegiada respecto de tales procesos o conflicto de intereses.**” (esta última negrita y subrayado es nuestro)”

Por lo expuesto, el Sr. Demetrio Pedro Durand Saavedra, mientras mantenga su vínculo laboral con SUNASS en el cargo de Especialista Auditor, servidor público con poder de decisión, a pesar de contar con licencia sin goce de haberes, se encuentra impedido de ser participante, postor y contratar con el Estado, en todo proceso de contratación que se desarrolle en el territorio nacional, por encontrarse en el supuesto de impedimento indicado en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley. Por ello, el referido Sr. Durand también se encuentra impedido de

ser participante, postor, y contratar con Osinergmin, bajo la causal señalada en el literal b)⁵ del numeral 6.1 del artículo 6 de la Directiva, concordado con el numeral 6.6⁶ del citado articulado, dado que este numeral dispone que el impedimento señalado en el citado literal b) también se aplica a los profesionales o técnicos que sean presentados por la empresa supervisora para la ejecución del servicio. De ahí que no es aplicable al presente caso, lo señalado en la Opinión OSCE 023-2010/DTN, citada por el CONSORCIO en sus descargos, toda vez que lo establecido en la Directiva, por constituir la norma especial y de cumplimiento obligatorio, prima sobre lo referido en la citada Opinión, en concordancia con lo establecido en los artículos 2 y 4 de la Directiva.

- 7.3 Considerando lo señalando en el párrafo presente, la “*Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones*” suscrita por el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra (folio 372 de la propuesta del CONSORCIO en el Ítem 01), contiene información inexacta, dado que el Sr. Durand, a pesar que está impedido para postular en el proceso de selección y 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; declaró que no tiene impedimento, tal como se muestra a continuación:

ANEXO N° 3

DECLARACIÓN JURADA DE NO TENER IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES¹⁸

Señores

COMITÉ DE SELECCIÓN

Proceso de Selección N° 011-2022-OSINERGMIN-DSR, Primera Convocatoria

Presente.-

Mediante el presente el suscrito Demetrio Pedro Durand Saavedra, personal propuesto del consorcio CENTRICA ENERGY SOCIEDAD ANONIMA CERRADA - COEMIN SOCIEDAD ANONIMA CERRADA - SUPERVISION & ENERGY CONSULTING 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.

⁵ Artículo 6.- Impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones

6.1 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.

⁶ 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.

2. Conocer la Política de Integridad de Osinergmin la cual está disponible en la página Web SIG (<https://www.osinergmin.gob.pe/sig/SitePages/V2/Políticas.aspx>).
3. No haber, directa o indirectamente, ofrecido, negociado o efectuado pago o en general, entregado beneficio o incentivo ilegal en relación al servicio a prestarse o bien a proporcionarse. En línea con ello, el postor y el contratista se compromete actuar en todo momento con integridad, a abstenerse de ofrecer, dar o prometer, regalo u objeto alguno a cambio de cualquier beneficio, percibido de manera directa o indirecta; a cualquier miembro del Consejo Directivo, funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos; así como a terceros que tengan participación directa o indirecta en la determinación de las características técnicas y/o valor referencial, elaboración de documentos del procedimiento de selección, evaluación y calificación de propuestas, y la conformidad de los contratos derivados de dicho procedimiento.
4. Se compromete a denunciar, en base de una creencia razonable o de buena fe cualquier acto de corrupción, supuesto o real, que tuviera conocimiento a través de la Plataforma Digital Única de Denuncias Ciudadanas, ubicado en el portal corporativo (<https://denuncias.servicios.gob.pe/>).

Lima, 12 de setiembre de 2022


.....
Demetrio Pedro Durand Saavedra
Personal propuesto

¹⁸ 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.

8. Por su parte 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."*

9. Asimismo, 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 trámites 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)

10. 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.

11. 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.

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, dado que el CONSORCIO ha vulnerado el artículo 4 de la Directiva por haber contravenido el principio de integridad establecido en el literal j)⁷ del artículo 2 de la Ley, por haber presentado en el Ítem 1 del proceso de selección información inexacta referida a la “Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones” suscrita por el señor Demetrio Pedro Durand Saavedra (folio 372 de la propuesta del CONSORCIO en el Ítem 01).

Asimismo, el CONSORCIO está impedido para ser participante, postor y contratista respecto del Ítem 1 del referido proceso de selección, dado que ha presentado como personal propuesto a una persona impedida en dicho Ítem.

12. En ese sentido, el vicio detectado vulnera el principio de legalidad, consagrado en el numeral 1.1 del punto 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.

Asimismo, el referido vicio contraviene el principio de integridad, establecido en el literal j) del artículo 2 de la Ley.

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 de Empresas Supervisoras N° 011-2022-OS-DSR - Primera Convocatoria, respecto del Ítem 1, siendo que el CONSORCIO presentó documentación conteniendo información inexacta en su propuesta; por lo cual corresponde retrotraer el proceso de selección en el ítem 1 hasta la etapa de evaluación y calificación de las propuestas, a efectos que el vicio detectado se corrija y, posteriormente se continúe con el proceso de selección.

14. 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° 011-2022- Osinergmin – DSR - Primera Convocatoria, en relación con el ítem 1, al haberse advertido la contravención de la normativa aplicable y la vulneración de los principios de legalidad e integridad, retrotrayéndose el proceso de selección en el ítem 1 hasta la etapa de evaluación y calificación de propuestas, a efectos que el vicio detectado sea corregido por el Comité de Selección, y posteriormente se continúe con el proceso de selección.

⁷ j) Integridad. 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.

- 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 N° 011-2022- Osinergmin – DSR - Primera convocatoria.
- 3. Comunicar la presente Acta a la Gerencia de Administración y Finanzas a efectos que proceda conforme el numeral 39.2 del artículo 39 de la Directiva.

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.

«jluna»

«oechegaray»

«vrodriguez»

Representante
Gerencia de Asesoría Jurídica
Miembro Suplente
Jose Luis Luna Campodónico

Representante
Gerencia General
Presidente Suplente
Oscar Alfredo Echegaray Pacheco

Representante
Unidad de Logística
Miembro Titular
Violeta Rodriguez Arce