Defensoría del Pueblo

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Nº 049 -2014/DP

Lima, 16 DIC. 2014

VISTA:

La Carta s/n de fecha 3 de noviembre de 2014, mediante la cual la empresa e-Business Distribution Perú S.A. solicita se declare la nulidad de oficio del otorgamiento de la Bueno Pro en el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP – Proceso Electrónico (Primera Convocatoria) "Adquisición de Teléfonos IP"; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con los articulos 161º y 162º de la Constitución Política del Perú se aprobó la Ley Nº 26520, Ley Orgánica de la Defensoria del Pueblo, modificada por la Ley Nº 29882, y mediante Resolución Defensorial Nº 0012-2011/DP se aprobó su vigente Reglamento de Organización y Funciones;

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1017 se aprobó la Ley de Contrataciones del Estado y con el Decreto Supremo N° 184-2008-EF se aprobó su Reglamento, a los que en lo sucesivo en la presente Resolución, se le aludirá simplemente como la Ley y el Reglamento, respectivamente;

Que, con fecha 15 de octubre de 2014 se convocó a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP – Proceso Electrónico (Primera Convocatoria) "Adquisición de Teléfonos IP", con un valor referencial unitario de S/.1,200.90 (UN MIL DOSCIENTOS Y 90/100 NUEVOS SOLES) y un valor referencial total de S/.19,214.40 (DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS CATORCE Y 40/100 NUEVOS SOLES), al que en lo sucesivo en la presente Resolución, se le aludirá simplemente el proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP;

Que, de conformidad con lo establecido en el Cronograma de las Bases del proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP, el jefe del Área de Logística de la Oficina de Administración y Finanzas[1] llevó a cabo la Etapa de Admisión y Evaluación de Propuestas, verificando que éstas contengan la documentación solicitada como obligatoria en las Bases. Dicha etapa culminó con la expedición del "Acta de Calificación y Evaluación de Propuestas", de fecha 20 de octubre de 2014, en donde se indica que presentaron propuestas las empresas Nieto Zevallos – Corporación Ingenieril S.C.R.L. y e-Business Distribution Perú S.A.; no habiéndose admitido la propuesta de la empresa Nieto Zevallos – Corporación Ingenieril S.C.R.L., en razón a que su *"bien ofertado no cumple con los requerimientos técnicos mínimos"* y, por otro lado, admitiéndose la propuesta técnica

[1] El Área de Logística de la Oficina de Administración y Finanzas es el órgano encargado de llevar a cabo los procesos de contratación de bienes, servicios y obras en el marco de lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, todo ello conforme a lo dispuesto por el Artículo Quinto de la Resolución N° 012-2009/DP y los artículos 5° y 24° de la Ley de Contrataciones del Estado.

de la empresa e-Business Distribution Perú S.A., con un puntaje de 65 puntos, lo que le permitió acceder a la evaluación económica por haber superado el puntaje mínimo de 60 puntos;

Que, según lo establecido en el Acta del 21 de octubre del presente año, el Jefe del Área de Logística de la Oficina de Administración y Finanzas continuó con la calificación y evaluación de la propuesta económica del postor e-Business Distribution Perú S.A., señalando que existe una diferencia entre el archivo digitalizado, el cual asciende a la suma total de S/.19,214.40 (DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS CATORCE Y 40/100 NUEVOS SOLES); en contraste con lo declarado a través del SEACE por un monto de S/.1,200.90 (UN MIL DOSCIENTOS Y 90/100 NUEVOS SOLES); situación que generó la postergación de la etapa de la calificación y evaluación de propuestas y el otorgamiento de la Buena Pro hasta el día 22 de octubre, con la finalidad de obtener mayor información para determinar el monto de la validez de la propuesta económica;

Que, según consta en Acta, a las 10:00 horas del 22 de octubre del presente año, se señala que *"En concordancia con lo establecido en la Directiva N° 001-2013-OSCE/CD – "Procesos de selección electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía para la contratación de bienes y servicios" donde señala: Los formularios electrónicos que se encuentren en el SEACE y que los proveedores deben llenar para presentar sus propuestas, tienen el carácter de declaración jurada. En caso la información contenida en los documentos digitalizados que conforman la propuesta no coincida con lo declarado a través del SEACE, prevalecerá la información declarada en el SEACE y en concordancia con lo establecido en las Bases del proceso de selección; se considera como monto total ofertado por el postor e-Business Distribution Perú S.A. el monto de S/.1,200.90 (...) obteniendo el puntaje de 100 puntos en la evaluación económica. Luego de haberse determinado los puntajes de la evaluación técnica y económica se procede a determinar el puntaje total del postor e-Business Distribution Perú S.A. el cual asciende a 75.50 puntos, obteniendo el primer lugar de prelación."*;

Que, posteriormente, a las 12:35 horas del mismo día 22 de octubre, según consta en Acta, el Jefe del Área de Logística de la Oficina de Administración y Finanzas otorgó la Buena Pro al postor e-Business Distribution Perú S.A. en el proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP, por el monto de S/.1,200.90 (UN MIL DOSCIENTOS Y 90/100 NUEVOS SOLES);

Que, el 3 de noviembre de 2014, la empresa e-Business Distribution Perú S.A. solicita se declare la nulidad de oficio del otorgamiento de la Bueno Pro en el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP, *"al haberse evidenciado, en primer término que e-Business Distribution Perú S.A. cometió un error al momento de consignar el monto de su oferta económica en el SEACE, lo que fue conocido por la entidad conforme fluye del acta de fecha 21 de octubre de 2014, en donde se evidencia que la entidad conoció que dicho precio en realidad obedecía al precio unitario que fue consignado en el archivo digitalizado que también formo parte de la propuesta de e-Business Distribution Perú S.A., más aún cuando existía una abismal diferencia entre el precio adjudicado y el valor del mercado, corresponde que la entidad declare la nulidad de oficio del otorgamiento de*

la buena pro, siendo que lo contrario, es decir, persistir en que e-Business Distribution S.A. tenga que firmar el contrato respectivo, de acuerdo al criterio establecido por el Tribunal de Contrataciones del Estado constituiría una situación de Abuso de Derecho, el cual se encuentra proscrito por el ordenamiento jurídico del Perú";

Que, posteriormente, en atención a la solicitud realizada por la empresa e-Business Distribution Perú S.A., la Oficina de Administración y Finanzas solicita a la Oficina de Asesoría Jurídica opinión legal sobre la procedencia de la declaración de nulidad de oficio del proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP, en razón que *"la empresa ganadora de la Buena Pro consignó un monto diferente al propuesto en el archivo digitalizado al monto declarado a través del SEACE"*;

Que, el 14 de noviembre de 2014, el Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica mediante Memorando N° 723-2014-DP/OAJ señala que: *"se ha configurado una causal de nulidad debido a que la propuesta económica del postor e-Business Distribution Perú S.A. no debió ser considerada como válida (por presentar un error esencial que fue conocido por la Entidad) y, por tanto, no se le debió otorgar la Buena Pro."*

Que, sobre el particular, resulta oportuno indicar que el error *"per se"* no justifica una nulidad ni exime de responsabilidad, como lo señala el Tribunal de Contrataciones del Estado, en su Resolución N° 159-2013-TC-S1: *"A la luz de lo señalado por el Postor en sus descargos, no es posible verificar ninguna circunstancia que razonablemente pueda ser apreciada como una situación de impedimento físico o jurídico, ni razones de caso fortuito o fuerza mayor sobreviniente e imprevisible que justifique o haya impedido la no suscripción del contrato y el no mantenimiento de su oferta, debido a que el precio ofertado en la postura que realizó en el marco de la subasta inversa materia de autos es de absoluta y exclusiva responsabilidad de los postores que se presentan, y resulta válido pensar que su ofrecimiento, responde a un ejercicio serio de determinación de los costos y beneficios comerciales que suponía en ese momento y* ***el error no es una causal eximente de las infracciones****, máxime si se considera que los montos son S/. 11.26 (ofertado) y el que alega (S/. 11.65) independientemente de su sumatoria total, puede apreciarse que la oferta se encuentra dentro de los montos razonables de ofrecer; es decir no se trata de diferencias considerables y/o exorbitantes, supuesto en el cual podría considerarse el argumento del error.*";

Que, distinto es el criterio cuando el error es esencial y conocido por la Entidad, puesto que el mismo no permitiría tener certeza sobre el alcance real de la propuesta del postor, impidiéndola conocer, razón suficiente para que no sea considerada como válida en un proceso de selección, como lo señala claramente el Tribunal de Contrataciones del Estado, en su Resolución N° 100-2014-TC-S1:

> *"10.- (...) Ahora bien, el error ha sido expresado en nuestro Código Civil como "causa de anulación del acto jurídico, cuando sea esencial y conocible por la otra parte"[2], esencial*

---

[2] ***Requisitos de error***
Artículo 201.- *El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.*
Error esencial

porque, entre otros, recae sobre la cualidad del objeto del acto y debe ser determinante de la voluntad, y conocible porque el contenido hubiera sido conocido por la otra parte.

11.- Respecto a ello, se han planteado en la doctrina diferentes posiciones relativas a llevar la regulación del Código Civil sobre el error al plano de la administración pública. En efecto, a decir de Cassagne, "en el campo del Derecho Administrativo, la teoría del error asume particularidades distintas, que tornan inaplicables algunas disposiciones del Código Civil que prescriben sobre esta materia, pues la expresión de la voluntad no solo está guiada por la autonomía del sujeto emisor, sino también por las normas que predeterminan su actuación, alguna de las cuales pertenecen al orden público administrativo. Así en primer lugar, no puede aceptarse - al menos en nuestro ordenamiento – la aplicación del criterio que sobre el error esencial trae el Derecho Civil"[3]. Por su parte, Miguel Marienhoff señala que las conclusiones que los civilistas han arribado acerca del "error esencial" son aplicables en derecho administrativo.[4]

12.- Advertida la disyuntiva sobre la aplicabilidad del error esencial en el ámbito administrativo que se discute en la doctrina, siendo el error una "falsa representación de la realidad o como la disconformidad entre el conocimiento y la realidad de las cosas (...)[5], resulta razonable concluir de manera excepcional, que el error alegado por el Postor constituye un error esencial, puesto que el monto de S/.15.00 consignado en la propuesta económica es desproporcional al valor referencial de S/. 15,000.00, lo cual es determinante de la voluntad expresada por la denunciada de no suscribir el contrato, hecho que pudo ser advertido oportunamente por el Comité Especial. En este entendido, no resulta lógico ni concordante con la realidad puntualizar que el valor consignado en la propuesta económica no era de S/. 15.00, sino de S/.15 000.00, circunstancia que amerita sea valorada a favor del presunto infractor, máxime si se evidenciaría aún más el error alegado, pues la propuesta económica debe ser digitada en el formato que establece el SEACE. En este sentido, el error alegado desvanece objetivamente la voluntad del Postor respecto de su propuesta económica, y en consecuencia, del supuesto sancionable denunciado.

*13.- Que, debe considerarse que el error en el que incurre el postor, que fuera conocido por la Entidad e independientemente de haberse generado por un defecto de digitación; toda vez que la incongruencia en el monto de la propuesta expresado en números y letras en la declaración jurada **no permite tener certeza del alcance real de la propuesta del Adjudicatario**, no siendo posible conocer fehacientemente cuál ha sido su propuesta por ello, no debió ser considerada válida más aun cuando no es posible conocer fehacientemente cuál ha sido exactamente el compromiso del postor."*

***Artículo 202**.- El error es esencial:*
1.- Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.
2.- Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.
3.- Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.
Error conocible
Artículo 203.- El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo".

[3] "Derecho Administrativo". Cassagne, Juan Carlos. Lima. Palestra Editores S.A.C. Primera edición. 2010. Págs. 280 – 281.

[4] "Tratado de Derecho Administrativo" Marienhoff, Miguel. Buenos Aires. Abelot Perrot. Tomo II. Cuarta edición. Pág. 516.

[5] "Derecho Administrativo Sancionador. Una Aproximación Dogmática". Ossa Arbeláez, Jaime. Colombia. Legis Ediciones S.A. Segunda edición. 2009. Pág. 252.

Que, en este punto es pertinente indicar que el artículo 68° del Reglamento ha dispuesto que no cabe subsanación alguna por omisiones o errores en la propuesta económica; salvo cuando se trate de defectos de foliación y de rúbrica de cada uno de los folios que componen la oferta económica o, en el caso, de los procesos de selección convocados bajo el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, en donde la propuesta que obtuvo el mayor puntaje total podrá ser corregida, por errores aritméticos, con la finalidad de consignar el monto correcto y asignarle el lugar que le corresponda (inciso 5 del artículo 71° del Reglamento);

Que, respecto a la nulidad de oficio, el artículo 56° de la Ley señala que el Titular de la Entidad declarará de oficio la nulidad del proceso de selección cuando contravengan las normas legales, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección, facultad que tan sólo podrá ejercerse hasta antes de la celebración del contrato;

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley y el artículo 5° del Reglamento, la facultad de declarar la nulidad de oficio es indelegable;

Que, en esta línea de ideas, es necesario mencionar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita para sanear el proceso 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 normatividad. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración;

Que, en este orden de ideas, el legislador ha establecido aquellos supuestos de *"gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional"* [6] (El subrayado es nuestro). Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto;

Que, por otro lado, conforme a lo dispuesto por el numeral 6.2) del artículo 6° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, norma supletoria, el acto administrativo puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto;

Que, en atención a lo señalado en los considerandos precedentes, resulta procedente declarar la nulidad de oficio de la Buena Pro otorgada

---

[6] García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón; Curso de Derecho Administrativo; Civitas, Madrid, 1986, Tomo I; p. 566.

Defensoría del Pueblo

en el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP, correspondiendo disponer que se retrotraiga a la etapa de evaluación económica;

Con los vistos buenos, de la Primera Adjuntía, de la Secretaría General y de las oficinas de Administración y Finanzas y de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 5° y 56° de la Ley y el artículo 5° del Reglamento y, el artículo 7°, literales c) y q), del Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo, aprobado mediante Resolución Defensorial Nº 0012-2011/DP y estando al encargo efectuado mediante Resolución Defensorial Nº 020-2014/DP;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR NULO la Buena Pro otorgada en el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 28-2014-DP – Proceso Electrónico (Primera Convocatoria) "Adquisición de Teléfonos IP", debiendo retrotraerse a la etapa de evaluación económica, en atención a las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- PUBLICAR la presente Resolución en el SEACE.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Claudia Rosanna Del Pozo Goicochea
Primera Adjuntá (e)
Encargada del Despacho del
DEFENSOR DEL PUEBLO (e)