



0390-2012-ED

Resolución de Secretaría General No.....

Lima, 05 SEP 2012

VISTOS; el Memorando N° 1214-2012-MINEDU/SG-OGA y el Informe Técnico N° 2731-2012-MINEDU/SG-OGA-UA del Jefe de la Unidad de Abastecimiento y el Informe N° 655-2012-MINEDU/SG-OAJ de la Oficina de Asesoría Jurídica, y;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 01 de agosto de 2012, la Entidad convocó el proceso de selección denominado Adjudicación de Menor Cuantía N° 117-2012/ED/UE 026, para la contratación del servicio de coordinación para atención de pasajes terrestres para los participantes en la etapa macro regional de Arequipa, disciplina deportiva de futsal y básquet JDEN 2012, en adelante el proceso, por un valor referencial ascendente a S/. 39 643,28 (Treinta y nueve mil seiscientos cuarenta y tres y 28/100 nuevos soles);

Que, mediante Acta de fecha 13 de agosto de 2012, el Comité Especial a cargo del proceso, otorgó la buena pro del mismo, al postor Jorge Herminio Seminario Atencio, por el valor de su oferta económica ascendente a S/. 39 093,28 (Treinta y nueve mil noventa y tres y 28/100 nuevos soles); quedando en segundo lugar de la evaluación de propuestas, la empresa Agencia de Viajes y Turismo Contactus SAC. y en tercer lugar de la evaluación de propuestas la empresa Kusa Perú SAC;

Que, con fecha 16 de agosto de 2012, el postor Agencia de Viajes y Turismo Contactus SAC., en adelante el apelante, interpone recurso de apelación, contra el otorgamiento de la buena pro del proceso, solicitando se deje sin efecto el acto de buena pro del proceso, se descalifique las propuestas de los postores Jorge Herminio Seminario Atencio y Kusa Perú SAC, y se otorgue la buena pro a la empresa apelante;

Que, a través del citado recurso, el apelante expone que el postor Kusa Perú SAC tiene como gerente general y representante legal al señor Jorge Herminio Seminario Atencio, quien también ha participado del proceso como postor, y obtenido la buena pro del mismo, con lo cual se habría vulnerado la prohibición a los postores, de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia, señalada en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, y la prohibición de socios comunes, ambas prohibiciones previstas en el literal h) del numeral 51.1 del artículo 51 de la citada Ley como supuestos de infracciones para la aplicación de una probable sanción administrativa, y una vulneración, entre otros principios de la contratación estatal, al principio de trato justo e igualitario, reconocido en el literal k) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado;

Que, según el fundamento legal del recurso de apelación, la participación de manera independiente, de los postores Jorge Herminio Seminario Atencio y Kusa Perú SAC., sin haberse consorciado, vulnera lo dispuesto en el artículo 260 del Reglamento



de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias, en adelante el Reglamento;

Que, a través del Oficio N° 1023-2012-ME/SG-OGA-UA, notificado el 21 de agosto de 2012, el Jefe de la Unidad de Abastecimiento solicita al apelante la subsanación de requisitos de admisibilidad del recurso de apelación previstos en los numerales 7 y 9 del artículo 109 del Reglamento, dentro del plazo señalado en el artículo 110 del mismo, caso contrario el recurso se entenderá como no presentado;

Que, mediante escrito recibido con fecha 22 de agosto de 2012, el apelante subsana su recurso, adjuntando la garantía por interposición del recurso de apelación contenida en la Carta Fianza N° 0011-0150-9800029892-01 de fecha 22 de agosto de 2012 emitida por el Banco BBVA Banco Continental, por la suma de S/. 1 825,00 (Mil ochocientos veinticinco y 00/100 nuevos soles), vigente hasta el 22 de setiembre de 2012;



Que, a través del Oficio N° 1063-2012-ME/SG-OGA-UA notificado el 23 de agosto de 2012, la Unidad de Abastecimiento corre traslado del recurso de apelación al postor ganador de la buena – pro, para su absolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento;



Que, con fecha 28 de agosto de 2012, el postor Jorge Herminio Seminario Atencio absuelve el traslado del recurso de apelación, indicando que el apelante está presumiendo la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia en el proceso de selección, por cuanto el suscrito es, a su vez, representante legal de la empresa Kusa Perú SAC, lo cual, indica, no está prohibido por el ordenamiento jurídico, dado que ambos sujetos de derecho son distintos, el primero es una persona natural y el segundo una persona jurídica; asimismo, afirma que en el presente proceso no ha habido concertación de precios, ni se ha impedido a la empresa apelante participar en el proceso; afirmando que la diferencia entre la propuesta económica del postor Jorge Herminio Seminario Atencio y la propuesta económica del postor Kusa Perú SAC radica en que los gastos logísticos y de personal varían entre ambos sujetos de derecho, y ello influye en los montos ofertados en el proceso de selección;



Que, el día 28 de agosto de 2012 se llevó a cabo el acto de uso de la palabra solicitado por el apelante, con la presencia del representante legal del mismo y del ganador de la buena pro del proceso;



Que, mediante el Informe Técnico N° 2731-2012-MINEDU/SG-OGA-UA de fecha 03 de setiembre de 2012 del Jefe de la Unidad de Abastecimiento, remitido con el Memorando N° 1214-2012-MINEDU/SG-OGA del Jefe de la Oficina General de Administración, se propone descalificar las propuestas de los postores Jorge Herminio Seminario Atencio y Kusa Perú SAC; sin perjuicio de remitir todo lo actuado al Tribunal de Contrataciones del Estado a efectos de que resuelva si corresponde la aplicación de una sanción administrativa a los indicados postores;



0390-2012-ED

Resolución de Secretaría General No.....

Que, según lo dispuesto en el artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, con la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, según corresponda, que formulen ante el Registro Nacional de Proveedores, deberán presentar una declaración jurada firmada por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, según sea el caso, precisando que cuando participen en un mismo proceso de selección, sólo lo harán en consorcio y no independientemente;

Que, tal exigencia se plasma en el Formato de Formulario Electrónico Único para la inscripción de proveedores de bienes y servicios, en el Registro Nacional de Proveedores -RNP, en cuyo extremo final consta una Declaración Jurada de Veracidad de Documentos, Información, Declaraciones presentadas y de socios comunes que debe presentar todo proveedor que desee inscribirse en el RNP; y en el cual expresen que, en caso de presentarse a un proceso de selección en el que también participan otros proveedores con los que tienen socios comunes con acciones, participaciones o aportes superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, sólo participarán en consorcio y no en forma independiente;

Que, de conformidad el Anexo Único de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es proveedor, la persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios generales o de consultoría o ejecuta obras; en tal sentido, el término proveedor comprende a las personas naturales o jurídicas, y no solamente a las personas jurídicas;

Que, según lo dispuesto en el artículo 78 del Código Civil Peruano, la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas. Esta diferencia entre la existencia, capital y patrimonio de la persona jurídica con los de sus socios, no existe en el caso de la persona natural con negocio, la cual responde con todo su patrimonio, frente a terceros, por las consecuencias u obligaciones que genere con su actividad empresarial;

Que, si bien la persona de Jorge Herminio Seminario Atencio es una persona natural, es calificada como persona natural con negocio en su reporte de Registro Único de Contribuyente emitido por la SUNAT, es decir, que realiza actividad empresarial y puede considerarse proveedor del Estado, y al no tratarse de una persona jurídica, su patrimonio no es independiente del patrimonio de su titular; por lo que puede inferirse que el titular del negocio tiene una participación completa o total en el capital del mismo;

Que, incluso la redacción final del precitado artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, prevé textualmente que la posibilidad de socios comunes, debe ser declarada por el proveedor, sea persona natural o sea persona



jurídica, ante el Registro Nacional de Proveedores –RNP, en el momento en que promueve o tramita su inscripción;

Que, en la Opinión N° 002-2009/DOP de fecha 29 de enero de 2009, de la Dirección de Operaciones del Consejo Superior de las Contrataciones del Estado – CONSUCODE, actualmente OSCE, que puede tomarse como referencia u orientación, con anterioridad a la presentación de propuestas, se posee como fuentes para determinar si existe vinculación económica o socios comunes entre dos personas, entre otras, la información existente en los Registros Públicos y aquella que los proveedores pudieran haber brindado al Registro Nacional de Proveedores. No obstante, toda vez que antes de la presentación de propuestas no se conoce qué personas participarán en forma individual o en consorcio, no existe obligación de verificar la vinculación económica o que dos personas poseen socios comunes;



Que, en el presente caso, de la revisión de la Partida N° 12305800 del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral N° IX –Sede Lima, se constata que en su Asiento A00001 consta que el señor Jorge Herminio Seminario Atencio es socio fundador con un aporte de 180,000 acciones de las 182,000 acciones que conforman el capital social de la empresa Kusa Perú SAC, todas con un valor unitario de S/. 1.00 nuevo sol, hecho que no ha sido desvirtuado por el ganador de la buena pro en su escrito de absolución del traslado del recurso de apelación; con lo cual se configura que la persona natural con negocio, ganadora de la buena pro, es a su vez accionista mayoritario, de otro de los postores en el mismo proceso, y con el cual no ha participado consorciado, como establece el artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado;



Que, en tal sentido se entiende configurado el supuesto de prohibición de socios comunes y participación independiente en el proceso de selección, y por ende la vulneración de lo dispuesto en el artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por parte de los postores Jorge Herminio Seminario Atencio y la empresa Kusa Perú SAC motivo por el cual corresponde descalificar las indicadas propuestas dado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del precitado Reglamento, para que una propuesta sea admitida, debe cumplir, entre otros, las normas reglamentarias que regulan la contratación estatal;



Que, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes;



Que, el establecimiento de la existencia o no de prácticas restrictivas de libre competencia es una facultad del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI, por ser el organismo encargado de defender la libre y leal competencia sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva; de



0390-2012-ED

Resolución de Secretaría General No.....

conformidad con la funciones que le atribuye el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1033 que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, aspecto que es reconocido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo artículo 237 numeral 1 literal h) señala que la infracción administrativa de participación en prácticas restrictivas de la libre competencia requiere la previa declaración del organismo nacional competente; motivo por el cual no corresponde a la Entidad aseverar la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia por los citados postores en el presente proceso; pero sí comunicar todos los actuados al Tribunal de Contrataciones del Estado para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, tome conocimiento de esta situación que pudiera dar lugar a la imposición de sanciones administrativas contra los postores Jorge Herminio Seminario Atencio y Kusa Perú SAC;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 numeral 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de la Ley, del presente Reglamento, de las bases o demás normas conexas o complementarias, declarará fundado el recurso de apelación y revocará el acto objeto de impugnación;

Que, por los fundamentos antes expuestos, corresponde que la entidad declare fundado el recurso de apelación, y el Comité Especial a cargo del proceso, proceda conforme a sus competencias, otorgando la buena pro a quien corresponda;

De conformidad con el Decreto Ley N° 25762, modificado por la Ley N° 26510, el Decreto Legislativo N° 1017, el Decreto Supremo N° 006-2012-ED, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y el Cuadro para Asignación de Personal del Ministerio de Educación (CAP); el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias y la Resolución Ministerial N° 009-2012-ED modificada por la Resolución Ministerial N° 0314-2012-ED, y la Resolución Ministerial N° 0323-2012-ED;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar Fundado el recurso de apelación interpuesto por el postor Agencia de Viajes y Turismo Contactus SAC contra la calificación de propuestas y otorgamiento de la buena pro del proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 117-2012/ED/UE 026, para la contratación del servicio de coordinación para atención de pasajes terrestres para los participantes en la etapa macro regional de Arequipa, disciplina Deportiva de Fútbol y Basquet J DEN 2012.

Artículo 2.- Disponer que la Oficina General de Administración proceda a la devolución al apelante, de la garantía por interposición del recurso de apelación, en el plazo señalado en el artículo 125 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



Artículo 3.- Disponer la elaboración de los informes técnico y legal para poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, los actuados en el presente proceso que pudiera configurar infracción administrativa y dar lugar a la imposición de sanciones administrativas a los postores Jorge Herminio Seminario Atencio y Kusa Perú SAC, conforme a lo dispuesto en el artículo 240 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Artículo 4.- Transcribir la presente resolución a los miembros del Comité Especial a cargo de su conducción, a la Unidad de Abastecimiento de la Oficina General de Administración y a la Oficina General de Administración, para las acciones de su competencia.

Artículo 5.- Notificar la presente resolución a todos los postores y registrarla en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.

Regístrese y comuníquese.



FERNANDO BOLAÑOS GALDOS
Viceministro de Gestión Institucional
Secretario General (e)