

Resolución de Gerencia General

Nº 037-2008-GG-OSITRAN

Lima, 11 de Junio de 2008

VISTOS:

La Nota Nº 054-08-GAL-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Legal, el Informe Nº 001-08-EH, el expediente del Concurso Público Nº 002-2008-OSITRAN y los documentos solicitados por esta Gerencia;

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 7.2. del Artículo 7º de la Ley Nº 26917, "Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo", dispone que, para el adecuado cumplimiento de sus funciones, OSITRAN podrá contratar los servicios de entidades públicas o privadas especializadas;

Que, la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la referida Ley, establece que *"las funciones de fiscalización atribuidas por el Capítulo II de la presente Ley a OSITRAN, podrán ser ejercidas a través de Empresas Fiscalizadoras. Dichas Empresas son personas naturales o jurídicas, debidamente calificadas y clasificadas por OSITRAN. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción se establecerán los criterios y procedimientos para la calificación, designación y ejecución de las tareas de fiscalización que realizarán dichas empresas."* Es decir, se estableció una reserva legal, para que se regule dichas contrataciones mediante Decreto Supremo;

Que, en el marco de la referida Ley, se dictó el Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 035-2001-PCM, en cuyo artículo 5º se señala expresamente que *"Las EMPRESAS SUPERVISORAS que realicen las tareas de supervisión descritas en el artículo precedente, serán seleccionadas previamente por OSITRAN, **de acuerdo al procedimiento administrativo de selección establecido en el presente Reglamento, siendo de aplicación supletoria** lo dispuesto por los Decretos Supremos Nºs. 012-2001-PCM y 013-2001-PCM Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado"*. En consecuencia, se establece un régimen especial para las contrataciones de las supervisoras por parte de OSITRAN;

Que, el artículo 16º de la referida norma señala que *"en todo lo no previsto en el presente Reglamento será de aplicación lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su reglamento, siempre que la contratación se efectúe con recursos públicos"*;

Que, la Segunda Disposición Complementaria del referido Reglamento establece otra reserva, señalando que *"OSITRAN queda facultado a dictar, mediante Resolución, las*

disposiciones complementarias que resulten necesarias para la aplicación del presente Reglamento”;

Que, es así, que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 033-2006-CD-OSITRAN se aprueban Disposiciones Complementarias para la aplicación del Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras por parte de OSITRAN. Dicho Reglamento, en su artículo 7° establece lo siguiente:

“Para la aplicación del artículo 16° del Reglamento se ejecutarán los siguientes criterios:

- la contratación se financie con recursos públicos, en todo lo no regulado en las bases administrativas, en primer lugar será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento y en defecto de ello, lo dispuesto en el régimen general de Contrataciones y Adquisiciones contenido en el TUO;

- la contratación no se financie con recursos públicos, en todo lo no regulado en las bases administrativas, será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento y en defecto de ello, OSITRAN deberá precisar la regla aplicable;

Que, a mayor abundamiento, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, **establece que la referida Ley no** es de aplicación para:

“k) La concesión de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos”;

Que, la misma ley señala en el numeral 2.2. del artículo 2° que *“las adquisiciones y contrataciones cuyos procesos de selección regula la presente Ley comprenden todos los contratos mediante los cuales el Estado requiere ser provisto de bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente y las demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante”;*

Que, en el presente caso, el numeral 15.4 del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, señala que **“los costos derivados de las actividades de supervisión serán asumidos por el Concesionario, quien pagará al Regulador los montos indicados en la Cláusula 9.10 y en la Cláusula 15.11 del Contrato en las oportunidades indicadas en dichas cláusulas”;**

Que, tal es así que, el propio Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en su Acuerdo N° 102/2008.T-S3 de fecha 13.03.2008 establece: *“(xxiii). Que en este contexto, cabe precisar además que el Contrato de Concesión, contempló en su cláusula 8.20 la obligación del Concesionario al pago de los gastos que demande la supervisión de las obras a través de un fideicomiso; razón por la cual, las Bases de la Licitación Pública Internacional OSP/PER/169/273 establecieron como fuente de financiamiento los recursos proporcionados por el Concesionario; (xxiv) Que, de lo anterior se advierte que el Contrato de Supervisión de Concesión del 23 de Marzo del 2006, derivado de la Licitación Pública Internacional OSP/PER/169/273, se encuentra en directa relación con las obligaciones y disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Consorcio Concesionaria IIRSA NORTE S.A., al cual no le resulta aplicable la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante la Ley, tal como lo establece el inciso k del numeral 2.3*

del artículo 2.3 de la citada norma; (xxv) Que, asimismo, debe tenerse presente que, en la medida que el financiamiento que demande los servicios de supervisión contratados provienen de recursos aportados por el Concesionario, **no nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de la Ley** toda vez que el numeral 2.2 de la citada norma establece que: “Las adquisiciones y contrataciones cuyos procesos de selección regula la presente Ley comprenden todos los contratos mediante los cuales el Estado requiere ser provisto de bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente y las demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante” (el subrayado es nuestro); (...);”;

Que, dentro de este marco, queda claro, que el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, no son aplicables para procesos de selección de las empresas supervisoras por parte de OSITRAN que sean financiados con recursos del Concesionario, y en todo caso se podrá aplicar de manera excepcional y **en forma supletoria en caso de vacío legal; es decir, cuando no se encuentren regulados en las Bases Administrativas, el Decreto Supremo N° 035-2001-PCM y sus normas complementarias;**

Que, en este sentido, OSITRAN tiene la facultad de establecer sus Bases Administrativas de conformidad con el Decreto Supremo N° 035-2001-PCM y normas complementarias, no siendo obligatoria las disposiciones del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, ya que **los recursos que se utilizan para la contratación de la supervisión provienen del Concesionario y no del Tesoro Público**, tal como se establece en el propio Contrato de Concesión. Cabe destacar que este mecanismo de contratación se encuentra vigente desde el año 2001; esto es, desde hace siete años atrás, en que se aprobó el Decreto Supremo N° 035-2001-PCM;

Que, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, OSITRAN, creado por Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, es el órgano competente para regular el comportamiento de los mercados en que actúan las Entidades Prestadoras, que son las empresas públicas o privadas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público; así como de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de sus obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras;

Que, OSITRAN, así como los demás organismos reguladores, de acuerdo al artículo 7° de la Ley N° 26917 y al artículo 3° de la Ley N° 27332, tiene a su cargo, entre otras, las funciones supervisoras, reguladora y normativa;

Que, en el marco de sus funciones supervisoras, OSITRAN convocó el Concurso Público N° 002-2008-OSITRAN, con la finalidad de contratar los servicios de una empresa que se encargue de la Supervisión de los Estudios, Construcción, Conservación y Explotación del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil, Tramo 5;

Que, el Comité Especial, luego de evaluar las Propuestas Técnicas y Económicas, otorgó la Buena Pro al Consorcio Interoceánico T5 conformado por las empresas OIST – Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. y Alpha Consult S.A. en Acto Público el 13 de mayo 2008, quedando en segundo lugar la empresa GMI S.A. Ingenieros Consultores;

Que, el Numeral 1.16 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que la tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva (...);

Que, además, en el Comunicado N° 002-06 del CONSUCODE se señala que las entidades deberán realizar acciones de verificación de documentación requerida en las bases, especialmente **la que constituya requerimientos técnicos mínimos y certificaciones de terceros, determinantes para el otorgamiento de la buena pro**, la suscripción del contrato y la ejecución contractual, aplicando los criterios establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444;

Que, el numeral 14.2 de las Bases Administrativas, faculta al OSITRAN a verificar la documentación presentada, pudiendo solicitar información a entidades públicas o privadas. **En caso de determinarse su inexactitud será descalificado el postor, además de las responsabilidades administrativas o penales a las que hubiera lugar;**

Que, de otro lado, el artículo 41°, numeral 41.2 de la Ley N° 27444, establece que la presentación y admisión de los sucedáneos documentales, se hace al amparo del principio de presunción de veracidad para hacer eficiente el proceso de selección y conlleva la **realización obligatoria** de acciones de fiscalización posterior a cargo de dichas entidades;

Que, de acuerdo a lo expuesto, si bien, en el proceso de selección, OSITRAN debía presumir la veracidad de los documentos del Consorcio, **posteriormente se encontraba en la obligación de realizar un control posterior** a cargo del propio OSITRAN, procedimiento que es plenamente concordante con la Constitución Política del Estado, las leyes aplicables y se enmarca dentro de las competencias atribuidas por las normas antes señaladas;

Que, en atención a las facultades y obligaciones previstas en los puntos que anteceden, los cuales, por cierto, se encuentran recogidos por el Principio de Privilegio de Controles Posteriores, la Gerencia General, instancia superior al Comité Especial, realizó una fiscalización posterior del proceso en cuestión y verificó las propuestas y antecedentes del postor ganador;

Que, es así que mediante Oficio N° 209-08-GG-OSITRAN se solicitó al Director de Provías Nacional información sobre si el **Ingeniero Eduardo Samamé Tello** había participado como Ingeniero Especialista en Drenaje y Obras de Arte en la Supervisión de la Rehabilitación de la Carretera Panamericana Sur, Tramo I Palpa – Desvío Lomas, durante el período Setiembre 1992 – Enero 1994 y si el mismo Ingeniero ha participado como Ingeniero Especialista en Hidrología y Drenaje en la Supervisión de la Rehabilitación de la Carretera Rioja – Tarapoto Tramo III, Km. 91 + 000 – Km. 135 035 (44.035kms), durante el período Febrero 2000 – Julio 2001, obras que estuvieron a cargo de Provías Nacional;

Que, el Director de Provías Nacional mediante Oficio N° 894-2008-MTC/20 de fecha 09.06.2008, adjunta la información correspondiente debidamente documentada, **quedando establecido que el Ing. Eduardo Samamé Tello no trabajó en la Supervisión de Rehabilitación de la Carretera Panamericana Sur, Tramo I, Palpa – Desvío Lomas, durante el período Setiembre 1992 – Enero 1994**, por las siguientes razones: en la “Relación de Personal de la Supervisión de Obra” que forma parte de los informes mensuales elaborados por la misma supervisión, se aprecia que no figura dicho profesional entre el personal que participó

en la supervisión de la referida obra; en los citados informes mensuales reportan de setiembre 1992 a enero 1993, al Especialista de Pavimentos y Obras de Arte y Drenaje, al Ing. Hernán Villarroel M.; en la Propuesta Económica del Supervisor, no existe el cargo del Ingeniero Especialista en Drenaje y Obras de Arte, ni similar; todo lo cual es corroborado por el Resumen del Personal asignado a dicha supervisión, que cuenta con la conformidad de la Unidad Gerencial de Obras y el Coordinador de Obras de Provías Nacional;

Que, asimismo, de la referida información también se advierte que **el Ing. Eduardo Samamé Tello tampoco trabajó en la Supervisión de la Rehabilitación de la Carretera Rioja – Tarapoto, Tramo 3, durante el período Febrero 2000 – Julio 2001**, pues en la Propuesta Técnica del Supervisor, no existe el cargo de Especialista en Hidrología y Drenaje, habiendo presentado al Ing. César Víctor Benavente como Especialista en Obras de Arte y Drenaje. En la “Relación de Personal de la Supervisión de Obra”, que forma parte de los informes mensuales elaborados y presentados por la misma empresa supervisora, se aprecia que no figura dicho profesional entre el personal que participó en la supervisión de la referida obra; y, que en los respectivos informes mensuales, desde el primero inclusive, reportan a otros ingenieros en el cargo de Especialista de Obras de Arte y Drenaje, no figurando en dichos informes el Ing. Eduardo Samamé Tello, todo lo cual también es corroborado por el Resumen del Personal asignado a dicha supervisión, que cuenta con la conformidad de la Unidad Gerencial de Obras y el Coordinador de Obras de Provías Nacional;

Que, en este sentido, los certificados presentados por el Consorcio ganador, suscritos por Alpha Consult S.A., relacionados al Ing. Eduardo Samamé Tello, que obran en los folios 996 y 997 de la Propuesta Técnica que presenta el Consorcio en el proceso de selección materia de esta Resolución, en los que se consigna que el citado profesional ha trabajado en dichas obras, no se ajustan a la realidad de los hechos, más aún cuando ello es corroborado por la propia información que Alpha Consult S.A. presentó, en su oportunidad, al Organismo competente del MTC (programa de asignación de personal, informes mensuales, relación de personal de supervisión en obra), resultando en consecuencia inexactos, dejando entrever indicios de que incluso pudieran ser falsos, por lo que corresponde descalificar a dicho postor;

Que, no obstante que la presentación de información inexacta y en su caso falsa, por si sola amerita descalificar al Consorcio Interoceánico T5 conformado por OIST – Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. y Alpha Consult S.A., cabe señalar que el numeral 20.0 de las Bases del Concurso, establece que *“en los casos en que se justifique, OSITRAN se reserva el derecho de aceptar o rechazar cualquier propuesta, total o en parte, de rechazar todas las propuestas y/o anular el Concurso Público, en cualquier momento, antes de la firma del contrato, en especial en los casos que los Proponentes (Postores), hubieran registrado y/o registren incumplimientos o malos antecedentes en Contratos anteriores suscritos con OSITRAN o con otras Entidades del Estado”*;

Que, en el Formato 2: Declaración Jurada presentada por el Consorcio Interoceánico T5, conformado por OIST – Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. en su propuesta, señala que conoce, acepta y se somete a las Bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección;

Que, asimismo, cabe señalar que el numeral 20.0 de las bases no fue observado por ningún postor, siendo una cláusula obligatoria para los postores y para la propia entidad licitante;

Que, en este sentido, mediante Resolución Directoral N° 1632-2005-MTC/21, se resolvió el Contrato de Servicios de Consultoría N° 910-2004-MTC/21, celebrado entre el Proyecto Provías Rural y el Consultor Alpha Consult S.A., por incumplimiento del contratista, acto administrativo que quedó plenamente consentido de conformidad con la Resolución Directoral N° 1001-2007-MTC/21, de fecha 03.09.2007. que señala en su quinto considerando que mediante Memorando N° 431-2007-MTC/21.GAL del 21 de febrero de 2007, se comunicó la improcedencia, por extemporánea, de la solicitud del arbitraje, habiéndose aprobado en esa misma Resolución el saldo del estudio no ejecutado por Alpha Consult S.A., lo cual demuestra incumplimiento de la citada empresa;

Que, por otro lado, el numeral 10.2 del Informe Final de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República relacionada con la investigación sobre presuntas irregularidades en la Concesión de la Vía Expresa del Callao, recomienda al Ministerio Público, *“que en el ejercicio de sus facultades y al amparo de lo dispuesto en el artículo 105° del Código Penal, solicite al órgano jurisdiccional competente, la suspensión inmediata de las actividades de la sociedad concesionaria Convia Callao S.A. y de la supervisora de obra Alpha Consult S.A., así como la prohibición definitiva de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se ha cometido, (...)”*;

Que, siendo el caso que estos dos últimos hechos evidencian malos antecedentes de la firma Alpha Consult S.A. en contratos anteriores, OSITRAN, en atención también al Principio de Privilegio de Controles Posteriores, cuenta con elementos adicionales para corroborar la descalificación del Consorcio Interoceánico T5 conformado por OIST – Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. y Alpha Consult S.A.;

Que, asimismo, de conformidad con los numerales 20.0, 22.2 y 26.3 de las Bases, y los Principios de Eficacia, Celeridad y Simplicidad que establece la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, corresponde llamar al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación, en este caso, GMI S.A. Ingenieros Consultores, con la finalidad que suscriba el contrato, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de notificada la presente Resolución, en vista que el postor que ocupó el primer lugar debe ser descalificado. En consecuencia corresponderá a GMI S.A. Ingenieros Consultores suscribir el respectivo contrato de supervisión, sin perjuicio de efectuarse los controles posteriores correspondientes;

Que, no obstante, el pronunciamiento anterior de CONSUCODE sobre su incompetencia en estos casos en los que no se contrata con recursos públicos, se considera recomendable que dada la gravedad de los hechos debiera remitirse los actuados a CONSUCODE para que ésta determine si resulta competente en el presente caso, y de corresponder, aplique la sanción correspondiente, asimismo, comunicar a la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros para que ésta evalúe si corresponde iniciar las acciones legales pertinentes contra los que resulten responsables de haber presentado documentación inexacta y, presumiblemente falsa, en su propuesta técnica;

De conformidad con el artículo 11° del Decreto Supremo N° 035-2001-PCM, numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y los literales g) y o) del artículo 58° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Descalificar al Consorcio Interoceánico T5 conformado por OIST – Oficina de Ingeniería y Servicios Técnicos S.A. y Alpha Consult S.A. en el Concurso Público N° 002-2008-OSITRAN para la contratación de servicios de supervisión, por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

SEGUNDO.- Notificar a la empresa GMI S.A. Ingenieros Consultores, con la finalidad que suscriba el contrato, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de notificada la presente Resolución, por haber quedado en segundo lugar en el orden de prelación del Concurso.

TERCERO.- Remitir los actuados a CONSUCODE para la aplicación de sanción administrativa si correspondiera y a la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros para ésta evalúe si corresponde iniciar las acciones legales pertinentes contra los que resulten responsables de haber presentado documentación inexacta y, presumiblemente falsa, en su propuesta técnica.

CUARTO.- Disponer que la administración efectúe el control posterior a la propuesta presentada por la empresa GMI S.A. Ingenieros Consultores, en el Concurso Público N° 002-2008-OSITRAN, con la finalidad de verificar la veracidad de la información presentada.

Regístrese y Comuníquese.

ING. JULIO ESCUDERO MEZA
Gerente General