

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA

Lima, 24 de julio de 2009

N° 041-2009-PD-OSITRAN

VISTOS;

La solicitud de elevación de observaciones a las Bases formuladas por la participante Empresa de Vigilancia Industrial, Marítima, Aduanera y Resguardo, EVIMAR S.A.C., las Bases y los actuados del proceso de Adjudicación Directa Pública ADP-1-2009-OSITRAN, convocada para contratación de servicio de vigilancia de OSITRAN, el Informe N° 036-2009-GAL-OSITRAN, y;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 16 de julio de 2009, mediante Nota N° 001-09-CE-ADPN°-001-2009-OSITRAN, el Presidente del Comité Especial –designado por Resolución de Gerencia General N° 026-2009-GG-OSITRAN--, a cargo del proceso de Adjudicación Directa Pública N° ADP-1-2009-OSITRAN, remitió a este despacho, la solicitud de elevación¹ de observaciones a las Bases formuladas por la participante Empresa de Vigilancia Industrial, Marítima, Aduanera y Resguardo, EVIMAR S.A.C., las Bases y los actuados del proceso, cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 28° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, y el artículo 58° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento²;

Que, resulta importante resaltar que, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 58° del Reglamento, independientemente de la denominación que les haya dado la participante, este Despacho se pronunciará únicamente respecto de: a) las observaciones presentadas por el solicitante que no hayan sido acogidas o son acogidas parcialmente; b) las respuestas a las observaciones del solicitante que, pese a ser acogidas, son consideradas por éste contrarias a la normativa, o, c) el acogimiento de las observaciones formuladas por un participante distinto al solicitante, cuando éste último manifieste que considera tal acogimiento contrario a la normativa;

¹ Formulada en fecha 15 de julio de 2009.

² Normas aplicables al presente caso.

Que, conforme se aprecia de los antecedentes remitidos por el Comité Especial, así como del pliego de absolucón de consultas y observaciones publicado el 10 de julio de 2009, mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), la participante EVIMAR S.A.C., presentó seis observaciones, de las cuales ninguna fue acogida por el Comité Especial, por lo que este Despacho se pronunciará respecto de las mismas, de conformidad con lo establecido en el artículo 28º de la Ley y 58º del Reglamento;

Observación Nº 1: Experiencia del personal de vigilancia propuesto

Que, al respecto, la observante cuestiona que en las Bases se exija como uno de los requisitos para acreditar la experiencia del personal de vigilancia propuesto, una constancia de DICSCAMEC, sobre la fecha de inscripción como vigilante. En virtud a ello, la observante solicita que se modifique las Bases en el sentido que la experiencia o los años de servicios del personal, sea acreditado por el empleador;

Pronunciamiento

Que, sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al artículo 13º de la Ley, concordado con el artículo 11º del Reglamento, el área usuaria es la responsable de definir con precisión las características, condiciones, cantidad y calidad de los bienes, servicios u obras que requiera para el cumplimiento de sus funciones, debiendo formular las especificaciones técnicas en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, las cuales deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias nacionales, si las hubiere;

Que, según se desprende del pliego de absolucón, el Comité Especial no acogió la observación formulada, indicando que, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en reiterada jurisprudencia, ha señalado que para acreditar válidamente la experiencia del personal propuesto, es necesario que exista congruencia entre las constancias, contratos y/o boletas de pago y el carné emitido por la DICSCAMEC;

Que, al respecto, efectivamente es criterio³ del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que cuando se trata de una actividad regulada por norma específica, para acreditar la experiencia de los agentes de seguridad propuestos por los postores, sólo pueden validarse las labores realizadas por estos desde que se encuentran habilitados para ser destacados a las instalaciones de las empresas usuarias a fin de brindar el servicio de vigilancia.

³ Ello se puede apreciar en las Resoluciones Nº 1942-2007-TC-S2, Nº 2445-2008-TC-S2 y 2899-2008-TC-S2, de fechas 19 de noviembre de 2007, 29 de agosto de 2008, y 10 de octubre de 2008 respectivamente.

Dicha circunstancia se refleja en la obtención de su respectivo carné de identidad otorgado por la DICSCAMEC, por cuanto que, antes de ello la prestación del servicio no se habría obtenido dentro de los parámetros de esta actividad regulada;

Que, en ese sentido, atendiendo a las disposiciones propias que regulan los servicios de seguridad privada y la coherencia lógica que debe haber entre las constancias, contratos y/o boletas de pago y el carné emitido por la DICSCAMEC, se ha decidido NO ACOGER la observación formulada por la participante;

Observación N° 2: Constancia de sanciones emitida por la DICSCAMEC

Que, el observante cuestiona el presente factor de evaluación dado que, según indica, contraviene el artículo 45° de la Ley y vulnera el literal k del artículo 4° del precitado cuerpo legal. Señala además, que es irrelevante con lo establecido en los artículos 42°, 43° y 45° del Reglamento. Asimismo, agrega que atenta contra el principio constitucional "*Non Bis In Idem*" señalado en el Acápite 4to de las Disposiciones Finales de la Constitución en remisión al artículo 8.4 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y vulnera el Principio de Legalidad establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En tal sentido, la observante solicita se suprima dicho factor de evaluación;

Pronunciamiento

Que, al respecto, cabe indicar que el artículo 43° del Reglamento, establece que las Bases deberán especificar los factores de evaluación, precisando los criterios que se emplearán para su aplicación, así como los puntajes, la forma de asignación de éstos a cada postor y la documentación sustentatoria para la asignación de los mismos. Por su parte, el numeral 2 del artículo 45° del Reglamento, contempla la posibilidad de considerar adicionalmente –según corresponda al tipo de servicio, su naturaleza, finalidad y la necesidad de la Entidad-- otros factores referidos al objeto de la convocatoria, siempre y cuando cumplan con lo establecido en el citado artículo 43° del Reglamento;

Que, en ese sentido, resulta factible el establecimiento de factores distintos a los señalados expresamente, siempre y cuando estos sean objetivos, congruentes, razonables y proporcionales en relación con el objeto de la convocatoria;

Que, en el presente caso, las Bases han establecido el “Factor Referido al Objeto de la Convocatoria: Sanciones”, por el cual se otorgará un puntaje máximo de treinta (30) puntos a quienes presenten constancia de no haber sido sancionados por los criterios de Decomiso, Suspensión, Multas y Apercibimiento, por la DICSCAMEC y cero (0) puntos a quienes hayan sido sancionados en función a la escala establecida para cada uno de los criterios antes aludidos;

Que, en base a lo anterior, resulta factible y razonable el otorgamiento de puntajes adicionales a aquellos postores que no hubieran sido sancionados en el ejercicio de actividades similares a la que es materia de la presente convocatoria, dado que ello demuestra un determinado comportamiento de seriedad de las empresas que brindan servicios de seguridad respecto del cumplimiento de las disposiciones y procedimientos que regulan su accionar. Por ello, se ha decidido NO ACOGER la Observación N° 2;

Observación N° 3: Establecimiento de Penalidades por no contar con carné de identificación personal vigente (DICSCAMEC) o que se encuentre vencido, y por contar con licencia de uso de armas vencido

Que, sobre el particular, la observante señala que el establecimiento de las aludidas penalidades, vulnera el artículo 2º inciso 14 de la Constitución, que señala que se puede contratar con fines lícitos siempre que no se contravenga leyes de orden público. Agrega, que la Ley 28627, establece que el encargado de imponer la sanción por no tener cané, licencia y otros de la DICSCAMEC, es la propia DICSCAMEC y no la Entidad contratante;

Pronunciamiento

Que, en cuanto a esta observación, es necesario señalar que desde una perspectiva jurídica existe una diferencia sustancial entre sanciones administrativas -lo que incluye las multas, que son sanciones administrativas de carácter pecuniario- cuya naturaleza es punitiva; y las penalidades contractuales, las cuales tienen naturaleza indemnizatoria, cuyo objeto es compensar a las partes por los incumplimientos contractuales que pudiesen generarse en la ejecución de un Contrato;

Que, en tal sentido, el establecimiento de las penalidades contractuales materia de la presente observación, no contravienen el inciso 14 del artículo 2º de la Constitución, y menos aún la Ley N° 28627, toda vez que, no se está imponiendo una sanción administrativa como erróneamente señala la participante. En base a lo anterior, se ha decidido NO ACOGER la observación formulada;

Observación N° “3”: Establecimiento de Penalidades (El error en la numeración es del observante)

Que, sobre el particular, la observante señala que el establecimiento de las penalidades contenidas en el numeral 2.25 de las Bases, vulnera flagrantemente el segundo párrafo del artículo 24º de la Constitución, que establece que el pago de la remuneración y los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, y que el establecimiento de dichas penalidades es excesivo, por lo que afectaría las remuneraciones de los trabajadores de vigilancia;

Pronunciamiento

Que, con relación a este punto, del Pliego de Absolución, se aprecia que el Comité Especial no acogió la observación planteada por la participante, señalando para tal efecto que, si bien el artículo 24º de la Constitución establece que el pago de la remuneración y los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier obligación, con el sistema de penalidades establecido en las Bases del Proceso, no se está vulnerando el citado dispositivo, en tanto que, la responsabilidad recae en la empresa como persona jurídica y no en sus trabajadores;

Que, como se señaló anteriormente, las penalidades contractuales tienen naturaleza indemnizatoria, en tanto buscan compensar a las partes por los incumplimientos contractuales que pudiesen generarse en la ejecución de un Contrato. Las penalidades contractuales no recaen sobre el personal de la empresa que finalmente se contrate, sino sobre la propia empresa;

Que, por lo anterior, al ser claro que, el establecimiento de las penalidades contractuales materia de la presente observación, no contraviene norma constitucional o legal alguna, se ha decidido NO ACOGER la observación formulada;

Observación N° 4: Documentación requerida para la conformidad de pago, y estudios en sistemas de seguridad del personal propuesto

Que, sobre el particular, la observante señala que los documentos privados y contables de una persona jurídica tienen la condición de secretos y que los contables, sólo están sujetos a inspección por la autoridad competente (SUNAT), salvo mandato judicial. Asimismo, agrega que por no encontrarse vigente la Ley N° 28879, Ley del Servicio de Seguridad Privada, el Factor Referido al Personal Propuesto: Estudios en Sistemas de Seguridad, vulnera los incisos 14 y 24 literal a) del artículo 2° de la Constitución;

Pronunciamiento

Que, con relación a la documentación requerida para la conformidad de pago, de los actuados, se observa que el Comité Especial, no acogió la observación planteada por la participante, señalando para tal efecto que la información solicitada para otorgar la conformidad y efectuar el pago⁴, tiene por objeto y finalidad evitar cualquier contingencia de índole laboral en contra de los intereses de la institución, por su condición de responsable solidaria de acuerdo a las normas vigentes sobre la materia;

Que, al respecto, el artículo 9° de la Ley N° 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización, establece que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado, extendiéndose incluso dicha responsabilidad hasta por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. En tanto que, el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1038, precisa que la solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la Ley N° 29245, se contrae a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral;

⁴ Al respecto, el numeral 8 de los Términos de Referencia de las Bases, establece:

8. CONFORMIDAD DEL SERVICIO Y FORMA DE PAGO

El OSITRAN efectuará el pago mensualmente, previa conformidad de la presentación, dicha conformidad será otorgada por el área de Logística.

Para que Logística otorgue la conformidad de la prestación, el contratista deberá presentar una vez finalizado cada mes lo siguiente:

- a) Liquidación del Pago del mes
- b) Copia de las boletas de pago del trabajador correspondiente al mes fenecido.
- c) Copia del PDT 601 debidamente cancelado del mes fenecido.
- d) Factura del mes fenecido.
- e) Copia de las pólizas de seguros indicadas en el numeral 6, donde se evidencie que se encuentran vigentes.
- f) Copia del deposito de CTS de los trabajadores en los meses de Mayo y Noviembre.

Nota.-

- Debe entenderse que dicha documentación debe ser presentada una vez finalizado el servicio mensual.
- Todos los documentos que se acrediten para el pago deben ser del mes anterior al mes facturado.

Que, por su parte, el artículo 7 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, establece que la extensión de responsabilidad a la que se refiere el artículo 9° de la precitada Ley, preceptúa que las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley. Las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que deben retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud, o a un Sistema Pensionario;

Que, la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, señala que es causal de resolución del contrato celebrado entre el organismo público y la empresa tercerizadora, la verificación por parte del organismo público de algún incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de dicha empresa. Para tal efecto, el citado dispositivo agrega que los organismos públicos están obligados a verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales que tiene la empresa tercerizadora con los trabajadores destacados;

Que, con relación al Factor Referido al Personal Propuesto: Estudios en Sistemas de Seguridad, la observante señala que a la fecha no se encuentra vigente la Ley N° 28879, Ley del Servicio de Seguridad Privada, y que por lo tanto, dicho factor vulnera lo establecido en el inciso 14 y 24 literal a) del artículo 2° de la Constitución.

Que, al respecto es menester anotar que, el hecho que no este vigente la Ley N° 28879, Ley del Servicio de Seguridad Privada, no es impedimento para que se haya fijado en las Bases el factor en cuestión, toda vez que, a la fecha se encuentra vigente el Decreto Supremo N° 005-94-IN⁵, norma que regula el servicio de seguridad privada. En ese sentido, el factor en cuestión, no vulnera norma constitucional o legal alguna;

Que, en esa línea de razonamiento y en atención a lo establecido en los precitados dispositivos legales, se ha decidido **NO ACOGER** la Observación formulada;

⁵ Al respecto, la Segunda Disposición Final y Derogatoria de la Ley N° 28879, establece:

DISPOSICIONES FINALES Y DEROGATORIAS

(...)

SEGUNDA.- Norma derogatoria

Derógase, a **partir de la vigencia del Reglamento de la presente Ley**, el Decreto Supremo N° 005-94-IN; así como todas las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Observación N° 5: Garantía de Seriedad de Oferta

Que, sobre este punto, la observante señala que la Carta Fianza por la suma de S/. 2,300.00 (Dos Mil Trescientos y 00/100 Nuevos Soles), exigida como garantía de seriedad de oferta, vulnera el Principio de Economía establecido en el literal i) del artículo 4º de la Ley. A ese respecto, la participante agrega que el artículo 157º del Reglamento establece que la garantía por seriedad de oferta puede ser hasta por un monto no menor del 1%, es decir por la suma de S/. 1,154.23 (Mil Ciento Cincuenta y Cuatro con 23/100 Nuevos Soles);

Pronunciamiento

Que, sobre el particular, del Pliego de Absolución, se desprende que el Comité Especial, no acogió esta observación señalando para tal efecto que, de acuerdo al artículo 157º del Reglamento, la Garantía de Seriedad de la Oferta no puede ser menor al 1% ni mayor al 2% del valor referencial;

Que, con respecto a este punto, ciertamente el artículo 39º de la Ley, establece que las garantías que deberán entregar los postores y/o contratistas son entre otras, la de seriedad de oferta, y que sus modalidades, montos y condiciones serán regulados en el Reglamento. Con relación a lo anterior, el artículo 157º del Reglamento, señala que la garantía de seriedad de la oferta, tiene por finalidad garantizar la vigencia de la oferta hasta la suscripción del Contrato, precisando que el monto de la aludida garantía en ningún caso será menor al uno por ciento (1%) ni mayor al dos por ciento (2%) del valor referencial;

Que, del numeral 1.4 del CAPITULO I de las Bases, se desprende que el valor referencial del proceso, asciende a S/. 115,423.56 (Ciento Quince Mil Cuatrocientos Veintitrés con 56/100 Nuevos Soles), incluido los impuestos de Ley y cualquier otro concepto. En tal sentido, es claro que los S/. 2,300.00 (Dos Mil Trescientos con 00/100 Nuevos Soles), establecidos por el Comité Especial para la Garantía de Seriedad de la Oferta, se encuentra dentro de los porcentajes establecidos en la precitada norma reglamentaria;

Que, estando a lo anterior, el monto de la Garantía de Seriedad de Oferta establecido en las Bases, no vulnera el artículo 157º del Reglamento, y menos aún, el Principio de Economía establecido en la Ley, toda vez que, dada la naturaleza de la Convocatoria y la finalidad que tiene la Garantía de Seriedad de Oferta, obviamente no se trata de una exigencia costosa e innecesaria. En base a lo anterior, se ha decidido NO ACOGER la observación formulada por la participante;

Que, por las consideraciones vertidas a lo la presente Resolución, al no haberse vulnerado las condiciones mínimas a que se refiere el artículo 26º de Ley u otras normas complementarias y conexas que tengan relación con el proceso de selección, se ha decidido NO ACOGER las observaciones a las Bases formuladas por la Empresa de Vigilancia Industrial, Marítima, Aduanera y Resguardo, EVIMAR S.A.C, contra las Bases de la Adjudicación Directa Pública N° 001-2009-OSITRAN;

En merito a lo establecido en el artículo 28º de la Ley, concordante con el artículo 58º de su Reglamento, y a lo dispuesto en el numeral 6.3 del artículo 6º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos;

SE RESUELVE

Artículo 1.- No Acoger las Observaciones formuladas por la Empresa de Vigilancia Industrial, Marítima, Aduanera y Resguardo, EVIMAR S.A.C, contra las Bases de la Adjudicación Directa Pública N° 001-2009-OSITRAN, convocada para la contratación del servicio de vigilancia y seguridad de las instalaciones de OSITRAN.

Artículo 2.- Encargar al Comité Especial, la publicación en el SEACE del pronunciamiento contenido en la presente Resolución, así como su implementación conforme a lo dispuesto en el artículo 58º del Reglamento. Asimismo, el Comité Especial, deberá Integrar las Bases, y Publicar las Bases Integradas, conforme a lo establecido en los artículos 59º y 60º del Reglamento, respectivamente.

Artículo 3.- Autorizar la publicación y difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional de la Entidad (www.ositran.gob.pe), y conforme a lo dispuesto en la normatividad vigente.

Regístrese, comuníquese y archívese

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo