RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 084 -2022-EMMSA-GG

Santa Anita, 23 de agosto de 2022

VISTOS:

El Documento s/n de fecha 01 de agosto de 2022 (Reg. N° 2458-2022); Documento s/n de fecha 02 de agosto de 2022 (Reg. N° 2482-2022); Documento s/n de fecha 09 de agosto de 2022 (Reg. N° 2560-2022); y el Informe N° 127-2022-EMMSA-GAJ de fecha 23 de agosto de 2022; y,

CONSIDERANDO:

Que, a través del Documento s/n de fecha 01 de agosto de 2022 (Reg. N° 2458-2022), Documento s/n de fecha 02 de agosto de 2022 (Reg. N° 2482-2022) y Documento s/n de fecha 09 de agosto de 2022 (Reg. N° 2560-2022), la empresa CORPORACION AGROPECUARIA CARLOS VALENTIN EIRL, representada por el señor Carlos Valentín Noel Anampa, interpone recurso de apelación solicitando, entre otras cuestiones, se declare la nulidad del procedimiento de selección de la Subasta Pública N° 002-2022-EMMSA, retrotrayéndose a la etapa anterior al Acto Público de Presentación de Sobres N° 1 y N° 2 y Apertura de Sobre N 1" realizado el 01 de agosto de 2022 debido a - según refiere – una serie de irregularidades que habrían acaecido en dicho Acto Público al que manifiesta, no se le permitió el ingreso;

Que, manifiesta el recurrente, entre otros aspectos, que se encuentra dentro del plazo para la interposición del recurso de apelación atendiendo a las disposiciones que emanan del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, manifiesta que el habérsele impedido el ingreso al referido Acto Público vulnera una serie de principios regulados también en el precitado instrumento jurídico, como son los de libertad de concurrencia y de igualdad de trato;

Que, agrega el señor Carlos Valentín Noel Anampa que, el día 01 de agosto de 2022 tanto a él como a un grupo de personas se les impidió de manera ilegal y arbitraria participar del referido Acto Público, debido a que de acuerdo al Comunicado N° 5 colgado en la página web de EMMSA el ingreso a dicho acto era desde las 9.00 am hasta las 10.00 am, comunicado que según señala el recurrente, no tuvo conocimiento como tampoco tuvo conocimiento sobre alguna modificación del horario establecido en las bases (10.00 am), acotó;

Que, en esa línea de razonamiento remarca el recurrente que, el hecho que el personal de EMMSA le haya impedido el ingreso al Acto Público pasado las 10.00 am resulta ser arbitrario, ilegal y contrario a derecho por los siguientes fundamentos:

a) *En el Comunicado N° 5 publicado en la página web de EMMSA NO CONSTA LA FECHA DE SU PUBLICACIÓN, a efectos de determinar si ha existido o no un plazo prudencial y razonable entre el comunicado y la fecha programada para el acto de presentación de propuestas.*

b) *Las Bases Administrativas, como las Bases Integradas señalan expresamente que la presentación de las propuestas se realizaría el 01 de agosto de 2022 a horas 10.00 am, de lo que se evidencia que si bien se estableció la hora de ingreso, no se detalló el tiempo máximo en que pueden ingresar los participantes al lugar del evento; por lo que, lo señalado en el Comunicado N° 05 - emitido de forma sospechosa y clandestina – no hace sino restringir y lesionar el derecho de los participantes, al establecer una hora de ingreso no regulado en las precitadas bases". (SIC).*

GERENCIA GENERAL V°B° J. GALLEGOS R. GERENTE EMMSA

GERENCIA DE ASESORIA JURIDICA V°B° D. CABRERA GERENTE EMMSA

Que, además de ello el recurrente arguye en su escrito de apelación textualmente que, *"(…) el día de hoy 1/8/22 siendo las 10.01 se cerró el ingreso a las Subasta 02-2022, cuando en la pag. 46 en las 4 últimas líneas indicaba que el horario es de 9.00 a 4.30 pm (…)"*;

Que, al respecto, es menester indicar que de la evaluación efectuada a los documentos citados en los vistos se advierte que, los mismos, han sido presentados ante la mesa de partes de esta empresa municipal los días 01, 02 y 09 de agosto de 2022. Más allá de la sumilla o el tenor de tales documentos, lo real y concreto es que todos ellos tienen por objeto o finalidad cuestionar el procedimiento de selección de la Subasta Pública N° 002-2022-EMMSA, concretamente, el no haber participado del Acto Público de Presentación de Sobres N° 1 y N° 2 y Apertura de Sobre N 1" realizado el 01 de agosto de 2022;

Que, siendo ello así, y haciendo uso del artículo 223° del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General el cual señala que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no debe ser obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter; este despacho considera –toda vez que la naturaleza de aquellos claramente son los de una apelación- tramitarlos y evaluarlos bajo los alcances de dicha figura jurídica, teniéndose como fecha de presentación del recurso el 01 de agosto de 2022, mientras que los posteriores (02 y 09 de agosto de 2022) deben ser calificados como complementos del primero;

Que, una primera cuestión a dilucidar es si el recurso de apelación ha sido presentado o no dentro del plazo legal pertinente, para lo cual resulta necesario precisar el marco legal que regula la presentación de tal recurso, claro está, en el contexto, desarrollo y

prosecución del proceso de selección de la Subasta Pública N° 002-2022-EMMSA, ***toda vez que las bases fijan los términos bajo los cuales se desarrollará dicha subasta pública*** (conforme se desprende de la definición de bases o bases administrativas contemplada en el numeral 1.6.6 de las bases integradas);

Que, respecto al plazo en cuestión, el numeral 6.1.4 de las bases integradas denominado *"Verificación Formal del Contenido del Sobre N° 1 por el Comité"*, señala que: *"(…) El postor cuya oferta sea excluida tendrá derecho a impugnar tal decisión ante la Gerencia General. (…)* ***y deberá formalizarse en el plazo máximo de dos (02) días hábiles de realizado el acto público de presentación de los Sobres N° 01 y 02 y Apertura del Sobre N° 01*** *(…)".* (el énfasis es nuestro);

Que, en tal sentido y tomando en cuenta que el acto público de presentación de dichos sobres fue el 01 de agosto de 2022 y el recurso de apelación ha sido interpuesto al día siguiente, es decir, el 02 de agosto último, es claro que el recurso de apelación ha sido deducido dentro del plazo legal regulado en las bases integradas, por lo que corresponde evaluarlo y emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sometida al conocimiento de este despacho, sin perjuicio de fijar desde ahora una primera cuestión que será desarrollada más adelante, a saber: **las normas de contrataciones públicas no resultan aplicables al presente proceso de selección constituido por la Subasta Pública N° 002-2022-EMMSA**;

Que, en efecto, el numeral 3.3 del artículo 3° del TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado establece, respecto al Ámbito de Aplicación de dicha norma, lo siguiente:

> *"Artículo 3°. Ámbito de aplicación*
>
> *(…)*
>
> *3.3 La presente norma se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades y órganos señalados en los numerales precedentes (...) que, para proveerse de bienes, servicios u obras,* ***asumen el pago con fondos públicos****".* (el énfasis es nuestro).

Que, como resulta evidente, las normas de contrataciones del estado regulan aquellas provisiones de bienes, servicios u obras que efectúan los órganos o entidades que son atendidas mediante la erogación de fondos públicos, supuestos de hecho que no concurren en la presente subasta pública toda vez que, mediante la misma, EMMSA no va a adquirir ningún bien o servicio, menos aún ejecutar una obra, sino más bien, otorgar el derecho de arrendamiento a los postores que se adjudiquen con la buena pro, así, lejos de erogar fondos públicos, esta empresa municipal percibirá de los arrendatarios fondos privados por el pago de la renta que efectuarán como una de sus obligaciones contempladas en los contratos de arrendamiento a través de los cuales se vincularán con EMMSA. **En tal sentido, y atendiendo a los argumentos**

expuestos, es posible aseverar que las normas de contrataciones del estado no resultan aplicables al presente caso, ni aun de manera supletoria;

Que, así las cosas, cabe recalcar, que son las bases las que fijan los términos bajo los cuales se desarrolla la subasta pública, sin perjuicio de aquellos dispositivos legales que han sido considerados como base legal de la misma, entre los cuales, por cierto, no figuran las normas de contrataciones del estado;

Que, ahora bien, el argumento principal esgrimido por el recurrente es que EMMSA a través del Comunicado N° 5 del que según refiere, no tuvo conocimiento, ha variado el horario del acto público de presentación de los sobres 1 y 2 contemplado inicialmente en las bases integradas para las 10.am. impidiéndole participar de manera arbitraria e ilegal en el referido acto público;

Que, pese a que el recurrente no lo señala con claridad, es posible colegir que lo que realmente afirma es que EMMSA a través del Comunicado N° 5 habría adelantado el horario del acto público sin que por lo menos medie un plazo razonable entre tal comunicado y la fecha en que estaba programado dicho acto, por lo que el habérsele impedido el ingreso al mismo constituye un acto ilegal y arbitrario;

Que, puestas así las cosas y a efectos de evaluar si el argumento vertido por el recurrente tiene o no asidero legal, resulta imprescindible examinar concretamente dos (02) documentos, a saber: i) el cronograma de la subasta pública contemplado en las bases integradas y, ii) el Comunicado N° 5 emitido por el Comité de Adjudicaciones, ello, con la finalidad de verificar si a través de este último EMMSA modificó o no el horario del acto público de presentación de Sobres N° 1 y N° 2 y Apertura de Sobre N 1 realizado el 01 de agosto de 2022;

Que, al respecto, cabe señalar que las bases integradas de la Subasta Pública N° 002-2022-EMMSA – Arrendamiento de puesto para la venta de frutas en el GMML, en su Anexo N° 13 denominado "Cronograma de la Subasta", indica textualmente lo siguiente:

ACTIVIDAD	FECHA Y HORA
Presentación de Sobres N° 1 y N° 2 y Apertura de Sobre N° 1	**01 de agosto de 2022 a horas 10:00 am**

Que, mientras que el Comunicado N° 5 emitido por el Comité de Adjudicaciones señala expresamente lo siguiente:

"COMUNICADO N° 5

A los señores participantes de la Subasta N° 002-2022-EMMSA:

1. *El acto público (…) se llevará a cabo en la explanada (…)".*
2. ***El ingreso se realizará a partir de las 09.00 am. hasta las 10.00 am.***

Los (…) postores deberán portar su DNI (…)".

Que, de la sola lectura de ambos documentos, es decir, del cronograma de las bases integradas y el Comunicado N° 5, una cuestión se desprende de manera categórica: dicho comunicado jamás modificó la hora en que se llevaría a cabo el acto público de presentación de sobres, contemplado para las 10.00 am del día 01 de agosto de 2022;

Que, en efecto, el Comunicado N° 5 (en sus puntos número 1 y 2) señala concretamente dos (02) situaciones: **el lugar** donde se llevará a cabo el acto público (explanada ubicada al costado del Edificio A de EMMSA) y, **la hora de ingreso** de los postores a dicha explanada donde se realizaría el acto público de presentación de sobres, ingreso que se daría a partir de las 9.00 am hasta 10.am; sin embargo, dicho comunicado no hace mención en lo absoluto al horario del acto público el cual se mantuvo programado para las 10.00 am;

Que, tomando en cuenta que el acto público estaba programado para las 10.00 am esperándose la presencia de más de quinientos (500) postores que habían adquirido las bases, resulta lógico, razonable y necesario que se haya permitido el ingreso de los postores a la explanada minutos antes de las 10.00 am, de no haber sido así, hubiese sido materialmente imposible que el acto público se haya llevado a cabo a las 10.00 am, con lo cual el Comité de Adjudicaciones hubiera vulnerado sus propias bases integradas, con el agravante que dicha irregularidad se habría producido en presencia de notario público;

Que, sin perjuicio de ello, aun en el supuesto negado que los argumentos del recurrente tengan algún asidero en el sentido que a través del Comunicado N° 5 se varió el horario del acto público y que el no tener conocimiento del mismo lo perjudicó, lo real y concreto, es que en la medida que se permitió el ingreso de los postores hasta las 10.00 am, bastaba que el señor Carlos Valentín Noel Anampa llegara a esa hora (conforme estaba contemplado en las bases integradas) para que se le permita el ingreso, sin embargo, reconoce textualmente haber llegado después de las 10.00 am;

Que, más sobre el asunto en cuestión cabe señalar que, en realidad, no resulta trascendente – como contrariamente refiere el recurrente – el no haber tomado conocimiento del Comunicado N° 5, en la medida que, en todo caso, el recurrente sí tenía conocimiento del cronograma de las bases integradas el cual señalaba que el acto público de presentación de sobres estaba previsto para el 01 de agosto de 2022 a las 10.00 am; empero, el señor Carlos Valentín Noel Anampa llegó después de las 10.00 am, conforme lo ha reconocido;

Que, de otro lado, en relación a la afirmación del recurrente en el sentido que en la página 46 de las bases administrativas se contempla que el horario es de 9.00 am a 4.30 pm y que pese a ello el ingreso a la subasta se cerró a las 10.01 am del día 01 de agosto de 2022, es preciso indicar que, lo que realmente señalan las bases en su página 46 es lo siguiente:

> *"(i)Todos los documentos y comunicaciones relacionados con la presente subasta* ***deberán ser dejados*** *en Av. La Cultura N° 808 Santa Anita - Mesa de Partes de EMMSA en horario de 09:00 hasta las 16:30 horas, con las formalidades establecidas en las Bases.* ***La presentación de los Sobres N° 1 y Nº 2 se rige por lo dispuesto en las Bases***. (el énfasis es nuestro)

Que, claramente las bases administrativas contemplan dos supuestos, a saber: i) los documentos relacionados a la subasta que **deben ser dejados en la mesa de partes de EMMSA hasta las 4.30 pm** y, ii) los que se refieren concretamente a la **presentación de los sobres 1 y 2 los que se rigen específicamente por las bases.** Es decir, las bases hacen una diferenciación entre la documentación que los postores presentarán o dejarán en la mesa de partes de EMMSA, como las referidas a la presentación de consultas o las solicitudes de constancias de no adeudo, entre otras y, las que atañen concretamente a la presentación de los sobres 1 y 2 las que regirán especialmente por lo dispuesto en las bases;

Que, precisamente por ello, es que el acto público de presentación de sobres 1 y 2 de la Subasta Pública N° 002-2022-EMMSA se llevó a cabo a las 10.00 am del 01 de agosto de 2022, dado que, así lo contemplaba el cronograma de las bases integradas. Por lo demás, resulta un contrasentido argumentar que la presentación de los sobres 1 y 2 podría efectuarse en la mesa de partes de EMMSA hasta las 4.30 pm, toda vez que el numeral 5.1.4. de las bases señala que: "*La presentación de los Sobres N° 1 y N° 2 se llevará a cabo ante el Comité, en presencia de Notario Público y, en caso asista, el represéntate del Órgano de Control Institucional, en calidad de veedor en el lugar que serán previamente comunicados a través de la página web de EMMSA, en la fecha y hora indicada en el cronograma de la subasta (Anexo Nº 13)*;

Que, en ese orden ideas y atendiendo a los argumentos fácticos y jurídicos expresados precedentemente el procedimiento de selección de la Subasta Pública N° 002-2022-EMMSA, concretamente, el Acto Público de Presentación de Sobres N° 1 y N° 2 y Apertura de Sobre N 1" realizado el 01 de agosto de 2022 a las 10.00 am se han efectuado dentro de los cauces de la legalidad no estando incurso en ninguna causal de nulidad, por lo que el recurso de apelación deducido por la empresa CORPORACION AGROPECUARIA CARLOS VALENTIN EIRL, representada por el señor Carlos Valentín Noel Anampa, debe ser declarado infundado en todos sus extremos;

Contando con la visación de la Gerencia de Asesoría Jurídica, en el marco de sus respectivas competencias funcionales; y estando a lo dispuesto en las Bases Integradas de la Subasta Pública N° 002-2022-EMMSA;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO en todos sus extremos el recurso de apelación deducido por la empresa CORPORACIÓN AGROPECUARIA CARLOS VALENTIN EIRL, representada por el señor Carlos Valentín Noel Anampa.

GERENCIA DE ASESORÍA JURÍDICA V°B° D. CABRERA GERENTE EMMSA

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFIQUESE el presente acto administrativo al recurrente.

ARTÍCULO TERCERO.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el portal de transparencia de EMMSA.

Regístrese, comuníquese y cúmplase

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.
JAIME ADHEMIR GALLEGOS RONDÓN
GERENTE GENERAL