

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 204-2010-OS/CD

Lima, 6 de agosto de 2010

VISTO:

El recurso de impugnación presentado por la Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay S.A.C. con fecha 27 de julio de 2010, en contra de la decisión del Comité encargado de la conducción de la Primera Subasta con Recursos Energéticos Renovables – Segunda Convocatoria (en adelante, “el Comité”) de adjudicar a dicha empresa la Buena Pro con su proyecto de generación hidroeléctrica denominado “Minicentral Hidroeléctrica Patapo 1 MW” por un precio de Ctv. US\$/kWh 0,07;

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Que, en aplicación del Artículo 18° del Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 050-2008-EM (el “Reglamento RER”), con fecha 12 de marzo de 2010 se dio inicio a la Segunda Convocatoria de la Primera Subasta con Recursos Energéticos Renovables (la “Subasta RER”) con el objetivo de seleccionar proyectos de generación RER con tecnología Biomasa y Solar para completar los requerimientos de la Subasta RER declarada parcialmente desierta en primera convocatoria;

Que en virtud de lo dispuesto mediante Resolución Ministerial N° 162-2010-MEM/DM, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 9 de abril de 2010, participa en dicho proceso también la generación RER Hidroeléctrica compitiendo por la Tarifa de Adjudicación hasta por un máximo de 338,29 MW;

Que dicho proceso se rige por lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1002, publicado en el diario Oficial El Peruano con fecha 2 de mayo de 2008 con el objeto de promover el aprovechamiento de los Recursos Energéticos Renovables (RER), el Reglamento RER y las Bases Consolidadas, aprobadas por el Viceministro de Energía mediante Resolución N° 113-2009-MEM/VME, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de diciembre de 2009 (en adelante, “las Bases”);

Que con fecha 8 de julio de 2010, a través del Acta Notarial Definitiva de Postores de la Subasta RER, el Comité tomó la decisión final sobre la calificación de los participantes como Postores, calificando para el efecto a la Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay S.A.C respecto de sus proyectos “Central Térmica Lambayeque 1,5 MW” (tecnología Biomasa) y “Minicentral Hidroeléctrica Patapo 1 MW” (tecnología Hidroeléctrica);



Que con fecha 23 de julio de 2010 se llevó a cabo el Acto Público de Apertura de Sobres de Oferta y de Adjudicación de la Buena Pro, en presencia de Notario Público. De acuerdo con el orden establecido en las Bases, la Notaria procedió a abrir las propuestas económicas una por una, las cuales fueron selladas y rubricadas en todos su contenido y entregadas al Comité para la lectura y registro respectivo. Luego de lo cual, el Comité procedió a determinar los Adjudicatarios por cada tecnología, teniendo en cuenta el precio ofertado y el Precio Máximo de Adjudicación fijado por OSINERGMIN, y a mostrar la Lista de Adjudicatarios y No Adjudicatarios por cada tecnología;

Que en dicha oportunidad, el Comité aceptó las ofertas económicas para las tecnologías Biomasa y Solar de la Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay S.A.C y, en virtud de lo establecido por las Bases, a adjudicarle lo siguiente:

Tecnología	Postor	Proyecto	Punto de Suministro	Precio Ofertado (Ctvs. US\$/kWh)	Potencia a instalar (MW)	Factor de Planta(%)	Energía Ofertada	% min. Energía Adjudicación Parcial	Fecha de Puesta en Operación Comercial	Garantía de Seriedad de Oferta (US\$)
Biomasa	Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay S.A.C.	CENTRAL TÉRMICA LAMBAYEQUE 1.5 MW	Chiclayo Oeste 220 KV	0,12	1.50	90.00%	11.70		29/02/2012	30,000.00
Hidroeléctrica	Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay S.A.C.	MINICENTRAL HIDROELÉCTRICA PATAPO 1MW	Chiclayo Oeste 220 KV	0,07	1.00	80.00%	7.00		30/11/2012	20,000.00

Que no obstante lo anterior, los representantes de dicha empresa solicitaron se haga constar en actas su observación en el sentido de que sus ofertas presentadas en la Subasta RER eran de US\$/kWh 0,12 (doce centavos de Dólares Americanos) para la tecnología Biomasa y US\$/kWh 0,07 (siete centavos de Dólares Americanos) para la tecnología Hidroeléctrica "tal como se consignó en el Sobre 2 correspondiente a su oferta económica", y no Ctvs. US\$/kWh 0,12 (doce centésimas de centavos de Dólares Americanos) y Ctvs. US\$/kWh 0,07 (siete centésimas de centavos de Dólares Americanos), respectivamente. En tal sentido, dejaron constancia de no encontrarse de acuerdo con los precios a los que se les adjudicó la Buena Pro correspondiente, consignados en el Acta. Por su parte, el Comité solicitó a la Notaria que se acompañe al acta copia de la propuesta económica de la empresa, la que como tal forma parte del presente expediente;

Que mediante escrito de fecha 27 de julio de 2010 la Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay S.A.C presentó un recurso de impugnación en contra de la decisión del Comité de adjudicarle la Buena Pro respecto de su proyecto "Minicentral Hidroeléctrica Patapo 1 MW" en los términos antes señalados. En dicho recurso la recurrente alega que el Comité realizó una incorrecta adjudicación de la Buena Pro a favor de su empresa al haber interpretado erróneamente que el precio ofertado era de Ctvs. US\$/kWh 0,07 (siete centésimas de centavos de Dólares Americanos) en lugar de US\$/kWh 0,07 (siete centavos de Dólares Americanos). Sustenta su posición en los siguientes argumentos:



- Que si bien las bases establecen que el Precio Máximo de Adjudicación es calculado por OSINERGMIN en "Ctvs. US\$/kWh", éstas no contienen una definición del término "Ctvs.";
- Que en el acta notarial de adjudicación de la Subasta se consignaron los precios máximos aprobados por el Consejo Directivo de OSINERGMIN en US\$/MWh (Dólares Americanos por Megavatio Hora) y no en Ctvs. US\$/kWh (Centavos de Dólares Americanos por Kilovatio Hora) pese a lo establecido expresamente en las bases;
- Que de acuerdo con los usos y costumbres, al momento de plasmar el número "siete centavos de Dólares Americanos", éste sería transcrito como "0,07" y no como "7";
- Que resultaría absurdo considerar que pueda existir una oferta equivalente al 1,09% del Precio Máximo de Adjudicación, más aún teniendo en cuenta los precios ofertados por los demás postores que oscilaron entre US\$0,064/kWh y US\$0,072/kWh;
- Que en el caso del Factor de Planta ofertado, consignado igualmente en decimales, el Comité si tradujo adecuadamente dicha cifra a números enteros (así consideró que 0,80 equivalía a un Factor de Planta de 80%), debiendo haber aplicado el mismo criterio para el caso del precio monómico materia de la oferta.
- Que los precios monómicos que se han considerado como "Tarifa Adjudicada" hacen inviable la ejecución de su proyecto por lo cual de adjudicársele la Buena Pro resultaría imposible llevar a cabo el mismo y no se estaría promoviendo el desarrollo de actividades de producción de energía eléctrica en base al aprovechamiento de recursos energéticos renovables.



Finalmente, explica la recurrente que, si se hubiera realizado una correcta interpretación de su oferta, considerando que el precio monómico ofrecido ascendía a siete centavos de Dólares Americanos por Kilovatio Hora, ésta debió ser descartada por superar el Precio Máximo de Adjudicación;

Que con fecha 3 de agosto de 2010 el Comité procedió a elevar dicho recurso al Consejo Directivo de OSINERGMIN dentro del plazo de dos (2) días establecido para el efecto por el numeral 4.8.2 de las Bases;



Que con fecha 5 de agosto de 2010 se realizó el informe oral solicitado por la recurrente, oportunidad en la que sus representantes expusieron ante el Consejo Directivo los argumentos de derecho y derecho que sustentan su impugnación;

Que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.8.2 de las Bases, corresponde al Consejo Directivo conocer los recursos de impugnación presentados en contra de las decisiones del Comité, debiendo resolver los mismos dentro de los tres (3) días siguientes de que le sean elevados a su despacho, plazo que en este caso vence con fecha 6 de agosto de 2010;

2. ANÁLISIS

Que, según lo dispuesto en el numeral 4.8.1 de las Bases, son impugnables en sede administrativa las decisiones del Comité que desestiman la calificación de un participante como Postor así como la Adjudicación de la Buena Pro;

Que el Consorcio ha presentado su recurso impugnativo dentro del plazo establecido para el efecto por el numeral 4.8.2 de las Bases;

Que además de exponer los fundamentos de hecho y de derecho por los que cuestiona la decisión del Comité de adjudicarle la Buena Pro por un precio de Ctv. US\$/kWh 0,07 respecto de su proyecto "Minicentral Hidroeléctrica Patapo 1 MW", la recurrente ha cumplido con ofrecer la Carta Fianza para la Interposición de Impugnaciones ascendente a US\$ 20,000.00, de acuerdo con lo requerido por el numeral 4.8.3 de las Bases;

Que la suscripción del formato proporcionado a los postores como Anexo 7, con el correspondiente llenado de los espacios en blanco, no es otra cosa que una declaración de voluntad expresa del postor de realizar una oferta económica en los términos que en ésta se establecen y con carácter obligatorio, es decir, de quedar vinculado y obligado por su contenido¹;

Que en este orden de ideas, en la Declaración Jurada que forma parte de su propuesta, cuyo formato fue proporcionado como Anexo 6-2, los postores reconocen expresamente que no podrán desistirse de la Buena Pro que les sea adjudicada en la Subasta²;

Que las facultades del Comité se encuentran enmarcadas en las reglas contenidas en las Bases. De acuerdo con lo establecido en su numeral 1.3, el Comité puede realizar todas las acciones que estime necesarias para llevar a cabo el proceso de Subasta hasta la Adjudicación de la Buena Pro. Asimismo, el Comité puede modificar los plazos establecidos en las Bases o el Cronograma, suspender y cancelar la Subasta, hasta antes de la Adjudicación de la Buena Pro. El Comité no asume responsabilidad alguna como consecuencia de dichas decisiones.

No está facultado el Comité bajo dichas reglas para interpretar, sustituir, modificar o completar la manifestación de voluntad declarada por el postor o la información presentadas por estas como parte de su propuesta;

Tan es ello así que las Bases son claras en establecer que los postores son exclusivamente responsables de la información y decisiones contenidas en su propuesta y específicamente de los cálculos económicos y financieros que sustentan su oferta económica³;

¹ Así lo reconocen los postores en la Declaración Jurada (Anexo 6-2) de su Oferta en la que declaran que: *"Conoce, acepta y se somete incondicional, expresa e indubitadamente a las Bases y demás reglas de la presente Subasta, así como las consultas y absoluciones respectivas. Asimismo, reconoce y declara expresamente que la Subasta consiste en una invitación a ofrecer, de conformidad con el Artículo N° 1388° del Código Civil del Perú y que, en consecuencia, la propuesta que se formula consiste en una oferta dirigida al Licitante, por lo que hace suyos los términos contenidos en las Bases y, particularmente, en el proyecto de Contrato que como Anexo N° 12 forma parte de las Bases."*

² *"DECLARO BAJO JURAMENTO que mi representada, (y/o los miembros conformantes del Consorcio, si fuera el caso), como Participante de la Subasta convocada por OSINERGMIN, para el suministro de energía renovable al SEIN: "(...) Acepta que no puede desistirse de la Buena Pro, que se le otorgue en la presente Subasta. (...) Se compromete a cumplir cabal y fielmente todas y cada una de las estipulaciones, términos y condiciones del Contrato que celebre como consecuencia de la Buena Pro que le sea concedida."*

³ El numeral 1.4.1 de las Bases precisa que los postores participan en la Subasta bajo su propia y exclusiva responsabilidad y basan su propuesta en sus propias investigaciones, estudios, exámenes, inspecciones, cálculos económicos, cálculos financieros, visitas, entrevistas y otros como parte de su propio due diligence.

Que en este orden de ideas, el Comité no puede avocarse atribuciones para determinar cuándo un precio ofertado es irracional, absurdo o erróneo;

Que de la literalidad de lo declarado por la recurrente en el formato proporcionado como Anexo 7 que contiene su oferta económica se deriva que ésta habría declarado su voluntad de ofrecer un precio monómico equivalente a la suma de Ctsv. US\$/kWh 0,07, es decir, de siete centésimas de centavos de Dólares Americanos por Kilovatio Hora;

Que a diferencia de lo que sucede en el caso del Factor de Planta, que es un dato conocido previamente por el Comité pues es un requisito de la propuesta técnica y además es un valor verificable en base a la potencia y energía ofertadas (ambas cifras incluidas en la oferta económica)⁴, la declaración del precio contenida en números en el formato de oferta económica proporcionado en calidad de Anexo 7 es la única declaración que existe en la propuesta del precio ofertado por el postor;

Que no obstante lo anterior, en este caso específico, el Consejo Directivo considera que es evidente que existió un error en la oferta de la Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay S.A.C. al haber consignado ésta como precio de oferta un valor de Ctsv.US\$/kWh 0,07, es decir de siete centésimas de centavos de Dólares Americanos por Kilovatio Hora cuando quiso decir US\$/kWh 0,07, es decir, siete centavos de Dólares Americanos por Kilovatio Hora. El error antes señalado en la oferta económica de la recurrente se desprende claramente de lo alegado por dicha parte en el acto de adjudicación de la Buena Pro y en su recurso de impugnación. Adicionalmente, no puede perderse de vista que, de tomarse como correcto, el precio ofertado resultaría ser casi cien veces menor que la tarifa fijada como Tarifa Base por el Consejo Directivo y no cubriría los costos de generación de electricidad mediante la tecnología en cuestión;

Que asimismo, debe tomarse en consideración la racionalidad con la que un postor participa en una Subasta RER como la que es materia de este proceso. Las Subastas RER tienen por objeto fomentar la generación de energía mediante recursos energéticos renovables. Dicho fomento se logra garantizando a los generadores que ganen la Buena Pro que recibirán por el suministro de energía mediante dichas tecnologías un pago equivalente a la Tarifa Adjudicada. Es evidente a la luz de lo anterior que un postor no buscaría participar en la subasta para obtener mediante la Tarifa Adjudicada un precio que ni siquiera cubriría sus costos de operación;

Que asimismo, a criterio del Consejo Directivo, no puede perderse de vista que, según los usos y costumbres del mercado, es usual expresar la denominación de centavos de Dólares Americanos en cifras decimales. Asimismo, que en el mercado de generación de electricidad se usan tanto valores de US\$/MWh y Ctsv. US\$/kWh, habiendo sido la primera de estas denominaciones utilizada por el OSINERGMIN en distintas oportunidades;

En el mismo sentido, en la Declaración Jurada proporcionada por los postores como parte de los documentos que conforman su propuesta, éstos reconocen expresamente ser *"plenamente responsable por la veracidad, exactitud y pertinencia de los documentos e información que presenta para los fines de la presente Subasta"*.

⁴ Así en el caso del Factor de Planta resultaba sencillo deducir el valor correcto de los demás elementos consignados en la propuesta, a diferencia del precio que sólo fue consignado en números en el recuadro establecido para el efecto en el Anexo 7, cuyo título es "Precio monómico (Ctsv. US\$/kWh)

Que el error incurrido en este caso es claramente uno que se produjo de buena fe y en la expresión de las unidades monetarias y no en el precio mismo, pues el formato pre-establecido señalaba centavos de Dólares Americanos y sin embargo la empresa expresó su oferta en Dólares Americanos;

Que se trata de un error material que puede ser apreciado sin que sea necesario efectuar una interpretación o modificación de la voluntad de la persona que lo emitió, dado su carácter de máxima evidencia⁵;

Cabe señalar que tanto las Bases como el formato proporcionado como Anexo 7 son claros en establecer que el precio monómico de la oferta debía de ser expresado en centavos de Dólares Americanos ("Ctvs. US\$/kWh")⁶, no existiendo en éstas duda o ambigüedad que pudiera haber inducido a error a los postores –respecto de la unidad de la moneda en que debían expresar su oferta;

De otra parte, es pertinente anotar que las Bases preveían un periodo de consultas a fin de aclarar dudas o ambigüedades en las mismas, periodo durante el cual la recurrente no consultó sobre el significado de la abreviatura "Ctvs." pese a que dicha abreviatura es recogida por las Bases en más de una oportunidad para definir los aspectos cruciales del proceso, como lo son el Precio de oferta, el Precio Máximo y la Tarifa de Adjudicación, lo que deja en evidencia que como postor le quedó claro el sentido de la misma;

⁵ Así "[e]l error material o de hecho exige una constancia inequívoca, una apariencia manifiesta. Para descubrirlo es suficiente una mera labor de comprobación" MEILÁN GIL, José Luis. Delimitación conceptual del error material y de cuenta. Revista de Administración Pública N° 55, 1968 p.157-158.

⁶ Nótese que de conformidad con lo establecido en el numeral 1.2.31 de las Bases, la Oferta es "la propuesta que formula el Postor compuesta por la energía ofertada anual con generación RER, expresada en MWh, y el precio monómico correspondiente, expresado en Ctvs. US\$/kWh, referido al Punto de Suministro. Indicará también la fecha de inicio del Plazo de Vigencia, y la aceptación o no de una asignación parcial en el proceso de Subasta" (el subrayado es nuestro).

Asimismo, los numerales 1.2.39 y 1.2.49 de las Bases precisan que tanto el Precio Máximo de Adjudicación o Tarifa Base como la Tarifa de Adjudicación se expresarán también en centavos de Dólares Americano por Kilovatio Hora (Ctvs. US\$/kWh).

De igual manera, el numeral 2.6 de las Bases establece que forma parte del contenido del Sobre de Oferta el Anexo 7 debidamente llenado, indicando el Precio monómico ofertado en centavos de Dólares Americano por Kilovatio (Ctvs. US\$/kWh).

Finalmente, el formato contenido en el Anexo 7 es claro en establecer en la parte superior del recuadro, debe ser llenado para efectos de la presentación de la oferta el siguiente título "Precio Monómico (Ctvs. US\$/kWh)".

Punto de Suministro (Nombre de la Barra y nivel de tensión)	Precio monómico (Ctvs. US\$/kWh)	Potencia Comprometida a instalar (MW)	Factor de Planta (%)	Energía Ofertada Anual (MWh)	Fecha de Puesta en Operación Comercial (dd-mm-aaaa)



Que los postores en los procesos de Subasta RER, como es el caso de la recurrente, son ofertantes experimentados, que no puede amparar sus errores en el desconocimiento del significado de una abreviatura de uso común como es "Ctvs.", que bajo los usos y costumbres contables se utiliza para designar la unidad monetaria "centavos";

Que en vista de lo anterior, el Consejo Directivo llama la atención a la falta de diligencia de la recurrente como ofertante en la Subasta RER pues es claro que dicha empresa no utilizó la diligencia debida para verificar las unidades monetarias en que expresó el precio de su oferta, elemento central en la subasta;

Que sin perjuicio de lo anterior, frente a los errores materiales, la Administración está llamada a realizar una función activa, promoviendo en la medida de lo posible la subsanación de los defectos que se pudieren advertir en su momento. Así, el numeral 3 del artículo 75 de la Ley del Procedimiento Administrativo General ("LPAG") dispone que "[s]on deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes (...) encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos." Podemos ver así que la Administración se encuentra facultada y obligada a subsanar los errores u omisiones que se adviertan en el procedimiento administrativo;

Que en el mismo sentido, el principio de informalismo reconocido en el numeral 1.6 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, señala que "[l]as normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público";

Que al respecto Cassagne señala que: "en la actualidad, se extiende el principio del informalismo, propio del procedimiento administrativo, a todo el procedimiento de selección y ejecución de los contratos que celebra la Administración Pública, el cual dado que se trata de un principio de base legal, aplicable directamente a todos los procedimientos administrativos, no plantea dudas acerca de su vigencia y consecuente aplicabilidad, en armonía con otros principios de la contratación administrativa (conurrencia e igualdad)"⁷;

De otro lado, en cuanto a la posibilidad de subsanar los errores materiales, González Pérez considera que en virtud del principio *favor acti* "la confianza derivada de la existencia del acto determina para todos los que intervinieron en su nacimiento un deber de conservación, de tal modo que sólo en último extremo se acuda a su anulación, procurando salvarles de su ineficacia mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión"⁸;

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p.56.

⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 129-130.

Que así, si bien la contratación pública se rige como regla general por el principio de inmodificabilidad de las ofertas económicas, conforme la naturaleza formalista que se atribuye a todo el procedimiento de contrataciones, como excepción se reconoce la posibilidad de subsanar las mismas como consecuencia de errores estricta y evidentemente materiales consignados en éstas;

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; en el Decreto Legislativo N° 1002, y en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 050-2008-EM; en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General así como, en sus respectivas normas modificatorias, complementarias y conexas; con el visto bueno de la Gerencia Legal;

SE RESUELVE:

Primero: Declarar **FUNDADO** el recurso de impugnación presentado por la Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay con fecha 27 de julio de 2010, en contra de la decisión del Comité de adjudicarle la Buena Pro respecto de su proyecto "Minicentral Hidroeléctrica Patapo 1 MW" por un precio de Ctsv. US\$/kWh 0,07.

Segundo: El Comité deberá llevar a cabo las acciones que resulten pertinentes para la implementación de esta decisión, procediendo a modificar su decisión de adjudicarle la Buena Pro a la Empresa de Generación Hidroeléctrica del Chancay S.A.C. tomando como precio de oferta el ascendente a Ctsv. US\$/kWh 7 (siete centavos de Dólares Americanos por Kilovatio Hora).

Con el voto de los señores Alfredo Dammert Lira, Pablo Berckholtz Salinas, Jesús Tamayo Pacheco, Carlos Barreda Tamayo y Félix Remy Alvarez-Calderón.


Alfredo Dammert Lira
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN