

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 193-2010-OS/CD

Lima, 19 de julio de 2010

VISTO:

El recurso de impugnación presentado por el Consorcio Alupar Inversiones Perú S.A.C. y ABR Ingenieros S.A.C. (en adelante, "el Consorcio Alupar-ABR" o simplemente "el Consorcio"), con fecha 12 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") consistente desestimar la calificación como postor de su proyecto "Central Hidroeléctrica Añasmayo"; y,

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 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, de acuerdo con el cronograma del proceso, con fecha 18 de junio de 2010 se llevó a cabo el acto de Cierre de Presentación de Propuestas, oportunidad en la cual se procedió a la recepción de las propuestas de los participantes en sobre cerrado. En dicha fecha, el Consorcio Alupar-ABR presentó una Solicitud de Calificación como Postor referida a su proyecto "Central Hidroeléctrica Añasmayo"<sup>1</sup>, acompañando para tal efecto el Sobre de Calificación (Sobre 1);

<sup>1</sup> Una central hidroeléctrica de 19,8 MW y aproximadamente US\$ 35,000,000 de inversión, a ser ubicada en la provincia de Huaral, que utilizará las aguas del río Chancay-Huaral.



Que entre el 21 y el 24 de junio de 2010, el Comité se avocó a la calificación de las propuestas analizando si correspondía efectuar observaciones a la información presentada por los distintos participantes;

Que, siguiendo con el procedimiento establecido por los numerales 3.2.3 y 3.2.5 de las Bases, con fecha 25 de junio de 2010 el Comité notificó al Consorcio Alupar-ABR de las observaciones encontradas a la documentación contenida en su Sobre de Calificación (Sobre 1). El Comité solicitó al Consorcio Alupar-ABR, en aplicación del numeral 2.5.16 de las Bases Consolidadas, la subsanación de dos extremos de su propuesta relacionados ambos con el Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, "el Contrato"). Ello al haber verificado que el Consorcio omitió llenar el espacio en blanco en el Numeral 8.2 del Contrato y que firmó el mismo en lugar equivocado;

Que con fecha 2 de julio de 2010 el Consorcio Alupar-ABR presentó la subsanación de las observaciones efectuadas por el Comité a la documentación contenida en su Sobre 1 dentro del plazo previsto para el efecto por el cronograma del proceso. A fin de subsanar las observaciones del Comité presentó tres (3) nuevos ejemplares del Contrato, llenados en todos los espacios en blanco y firmados en el lugar correspondiente. Sin embargo, en el espacio en blanco correspondiente al numeral 8.2 del Contrato consignó el monto de US\$ 396,000, monto que teniendo en cuenta la potencia de su central se deriva del cálculo aplicable al monto de la Garantía de Seriedad de la Oferta y no de la Garantía de Fiel Cumplimiento<sup>2</sup>;

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. Como parte de ésta, decidió desestimar la solicitud del Consorcio Alupar-ABR, relacionada con su proyecto "Central Hidroeléctrica Añasmayo" por considerar que *"el monto consignado en el numeral 8.2 del Contrato no corresponde a la equivalencia solicitada en dicho numeral, siendo que la potencia del proyecto es de 19.8 MW"*;

Que mediante escrito de fecha 12 de julio de 2010 el Consorcio Alupar-ABR presentó un recurso de impugnación en contra de la decisión del Comité de desestimar su calificación como postor, argumentando principalmente lo siguiente:

- Que ha cumplido con presentar todos los requisitos exigidos por el Decreto Supremo N° 050-2008-EM y por las Bases Consolidadas del Concurso para su calificación como Postor.
- Que al momento de llenar el ejemplar del Contrato por un error involuntario se incurrió en un error en cuanto al monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento que se presentará al momento de suscripción del mismo, pues en la Cláusula 8.2 del Contrato se consignó la cifra de US\$ 396,000 en lugar de la cifra a la que deberá ascender la garantía, equivalente a US\$ 1'980,000.00 dada la potencia de su

<sup>2</sup> No obstante el error, en dicha oportunidad señaló lo siguiente: "presentamos tres (3) ejemplares originales del Contrato con sus respectivos anexos debidamente llenados con el monto de la garantía de fiel cumplimiento en los espacios en blanco correspondientes, visados en todas sus páginas y firmados en el lugar correspondiente al Adjudicatario por todos los miembros del Consorcio"

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 193-2010-OS/CD

central. Sin embargo, dicho error no amerita la desestimación de su calificación en el proceso de subasta pues no constituye un vicio trascendental ni es un dato relevante para el proceso.

- Que se trata de un error numérico eminentemente formal, que no afecta el monto de la Carta de Fianza de Fiel Cumplimiento que deberá presentar el Consorcio oportunamente de conformidad con lo establecido en las Bases.
- Que las Bases deben ser interpretadas dentro del alcance del Decreto Supremo N° 050-20008-EM, la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 2744 ("LPAG") y el Reglamento General de OSINERGMIN, Decreto Supremo N° 054-2001-PCM teniendo en cuenta los objetivos de la subasta, los Principios de Informalismo y Razonabilidad y la definición de errores materiales contenida en la LPAG, que da luces sobre el tratamiento de errores de este tipo, así como los principios de eficiencia y actuación basada en el análisis Costo-Beneficio que deben regir la actuación de OSINERGMIN.
- Que su proyecto "Central Hidroeléctrica Añasmayo" propiciará un beneficio directo para las comunidades de la zona durante su etapa de construcción y de operación, los que deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar el recurso;
- Que asimismo debe tomarse en cuenta el beneficio de la participación de su proyecto hidroeléctrico en la Subasta RER a fin de cumplir con los objetivos de la misma.

Que con fecha 14 de julio 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 15 de julio 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 hecho y derecho que sustentan su impugnación. Durante su informe oral, los representantes del Consorcio Alupar-ABR ratificaron los argumentos vertidos en su escrito de impugnación y explicaron la procedencia del monto de US\$ 396,000 se debió a que por un error involuntario se consignó en dicho espacio el monto de la Garantía de Seriedad de la Oferta, equivalente a US\$ 20,000.00 por potencia de MW de la central del participante. Asimismo, reiteraron su compromiso de presentar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por el monto correcto en el momento que establecen las Bases<sup>3</sup>;



<sup>3</sup> En la misma fecha, el Consorcio Alupar-ABR presentó un escrito ampliando los argumentos vertidos en su escrito de apelación, al cual adjuntó jurisprudencia referida a la aplicación del Principio de Informalismo en procesos de subasta llevados a cabo por el Organismo de Supervisión de Contrataciones del Estado ("OSCE") y al reconocimiento de dicho principio por el Tribunal Constitucional.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 193-2010-OS/CD

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 19 de julio 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 derecho por los que cuestiona la decisión del Comité de desestimar su calificación como Postor, el Consorcio 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, al evaluar las impugnaciones a las decisiones del Comité, el Consejo Directivo debe tener en cuenta el Principio de Informalismo, recogido en el Artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General y que rige la actuación de la Administración. Este principio dispone que las normas del 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. En el ámbito de un proceso de subasta, el Principio de Informalismo implica que quienes estén a cargo de la conducción de la misma deben evitar formalidades innecesarias que únicamente dilatan los procesos e interpretar las disposiciones aplicables y encaminar sus acciones con el objeto de procurar la mayor concurrencia de postores;

Dicho principio es aplicable siempre que ello no afecte derechos de terceros o el interés público. El Consejo Directivo considera que su aplicación al presente caso es consistente con el interés público en tanto permita la participación de una mayor oferta de generación RER hidroeléctrica en la subasta, pues se ha verificado que la oferta de potencia de ésta es menor a la requerida en el proceso, siendo probable que la subasta se declare parcialmente desierta en este extremo. En tal sentido, la participación de un número mayor de postores con proyectos de generación RER hidroeléctrica permite un mejor cumplimiento de los objetivos del proceso de subasta;

Asimismo, el Consejo Directivo estima que la decisión no afectará el derecho de terceros cuando no se otorgue a la recurrente condiciones más beneficiosas o menos exigentes de las que han sido requeridas para los demás participantes como parte del mismo;



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 193-2010-OS/CD

Que de los requisitos establecidos por las Bases se deduce claramente que, a efectos de ser calificado como postor, el Consorcio debía de presentar como parte de su oferta tres (3) copias del Contrato debidamente firmadas por su Representante Legal y llenados en los espacios que corresponda. Uno de los espacios a ser completado por los participantes, es el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento contemplado en el numeral 8.2 del Contrato<sup>4</sup>;

Dicha cláusula recoge la obligación del Postor de otorgar y presentar al Ministerio de Energía y Minas (en adelante, "el Ministerio"), previa a su firma del Contrato, una Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por un monto equivalente a US\$ 100,000 por MW a instalarse. Esta obligación es a su vez establecida expresamente en el numeral 11 de las Bases, el que también hace referencia expresa al monto al que debe ascender dicha garantía (US\$ 100,000 por cada MW de potencia a instalarse)<sup>5</sup>;

Cabe señalar que en virtud de lo dispuesto por los numerales 1.2.24 y 5.1.2 la presentación de la Carta Fianza por parte del Postor debe llevarse a cabo antes de la

La Cláusula 8.2 del Contrato establece lo siguiente:

"GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO

8.1 La Carta Fianza emitida por cualquiera de las entidades bancarias indicadas en el Anexo 4 de las Bases, y entregada al Ministerio previa a la firma del presente Contrato, deberá tener una vigencia de por lo menos ciento ochenta (180) días calendario y ser renovada a su vencimiento. A partir de haberse completado el 75% del monto de inversión declarado, la Garantía de Fiel Cumplimiento se reducirá hasta el 50% del monto vigente.

8.2 El monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento asciende a \_\_\_\_ equivalente a US\$ 100, 000 por MW a instalarse.

Si la Sociedad Concesionaria presenta un atraso en el cumplimiento del Cronograma de Ejecución de Obras al efectuarse la verificación trimestral, la Garantía de Fiel cumplimiento deberá ser incrementada en 100%, respecto al monto vigente al trimestre anterior, dentro de los tres (3) días de recibido el requerimiento por parte de OSINERGMIN. Al subsanar el atraso, el monto de la Garantía vuelve al nivel del monto vigente al trimestre anterior de producido el atraso."

<sup>5</sup> "11. GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO

11.1 CARACTERÍSTICAS DE LA GARANTÍA

La Sociedad Concesionaria deberá otorgar una Carta Fianza bancaria como Garantía de Fiel Cumplimiento, la cual debe ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el Perú (sin beneficio de excusión) al solo requerimiento de OSINERGMIN, bajo responsabilidad de la empresa bancaria que la emite.

11.2 MONTO DE LA GARANTÍA

El monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento asciende a US\$ 100 000 por MW a instalarse y debe ser entregada en la fecha establecida en el Cronograma, previamente a la suscripción del Contrato por parte del Ministerio.

Si la Sociedad Concesionaria presentara un atraso en el cumplimiento del Cronograma de Ejecución de Obras al efectuarse la verificación trimestral, la Garantía de Fiel Cumplimiento deberá ser incrementada en 100%, respecto al monto vigente al trimestre anterior, dentro de los tres (03) Días de recibido el requerimiento por parte de OSINERGMIN. Al subsanar el atraso, el monto de la Garantía vuelve al nivel del monto vigente al trimestre anterior de producido el atraso.

11.3 PERIODO DE VALIDEZ DE CARTA FIANZA

La validez de la Carta Fianza será de por lo menos ciento ochenta (180) días calendario, debiendo ser renovada sucesivamente, a la fecha de su vencimiento. A partir de haberse completado el 75% del monto de inversión declarado, la Garantía de Fiel Cumplimiento se reducirá hasta el 50% del monto vigente, con vigencia hasta la entrada en operación comercial de la central de generación RER." (el subrayado es nuestro)

suscripción del Contrato por parte del Ministerio en la Fecha de Cierre, y es un requisito para que el cierre del proceso de subasta se produzca válidamente;

Que no se discute en este procedimiento que el Consorcio Alupar-ABR haya efectivamente incurrido en un error al consignar el monto de Garantía de Fiel Cumplimiento en la Cláusula 8.2 del Contrato que presentó llenado y firmado, tal como le fue imputado por el Comité. La existencia de dicho error ha sido acreditada en este procedimiento<sup>6</sup> y es fácilmente apreciable a la luz de lo establecido en las Bases y el texto mismo de la Cláusula 8.2, pues ambos documentos requieren que el monto de la garantía a ser ofrecida y entregada equivalga a US\$ 100,000 por MW. Así, es claro que, dada la potencia de su central hidroeléctrica, correspondía al Consorcio rellenar el espacio en blanco contenido en la Cláusula 8.2 con una cifra de US\$ 1,980,000.00. Más aún, el error ha sido plenamente reconocido por el Consorcio, quien ha explicado que por un error involuntario se consignó en dicho espacio el monto de la Garantía de Seriedad de la Oferta, equivalente a US\$ 20,000.00 por potencia de MW de la central del participante. No obstante, su impugnación se basa en el argumento de que se trató de un error numérico no sustancial que no debió motivar su descalificación;

Que a criterio del Consejo Directivo, el que un participante complete, suscriba y presente el Contrato constituye la manifestación de voluntad de éste de aceptar sus términos y quedar obligado por los mismos. Junto con los demás documentos contenidos en su propuesta, constituye la oferta del participante que será aceptada por su contraparte contractual en caso se le adjudique como ganador en la subasta. Dicha oferta sólo será válida en tanto resulte consistente con lo exigido por las Bases, documento en el cual el licitante establece las condiciones mínimas exigidas de su invitación a ofrecer;

Así, a efectos de determinar la naturaleza y efectos del error detectado por el Comité, resulta necesario determinar de qué manera el referido error afectó la manifestación de voluntad dada por el Consorcio Alupar-ABR, en los distintos documentos que conformaron su oferta, de ofrecer la Garantía de Fiel Cumplimiento en los términos previstos por las Bases;

Que de acuerdo con lo establecido por el Reglamento RER, las Bases rigen el proceso de Subasta RER y son obligatorias para todos los participantes<sup>7</sup>;

Que en la misma línea, en el punto 1.1 de las Bases se señala que éstas rigen a Subasta y el Contrato;

<sup>6</sup> En este orden de ideas, como se menciona en la sección de antecedentes, ha quedado acreditado en este procedimiento que al momento de presentar el Sobre de Calificación (Sobre 1) el Consorcio incurrió en errores en cuanto a los ejemplares del Contrato presentados. Ello por haber omitido llenar el espacio en blanco de la Cláusula 8.2 del Contrato y haber firmado en un lugar equivocado. Dichos errores motivaron que el Comité le efectuara un requerimiento de subsanación de observaciones. Dentro del plazo previsto por las Bases el Consorcio presentó su subsanación de observaciones, acompañando nuevas copias del Contrato a su criterio debidamente llenados; sin embargo, incurrió nuevamente en un error al consignar una cifra menor a la correspondiente en el espacio en blanco de la Cláusula 8.2.

<sup>7</sup> Artículo 8.- Bases

8.1 Las Bases serán elaboradas por el Ministerio y aprobadas por Resolución del Viceministro de Energía, la cual será publicada en el Diario Oficial El Peruano así como en el Portal de Internet del Ministerio. Las Bases aprobadas son obligatorias para todo participante en el proceso de Subasta. (...)

Que a fin de dejar constancia del reconocimiento de la obligatoriedad de las Bases por parte de los Postores, éstas requieren la presentación del Anexo 6-2, denominado "Declaración Jurada de los Integrantes del Consorcio". La suscripción de dicho documento implica un reconocimiento expreso de conocimiento, aceptación y sometimiento incondicional de las Bases. En efecto, en el tercer numeral de dicho documento, el firmante declara expresamente y bajo juramento que "Conoce, acepta y se somete incondicional y expresa e indubitablemente a las Bases ... (y) ... hace suyos los términos contenidos en las Bases"<sup>8</sup>;

A criterio del Consejo Directivo, la declaración anterior deja claramente en evidencia la voluntad de los participantes - que suscriban la misma- de aceptar, someterse y vincularse por los términos contenidos en las Bases, los que hacen suyos;

Que en la misma línea, el numeral 1.4.4 de las Bases establece que "La sola presentación del Sobre de Calificación, implicará, sin necesidad de acto posterior alguno, el pleno conocimiento, aceptación y sometimiento incondicional del Participante, de todo lo dispuesto en las Bases" (el subrayado es nuestro);

Que, a la luz de lo declarado por el Consorcio en el Anexo 6-2, de lo dispuesto en el numeral 1.4.4 de las Bases y del mecanismo de cálculo explícito establecido por las Bases y el Contrato para determinar el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento, el Consejo Directivo es de la opinión que la cifra consignada en el numeral 8.2 del Contrato presentado por el Consorcio Alupar-ABR no puede interpretarse sino como un error numérico o de cálculo, derivado de una confusión entre los distintos montos de las garantías requeridas para participar en la subasta, que no modifica su voluntad de acogerse en dicho extremo a los términos establecidos por las Bases;

Que interpretar que al consignar el monto de US\$ 396,000 en el espacio en blanco de dicha cláusula el Consorcio declaró una voluntad de ofrecer una garantía menor a la requerida por las Bases carece de sentido teniendo en cuenta que el ofrecimiento y presentación de la Garantía de Fiel Cumplimiento por un monto equivalente a US\$ 100,000.00 por MW de potencia es un requisito obligatorio establecido en el numeral 11 las Bases, cuya obligatoriedad ha sido reconocida por el Consorcio expresamente en los documentos que forman parte de su oferta y con la sola presentación del Sobre de Calificación;

Tan es ello así que el cumplimiento de la obligación de presentar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, por el monto, con las formalidades y en la oportunidad requerida por las

<sup>8</sup> El texto completo de dicha declaración se lee como sigue: "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:(...) Conoce, acepta y se somete incondicional y expresa e indubitablemente a las Bases y demás reglas de la presente Subasta, así como las consultas y absoluciones respectivas. Asimismo, reconoce que la Subasta consiste en una invitación a ofrecer, de conformidad con el Artículo 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". (el subrayado es nuestro).

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 193-2010-OS/CD

Bases, se encuentra garantizado por la Garantía de Seriedad de la Oferta<sup>9</sup>. Dicho compromiso resultaría exigible al Consorcio por haberse sometido incondicionalmente a las Bases inclusive pese a la consignación de un monto distinto en la Cláusula 8.2 del Contrato;

En el mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta que el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento no era un aspecto negociable ni un factor de competencia en la Subasta RER. El llenado del espacio en blanco requería únicamente de una operación de cálculo en aplicación de lo establecido en las Bases y en la propia Cláusula 8.2;

Que de acuerdo con el procedimiento establecido por las Bases, la documentación presentada por los participantes en el Sobre de Calificación (Sobre 1) estaría sujeta a una etapa de revisión por parte del Comité, producto de la cual éste podría generar observaciones y requerir su subsanación al participante. Luego de lo cual el Comité sólo puede tener o no por levantadas las mismas y calificar o no calificar al postor, según corresponda;

Que habiéndole requerido la subsanación en una oportunidad, de acuerdo al procedimiento establecido por las Bases, el Comité no pudo requerir una nueva subsanación al Consorcio Alupar-ABR por no estar ello previsto como parte del procedimiento, por lo que decidió desestimar su calificación como Postor;

Que sin embargo, la aplicación del Principio de Informalismo, permite al Consejo Directivo encausar y reconducir el trámite de la subasta enmendando la situación que se ha presentado por haberse desestimado la calificación de un postor, con base en un error material que no lo justifica;

Que como se ha señalado, esta decisión es consistente con el interés público pues la participación de un número mayor de postores con proyectos de generación RER hidroeléctrica permite un mejor cumplimiento de los objetivos del proceso de subasta. Asimismo, este Consejo Directivo considera que la decisión no afecta el derecho de terceros, específicamente de los demás participantes en el proceso, pues no se está otorgando al Consorcio condiciones más beneficiosas o menos exigentes de las que han sido requeridas para los demás participantes como parte del proceso de calificación;

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;

<sup>9</sup> De acuerdo con lo previsto en los numerales 1.2.25 y 5.2.1 de las Bases, garantiza el cumplimiento de las obligaciones que asume el Adjudicatario hasta la firma del Contrato y puede ser ejecutada por OSINERGMIN en forma inmediata y sin necesidad de aviso previo al Adjudicatario si, por razones que le sean imputables, incumple las obligaciones a su cargo para que se produzca la conclusión del proceso de Subasta.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 193-2010-OS/CD

**ES COPIA AUTENTICADA**  
  
Caroline de Trezegnies Thorne  
Asesora Legal de la Alta Dirección  
**OSINERGMIN**

**SE RESUELVE:**

**Primero:** Declarar **FUNDADO** el recurso de impugnación presentado por el Consorcio Alupar Inversiones Perú S.A.C. y ABR Ingenieros S.A.C. con fecha 12 de julio de 2010 en contra de la decisión del Comité de desestimar la Calificación como Postor de su proyecto "Central Hidroeléctrica Añasmayo".

**Segundo:** El Comité deberá llevar a cabo las acciones que resulten pertinentes para la implementación de esta decisión. Así, deberá que disponer las medidas que resulten necesarias a fin de continuar con el proceso de Subasta RER, con la participación del Consorcio Alupar Inversiones Perú S.A.C. y ABR Ingenieros S.A.C. como Postor respecto de su proyecto "Central Hidroeléctrica Añasmayo", así como para corregir el error material verificado en las versiones del Contrato presentado por éste para lo cual se deberá proceder al cambio de las páginas del Contrato afectadas por el mismo teniendo en cuenta las formalidades seguidas respecto del Contrato original presentado como parte de su subsanación.

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

  
Alfredo Dammert Lira  
Presidente del Consejo Directivo  
OSINERGMIN

### Voto singular del Ing. Carlos Barreda Tamayo

Discrepo con el voto en mayoría por considerar que en este caso debe confirmarse la decisión del Comité de desestimar la calificación como postor del Consorcio Alupar-ABR. A continuación expreso el sustento que me lleva a esta conclusión.

Como se detalla en la sección de antecedentes de la resolución, en este caso, ha quedado acreditado que, al momento de presentar el Sobre de Calificación (Sobre 1), el Consorcio incurrió en dos errores en cuanto a los ejemplares del Contrato presentados: (1) haber omitido llenar el espacio en blanco de la Cláusula 8.2 del Contrato y (2) haber firmado en un lugar equivocado.

Estos errores motivaron que, de conformidad a numerales 3.2.3, 3.2.5 y 2.5.16 de las Bases Consolidadas, el Comité notificara al Consorcio Alupar-ABR de las observaciones encontradas en su Sobre 1 solicitando la subsanación de ambos extremos.

Dentro del plazo previsto por las Bases el Consorcio presentó su subsanación de observaciones, acompañando nuevas copias del Contrato a su criterio debidamente llenados. En dicha oportunidad, señaló lo siguiente: *"presentamos tres (3) ejemplares originales del Contrato con sus respectivos anexos debidamente llenados con el monto de la garantía de fiel cumplimiento en los espacios en blanco correspondientes, visados en todas sus páginas y firmados en el lugar correspondiente al Adjudicatario por todos los miembros del Consorcio"*.(subrayado nuestro).

Sin embargo, pese a contar con la oportunidad para subsanar los errores detectados, de acuerdo al procedimiento previsto por las Bases, incurrió nuevamente en un error al consignar una cifra menor a la correspondiente en el espacio en blanco de la Cláusula 8.2, por lo que el Comité decidió correctamente desestimar la solicitud del Consorcio Alupar-ABR por considerar que *"el monto consignado en el numeral 8.2 del Contrato no corresponde a la equivalencia solicitada en dicho numeral, siendo que la potencia del proyecto es de 19.8 MW"*.

En mi opinión, no es posible argumentar que el error detectado es simplemente un error numérico y que no afecta el monto de la Carta de Fianza de Fiel Cumplimiento que deberá presentar el Consorcio, porque tal error está incluido en el documento del contrato que ha presentado debidamente suscrito por sus representantes.

Asimismo, considero que no procede invocar la interpretación de las Bases bajo los Principios de Informalismo y la definición de errores materiales contenida en la LPAG (Ley de Procedimiento Administrativo General) porque la Carta de Fianza de Fiel Cumplimiento no es una formalidad innecesaria que únicamente dilata el proceso o cuya falta de ofrecimiento puede ser subsanada dentro del procedimiento. Cabe señalar que no se trata de una exigencia que limita una mayor concurrencia de postores.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA  
OSINERGMIN N° 193-2010-OS/CD**

Adicionalmente, en mi opinión, tratándose de la garantía de cumplimiento del Contrato, el error en su ofrecimiento o su falta de ofrecimiento de acuerdo a lo previsto por las Bases afecta el interés público.

De otra parte, considero que no es correcto afirmar que el cumplimiento de la obligación de presentar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, por el monto, con las formalidades y en la oportunidad requerida por las Bases, se encuentra garantizado por la Garantía de Seriedad de la Oferta, porque ésta última solo garantiza el cumplimiento de las obligaciones que asume el Adjudicatario hasta la firma del Contrato, mientras que la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento asegura el cumplimiento del propio Contrato.

Finalmente, es relevante destacar que, en mi opinión, no procede afirmar que la falta de calificación del Consorcio como Postor implicará que su proyecto deje de propiciar un beneficio directo para las comunidades de la zona durante su etapa de construcción y de operación. Ello porque según las declaraciones del Consorcio su central dejó de ser un proyecto, toda vez que se trata de una concesión que tiene más de 6 meses de antigüedad, lo que indica que su ejecución es independiente de su calificación o no como Postor en la Subasta RER.

