



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 05278-2018-TCE**



**PRESENTADO POR
CRISTIAN HENRY MARAVÍ MENDOZA**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2022



CC BY

Reconocimiento

El autor permite a otros distribuir y transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra, incluso con fines comerciales, siempre que sea reconocida la autoría de la creación original

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe Jurídico sobre Expediente N° 05278-2018-TCE

Materia : CONTRATACIONES DEL ESTADO

Entidad : SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD

Bachiller : CRISTIAN HENRY MARAVÍ MENDOZA

Código : 2015126456

LIMA - PERÚ

2022

El presente trabajo de suficiencia profesional tiene por objeto analizar la Adjudicación Simplificada recaída en el Expediente N° 05278-2018-TCE, para ello se exponen los principales hechos manifestados por las partes intervinientes en el procedimiento de selección, los problemas jurídicos identificados en el expediente, finalizando con la posición fundamentada sobre las resoluciones emitidas y los problemas jurídicos expuestos, a fin de identificar si el procedimiento de selección se ha realizado conforme a lo previsto en sus Bases Integradas y de acuerdo a lo estipulado en la normativa del régimen general de contratación pública.

ÍNDICE

1. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO	4
1.1. Hechos principales expuestos por el apelante en el recurso de apelación.....	4
1.2. Hechos principales expuestos por la entidad a cargo del procedimiento de selección - ESSALUD	6
1.3. Hechos principales expuestos por el adjudicatario de la Buena Pro – P. R.	7
2. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE	9
2.1. Inobservancia de las reglas establecidas en las bases integradas en la evaluación de ofertas de la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121	9
2.2. Inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado respecto a la presentación, evaluación y calificación de las ofertas de la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121	13
3. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	19
3.1. Respecto a los hechos expuestos en la Resolución N° 0118-2019-TCE-S4.....	19
3.2. Respecto de los problemas jurídicos identificados.....	26
4. CONCLUSIONES.....	27
5. BIBLIOGRAFÍA	27
6. ANEXOS	28

1. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO

1.1. Hechos principales expuestos por el apelante en el recurso de apelación

A. Escrito de apelación

Mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2018, presentado ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, el Postor **C.V.** interpone recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro a favor del Postor **P. R.** en el procedimiento de Adjudicación Simplificada N° 1826A000121 - Primera Convocatoria, para la Contratación de Suministro de Bienes "*ADQUISICIÓN DE REACTIVOS DE INMUNOLOGÍA CON EQUIPO EN CESIÓN EN USO PARA LA RED ASISTENCIAL MADRE DE DIOS*", (en adelante, la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121), convocada por el **SEGURO SOCIAL DE SALUD** - Red Asistencial Madre de Dios (en adelante, ESSALUD).

En ese sentido, el C.V., en su calidad de apelante, formula las siguientes pretensiones:

- a) Se declare la invalidez e ineficacia del otorgamiento de la buena pro al P. R.
- b) Se le otorgue la buena pro al C.V.

Sustenta sus pretensiones en los siguientes fundamentos:

- (i) Que, en la convocatoria de la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121, el Comité de Selección realizó la calificación de las propuestas obteniendo el siguiente resultado:

N° de orden	Nombre del Postor	Puntaje
1	P.R.	90.00
2	C.V.	88.12

Fuente: Expediente N° 05278-2018-TCE

- (ii) El C.V. sostiene que la propuesta del P.R. no cumple con lo establecido en las bases correspondientes al procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 1826A000121.
- (iii) En esa línea, sustenta la apelación en las siguientes normas jurídicas: (1) Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y (2) Ley del Procedimiento Administrativo General.
- (iv) Asimismo, como medios de prueba adjunta las Bases Integradas y el Acta de Evaluación de Propuestas y Otorgamiento de la Buena Pro.

B. Escrito de subsanación del recurso de apelación

Con fecha 27 de diciembre de 2018, el C.V. presenta el escrito de subsanación del recurso de apelación adjuntando el comprobante de pago de la garantía por interposición de dicho recurso, además señala que del análisis de la propuesta del P.R. se evidencian incumplimientos a las bases integradas, pues de acuerdo al protocolo de análisis presentado, este no tiene la firma del técnico regente, toda vez que de acuerdo a lo establecido en la página 23 de las bases integradas, en el numeral 1, se exige copia simple del certificado de análisis del producto terminado (Protocolo de Análisis) y se establece que dicho documento deberá ser refrendado por el Director Técnico Responsable de la Empresa.

Al respecto, el C.V. señala que el P.R. incluyó en su propuesta la Resolución de Dirección Técnica N° 4238-2015, que autoriza la Dirección Técnica a la Química Farmacéutica C. A. C. R. Asimismo, sostiene que en la referida propuesta del postor adjudicado se ha presentado la Resolución de Dirección Técnica Asistente, que autoriza al Químico Farmacéutico L.R.C.M.

En ese sentido, el C.V. concluye que en el Certificado de Análisis no se observa el sello ni la firma de los Directores Técnicos antes mencionados, razón por la cual señala que el postor adjudicado no cumple con las formalidades exigidas en las bases integradas. Asimismo, refiere que solo se ha considerado las firmas de los Representantes Legales de la empresa; en base a ello, concluye que la oferta del Postor Adjudicado no debió ser admitida, por lo que el otorgamiento de la buena pro debe ser declarada nula.

1.2. Hechos principales expuestos por la entidad a cargo del procedimiento de selección - ESSALUD

Informe Técnico Legal

Con fecha 09 de enero de 2019, ESSALUD, a través de la Oficina de Administración del HIVALP, presenta ante el Tribunal de Contrataciones del Estado el Informe Técnico Legal sobre los fundamentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por el C. V.

Al respecto, ESSALUD luego de haber efectuado la revisión del expediente de contratación precisa que en la página 23 de las Bases Integradas, Capítulo II, numeral 2.2.1, Documentos de presentación obligatoria, 2.2.1.1 Documentos para la admisión de la oferta, Literal n), párrafo 7), respectivamente, indica que el Certificado de Análisis deberá estar refrendado por el Director Técnico Responsable de la Empresa postora. En ese sentido, de la revisión de la oferta del Postor Adjudicado se observa que los Certificados presentados no cuentan con la firma solicitada; no obstante, también señala que el referido Postor acreditó mediante la Resolución Directoral N° 4238-2015/DIGEMIND/ DAS/EEF que cuenta con su Director Técnico, en base a ello se admitió la propuesta del Postor Rocha.

Finalmente, ESSALUD, conforme a sus argumentos expuestos, concluye que el recurso de apelación interpuesto por el C.V. sea declarado fundado en virtud a lo establecido en el numeral 2 del artículo 106 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo

N° 350-2015-EF y su modificatoria Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

1.3. Hechos principales expuestos por el adjudicatario de la Buena Pro – P. R.

El 11 de enero de 2019, el P.R. se apersona y absuelve el escrito de apelación señalando que respecto a los certificados de análisis, materia de controversia (que no están firmados por el Director Técnico) es de aplicación lo establecido en el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección está facultado para requerir a los postores la subsanación de errores materiales o formales que son subsanables, entre otros, la falta de firma o foliatura.

Asimismo, indica que los errores materiales o formales si bien no están regulados en la Ley de Contrataciones del Estado, no obstante, es de aplicación de forma supletoria lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece que el error material es atribuible al soporte material que lo contiene, mas no, a la manifestación de voluntad, lo cual no altera el contenido de fondo; mientras que, el error formal es aquel referido a formalidades que no inciden en el contenido sustancial o alcance de la oferta.

Por otro lado, cita la Opinión N° 128-2018/DTN de la Dirección Técnico Normativa, referida a la subsanación de errores materiales y formales en la oferta, que señala que el marco normativo que regula las contrataciones públicas permite la subsanación de los referidos errores en la oferta, siempre que estos no la desnaturalicen, a fin de promover la competitividad en igualdad de condiciones y obtener como resultado la contratación de la mejor oferta técnica y económica que ofrezca el mercado.

En ese sentido, señala que la falta de firma del Director Técnico en el Certificado de Análisis es un error formal subsanable, pues dicha omisión no altera el contenido de la oferta, precisando que el nombre de su Director Técnico fue consignado en la oferta. Asimismo, indica que la firma en cuestión es solo un

aspecto formal que no altera el contenido del certificado y mantiene en las mismas condiciones la oferta.

En esa línea, sustentando que la falta de firma es un error material subsanable, el P.R. presenta los Certificados de Análisis con la firma del Director Técnico (C. A. C. R. autorizada mediante Resolución N° 4238-2015/DIGEMID/DAS/EEF) dando por subsanada la oferta y solicitando que se desestime el recurso presentado por el apelante.

De otro lado, sostiene que el C.V. no ha cumplido con los requisitos de calificación de la oferta, pues tratándose de una contratación de bienes, como en el presente caso, es de aplicación lo establecido en el numeral 5 del artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que establece como presentación obligatoria de la oferta la promesa de Consorcio que, entre otros, delimite las obligaciones de cada uno de sus integrantes.

En ese marco, cita la Directiva N° 06-2017-OSCE/CD que establece que cada integrante del consorcio debe señalar las obligaciones a las que se compromete en la ejecución del objeto de la contratación. Asimismo, indica que, respecto a la experiencia del Postor, esta se realiza en base a la documentación aportada por los integrantes del consorcio que cumplirán con el objeto de la contratación.

En ese sentido, y en virtud del numeral 3 del numeral 7.5.2 de la citada Directiva se menciona que, tratándose de bienes, solo se consideran las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación, como la fabricación y/o comercialización, de otro lado, regula que no se considerará la experiencia presentada por los integrantes del consorcio que se obliguen a ejecutar las demás actividades accesorias.

Asimismo, indica que para calificar la experiencia no se considerará la documentación de los consorciados que asumen obligaciones de las siguientes actividades: (i) Actividades administrativas o gestión y, (ii) asuntos de organización interna. Es decir, aspectos que no se relacionan con la ejecución de la prestación.

En base a lo expuesto, el P. R. señala que de la oferta del C.V. se advierte que ninguno de los integrantes ha precisado que actividades referidas a la fabricación o comercialización se encargarán.

En ese sentido, concluye que la oferta del C.V. debe ser descalificada pues no ha cumplido con el requisito de calificación de “Experiencia del Postor” por no ser válida; no obstante, también cuestiona las condiciones de la entrega pues no se precisa si la entrega se realizará en el plazo de 6 o 15 días, considerando que existe una declaración que indica que la primera entrega se realizaría del 1 al 15 de enero de 2019, por lo que advierte que dicha condición no podrá ser cumplida.

2. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

2.1. Inobservancia de las reglas establecidas en las bases integradas en la presentación de la oferta, por parte del adjudicatario, en la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121

El artículo 52° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado precisa lo siguiente:

“Artículo 52. Integración de bases”

(...) el comité de selección debe integrar las bases como reglas definitivas del procedimiento de selección”

De lo citado, es importante mencionar que la norma de forma expresa hace referencia que las las Bases Integradas son las reglas definitivas de un determinado procedimiento de selección en el marco del régimen general de contratación pública. Es decir, estas bases sirven como lineamientos en el proceso de obtención de bienes, servicios y obras, con el objetivo de satisfacer las necesidades de la población en general.

Por ende, todos los participantes en un procedimiento de de selección tienen que estar sujetos al cumplimiento estricto de lo establecido en las

mencionadas Bases Integradas.

En esa línea, es importante mencionar que las Bases Integradas son el resultado final de dirección de un determinado procedimiento de selección puesto que en estas Bases se recopila toda la información relevante para el cumplimiento correcto del objeto contractual. Este recopilatorio de reglas e información final relevante se origina en el requerimiento por parte del área usuaria. Al respecto, el numeral 16.1 del artículo 16 de la Ley de Contrataciones con el Estado precisa que:

“Artículo 16. Requerimiento

16.1 El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente (...).”

En ese marco, el área usuaria, como unidad orgánica, a través de su requerimiento declarará su necesidad de forma objetiva y detallada respecto de los bienes, servicios u obras a contratar que tenga como objeto el cumplimiento de una finalidad pública, esto es, la satisfacción de una necesidad; razón por la cual, dicho requerimiento debe ser realizado conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones¹.

Posterior a la formulación del requerimiento, prosigue el estudio de mercado, a través del cual se obtiene información para conocer el valor real de la contratación pública y culminar en la aprobación del “Expediente de Contratación”. Luego, el titular de la entidad designa al “Comité de Selección”, colegiado que se encargará de elaborar las bases del procedimiento de selección para perfeccionarlas en las Bases Integradas con la información proporcionada en la etapa de absolución de consultas y observaciones.

¹ Se hace notar que la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121 fue convocada al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341 (en adelante, la Ley de Contrataciones del Estado); y, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF (en adelante, el Reglamento de la Ley de Contrataciones).

De ahí que, las Bases Integradas vienen a ser el producto final de la recopilación de información que tiene como origen el requerimiento del área usuaria, el estudio de mercado, entre otros, hasta la etapa de absolución de consultas y observaciones por parte de los participantes en un procedimiento de selección.

Por consiguiente, como se menciona las Bases Integradas representan una recopilación de información que tiene por finalidad establecer reglas de observancia obligatoria en el procedimiento de selección, en suma, es la información del requerimiento más el valor real que proporciona el mercado, entre otros; por ende, el cumplimiento de sus términos es indispensable para el logro de una correcta contratación.

Cabe destacar, que la doctrina señala que las Bases Integradas son las reglas definitivas del Procedimiento de Selección que obliga a todos los participantes y al Comité Especial (Abruña Puyol, A. y Baca Oneto, V.S., op. cit., p. 60, citado por Mario Palacios Panta 2015).

Por su parte, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, a través de la Opinión N° 010-2019/DTN, en su numeral 2.1.1, define a las Bases Integradas de la siguiente forma:

“Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada que contiene las reglas definitivas del procedimiento de selección cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las Bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado

acciones de supervisión.”

Asimismo, a través de las Opiniones N° 133-2018/DTN y N° 243-2017/DTN, emitidas por la referida Dirección Técnica Normativa, se precisa que:

“(…) el contrato debe ajustarse -entre otros documentos derivados del procedimiento de selección que contienen obligaciones para las partes (como planos, expediente técnico, calendario de adquisición de materiales e insumos, entre otros) - a las Bases integradas, siendo que éstas últimas constituyen las reglas definitivas de la contratación, las cuales no pueden ser modificadas con ocasión de la suscripción del contrato, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, ya que alterarían los sustentos técnicos, económicos y legales del postor vulnerando los principios de competencia, concurrencia, igualdad y eficiencia que rigen la contratación pública”.

En consecuencia, las Bases Integradas, reúnen los requisitos básicos y elementales para la contratación pública, es decir, establecen las condiciones y requisitos inmodificables de estricto cumplimiento para la realización de un determinado procedimiento de selección; asimismo, constituyen las reglas definitivas que son de obligatorio cumplimiento por parte de todos los actores en el procedimiento de selección (comprende tanto a los postores como a los órganos intervinientes de determinada entidad pública).

En el presente expediente, materia de análisis, se puede evidenciar que el problema principal surge porque el P.R. no cumplió estrictamente con lo previsto en las Bases Integradas. Puesto que en el literal n) del numeral 2.2.1.1. del acápite 2.2.1 señalaba de forma expresa que el “*Certificado de Análisis*” debía contar con la firma del Director Técnico de la empresa postora y en la oferta presentada por el mencionado Postor se observa que el “*Certificado de Analisis*” no cuenta con la firma del profesional correspondiente.

En consecuencia, todos los participantes en el procedimiento de selección tienen que delimitar sus acciones sujetándose a las referidas bases y el incumplimiento a los requisitos establecidos en las Bases Integradas, por parte de la oferta presentada por el P. R. constituye una transgresión a lo establecido en el artículo 52° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a las opiniones vinculantes de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado y al desarrollo de la doctrina antes mencionada.

2.2. Inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado respecto a la evaluación y calificación por parte del Comité de Selección respecto de la oferta presentada por el adjudicatario en la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121

El artículo 54 y 55 del Reglamento de la Ley de Contrataciones precisan lo siguiente:

“Artículo 54.- Evaluación de las Ofertas

Previo a la evaluación, el comité de selección debe determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia especificados en las bases. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida. (...)”

“Artículo 55.- Calificación”

Luego de culminada la evaluación, el comité de selección debe determinar si el postor que obtuvo el primer lugar según el orden de prelación cumple con los requisitos de calificación especificados en las bases. Si dicho postor no cumple con los requisitos de calificación su oferta debe ser descalificada. (...)”

De lo señalado anteriormente, se entiende que en todo momento el Comité de Selección debe verificar que los documentos presentados por determinado postor cumplan con lo previsto en las Bases Integradas de un determinado procedimiento de selección, caso contrario dicho colegiado

tiene la facultad de declararlos no admitidos o descalificados respectivamente.

Asimismo, resulta pertinente destacar que la participación de los postores y el de las propias entidades en un procedimiento de selección se sujeta a lo previsto en la normativa del régimen general de contratación pública y, de manera específica, para cada objeto de contratación, a lo establecido en las Bases Integradas de determinado procedimiento.

Es así que, en el presente caso, era deber del P.R. presentar la documentación para la admisión de su oferta de acuerdo a lo indicado en las Bases Integradas puesto que, caso contrario, dicha propuesta se hubiese considerado no admitida, de acuerdo a lo establecido en los artículos 54 y 55 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Sobre el particular, la documentación que contenía la oferta que presentó el P.R. para la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121 no estuvo acorde a las Bases Integradas, puesto que en el literal n) del numeral 2.2.1.1. del acápite 2.2.1 señalaba de forma expresa que el “*Certificado de Análisis*” debía contar con la firma del Director Técnico de la empresa postora. En consecuencia, de la revisión de los documentos presentados por el P.R. se observó que los documentos presentados como Certificados de Análisis no contaban con dicho requisito; por ende, el referido Postor incumplió lo establecido en las Bases Integradas.

En ese sentido, era deber del Comité de Selección observar dicho incumplimiento de la oferta presentada por el P. R.; en este punto resulta importante señalar que, la norma frente a incumplimientos de requisitos en la oferta presentada por los postores otorga al Comité de Selección la posibilidad de solicitar su “subsanación” siempre y cuando dicha subsanación este sujeta a los supuestos contemplados en el artículo 39 Reglamento de la Ley de Contrataciones, conforme a lo siguiente:

“Artículo 39.- Subsanación de las ofertas

Durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, puede solicitar a cualquier postor que subsane o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta.

Son subsanables, entre otros errores materiales o formales, la no consignación de determinada información en formatos y declaraciones juradas, distintas a las que contienen el precio u oferta económica; los referidos a las fechas de emisión o denominaciones de las constancias o certificados emitidos por entidades públicas; falta de firma o foliatura; los referidos a certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones de lo ofrecido, siempre que tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y hubieren sido referenciadas en la oferta.

Las omisiones de los documentos que forman parte de la oferta pueden ser subsanados siempre que hayan sido emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificaciones que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga. (...)"

De lo citado, se desprende que el Comité de Selección tiene la opción de solicitar a cualquier postor la subsanación de alguna omisión o corrección de algún error material o formal de la oferta presentada. Es decir, la documentación presentada por el postor podría, en pequeños detalles, no ajustarse a los requisitos de las Bases Integradas, los cuales son pasibles de ser enmendados, siempre y cuando no se altere el contenido esencial de la oferta materia de subsanación.

Ahora bien, en el numeral 2.1.1. de la Opinión N° 122-2020/DTN, respecto a

la subsanación se precisa lo siguiente:

“(...) Al respecto, cabe anotar que si bien la mencionada normativa no ha definido qué debe entenderse por un error “material” o “formal”, puede considerarse que el “error material” es aquel “atribuible no a la manifestación de voluntad o razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene” y que no altera lo sustancial del contenido ni el sentido de tal acto, mientras que, el error formal es aquel referido, precisamente, a formalidades que no inciden en el contenido esencial o alcance de la oferta. (...)”

En ese orden de ideas, en el presente caso, se observa que el P.R. presentó en su oferta el documento de *“Análisis de Certificación”* sin la firma del Director Técnico lo cual era un requisito previsto en el literal n) del numeral 2.2.1.1. del acápite 2.2.1 de las Bases Integradas de la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121, por ende, era de obligatorio cumplimiento.

Hasta este punto se puede desglosar que era deber y responsabilidad del Comité de Selección el observar dicho incumplimiento de la oferta presentada por el mencionado Postor y haber realizado el respectivo análisis si dicha omisión de falta de firma podría ser un supuesto de subsanación o no.

Cabe señalar, que se debe tener en cuenta que el “Comité de Selección” es el órgano colegiado designado por el titular de la entidad que tiene como función conducir un procedimiento de selección. Al respecto, Moron Urbina y Zita Aguilera (2019) señala que: *“La recepción y apertura de ofertas recae en la entidad convocante, específicamente en el comité especial que conduce el proceso de selección. Asimismo, corresponde a este órgano la admisión y valoración de la oferta”* (pág. 133).

Ahora, volviendo al desarrollo de los actuados del presente caso se observa que el Comité de Selección no hizo ninguna observación en la evaluación de

la oferta; y en efecto, el P.R. no cumplió con adjuntar un documento de carácter obligatorio con todos los requisitos previstos en las Bases Integradas.

En esa línea, si bien el requisito referido al refrendo (nombre, sello y firma) por parte del respectivo Director Técnico a simple vista pareciese un error de naturaleza subsanable puesto que con la Resolución Directoral N° 4238-2015/DIGEMID/DAS/EEF el P.R. designó en la Dirección Técnica a la Química Farmacéutica C. A. R. y por ende, en virtud de dicha Resolución, se podría asumir que el P.R. sí contaba con el referido personal idóneo, ello no le eximía de cumplir con la suscripción del documento de “Certificado de Análisis”.

Ahora bien, a fin de determinar si la falta de refrendo en los “Certificados de Análisis” realmente no altera lo sustancial del contenido de oferta. Al respecto, cabe destacar que, el referido Certificado, conforme a lo señalado en las Bases Integradas, es un informe técnico suscrito por el profesional responsable de control de calidad del Laboratorio Fabricante, en el que se señalan los análisis realizados en todos sus componentes, los límites y los resultados obtenidos en dichos análisis con arreglo a las exigencias contempladas en las normas específicas de calidad de reconocimiento internacional, por lo que se entiende que el mencionado refrendo le otorga validez al documento de los análisis a los que hace referencia.

En efecto, el certificado de análisis presentado por el P.R. corresponde a los reactivados que son materia la materia de contratación, es decir la validez de estos certificados de análisis si alteran lo sustancial del contenido de la oferta puesto que su invalidez automáticamente demostraría que la oferta en cuestión no cumple lo exigido en las Bases Integradas.

Como se detalló líneas arriba, el cumplimiento de las bases integradas es de obligatorio cumplimiento tanto para los postores que participan en un procedimiento de selección; así como también, para las entidades intervinientes, puesto que estas bases marcan las reglas y requisitos bajo

los cuales se desarrolla la contratación de un bien, servicio u obra.

De ahí que, la referida omisión, alegada por el P. R. constituía un incumplimiento a la presentación de documentos obligatorios para la admisión de la oferta conforme a lo establecido en las Bases Integradas que era de carácter insubsanable.

En ese sentido, el Comité de Selección debió haber advertido la falta de cumplimiento de las Bases Integradas por parte del P.R. y conforme a los argumentos desarrollados líneas arriba le correspondía declarar a su oferta como no admitida.

En este punto, es importante mencionar que la falta de identificación de un error en la oferta por parte de un postor y que dicha oferta sea admitida por el Comité de Selección constituiría una negligencia por parte de este último, por la omisión de la falta de observancia de los requisitos de las Bases Integradas respecto de la oferta presentada por el P.R. y, por ende, un incumplimiento de la normativa del régimen general de contratación pública.

Esto último concuerda con lo expuesto en el numeral 2.4.2 de la Opinión N° 185-2018/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, que precisa lo siguiente:

“2.4.2 (...) es necesario recalcar que todas las actuaciones realizadas para la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación se encuentran a cargo del comité de selección —lo cual involucra, como ya se ha señalado, el análisis de los aspectos técnicos de las ofertas en las diferentes actuaciones que realiza el comité de selección—, conforme a las disposiciones y métodos previstos en la normativa de contrataciones del Estado; adicionalmente, resulta pertinente mencionar que todas las medidas y decisiones del comité de selección en sus actuaciones son adoptadas de forma colegiada, por lo mismo, se entiende que sus miembros

adoptan dichas medidas de forma consensuada, salvo que alguno de ellos manifieste lo contrario a través de voto discrepante, el cual debe constar en el acta correspondiente.”

En consecuencia, el Comité de Selección tenía el deber de observar la falta de refrendo en el Certificado de Análisis presentado por el P.R. y, en consecuencia, declarar no admitida su oferta, en virtud de lo previsto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones.

3. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

En este acápite se presenta la posición del suscrito respecto a los hechos expuestos en la Resolución N° 0118-2019-TCE-S4, emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado, y sobre los problemas jurídicos identificados.

3.1. Respecto a los hechos expuestos en la Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

En el presente caso, el suscrito coincide con lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado al haber declarado fundado en parte el recurso de apelación, en los siguientes extremos:

- a) Tener por no admitida la oferta del P.R. en la Adjudicación Simplificada N° 12-2018/ESSALUD/RAMD y, en consecuencia, haber dejado sin efecto la buena pro otorgada a su favor.
- b) Tener por descalificado al C.V. y declarar desierta la Adjudicación Simplificada.

Respecto del punto a)

Es preciso mencionar que, si bien el P.R. alegó que la falta de firma del Director Técnico en el Certificado de Análisis es un error formal subsanable, conforme a lo previsto en el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, toda vez que no altera el contenido de su oferta; no obstante, se trata de un requisito de obligatorio cumplimiento conforme a lo establecido en la página 23 de las

Bases Integradas, párrafo 7 del literal n) del numeral 2.2.1.1 *“Documentos para la admisión de la oferta”* del acápite 2.2.1 *“Documentos de presentación obligatoria”*.

Al respecto, el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Contrataciones prevé la subsanación de las ofertas, sin embargo, dentro de sus supuestos no hay alguno que contemple la subsanación del error materia de análisis; es decir, el hecho alegado por el P.R. no se subsume en los supuestos previstos en dicha norma.

En efecto, los Certificados de Análisis, de acuerdo a lo expuesto en las Bases Integradas, son documentos en los que se señalan los análisis realizados respecto al bien a contratar, el cual tiene que ser suscrito por el profesional responsable, en específico por el Director Técnico Responsable de la empresa postora. Es decir, este *“Certificado de Análisis”* da la garantía necesaria para la correcta adquisición del bien y para su validez tiene que ser refrendado por el profesional correspondiente puesto que la información contenida en dicho análisis definirá la adquisición o no del bien.

Sobre el particular y conforme lo ha señalado el Tribunal de Contrataciones, se observa que el P.R. presentó el *“Certificado de Análisis”* sin la firma y demás datos del Director Técnico Responsable de su empresa (refrendo), lo cual hace que el referido Certificado no cumpla con lo exigido en los documentos de presentación obligatoria de las Bases Integradas del procedimiento de selección. Asimismo, el Tribunal de Contrataciones del Estado señala, que se vulneró lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 016-2011-SA *“Reglamento para el registro, control y vigilancia sanitaria de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios”*, y sus modificatorias; sin embargo, no indica que extremo de dicha norma se trasgrede.

Cabe destacar que, si bien las Bases Integradas hacían mención al artículo 31 del Decreto Supremo N° 016-2011-SA, en cuyo párrafo 7 se señala que se debe presentar la técnica analítica propia emitida por el fabricante de la forma farmacéutica, suscrito por el profesional responsable del control de calidad, se considera que el Tribunal de Contrataciones del Estado debió especificar en su

resolución que extremo se vulneraba del mencionado Decreto Supremo N° 016-2011-SA.

En base a lo expuesto y considerando que la falta de refrendo en los Certificados de Análisis no es pasible de subsanación, el suscrito coincide en el extremo de tener por no admitida la oferta del P.R. y dejar sin efecto la buena pro otorgada a su favor.

Respecto del punto b)

Sobre este punto, es preciso mencionar que el Tribunal de Contrataciones del Estado, al amparo de lo establecido en el artículo 104 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, luego de que admite el recurso de apelación, además de notificarlo a la Entidad, lo traslada a los postores distintos al impugnante para que dentro del plazo otorgado lo absuelvan, documento que es considerado en la determinación de los puntos controvertidos y sobre los cuales el Tribunal de Contrataciones del Estado emite pronunciamiento.

Ahora bien, considerando que, en el presente caso, el adjudicatario (P.R.) absolvió el recurso de apelación argumentando, entre otros, que la experiencia del C.V. no cumple con lo exigido en las Bases Integradas, corresponde señalar previamente la relevancia de la experiencia del postor como requisito de calificación en los procedimientos de selección.

Sobre el particular, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, en la Opinión N° 196-2017/DTN, respecto del requisito experiencia del postor señala lo siguiente: *“(...) constituye un elemento fundamental en la calificación de los proveedores, debido a que le permite a las Entidades determinar, de manera objetiva, la capacidad de los mismos para ejecutar las prestaciones requeridas, al comprobarse que estos han ejecutado y provisto previamente prestaciones iguales o similares a las que se requiere contratar. (...)”*

Por su parte, Morón Urbina y Zita Aguilera (2019) señalan que la experiencia del postor y de su personal constituyen requisitos técnicos mínimos, siendo exigencias racionales, objetivas y congruentes, pues constituyen el límite inferior

o extremo que los postores deben acreditar cumplir para poder postular a un contrato. Estos permiten asegurar que el postor está en aptitud de poder ser proveedor de la entidad, pero, a su vez, que existe más de un proveedor potencial bajo esas condiciones.

En ese marco, la acreditación de experiencia es un requisito de calificación que permite a las entidades determinar de forma objetiva que el postor ya realizó prestaciones iguales o similares al objeto de la convocatoria y que tiene la suficiente experiencia para llevar a cabo determinada prestación y, por ende, cumplir con la finalidad de la contratación.

Cabe destacar, que la etapa de evaluación y calificación de ofertas se efectúa bajo las reglas establecidas en las Bases Integradas, puesto que, como se desarrolló anteriormente, en dicho documento se definen los límites y requisitos propios de un procedimiento de selección.

Ahora bien, en el presente caso, acorde a las Bases Integradas los postores debían acreditar como experiencia un monto facturado equivalente a S/ 642 900,00 (Seiscientos cuarenta y dos mil novecientos con 00/100 soles), por la venta de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante un periodo no mayor a ocho (8) años a la fecha de la presentación de la oferta, que se computaba desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda.

Además, en caso de Consorcio, las referidas Bases indicaban que, para la acreditación del referido monto facturado, debía presentarse la promesa de consorcio o el contrato de consorcio del cual se desprenda fehacientemente el porcentaje de las obligaciones que se asumió en el contrato presentado, de lo contrario, no se computa la experiencia. Asimismo, indicaba que solo se considera la experiencia de aquellos integrantes que ejecutan conjuntamente el objeto materia de la convocatoria, previamente ponderada, conforme a la Directiva "*Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado*".

Ahora, si bien es cierto que las Bases Integradas establecen los requisitos de

calificación y las reglas para una determinada contratación, también hay normas que, de manera específica, se deben tener en cuenta en los procedimientos de selección, por ejemplo, en el presente caso, al tratarse de la participación de un CONSORCIO (como lo es el C. V.) también se tiene que tener presente la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD *“Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado”*.

Es así que, el literal d) del numeral 7.4.2 de la referida Directiva en cuanto a la participación por parte de los Consorcios, establece lo siguiente:

“(...) en el caso de la contratación de bienes y servicios, cada integrante debe precisar las obligaciones a las que se compromete en la ejecución del objeto de la contratación, estén o no vinculadas directamente a dicho objeto, pudiendo estar relacionadas a otros aspectos, como administrativos, económicos, financieros, entre otros (...)”

De lo citado anteriormente, se desprende que los Consorcios tienen que establecer, de forma clara, las obligaciones de cada uno de los integrantes que lo conforman.

En esa línea, el inciso 2 del numeral 7.5.2 de la Directiva en mención, en cuanto a la Experiencia del Postor, precisa que:

(...) Para calificar la experiencia del postor no se toma en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a las siguientes actividades: a) Actividades de carácter administrativo o de gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o póliza de caución, entre otras. b) Actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras”.

Asimismo, en el inciso 3 del numeral 7.5.2 de la Directiva precisa lo siguiente:

“(...) Tratándose de bienes solo se consideran las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación, como la fabricación y/o comercialización”.

En consecuencia, de lo antes expuesto, en primera instancia, cuando exista la participación de un Consorcio se debe considerar en la evaluación respectiva, la Directiva en mención, que establece que se deben definir las obligaciones por parte de los integrantes del consorcio. Asimismo, en cuanto a la experiencia del consorcio en materia de bienes solo se considerarán las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación como la fabricación y/o comercialización.

Es así que, en el presente caso materia de análisis, en el Anexo N° 6 - Promesa de Consorcio, presentado por el C. V., no se establece de forma expresa que las empresas que conforman el referido consorcio hayan asumido obligaciones referidas a la fabricación y /o comercialización de los productos ofertados (reactivos). Es decir, acorde con la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD no se podría determinar la experiencia por parte del C. V.

En este punto, es preciso mencionar que, durante la audiencia pública, el Impugnante señaló que la empresa C.V (una de las empresas que conforma el consorcio) si cumple con señalar que se encargará de la comercialización de los reactivos ofertados, puesto que dentro de las obligaciones expresas asumidas por esta empresa está la de facturar y cobrar.

De lo manifestado en la referida audiencia, es importante resaltar lo establecido en el previamente citado inciso 2 del numeral 7.5.2 Experiencia del Postor de la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, que establece que, para calificar la experiencia del postor no se toma en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a las actividades de carácter administrativo o de gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o pólizas de caución entre otras, así como aquellas relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionen con la ejecución de las prestaciones, entre otras.

En ese sentido, como la totalidad de experiencia presentada por el C.V. fue por parte de la empresa V. S.AC y según la promesa de consorcio presentada solo

tiene obligaciones de facturar y cobrar, no se debió considerar su experiencia puesto que no tiene obligaciones directas con el objeto de contratación y, en consecuencia, correspondía descalificar su oferta.

En atención a lo expuesto, el C.V. no acreditó el monto facturado mínimo requerido en las Bases Integradas respecto del requisito de calificación de “Experiencia del postor”, por lo cual el suscrito coincide con lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, en el extremo descalificar la oferta del referido Consorcio.

Ahora bien, corresponde hacer notar que el C. V., en su escrito de apelación, solicitó que una vez que sea declarada no admitida la oferta presentada por el adjudicatario, se le otorgue la buena pro por haber ocupado el segundo lugar en el orden de prelación. No obstante, al haber sido desestimadas las ofertas tanto del C.V. como del P. R., el suscrito coincide con la posición del Tribunal de Contrataciones del Estado de dejar sin efecto la buena pro del procedimiento de selección otorgada a favor del adjudicatario, y tras la desestimación de las ofertas presentadas, declarar desierto el procedimiento de selección, al no existir otra oferta válida.

Respecto a la declaración de fundado en parte el recurso de apelación

En atención a lo expuesto en los puntos a) y b), se concluye que la actuación del Tribunal de Contrataciones del Estado se encuentra acorde a lo establecido en el artículo 106 del Reglamento de Contrataciones del Estado. En efecto, el referido Tribunal, en concordancia con el marco normativo vigente, declara fundado en parte el recurso de apelación, puesto que acoge la solicitud del impugnante (C. V.) en el extremo de dejar sin efecto la buena pro otorgada a favor del P.R. y no acoge el pedido de otorgamiento de la buena pro a su favor, puesto que lo descalifica al no cumplir con el requisito de experiencia del postor exigida en las Bases Integradas y, en consecuencia, al no existir oferta válida, declara desierta la Adjudicación Simplificada.

3.2. Respeto de los problemas jurídicos identificados

Problema jurídico 1

El suscrito es de la posición que la principal deficiencia del procedimiento de selección fue la inobservancia de las reglas establecidas en las bases integradas en la evaluación de ofertas de la Adjudicación Simplificada N° 1826A000121, toda vez que el P.R. omitió la firma del Director Técnico en los Certificados de Análisis que fueron presentados en su oferta, siendo estos de obligatorio cumplimiento conforme a lo exigido en las Bases Integradas.

Además, se evidencia que la inobservancia de lo previsto en las Bases Integradas no solo fue de parte del P.R. sino también del Comité de Selección al no haber verificado que la documentación presentada por los postores en su oferta esté conforme a lo exigido en las referidas bases; hecho que no fue evaluado por el Tribunal de Contrataciones del Estado en la Resolución N° 0118-2019-TCE-S4.

Problema jurídico 2

El suscrito es de la posición que no existió diligencia de parte del Comité de Selección pues no identificó el error en la oferta presentada por parte del P.R. y al declararla admitida sin observar los requisitos de las Bases Integradas, incumplió la normativa del régimen general de contratación pública, pues no verificó que los documentos presentados por el referido postor cumplan con lo previsto en las Bases Integradas del procedimiento de selección, de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 54 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

En efecto, el Comité de Selección tenía el deber de observar la falta de refrendo en el Certificado de Análisis presentado por el P.R. y, en consecuencia, declarar no admitida su oferta, en virtud de lo previsto en los artículos 53 y 54 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

4. CONCLUSIONES

Considerando lo expuesto precedentemente, se presentan las siguientes conclusiones:

- Existe inobservancia de lo establecido en las Bases Integradas respecto de la presentación de los Certificados de Análisis sin refrendo del Director Técnico Responsable de la empresa postora, lo cual no fue advertido por el Comité de Selección y como consecuencia de ello le otorgó la buena pro.
- Se evidencia la inaplicación de los artículos 22, 53 y 54 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, pues era deber del P.R. presentar la documentación para la admisión de su oferta de acuerdo a lo indicado en las Bases Integradas; así como deber del Comité de Selección verificar que los documentos presentados por el referido postor cumplan con lo previsto en las referidas Bases Integradas.
- El C.V.no cumplió con acreditar el monto facturado mínimo del requisito de calificación de “Experiencia del postor” requerido en las Bases Integradas, por lo que, su oferta debió ser descalificada por el Comité de Selección y, en consecuencia, declarar desierto el procedimiento de selección, al no quedar ninguna oferta válida.
- El Tribunal de Contrataciones del Estado resolvió el caso materia de análisis conforme a lo previsto en la normativa del régimen general de contratación pública, y enmendó las deficiencias advertidas en el procedimiento de selección.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Morón Urbina, J.C., Zita Aguilera B. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Primera Edición 3era reimpresión. Lima - Perú. Fondo

Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Palacios-Panta, M. (2015). *La transgresión de la presunción de veracidad en las propuestas presentadas por el postor en la contratación pública y la aplicación del principio de conservación del acto administrativo*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.
- Dirección Técnico Normativa del Organismo de Contrataciones del Estado (2017). *Buscador de Interpretación Normativa: Opinión N° 196-2017/DTN y Opinión N° 243-2017/DTN*. Recuperado el 26 de noviembre de 2021, de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.
- Dirección Técnico Normativa del Organismo de Contrataciones del Estado (2018). *Buscador de Interpretación Normativa: Opinión N° 133-2018/DTN y Opinión N° 185-2018/DTN*. Recuperado el 10 de diciembre de 2021, de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.
- Dirección Técnico Normativa del Organismo de Contrataciones del Estado (2019). *Buscador de Interpretación Normativa: Opinión N° 010-2019/DTN*. Lima. Recuperado el 22 de diciembre de 2021, de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.
- Dirección Técnico Normativa del Organismo de Contrataciones del Estado (2020). *Buscador de Interpretación Normativa: Opinión N° 122-2020/DTN*. Recuperado el 7 de enero de 2022, de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.

6. ANEXOS

Se adjuntan en calidad de anexos los siguientes documentos:

ANEXO 1. Acta del otorgamiento de la Buena Pro de fecha 14 de diciembre de 2018.

ANEXO 2. Copia del recurso de apelación de fecha 21 de diciembre de 2018.

ANEXO 3. Hoja de Control de Requisitos del Tribunal de Contrataciones del Estado de fecha 21 de diciembre de 2018.

ANEXO 4. Copia del escrito de subsanación del recurso de apelación de fecha 27 de diciembre de 2018.

ANEXO 5. Copia del Informe Técnico - Legal del Proceso de Adjudicación Simplificada N° 1826000121 de fecha 9 de enero de 2019.

ANEXO 6. Copia del escrito de absolución del recurso de apelación de fecha 11 de enero de 2019.

ANEXO 7. Copia de la Resolución N° 0118-2019-TCE-S4 de fecha 04 de febrero de 2019.



Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

Sumilla: *Se declara fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante; en ese sentido, se tiene por no admitida la oferta del Adjudicatario y se deja sin efecto la buena pro otorgada a su favor. Asimismo, se descalifica la oferta del Impugnante; y, como consecuencia de ello, se declara desierta la Adjudicación Simplificada N° 12-2018/ESSALUD/RAMD.*

Lima, 04 FEB. 2019

VISTO en sesión de fecha 4 de febrero de 2019, de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 5278-2018.TCE, sobre el recurso de apelación interpuesto por el CONSORCIO, conformado por las empresas [REDACTED] y [REDACTED], contra el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 12-2018/ESSALUD/RAMD – Primera Convocatoria, a favor de la empresa [REDACTED], y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES.

1. Según la información publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE¹, se aprecia que el 23 de noviembre de 2018, el SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD – RED ASISTENCIAL MADRE DE DIOS, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 12-2018/ESSALUD/RAMD – Primera Convocatoria, para la contratación de suministro de bienes: *"Adquisición de reactivos de inmunología con equipo en cesión en uso para la Red Asistencial Madre de Dios"*, con un valor referencial total ascendente a S/ 214,300.00 (doscientos catorce mil trescientos con 00/100 soles), en lo sucesivo **el procedimiento de selección**.

Cabe precisar que el procedimiento de selección fue convocado al amparo de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley N° 30225, y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, en adelante **la Ley**; y, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en lo sucesivo **el Reglamento**.

Según información obrante en la ficha del SEACE², el 12 de diciembre de 2018, se llevó a cabo la presentación de ofertas.

De conformidad con el acta de otorgamiento de buena pro³ del 14 de diciembre de 2018, publicada en el SEACE en la misma fecha, el Comité de Selección otorgó la Buena pro a la empresa [REDACTED], en adelante **el Adjudicatario**, por el monto de S/ 207,700.00 (doscientos siete mil setecientos con 00/100 soles).

¹ Obrante en el folio 28 (anverso y reverso) del expediente administrativo.

² Según el reporte: *"Presentación de ofertas"*, obrante en el folio 31 del expediente administrativo.

³ Obrante en el folio 15 del expediente administrativo.

De conformidad con la referida acta, así como del acta de apertura de sobres, evaluación de ofertas y calificación⁴ del 13 de diciembre de 2018, ambos publicados en el SEACE el 14 del mismo mes y año, se aprecia que, en el marco del procedimiento de selección, se obtuvieron los siguientes resultados:

Postor	Admisión	Evaluación de Ofertas				Calificación	Resultado
		Precio	Plazo de Entrega	Mejoras	Puntaje Total		
██████████ ██████████	Admitida	60.00	20.00	10.00	90.00 (1°)	Calificado	<u>Adjudicado</u>
██████████ ██████████ ██████████	Admitida	58.15	30.00	0.00	88.15 (2°)	Calificado	

2. Mediante formulario de interposición de recurso impugnativo⁵ y escrito⁶, presentados el 21 de diciembre 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, debidamente subsanados por escrito⁷ del 27 del mismo mes y año, el CONSORCIO, conformado por las empresas ██████████ y ██████████, en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección a favor del Adjudicatario, asimismo, solicitó se le otorgue la misma al haber ocupado el segundo lugar en el orden de prelación y haber sido calificada su oferta.

Así, el Impugnante sustenta su recurso en los siguientes términos:

- a) El Adjudicatario incluyó en su oferta, a folios 17 y 18, la Resolución Directoral N° 4238-2015, en la cual se autoriza la Dirección Técnica a la Química Farmacéutica ██████████

Así también, se incluyó en el folio 20 de dicha oferta, la Resolución de Dirección Técnica Asistente, autorizando al Químico Farmacéutico ██████████

- b) No obstante, en los protocolos de análisis presentados por el Adjudicatario, a folios 192 al 382, no se observa el sello ni la firma de ningún Director Técnico autorizado; por tanto, resulta claro y evidente que no ha cumplido con presentar los protocolos de análisis según las formalidades solicitadas en las bases integradas.

Como se puede ver en los folios antes citados, sólo se han considerado las firmas de los representantes legales de la empresa, mas no de los Directores

⁴ Obrante en los folios 13-14 (anverso y reverso) del expediente administrativo.
⁵ Obrante en los folios 1-2 del expediente administrativo.
⁶ Obrante en los folios 3-5 del expediente administrativo.
⁷ Obrante en los folios 16-19 del expediente administrativo.

Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

Técnicos autorizados por la DIGEMID, por lo tanto, la oferta del Adjudicatario no cumple con lo solicitado en las bases integradas; debiendo tenerse por no admitida y revocar la buena pro otorgada a su favor.

- c) Solicitó el uso de la palabra.
3. Por Decreto⁸ del 31 de diciembre de 2018, se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto⁹, y se corrió traslado a la Entidad, a fin que presente el expediente de contratación; asimismo, que incluya la oferta del Impugnante y todas las ofertas cuestionadas en el recurso y un informe técnico legal, dentro del plazo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y de comunicar a su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplir con lo requerido. Asimismo, se dispuso que el postor o postores emplazados absuelvan el traslado del recurso en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificados a través del SEACE con el recurso de apelación y sus anexos, debiendo considerar lo establecido en el numeral 7 del artículo 104 del Reglamento
4. A través del formulario de trámite y/o impulso de expediente administrativo¹⁰ presentado el 9 de enero de 2019 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Puerto Maldonado, e ingresado el 11 del mismo mes y año a la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió los antecedentes administrativos del procedimiento de selección; adjuntando el informe técnico legal¹¹ del 8 de enero de 2019, en el cual se señaló lo siguiente:
- a) En la página 23 de las bases integradas, en el párrafo 7) del literal n) del numeral 2.2.1.1 – Documentos para la admisión de la oferta del acápite 2.2.1 – Documentos de presentación obligatoria, se indica que el certificado de análisis deberá estar refrendado por el Director Técnico de la empresa postora.
- b) De la revisión a la oferta del Adjudicatario, se puede advertir que los certificados de análisis presentados no cuentan con la firma solicitada; sin embargo, dicho postor sí acreditó mediante la Resolución Directoral N° 4238-2015/DIGEMID/DAS/EEF, que cuenta con su Director Técnico, que forma parte de los documentos de presentación obligatoria y bajo ese criterio se admitió la oferta del citado postor.
- c) Por lo expuesto, considera que el recurso de apelación interpuesto debe ser declarado fundado en arreglo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 106 del Reglamento.

⁸ Obrante en el folio 20 (anverso y reverso) del expediente administrativo.

⁹ Notificado electrónicamente el 4 de enero de 2019, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 104 del Reglamento. Véase en los folios 35-37 del expediente administrativo.

¹⁰ Obrante en los folios 38-39 (anverso y reverso) del expediente administrativo.

¹¹ Obrante en los folios 42-43 del expediente administrativo.

5. Con Decreto¹² del 14 de enero de 2019, se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que evalúe la información que obra en el mismo y, de ser el caso, lo declare dentro del término de cinco (5) días, listo para resolver.
6. Mediante escrito¹³ presentado el 11 de enero de 2019 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento administrativo y absolvió el traslado del recurso de apelación, señalando lo siguiente:

6.1. Sobre el cuestionamiento formulado contra su oferta.

- a) La Dirección Técnica Normativa del OSCE en su Opinión N° 128-2018/DTN, en relación a la subsanación de errores materiales y formales en la oferta ha señalado que: "(...) *la normativa de contrataciones permite la subsanación de determinados errores advertidos en la oferta –siempre que estos no la afecten ni la desnaturalicen- con el fin de conservar la mayor cantidad de postores posibles y así generar un clima de competitividad que conlleve a realizar una contratación bajo las mejores condiciones técnicas y económicas que existan en el mercado*".
- b) En ese contexto, considera que conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento, la falta de firma de su Director Técnico en el Certificado de Análisis es un error formal materia de subsanación, toda vez que la falta de firma en dichos certificados no altera el contenido de su oferta, ya que es un aspecto meramente formal o insustancial.

Señala que el nombre de su Director sí fue referenciado en su oferta.

- c) Agrega que con o sin la firma de su Director Técnico, todas las condiciones de su oferta se mantienen inalterables.
- d) Reitera que se está ante un error material subsanable; por lo que, adjuntan el certificado de análisis con la firma de su Director Técnico, de modo tal que se tenga por subsanada su oferta.

6.2. Respecto del cuestionamiento formulado contra la oferta del Impugnante.

- e) En el folio 234 de la oferta del Impugnante, obra la Promesa Formal de Consorcio, de cuyo análisis advierte que ninguna de las empresas [REDACTED] se encargarán de la fabricación o comercialización de los reactivos ofertados. En otras palabras, en la promesa no se indicó cuál es la empresa consorciada que comercializará o fabricará el producto (reactivo).
- f) En tal sentido, señala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55

¹² Obrante en el folio 40 del expediente administrativo.

¹³ Obrante en los folios 44-47 del expediente administrativo.



Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

del Reglamento, la oferta del Impugnante debe ser descalificada, en tanto no ha cumplido con el requisito de calificación: "Experiencia del Postor", toda vez que no es posible tener por válida la experiencia presentada por aquél.

- g) Finalmente, refiere que en el folio 192 de la oferta del Impugnante, obra el documento: "Carta de Compromiso de Condiciones de Entrega", en la que éste declaró que la primera entrega la realizará del 1 al 15 de enero de 2019, condición que no podrá cumplir.

Por otro lado, señala que resulta incongruente que el Impugnante declare que entregará el producto en 6 días cuando en su oferta señala que las entregas se realizarán en un lapso de 15 días, siendo así no queda claro si el plazo ofertado es de 6 o 15 días.

7. Por Decreto¹⁴ del 14 de enero de 2019, se tuvo por apersonado al Adjudicatario, en calidad de tercero administrado, y por absuelto el traslado del recurso de apelación.
8. Con Decreto¹⁵ del 17 de enero de 2019, considerando que mediante Resolución N° 007-2019-OSCE/PRE del 15 del mismo mes y año, publicada el 16 de enero de 2019 en el Diario Oficial "El Peruano", a través de la cual se formalizó el Acuerdo N° 001 de la Sesión Extraordinaria del Consejo Directivo N° 001-2019/OSCE-CD, que aprobó la reconfiguración de las Salas del Tribunal; se avocó al conocimiento del presente expediente los señores Vocales integrantes de la Cuarta Sala, en ese sentido, se remitió el mismo a la referida Sala para que evalúe la información obrante en el citado expediente y, de ser el caso, lo declare dentro del término de cinco (5) días, listo para resolver.
9. A través del Decreto¹⁶ del 21 de enero de 2019, se programó audiencia pública para el 25 del mismo mes y año.
10. El 25 de enero de 2019¹⁷, se realizó la audiencia pública con asistencia del [REDACTED], en representación del Impugnante; y de la abogada [REDACTED], en representación del Adjudicatario. Se dejó constancia de la inasistencia del representante de la Entidad.
11. Mediante Decreto¹⁸ del 28 de enero de 2019, se declaró el expediente listo para resolver, de acuerdo a lo establecido en el artículo 104 del Reglamento.
12. Por escrito¹⁹ presentado el 31 de enero de 2019 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Adjudicatario remitió sus alegatos finales, donde reitera sus

¹⁴ Obrante en el folio 48 del expediente administrativo.

¹⁵ Obrante en el folio 276 del expediente administrativo.

¹⁶ Obrante en el folio 278 del expediente administrativo.

¹⁷ Conforme se aprecia del acta de audiencia obrante en el folio 281 del expediente administrativo.

¹⁸ Obrante en el folio 282 del expediente administrativo.

¹⁹ Obrante en los folios 523-527 del expediente administrativo.

argumentos de defensa.

13. Con Decreto²⁰ del 1 de febrero de 2019, se dejó a consideración de la Sala los alegatos adicionales y documentación presentada.

II. EVALUACION DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACION.

1. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato.
2. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso; es decir, el análisis de la procedencia implica la confrontación de determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutorio.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 101 del Reglamento, a fin de determinar si el presente recurso es procedente o por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

a) ***La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezcan de competencia para resolverlo.***

El numeral 95.1 del artículo 95 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que dicho recurso es conocido y resuelto por el Tribunal cuando se trata de procedimientos de selección cuyo valor referencial es superior a cincuenta (50) UIT, así como de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Asimismo, en el citado artículo se señala que en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, considerando que, en el presente caso, el recurso de apelación ha sido interpuesto en el marco de una **adjudicación simplificada** con

²⁰ Obrante en el folio 528 del expediente administrativo.



Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

un valor referencial total de S/ 214,300.00 (doscientos catorce mil trescientos con 00/100 soles), el cual supera las 50 UIT, este Tribunal resulta competente para conocerlo.

b) Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.

El artículo 96 del Reglamento ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: **i)** Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, **ii)** las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, **iii)** los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, **iv)** las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y **v)** las contrataciones directas.

Por lo expuesto, se aprecia que el Impugnante interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección a favor del Adjudicatario; por consiguiente, se advierte que el acto objeto de recurso fue dictado durante el desarrollo del citado procedimiento y no se encuentra comprendido en la lista de actos inimpugnables.

c) Sea interpuesto fuera del plazo.

El numeral 97.1 del artículo 97 del Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de **Adjudicaciones Simplificadas**, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, **el plazo es de cinco (5) días hábiles**, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación. En el caso de Subasta Inversa Electrónica, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles, salvo que su valor referencial corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

En concordancia con ello, el artículo 56 del mismo cuerpo normativo establece que, luego de la calificación de las ofertas, el Comité de Selección debe otorgar la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.

Adicionalmente, el Acuerdo de Sala Plena N° 03-2017/TCE²¹ ha precisado que en el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del **día siguiente de la notificación de la buena pro a través del SEACE**, aun cuando ésta pueda haberse efectuado en acto público.

²¹ El cual se encuentra vigente desde el 10 de junio de 2017.

En ese sentido, de la revisión del SEACE se aprecia que el otorgamiento de la buena pro se publicó el 14 de diciembre de 2018; por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el precitado artículo y el citado Acuerdo de Sala Plena, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer recurso de apelación, esto es, hasta el **21 del mismo mes y año**.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que, mediante formulario y escrito presentados el 21 de diciembre de 2018, debidamente subsanados por escrito del 27 del mismo mes y año, el Impugnante interpuso el presente recurso de apelación; por consiguiente, se verifica que éste ha sido interpuesto dentro del plazo estipulado en la normativa vigente.

d) El que suscriba el recurso no sea el Impugnante o su representante.

De la revisión del recurso de apelación, se aprecia que éste aparece suscrito por el señor [REDACTED], representante común del Impugnante.

e) El Impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha del presente pronunciamiento, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre inmerso en alguna causal de impedimento.

f) El Impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

g) El Impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.

Por su parte, en el primer párrafo del artículo 41 de la Ley, se precisa que la interposición del recurso de apelación está reservada, a los participantes o postores. De acuerdo al Anexo de Definiciones del Reglamento, un participante es aquel proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección; y un postor es aquella persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.

Al respecto, el numeral 120.1 del artículo 120 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en lo sucesivo **el TUO de la LPAG**, establece la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto que se

Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en la ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos. Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado.

Nótese que, en este caso, la decisión del Comité de Selección de otorgar la buena pro del procedimiento de selección a favor del Adjudicatario, le causa agravio al Impugnante en su interés legítimo de acceder a la misma; por tanto, cuenta con interés para obrar y con legitimidad procesal.

h) Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.

En el caso concreto, la oferta del Impugnante quedó ubicada en el segundo lugar del orden prelación.

i) No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

El Impugnante ha solicitado se deje sin efecto la buena pro otorgada a favor del Adjudicatario y, al mismo tiempo, se le otorgue la misma, por haber cumplido con los requisitos previstos en la Ley y el Reglamento. En ese sentido, de la revisión de los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que aquellos están orientados a sustentar su pretensión, no incurriéndose por tanto en la presente causal de improcedencia.

- 3.** Por tanto, atendiendo a las consideraciones descritas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 101 del Reglamento; por lo tanto, corresponde emitir pronunciamiento sobre los asuntos de fondo propuestos.

III. PRETENSIONES.

El **Impugnante** solicitó a este Tribunal lo siguiente:

- a)** Se tenga por no admitida la oferta del Adjudicatario, y, como consecuencia de ello, se revoque el otorgamiento de la buena pro otorgada a su favor.
- b)** Se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

El **Adjudicatario** solicitó a este Tribunal lo siguiente:

- a)** Se desestime el cuestionamiento formulado por el Impugnante en su recurso de apelación, y, como consecuencia de ello, se confirme la buena pro otorgada a su representada.

- b) Se descalifique la oferta del Impugnante en el marco del procedimiento de selección.

IV. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

1. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando los petitorios señalados precedentemente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos del presente recurso. En este sentido, es preciso tener en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual, *"las partes deben formular sus pretensiones y ofrecer medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados **dentro del plazo previsto**. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento"*.

Asimismo, debe considerarse el numeral 4 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual *"(...) el postor o postores emplazados deben absolver el traslado del recurso en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de haber sido notificados a través del SEACE. La absolución del traslado es presentado a la Mesa de Partes del Tribunal o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda"* (subrayado nuestro).

Dicha disposición resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 105 del Reglamento, en virtud del cual la resolución expedida por el Tribunal que se pronuncie sobre el recurso de apelación deberá contener, entre otra información, *"la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el impugnante en su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver oportunamente el traslado del recurso de apelación"*.

2. Al respecto, es pertinente señalar que el Adjudicatario absolvió el traslado del recurso de apelación mediante escrito presentado el **11 de enero de 2019** ante la Mesa de Partes del Tribunal; es decir, dentro del plazo establecido en el numeral 4 del artículo 104 del Reglamento, habiendo sido comunicado del recurso de apelación el 4 del mismo mes y año, conforme se aprecia en el Toma Razón Electrónico²²; por lo que, sus argumentos serán considerandos al momento de fijar los puntos controvertidos, con la finalidad de preservar el debido procedimiento.
3. En ese sentido, serán materia de análisis, los argumentos expuestos tanto en el recurso de apelación como en el escrito de absolución de traslado del mismo.

²² Cuya impresión obra en el folio 37 del expediente administrativo.

Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

En atención a lo expuesto, este Colegiado considera que los puntos controvertidos a dilucidar consisten en:

- *Determinar si el certificado de análisis presentado por el Adjudicatario cumple con lo establecido en las bases integradas, y si, caso contrario, corresponde tener por no admitida su oferta y dejar sin efecto la buena pro otorgada a su favor.*
- *Determinar si la oferta del Impugnante cumple con acreditar el requisito de calificación: "B.1 Facturación", y si, caso contrario, corresponde tener por descalificada su oferta.*
- *Determinar si la oferta del Impugnante es incongruente respecto de la información referida al plazo de entrega de los productos ofertados, y si, como consecuencia de ello, corresponde tener por descalificada su oferta.*
- *Determinar a quién corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección.*

V. FUNDAMENTACION.

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario.
2. En primer lugar, resulta relevante señalar que en el segundo párrafo del artículo 26 del Reglamento, se establece que el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado.
3. En adición a lo expresado, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Garantizan ello, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.
4. También, es oportuno acotar que los documentos del procedimiento de selección, y para el presente caso, las bases, constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la admisión, evaluación y calificación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones.

Ahora bien, es preciso también recalcar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que dichas contrataciones se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley.

5. En dicho escenario, corresponde analizar los puntos controvertidos reseñados.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si el certificado de análisis presentado por el Adjudicatario cumple con lo establecido en las bases integradas, y si, caso contrario, corresponde tener por no admitida su oferta y dejar sin efecto la buena pro otorgada a su favor.

6. El Impugnante sostiene que en los protocolos de análisis presentados por el Adjudicatario, a folios 192 al 382, no se observa el sello ni la firma de ningún Director Técnico autorizado; por ello, considera que no ha cumplido con presentar los protocolos de análisis según las formalidades solicitadas en las bases integradas.

Agregó que en los folios antes citados, sólo se han considerado las firmas de los representantes legales de la empresa, mas no de los Directores Técnicos autorizados por la DIGEMID, por lo tanto, la oferta del Adjudicatario, al no cumplir con lo solicitado en las bases integradas, debe tenerse por no admitida.

7. Por su parte, el Adjudicatario refiere que, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento, la falta de firma de su Director Técnico en el Certificado de Análisis constituye un error formal materia de subsanación, toda vez que dicha omisión no altera el contenido de su oferta, tratándose de un aspecto meramente formal o insustancial. Señala que el nombre de su Director sí fue referenciado en su oferta. Sin perjuicio de ello, menciona que con o sin la firma de su Director Técnico, todas las condiciones de su oferta se mantienen inalterables.

Finalmente, adjuntó a este Colegiado el certificado de análisis con la firma de su Director Técnico, de modo tal que se tenga por subsanada su oferta.

8. Al respecto, mediante informe técnico legal²³ del 8 de enero de 2019, la Entidad ha señalado lo siguiente:
 - a) En la página 23 de las bases integradas, en el párrafo 7) del literal n) del numeral 2.2.1.1 – Documentos para la admisión de la oferta del acápite 2.2.1 – Documentos de presentación obligatoria, se indica que el certificado de

²³ Obrante en los folios 42-43 del expediente administrativo.

Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

análisis debe ser refrendado por el Director Técnico de la empresa postora.

- b) De la revisión a la oferta del Adjudicatario, advierte que los certificados de análisis presentados no cuentan con la firma solicitada; sin embargo, dicho postor sí acreditó mediante la Resolución Directoral N° 4238-2015/DIGEMID/DAS/EEF (que forma parte de los documentos de presentación obligatoria), que cuenta con su Director Técnico. Bajo ese criterio, se admitió la oferta del citado postor.
- c) Considera que el recurso de apelación interpuesto debe ser declarado fundado en arreglo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 106 del Reglamento.
9. Ahora bien, de la revisión a las páginas 22 y 23 de las bases integradas²⁴, se aprecia que en ellas se exigió, como **documento de presentación obligatoria – documentos para la admisión de la oferta**, lo siguiente:

"2.2.1. Documentación de presentación obligatoria

2.2.1.1. Documentos para la admisión de la oferta

(...)

n) Certificado de Análisis del Producto terminado (Protocolo de Análisis) (copia simple)

Es un informe técnico suscrito por el profesional responsable de control de calidad del Laboratorio Fabricante, en el que se señalan los análisis realizados en todos sus componentes, los límites y los resultados obtenidos en dichos análisis, con arreglo a las exigencias contempladas en las normas específicas de calidad de reconocimiento internacional. Cuando se haga mención a Protocolo de Análisis se refiere a Certificado de Análisis. El Certificado de Análisis debe corresponder al lote de la muestra presentada.

(...)

*El certificado de análisis **debe consignar cuando menos la siguiente información:** nombre del producto, número de lote, fecha de vencimiento, fecha de análisis, las especificaciones técnicas y resultados analíticos obtenidos, **firma del o los profesionales responsable del control de calidad y nombre del laboratorio que lo emite.***

(...)

El Certificado de Análisis, por ser un documento técnico deberá ser refrendado (nombre, firma y sello) por el Director Técnico Responsable de la empresa postora.

(subrayado y resaltado agregado)

Nótese del texto precitado, que las bases integradas solicitaron, como uno de los documentos de presentación obligatoria, el Certificado de Análisis y/o Protocolo de Análisis en observancia de lo establecido en el Capítulo III - Requerimiento. En ese sentido, se señala que éste debía tener, entre otros aspectos, lo siguiente: **i)** haber

²⁴ Obrante en los folios 286 (reverso) y 287 (anverso) del expediente administrativo.

sido emitido por el área de control de calidad del Laboratorio Fabricante, **ii)** estar suscrito por el profesional responsable de control de calidad del laboratorio del fabricante y **iii) estar refrendado por el Director Técnico Responsable de la empresa postora [nombre, firma y sello].**

10. Así tenemos, que de la revisión de la oferta del Adjudicatario, a folios 192 al 382²⁵, se aprecia que obran los **certificados de análisis** de los reactivos ofertados, acompañados de la traducción certificada a idioma castellano, expedidos por la [REDACTED]. Dichos certificados de análisis fueron presentados para cada uno de los reactivos ofertados.

Adicionalmente, de la revisión de los Certificados de Análisis en mención [en su versión en inglés], el Tribunal advierte que éstos **no contienen el nombre ni el cargo del responsable técnico de la empresa postora**; toda vez que, **no se hace alusión alguna a algún nombre o cargo que así lo sustente.**

Cabe precisar que las deficiencias advertidas [y que fueron cuestionadas por el Impugnante] se aprecian tanto en la copia de las traducciones certificadas a idioma castellano de los Certificados de Análisis como en los documentos que contienen información en idioma inglés.

Dicha situación, a consideración del Colegiado, no sólo vulnera los lineamientos establecidos en las bases integradas (en este caso, lo dispuesto en el literal n del numeral 2.2.1.1 – Documentos para la admisión de la oferta), sino que, también transgrede lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 016-2011-SA "*Reglamento para el registro, control y vigilancia sanitaria de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios*", y sus modificatorias.

11. Respecto al incumplimiento de lo establecido en las bases integradas, el Adjudicatario ha aceptado que los Certificados de Análisis correspondientes a los productos ofertados, no se encuentran refrendados por su Director Técnico Responsable (nombre, firma y sello); no obstante ello, solicitó que estos documentos sean pasibles de subsanación. Dicho pedido lo sustentó en lo previsto en el artículo 39 del Reglamento.

En este punto, es importante traer a colación que, durante el desarrollo del presente procedimiento, el Adjudicatario alegó que la omisión de la firma del Director Técnico es un "error formal" que puede ser objeto de subsanación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del Reglamento [lo que fue ratificado por su representante cuando hizo uso de la palabra en audiencia pública].

Sobre ello, en cuanto a la **subsanación de las ofertas**, el artículo 39 del Reglamento, señala lo siguiente:

²⁵ Obrante en los folios 293-483 del expediente administrativo.



Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

"Artículo 39.- Durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, **puede solicitar a cualquier postor que subsane o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta.**

Son **subsanables**, entre otros errores materiales o formales, la no consignación de determinada información en formatos y declaraciones juradas, distintas a las que contienen el precio u oferta económica; los referidos a las fechas de emisión o denominaciones de las constancias o certificados emitidos por entidades públicas; falta de firma o foliatura; los referidos a certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones de lo ofrecido, siempre que tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y hubieren sido referenciadas en la oferta.

Las **omisiones de los documentos que forman parte de la oferta pueden ser subsanados siempre que hayan sido emitidos por Entidad Pública** o un privado ejerciendo función pública, **con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificaciones que acrediten estar inscrito o integrar un registro**, y otros de naturaleza análoga.

En el documento que contiene el precio ofertado u oferta económica puede subsanarse la rúbrica y la foliación. En caso de divergencia entre el precio cotizado en números y letras, prevalece este último. En el sistema de contratación a precios unitarios cuando se advierta errores aritméticos, corresponde su corrección al Órgano encargado de las contrataciones o comité de selección, debiendo constar dicha rectificación en el acta respectiva.

Cuando se requiera subsanación, la oferta continua vigente para todo efecto, a condición de la efectiva subsanación dentro del plazo otorgado, **el que no puede exceder de tres (3) días hábiles**. La presentación de las subsanaciones se realiza a través de la Unidad de Trámite Documentario de la Entidad. La subsanación corresponde realizarla al mismo postor, su representante legal o apoderado acreditado. (...)"(resaltado y subrayado nuestro).

Conforme se desprende del citado dispositivo, la subsanación de documentos se puede realizar, tanto respecto de documentos presentados en la oferta así como sobre aquéllos que no lo fueron, bajo ciertas condiciones.

- En el **primer supuesto**, pueden ser subsanables los errores materiales de aquellos documentos que contienen el precio u oferta económica (a través de la rúbrica o foliación, de la prevalencia de las letras sobre los números en los precios cotizados y, cuando el mismo comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, rectifica los errores aritméticos en el sistema de contratación a precios unitarios), así como también, son subsanables los errores materiales y formales en aquellos documentos distintos a los que contienen el precio u oferta económica, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta (la no consignación de determinada información en formatos y declaraciones juradas, los referidos a las fechas de emisión o

denominaciones de las constancias o certificados emitidos por entidades públicas, falta de firma o foliatura, los referidos a certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones de lo ofrecido, siempre que tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y hubieren sido referenciadas en la oferta, y otros errores materiales o formales).

- En el **segundo supuesto**, también son subsanables las omisiones producidas en la oferta, cuando dichas omisiones se encuentran referidas a documentos emitidos por Entidad Pública o un privado ejerciendo función pública, y siempre que hayan sido emitidos con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas (no se trata de cualquier documento, se refiere a aquellos que integran un registro o son de naturaleza análoga).

12. Al respecto, cabe precisar que el Adjudicatario ha señalado que la falta de firma de su Director Técnico en el Certificado de Análisis es un error formal materia de subsanación, toda vez que no altera el contenido de su oferta, ya que es un aspecto meramente formal o insustancial.

Sin embargo, a consideración del Colegiado, las deficiencias [en este caso, **omisiones**] advertidas en un certificado de análisis, referidas a la falta del nombre, sello y firma del Director Técnico del Adjudicatario, **no constituyen** simples **errores materiales o formales que puedan ser objeto de subsanación**, en la medida que se trata de "omisiones" que no se subsumen en alguno de los supuestos previstos en la normativa. Cabe tener en cuenta que el certificado de análisis, documento de presentación obligatoria, tiene por objeto señalar los análisis realizados en todos sus componentes, los límites y los resultados obtenidos, con arreglo a las exigencias contempladas en las normas específicas de calidad de reconocimiento internacional; por lo cual resulta fundamental el respaldo que debe realizar de dicho documento el Director Técnico del laboratorio fabricante, tal como lo exige la normativa vigente.

En este punto, debe anotarse que si bien el adjudicatario ha referido que la deficiencia advertida es subsanable, no ha identificado en qué supuesto basa su argumento, habiendo únicamente reiterado que se trata de un error de carácter formal.

Consecuentemente, puede apreciarse que, en el caso concreto, la subsanación que propone el Adjudicatario en este extremo no resulta estimable, pues, de considerarse procedente, alteraría el alcance del contenido de su oferta, al no tratarse de "formalidades no esenciales".

13. En mérito a lo expresado, dado que el Adjudicatario no cumplió con presentar, de forma válida, los Certificados de Análisis de los productos ofertados (reactivos), es decir, en observancia de lo establecido en las bases integradas, este Tribunal

Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

considera que debe declararse como **NO ADMITIDA** la oferta de aquél y **REVOCARSE** el otorgamiento de la buena pro a su favor.

14. Por tanto, dado que este extremo del recurso de apelación, interpuesto por el Impugnante, resulta estimable, corresponde declararlo **FUNDADO**.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si la oferta del Impugnante cumple con acreditar el requisito de calificación: "B.1 Facturación", y si, caso contrario, corresponde tener por descalificada su oferta.

15. El Adjudicatario sostiene que en el folio 234 de la oferta del Impugnante, obra la Promesa Formal de Consorcio, de cuyo análisis advierte que ninguna de las empresas conformantes del mismo [REDACTED], se encargarán de la fabricación o comercialización de los reactivos ofertados.

En tal sentido, señala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento, la oferta del Impugnante debe ser descalificada, en tanto no ha cumplido con el requisito de calificación: "Experiencia del Postor", toda vez que no es posible tener por válida la experiencia presentada por aquél.

16. Cabe precisar que si bien el Impugnante no presentó escrito alguno que absuelva este cuestionamiento; durante la audiencia pública, señaló que su Promesa Formal de Consorcio sí cumple con señalar qué empresa tiene la obligación de la comercialización de los reactivos ofertados. Refirió que ello será una obligación de la empresa [REDACTED]
17. Al respecto, la Entidad tampoco emitió pronunciamiento alguno donde exprese su posición sobre el cuestionamiento formulado por el Adjudicatario.
18. Ahora bien, es pertinente traer a colación que en la página 24 de las bases integradas²⁶, en el numeral 2.2.1.1.- Documentación de presentación obligatoria de la Sección Específica, respecto a los "**Documentos para acreditar los requisitos de calificación**", se exigió lo siguiente:

2.2.1. Documentación de presentación obligatoria

(...)

2.2.1.2. Documentos para acreditar los requisitos de calificación

El postor debe incorporar en su oferta los documentos que acreditan cada uno de los "Requisitos de Calificación" que se detallan en el numeral 3.2 del Capítulo III de la presente sección de las bases".

²⁶ Obrante en el folio 287 (reverso) del expediente administrativo.

Asimismo, respecto al requisito de calificación "**B.1 Facturación**", previsto en las páginas 32 y 33 de las bases integradas²⁷, se señala lo siguiente:

B	EXPERIENCIA DEL POSTOR
B.1	FACTURACIÓN
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado de S/. 642,900.00 (seiscientos cuarenta y dos mil novecientos con 00/100 nuevos soles) por la venta de bienes iguales o la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda.</p> <p>Se consideran bienes similares a los siguientes: Reactivos de hematología, bioquímica, banco de sangre, reactivos para coagulación.</p> <p><u>Acreditación:</u></p> <p>Copia simple de contratos u órdenes de compra, y su respectiva conformidad por la venta o suministro efectuados; o comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con copias de contrato, órdenes de compra, facturas, voucher de depósito, cancelación en el documento, entre otros, correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.</p> <p>En caso los postores presenten varios comprobantes de pago para acreditar una sola contratación, se debe acreditar que corresponden a dicha contratación; de lo contrario, se asumirá que los comprobantes acreditan contrataciones independientes, en cuyo caso solo se considerará, para la evaluación, las veinte (20) primeras contrataciones indicadas en el Anexo N° 7 referido a la Experiencia del Postor.</p> <p>En el caso de suministro, solo se considera como experiencia la parte del contrato que haya sido ejecutada a la fecha de presentación de ofertas, debiendo adjuntarse copia de las conformidades correspondientes a tal parte o los respectivos comprobantes de pago cancelados.</p> <p>En los casos que se acredite experiencia adquirida en consorcio, debe presentarse la promesa de consorcio o el contrato de consorcio del cual se desprenda fehacientemente el porcentaje de las obligaciones que se asumió en el contrato presentado; de lo contrario, no se computará la experiencia proveniente de dicho contrato.</p> <p>Asimismo, cuando se presenten contratos derivados de procesos de selección convocados antes del 20.09.2012, la calificación se ceñirá al método descrito en la Directiva "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado", debiendo presumirse que el porcentaje de las obligaciones equivale al porcentaje de participación de la promesa de consorcio o del contrato de consorcio. En caso que en dichos documentos no se consigne el porcentaje de participación se presumirá que las obligaciones se ejecutaron en partes iguales.</p> <p>Cuando en los contratos, órdenes de compra o comprobantes de pago el monto facturado se encuentre expresado en moneda extranjera, debe indicarse el tipo de cambio venta publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP correspondiente a la fecha de suscripción del contrato, de emisión de la orden de compra o de cancelación del comprobante de pago, según corresponda.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, los postores deben llenar y presentar el Anexo N° 7 referido a la Experiencia del Postor.</p>

²⁷ Obrante en los folios 291 (reverso) y 292 (anverso) del expediente administrativo.



Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

Importante

En el caso de consorcios, solo se considera la experiencia de aquellos integrantes que ejecutan conjuntamente el objeto materia de la convocatoria, previamente ponderada, conforme a la Directiva "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado".

De acuerdo a lo establecido en las bases integradas, los postores debían acreditar su experiencia, con un monto facturado acumulado equivalente a **S/ 642,900.00 (seiscientos cuarenta y dos mil novecientos con 00/100 soles)**, por la venta de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante un periodo no mayor a ocho (8) años a la fecha de la presentación de ofertas, que se computa desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda.

De otro lado, a efectos de acreditar la referida experiencia, los postores podían emplear los siguientes documentos: **i)** contratos u órdenes de compra, y su respectiva conformidad o constancia de prestación, o **ii)** comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con voucher de depósito, reporte de estado de cuenta y cancelación en el documento.

- 19.** En este punto es pertinente señalar que la "**Experiencia del Postor**" constituye un elemento fundamental en la calificación de los postores, puesto que permite a las Entidades determinar, de manera objetiva, la idoneidad de aquellos para ejecutar las prestaciones requeridas, al comprobarse que estos han ejecutado anteriormente prestaciones iguales o similares a las que se requiere contratar.

Al respecto, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, a través de su Dirección Técnico Normativa, ha señalado en diversas opiniones²⁸ que la "experiencia" es la destreza adquirida por la reiteración de determinada conducta en el tiempo; es decir, por la habitual transacción del bien, servicio u obra que constituye el giro del negocio del proveedor en el mercado. Dicha experiencia genera valor agregado para su titular, que redundará en forma positiva en los contratos con el Estado.

- 20.** Ahora bien, conforme a lo expuesto en las bases integradas, **en caso de consorcios**, a efectos de calificar su oferta en cuanto al requisito "B.1 Facturación", sólo se considera la experiencia de aquellos integrantes que ejecutan conjuntamente el objeto materia de la convocatoria, previamente ponderada, conforme a la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD - "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado", en lo sucesivo **la Directiva**.

Sobre el particular, en el segundo párrafo del literal d) del acápite 1 del numeral 7.4.2 - **Promesa de Consorcio** de la Directiva, se aprecia que "*en el caso de la*

²⁸ Opiniones N° 056-2017/DTN, 105-2015/DTN, 032-2014/DTN, 082-2012/DTN, 068-2011/DTN, entre otras.

contratación de **bienes** y servicios, cada integrante debe precisar las obligaciones a las que se compromete en la ejecución del objeto de la contratación, estén o no vinculadas directamente a dicho objeto, pudiendo estar relacionadas a otros aspectos, como administrativos, económicos, financieros, entre otros, **debiendo aplicar en el caso de bienes, lo previsto en el acápite 4 del numeral 7.5.2.**"

Asimismo, de acuerdo al acápite 1 del numeral 7.5.2 - **Experiencia del Postor** de la Directiva, se establece que **"la acreditación de la experiencia del postor, se realiza en base a la documentación aportada por el o los integrantes del consorcio que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente las obligaciones vinculadas directamente al objeto materia de la contratación, de acuerdo con lo declarado en la promesa de consorcio, conforme al artículo 28.4 del Reglamento (...)"**.

En el acápite 2 del numeral 7.5.2 - **Experiencia del Postor** de la Directiva, se aprecia que **"Para calificar la experiencia del postor no se toma en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a las siguientes actividades: a) Actividades de carácter administrativo o de gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o pólizas de caución, entre otras. b) Actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras"**.

Por otro lado, en el acápite 3 del numeral 7.5.2 - **Experiencia del Postor** de la Directiva, se aprecia que **"Tratándose de bienes, solo se consideran las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la contratación, como la fabricación y/o comercialización. No corresponde considerar la experiencia presentada por los integrantes del consorcio que se obliguen a ejecutar las demás actividades de la cadena productiva y actividades accesorias, tales como el aporte de materias primas, combustible, infraestructura, transporte, envasado, almacenaje, entre otras"**.

21. De la revisión a la oferta del Impugnante, se aprecia que éste es un consorcio conformado por las empresas [REDACTED], ello se puede corroborar con la información contenida en el **Anexo N° 6 – Promesa de Consorcio**, obrante en el folio 234 de su oferta²⁹; por lo que, **a efectos de calificar su oferta en cuanto al requisito "B.1 Facturación"**, sólo se debe considerar la experiencia de aquellos integrantes del consorcio que ejecutan conjuntamente el objeto materia de la convocatoria, conforme a la citada Directiva.

En el **Anexo N° 6 – Promesa de Consorcio**, las empresas integrantes del Impugnante establecieron y asumieron las siguientes obligaciones cada una:

²⁹ Obrante en el folio 484 del expediente administrativo.



Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

ANEXO N° 06
PROMESA DE CONSORCIO

00189

Señores
COMITÉ DE SELECCIÓN
ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N° 1826A000121
Madre de Dios.

Los suscritos declaramos expresamente que hemos convenido en forma irrevocable, durante el lapso que dure el procedimiento de selección, para presentar una oferta conjunta a la ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N° 1826A000121.

Asimismo, en caso de obtener la buena pro, nos comprometemos a formalizar el contrato de consorcio de conformidad con lo establecido por el artículo 118 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, bajo las siguientes condiciones:

a) Integrantes del consorcio

[Redacted]

b) Designamos a [Redacted] identificada con [Redacted] como representante común del consorcio para efectos de participar en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato correspondiente con SEGURO SOCIAL DE SALUD (ESSALUD) - RED ASISTENCIAL MADRE DE DIOS.

Asimismo, declaramos que el representante común del consorcio no se encuentra impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado.

c) Estamos nuestro domicilio legal común en [Redacted]

d) Las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes del consorcio son las siguientes:

1. OBLIGACIONES DE [Redacted]

- PRESENTAR TODOS LOS DOCUMENTOS REFERIDOS AL EXPEDIENTE DE LA OFERTA EXPERIENCIA DEL POSTOR, REGISTROS SANITARIOS, AUTORIZACIONES Y OTROS QUE SEAN REQUERIDOS.
- REALIZAR LA INSTALACIÓN DE LOS EQUIPOS, ACCESORIOS Y COMPLEMENTOS.
- REALIZAR EL SOPORTE TÉCNICO BAJO LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LAS BASES.
- FACTURAR.
- COBRAR.

2. OBLIGACIONES DE [Redacted]

- ALMACENAR LOS PRODUCTOS.
- PRESENTAR EL CERTIFICADO DE BUENAS PRÁCTICAS DE ALMACENAMIENTO.
- PRESENTAR EL CERTIFICADO DE BUENAS PRÁCTICAS DE DISTRIBUCIÓN Y TRANSPORTE.
- REALIZAR LA LOGÍSTICA DE ENTREGA, TRANSPORTE Y REPARTO DE LOS PRODUCTOS ADICIONALES.
- REALIZAR LA ENTREGA DE LOS EQUIPOS, ACCESORIOS Y COMPLEMENTOS.

3. El porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes es el siguiente:

- a) [Redacted] 70% (SETENTA POR CIENTO)
- b) [Redacted] 30% (TREINTA POR CIENTO)

TOTAL DE OBLIGACIONES: 100%

[Signatures and stamps of the consortium members]

En efecto, tal como se aprecia de la citada promesa de consorcio, **no se advierte** que las empresas [Redacted] hayan asumido obligaciones referidas a la fabricación y/o comercialización de los productos ofertados (reactivos), es decir, **no se tiene expresamente establecida** qué empresa comercializará o fabricará los reactivos propuestos. Por lo tanto, resulta aplicable lo dispuesto en el acápite 3 del numeral 7.5.2 - Experiencia del Postor de la Directiva, en el sentido que **no debe tomarse en cuenta las experiencias propuestas por el Impugnante, que corresponden, en su totalidad, a la empresa [Redacted]**, pues las obligaciones que ha asumido aquella, no se encuentran vinculadas directamente al objeto de la contratación, como por ejemplo, la fabricación y/o comercialización de los reactivos ofertados.

Cabe precisar que según ha señalado el Impugnante, en el Anexo N° 7 – Experiencia del Postor³⁰, los contratos³¹ así como sus respectivas conformidades³²; corresponden únicamente a la empresa [REDACTED].

22. Durante la audiencia pública, el Impugnante ha señalado que la empresa [REDACTED] sí cumple con señalar que se encargará de la comercialización de los reactivos ofertados; en ese sentido, refiere que dentro de las obligaciones asumidas por esta empresa se encuentran las actividades de "facturar" y "cobrar".

Al respecto, cabe traer a colación lo dispuesto en el acápite 2 del numeral 7.5.2 - Experiencia del Postor de la Directiva, donde se establece que *"Para calificar la experiencia del postor no se toma en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a las siguientes actividades: a) Actividades de carácter administrativo o de gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o pólizas de caución, entre otras. b) Actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras".*

En tal sentido, considerando las obligaciones consignadas a favor de la empresa [REDACTED], en el Anexo N° 6 y estando a lo dispuesto en la Directiva, se concluye que las actividades que asumió aquella ("facturar" y "cobrar") constituyen actividades de carácter administrativo, lo que ocasiona que la experiencia del postor no pueda ser calificada por el Comité de Selección, por los motivos expuestos en la presente fundamentación. En consecuencia, debe desestimarse lo argumentado por el Impugnante en audiencia pública.

23. Tal como se ha expuesto precedentemente, para cumplir con el requisito de calificación bajo análisis, los postores debían acreditar, como mínimo, un monto facturado equivalente a S/ 642,900.00 (seiscientos cuarenta y dos mil novecientos con 00/100 soles); sin embargo, en el caso concreto, se advierte que las experiencias aportadas por el Impugnante (relativa a ventas de la empresa [REDACTED]), no pueden ser validadas en aplicación de lo establecido en las bases integradas; por lo que, se debe considerar que aquél **no cumplió con acreditar** el monto facturado mínimo requerido en las bases integradas para el requisito: "Experiencia del Postor".

De esta manera, corresponde acoger el cuestionamiento formulado por el Adjudicatario en dicho extremo; debiéndose **DESCALIFICAR** la oferta del Impugnante.

24. En consecuencia, en la medida que se tiene por descalificada la oferta del Impugnante, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre el tercer punto

³⁰ Obrante en el folio 485 del expediente administrativo.

³¹ Obrante en los folios 488-493, 495-498, 500-507 y 509-522 del expediente administrativo.

³² Obrante en los folios 487, 494, 499 y 508 del expediente administrativo.

Resolución N° 0118-2019-TCE-S4

controvertido, en la medida que lo que pudiese determinarse al respecto, no varía su situación de descalificado.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar a quién corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección.

25. El Impugnante también solicitó que, una vez que sea declarada no admitida la oferta del Adjudicatario, se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección; al haber ocupado el segundo lugar en el orden de prelación.
26. Al respecto, en mérito al análisis efectuado precedentemente, habiéndose desestimado las ofertas del Impugnante y del Adjudicatario, y correspondiendo **DEJAR SIN EFECTO** la buena pro del procedimiento de selección otorgada a favor del último de ellos, corresponde declarar **DESIERTO** el procedimiento de selección, al no existir otra oferta válida; por lo que, en aplicación de lo dispuesto en los literales a) y b) del artículo 106.1 del artículo 106 del Reglamento, debe declararse **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por dicho postor.

De esta manera, se desestima lo alegado por el Impugnante en este extremo de su recurso de apelación.

27. En tal sentido, en virtud de lo señalado en el numeral 1) del artículo 110 del Reglamento, considerando que el recurso de apelación ha sido declarado **FUNDADO EN PARTE**, corresponde devolver la garantía presentada por el Impugnante al interponer su recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente [REDACTED] y la intervención de los Vocales [REDACTED] y [REDACTED], atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 007-2019-OSCE/PRE del 15 de enero de 2019, publicada el 16 de enero de 2019 y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado vigente a partir del 9 de enero de 2016, modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1341, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por el **CONSORCIO**, conformado por las empresas [REDACTED], contra el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 12-2018/ESSALUD/RAMD – Primera Convocatoria, por los fundamentos expuestos. En consecuencia:

- 1.1. Tener por **NO ADMITIDA** la oferta de la empresa [REDACTED] presentada en el marco de Adjudicación Simplificada N° 12-2018/ESSALUD/RAMD – Primera Convocatoria; y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la buena pro otorgada a favor de aquélla.
- 1.2. Tener por **DESCALIFICADO** al **CONSORCIO**, conformado por las empresas [REDACTED], en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 12-2018/ESSALUD/RAMD – Primera Convocatoria.
- 1.3. Declarar **DESIERTA** la Adjudicación Simplificada N° 12-2018/ESSALUD/RAMD – Primera Convocatoria.
2. **DEVOLVER** la garantía otorgada por el **CONSORCIO**, conformado por las empresas [REDACTED], al interponer su recurso de apelación.
3. **DISPONER** la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad, la cual deberá recabarlos en la Mesa de Partes del Tribunal dentro del plazo de treinta (30) días calendario de notificada la presente Resolución, debiendo autorizar por escrito a la(s) persona(s) que realizara(n) dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central del OSCE para que se gestione su eliminación siguiendo lo dispuesto en la Directiva N° 001-2018-AGNDNDAAI "NORMA PARA LA ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS DE ARCHIVOS EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO".
4. Dar por agotada la vía administrativa.


PRESIDENTE


VOCAL


VOCAL

ss.
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03.10.12"