

Resolución Nº 2624-2017-TCE-S1

Sumilla:

"Según lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación"

Lima, 05 DIC. 2017

VISTO en sesión de fecha 05 de diciembre de 2017 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente Nº 3278/2017.TCE, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa Biogenics Lab S.A.C., en el marco de la Adjudicación Simplificada Nº 004-2017-RED-S-BCO-CHO-SCO – Primera convocatoria, para la contratación de bienes "Adquisición de material, insumos y reactivos de laboratorio para los establecimientos de salud de las Redes de Salud Barranco Chorrillos Surco", oído el informe oral y, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información registrada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE)¹, el 28 de setiembre de 2017, la Red de Salud Barranco Chorrillos Surco – Ministerio de Salud, en adelante **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada Nº 004-2017-RED-S-BCO-CHO-SCO – Primera convocatoria, para la contratación de bienes "Adquisición de material, insumos y reactivos de laboratorio para los establecimientos de salud de las Redes de Salud Barranco Chorrillos Surco", con un valor referencial ascendente a S/ 398,957.98 (Trescientos noventa y ocho mil novecientos cincuenta y siete con 98/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

Los ítems paquete Nros. 1 y 2, fueron convocados por el monto de S/ 47,714.03 soles y S/ 32,405.85 soles, respectivamente.

Cabe precisar que el procedimiento de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley Nº 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo Nº 1341, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo Nº 056-2017-EF, en adelante **el Reglamento**.

El 11 de octubre de 2017, según el cronograma del SEACE, se llevó a cabo el acto público de presentación de ofertas.

Según acta publicada en el SEACE el 13 de octubre de 2017, se otorgó la buena pro de los ítems paquete Nros. 1 y 2 del procedimiento de selección a la empresa **Corporación Médica JL S.A.C.**, en adelante **el Adjudicatario**, mientras que la oferta de la empresa Biogenics Lab S.A.C. obtuvo el segundo lugar en el orden de prelación en los citados ítems paquete, conforme al siguiente detalle:

Ítem paquete Nro 1

POSTOR	ADMISION	EVALUACION			CALIFICACION	OTORGAMIENTO
		MONTO S/	PUNTAJE TOTAL	ORDEN DE PRELACION		
Corporación Médica JL S.A.C.	ADMITIDO	44,300.00	90.00	1°	CALIFICADO	ADJUDICADO
Biogenics Lab S.A.C.	ADMITIDO	44,469.00	89.77	2°	CALIFICADO	

Ítem paquete Nro 2

POSTOR	ADMISION	EVALUACION			CALIFICACION	OTORGAMIENTO
		MONTO S/	PUNTAJE TOTAL	ORDEN DE PRELACION		
Corporación Médica JL S.A.C.	ADMITIDO	26,890.00	90.00	1°	CALIFICADO	ADJUDICADO
Biogenics Lab S.A.C.	ADMITIDO	27,013.00	89.73	2°	CALIFICADO	

2. Mediante escrito N° 01 y formulario de "Interposición de Recurso Impugnativo", ambos presentados el 20 de octubre de 2017, subsanados a través de escrito N° 02 presentado el 24 del mismo mes y año, todos ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la empresa **Biogenics Lab S.A.C.**, en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro de los ítems paquete Nros 1 y 2 del procedimiento de selección. Fundamentó su recurso en los siguientes cuestionamientos:

Con relación a los incumplimientos del Adjudicatario en el ítem paquete N° 1

- 2.1 Indicó que dentro del citado ítem paquete, la Entidad incluyó la necesidad de adquirir el producto "Lanceta retráctil pediátrica (28 G x 1.5mm) x 200 Unid", en cuyas especificaciones técnicas se estableció que debía ser descartable con aguja de acero con bisel indoloro de 28G y con profundidad del pinchazo de 1.5mm.

En ese sentido, y a efectos de verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas, la Entidad solicitó, para efectos de la admisión de las ofertas, que los postores presenten una muestra del producto ofertado, siendo que para el caso en particular, el Adjudicatario remitió a la Entidad una lanceta retráctil pediátrica 29G, evidenciando claramente su incumplimiento; sin perjuicio de ello, el comité de selección decidió admitirla.

- 2.2 Por otra parte, el Impugnante señaló que, como parte de su requerimiento, la Entidad también solicitó la presentación del producto "Colorante azul de cresil brillante x 100ml", en cuyas especificaciones técnicas se estableció como forma de presentación, que el mismo se encuentre contenido en frascos de vidrio color ámbar. Adicionalmente a ello, se solicitó que dicho producto cuente con aprobación FDA, CE o ISO.

Sobre el particular, el Impugnante refiere que revisada la muestra presentada por el Adjudicatario, se puede advertir que el frasco ofrecido es de plástico, incumpliendo

Resolución N° 2624-2017-TCE-S1

claramente lo requerido por la Entidad. En adición a ello, señaló que no se aprecia en la oferta, la presentación de certificados FDA, CE o ISO.

- 2.3 Asimismo, indicó que la Entidad requirió el producto "Crioivial Estéril 2ml base plana o con faldón x 1000 Unid", el cual, entre otras condiciones, debía ser estéril. En ese sentido, precisó que revisada la página web del importador de dicho producto, se advierte que cuando éste es estéril, cada uno de los tubos de crioivial cuenta con una cubierta independiente; sin embargo, el Adjudicatario presenta éstos agrupados dentro de un envase plástico, sin la referida protección, lo cual evidencia que no cumple con acreditar la esterilidad solicitada en las bases.
- 2.4 Finalmente, el Impugnante precisó que el Adjudicatario presentó el producto "Colorante Wriht x 1000 ml" en un envase de plástico, cuando lo requerido por la Entidad era un envase de vidrio. Asimismo, no cumple con adjuntar el Certificado FDA, CE o ISO, de acuerdo a lo establecido en las bases.

Con relación a los incumplimientos del Adjudicatario en el ítem paquete N° 2

- 2.5 Indicó que en el referido paquete se solicitó el producto "Hisopo de **plástico** con punta de algodón x 100 unidades"; sin embargo, al verificar las muestras presentadas por el Adjudicatario, se advierte que este ofertó hisopos de madera, contraviniendo claramente lo dispuesto por la Entidad, por lo que corresponde que su oferta se declare como no admitida.
- 2.6 Asimismo, precisó que en las especificaciones técnicas del paquete N° 2, la Entidad solicitó que dichos productos cuenten con aprobación FDA, CE o ISO, advirtiéndose de la oferta del Adjudicatario que ninguno de los productos que conforman su oferta, tienen dichas certificaciones.
- 2.7 Por otra parte, indicó que a lo productos que integran el ítem paquete N° 2, los postores debían incluir el correspondiente inserto en idioma castellano; sin embargo, se evidencia que éstos se encuentran en inglés, sin la traducción correspondiente, lo cual vulnera lo dispuesto en el artículo 38 del Reglamento.
- 2.8 Finalmente, el Impugnante manifestó que al solicitar la revisión de las muestras presentadas por el Adjudicatario en los paquetes Nros. 1 y 2 ante la Entidad, esta no permitió la verificación de las mismas, a pesar de que el plazo para impugnar el procedimiento de selección se vencía; sin perjuicio de ello, pudo advertir que el Adjudicatario presentó muestras incompletas.
3. Con decreto del 26 de octubre de 2017, se admitió a trámite el recurso de apelación, corriéndose traslado a la Entidad, a efectos que remita los antecedentes administrativos completos, así como el Informe Técnico Legal correspondiente, otorgándosele un plazo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, en caso de incumplimiento.

Adicionalmente, con fecha 02 de noviembre de 2017, se publicó en el SEACE el recurso de apelación, a efectos de que los postores distintos al Impugnante, que puedan verse afectados con la resolución del Tribunal, absuelvan el mismo, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles siguientes a dicha publicación.

4. Con decreto del 08 de noviembre de 2017 se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver, al no cumplir la Entidad con remitir la información solicitada. Adicionalmente a ello, en dicha fecha se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva, siendo recibido el 10 del mismo mes y año.
5. Con Oficio N° 243-2017-BCO-CHO.SCO-DIRIS L.S./MINSA/OA presentado el 10 de noviembre de 2017 ante el Tribunal, la Entidad remitió de manera extemporánea los antecedentes administrativos, incluyendo el Informe Técnico N° 18-MINSA-DIRIS LS-BCO.CHO.SCO-/UL e Informe Legal N° 372-2017-DIRIS-RED BCO CHO SCO/AL, a través de los cuáles manifestó lo siguiente:

Con relación a los incumplimientos del Adjudicatario en el ítem paquete N° 1

- 5.1 Indicó que si bien se solicitó que la "Lanceta retráctil pediátrica (28 G x 1.5mm) x 200 Unid" sea de una medida de 28G, lo cierto es que, al evaluar lo propuesto por el Adjudicatario, así como la muestra presentada por éste [29G], determinaron que, debido a su calidad, correspondía sea aceptada sin observaciones.
- 5.2 Por otro lado, y con relación al "Colorante azul de cresil brillante x 100ml", se estableció en las bases que el producto se presente en frascos de vidrio de color ámbar, siendo que el Adjudicatario ofertó la muestra del citado producto, en frascos de polietileno de alta densidad, totalmente hermético y anti impacto, no re-ensado; razón por la cual el área usuaria dio su aprobación y aceptación al mismo dada la seguridad del producto.
- 5.3 Con relación al producto "Criovial Estéril 2ml base plana o con faldón x 1000 Unid", ofertado por el Adjudicatario, señaló que el Impugnante cita la página web de un importador y no del propio fabricante. Asimismo, preciso que las muestras presentadas se encuentran dentro del rango solicitado, y que de acuerdo a las bases, no se indicó que la esterilización sea individualizada.
- 5.4 Finalmente, respecto al producto "Colorante Wriht x 1000 ml" señaló que como parte de las especificaciones técnicas, se estableció que el frasco que lo contenía, podía ser de vidrio o de plástico, siendo que el Adjudicatario ofertó esta última forma [polietileno de alta densidad].

Con relación a los incumplimientos del Adjudicatario en el ítem paquete N° 2

- 5.5 Respecto al producto "Hisopo de plástico con punta de algodón x 100 unidades", manifestó que dentro de las características solicitadas, éste sea un palo 4.0 mm diámetro de cabeza 15 mm, con un envase sellado herméticamente. Al revisar las muestras presentadas por el Adjudicatario, se advierte un palo de madera con punta de algodón, de acuerdo a las medidas y detalles aprobados por el área usuaria.
- 5.6 Por otra parte, respecto a que el Adjudicatario no habría presentado Certificación FDA, ISO o CE, para ninguno de los productos que conforman el paquete N° 2, señaló que a folios 182 de su oferta, obra la "Conformidad Europea" o CE.

Adicionalmente a ello, precisó con relación a los insertos de los productos del ítem paquete N° 2, que el Adjudicatario los adjuntó en su idioma original, lo cual garantiza

Resolución N° 2624-2017-TCE-S1

la responsabilidad de la exactitud y veracidad de dichos documentos, siendo que además adjunta el Certificado de Análisis de cada ítem.

- 5.7 Finalmente, respecto al cuestionamiento de que el Adjudicatario habría presentado muestras incompletas para los ítems paquete 1 y 2, indicó que ello carece de sustento toda vez que de haberlo hecho su oferta habría sido desestimada de plano. En ese sentido, precisó que existe un cargo con la relación de las muestras remitidas.
6. Con decreto del 13 de noviembre de 2017, se programó audiencia pública para el 17 del mismo mes y año, la misma que se llevó a cabo con la intervención del Impugnante².
7. Mediante decreto del 20 de noviembre de 2017, a efectos de que la Primera Sala cuente con mayores elementos al momento de resolver, se solicitó la siguiente información adicional:

"(...)

A LA ENTIDAD:

De acuerdo a lo manifestado por el Impugnante en su recurso de apelación, así como lo expresado por vuestra Entidad, a través de su Informe Técnico, sírvase:

En relación al ítem Paquete N° 01:

- Señalar de qué forma, según las bases integradas, los postores debían acreditar que el producto "Criovial **Estéril** 2ml base plan o con faldón x 1000 Uni (incluido 10 porta crioviales de 80x100 divisiones)", presentado por el Adjudicatario era "**estéril**", toda vez que a través del Anexo N° 8 [Declaración Jurada de Presentación del Producto], el citado postor indicó que dicho producto no requiere registro sanitario.
- Señalar, respecto del producto "Lanceta Retractil Pediátricas (**28G** x 1.5mm) x 200 Uni)", por qué consideró válido que el Adjudicatario lo oferte con un diámetro de **29G [0.33mm]**, si lo requerido por vuestra Entidad, así como lo declarado por el citado postor, a través del Anexo N° 8 de su oferta, era que el producto cuente con un diámetro de **28G [0.36mm]**.
- Con relación al producto "Colorante Azul de Cresil Brillante x 100ml", vuestra Entidad solicitó que el mismo sea presentado sólo "**frascos de vidrio color ámbar**"; sin embargo, el Impugnante cuestiona que revisada la muestra del Adjudicatario, éste lo habría ofertado en "**frascos de plástico**". Señale los motivos por los cuáles validó la citada oferta. Asimismo, sírvase remitir las muestras presentadas.

En relación al ítem Paquete N° 02:

- Señalar, respecto del producto "**Hisopo de plástico** con punta de algodón x 100 unidades", por qué consideró válido que el Adjudicatario oferte dicho producto como "**Hisopo de madera**", si lo requerido por vuestra Entidad, así como lo declarado por el citado postor, a través del Anexo N° 8 de su oferta, era que el producto sea "**Hisopo de plástico**".
- Indique por qué aceptó que el Adjudicatario presente los insertos de los productos integrantes del Paquete N° 2 en idioma inglés, cuando en el Requerimiento [Capítulo III], estipulaba que estos se presenten en idioma español.

En relación al Paquete Nro. 01 y 02:

- Sírvase remitir el documento a través del cual el Adjudicatario remitió a vuestra Entidad, las muestras de los ítem Paquete Nros 1 y 2, a efectos de verificar que cumplió con presentar todas los productos que integran dichos paquetes.

²

Para su informe legal el abogado Christian Francisco Pitta Lopez identificado con C.A.L. N° 46194.

- *Precise la oportunidad en la cual los postores debían presentar: i) la Aprobación FDA, CE o ISO, y, ii) Inserto en español; toda vez que se advierte que los mismos no han sido solicitados como documentos de presentación obligatoria.*

AL ADJUDICATARIO:

De acuerdo a lo manifestado por el Impugnante en su recurso de apelación, sírvase:

- *Indicar, respecto del producto "Lanceta Retractil Pediatricas (28G x 1.5mm) x 200 Uni)", por qué ofertó, a través de su Anexo N° 8, que éste contaba con un diámetro de 28G [0.36mm], si la muestra que remitió posee un diámetro de 29G [0.33mm]. Adicionalmente, precise que dimensión es la que finalmente ofertará, si 28G ó 29G.*
- *Indicar, respecto del producto "Hisopo de plástico con punta de algodón x 100 unidades", por qué ofertó, a través de su Anexo N° 8, que éste era un "Hisopo de plástico", si de la muestra que remitió a la Entidad se advierte que es un "Hisopo de madera". Asimismo, precise que tipo de Hisopo finalmente ofertará, si de madera o de plástico.*

AL IMPUGNANTE:

De acuerdo a lo manifestado en su recurso de apelación, sírvase:

- *Indicar por qué cuestionó que el Adjudicatario debía presentar el producto "Colorante Wriht x 1000 ml" en frascos de vidrio, si de acuerdo a las bases integradas, se estableció que adicionalmente a dicha forma de presentación, también se podían presentar frascos de polietileno de alta densidad [plástico], como lo habría efectuado el citado Adjudicatario"*

8. Mediante escrito S/N presentado el 24 de noviembre de 2017, el Adjudicatario dio respuesta al requerimiento solicitado, señalando lo siguiente:

8.1 Indicó con relación al producto "Lanceta retráctil pediátrica (28 G x 1.5mm) x 200 Unid", que ofrece un producto óptimo y adecuado tanto para el área usuaria así como también en beneficio colateral del paciente. En ese sentido precisó que su oferta es "Lanceta retráctil pediátrica N° 29G", siendo que, de darse el caso que el área usuaria se retracte de su calificación, no tendrían problemas en entregar la citada Lanceta pero en 28G, con el fin de no afectar a la Entidad.

8.2 Por otra parte, y con relación al "Hisopo de plástico con punta de algodón x 100 unidades", indicó que en efecto, entregaron **hisopos de madera**, conforme a las medidas solicitadas; sin embargo, manifestó que, dado los cuestionamientos a su oferta, su postura será la de entregar hisopos de plástico.

9. Con decreto del 28 de noviembre de 2017, se declaró el expediente listo para resolver

A. PROCEDENCIA:

10. Debe tenerse en cuenta que el procedimiento de selección, fue convocado el 28 de setiembre de 2017, bajo la vigencia de la Ley y su Reglamento, normas que resultan aplicables al presente caso.

Ahora bien, cabe señalar que el numeral 215.1 del artículo 215 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante la LPAG, establece la facultad de contradicción administrativa que señala que frente a un acto administrativo que supone viole, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa

Resolución N° 2624-2017-TCE-S1

mediante la interposición del recurso correspondiente que, en materia de contrataciones del Estado, es el recurso de apelación.

Téngase en cuenta que el numeral 41.3 del artículo 41 de la Ley, establece que el recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo Valor Referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, precisando que los actos que declaren la nulidad de oficio y otros actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuidad del procedimiento de selección, distintos de aquellos que resuelven los recursos de apelación, solo pueden impugnarse ante el Tribunal.

Al respecto, cabe indicar que el valor referencial de la contratación asciende a un total de S/ 398,957.98 soles, monto que resulta superior a las 50 UIT, razón por la que el Tribunal resulta competente para emitir pronunciamiento respecto a la presente controversia.

- 11.** Por otro lado, 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 siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro.

En esa misma línea, el numeral 37.1 del artículo 37 del Reglamento señala que todos los actos que se realicen a través del SEACE durante los procedimientos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación; asimismo, el numeral 37.3 del citado artículo, precisa que la notificación en el SEACE prevalece sobre cualquier medio que haya sido utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad de quienes intervienen en el procedimiento, el permanente seguimiento de éste a través del SEACE, en concordancia con el criterio adoptado en el Acuerdo de Sala Plena N° 003-2017/TCE del 26 de mayo de 2017, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 09 de junio del mismo año.

En ese sentido, en aplicación a lo señalado, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días para interponer su recurso de apelación, plazo que vencía el 20 de octubre de 2017, considerando que el otorgamiento de la buena pro se publicó en el SEACE el 13 del mismo mes y año. Al respecto, del expediente fluye que, mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2017, el Impugnante interpuso su recurso de apelación ante el Tribunal, advirtiéndose, por lo tanto, que lo presentó dentro del plazo estipulado en la normativa vigente.

Por tanto, habiéndose determinado que el recurso de apelación fue interpuesto dentro del plazo de ley, cumpliendo con los requisitos requeridos para ser declarado procedente, de conformidad con el artículo 101 del Reglamento, corresponde a este Tribunal avocarse a los asuntos de fondo propuestos.

B. PETITORIO:

El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- i) Se descalifique la oferta del Adjudicatario en los ítems paquete Nros. 1 y 2 del procedimiento de selección.
- ii) Se revoque el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario en los citados ítems paquete.
- iii) Se le otorgue la buena pro en los ítems Paquete Nros. 1 y 2.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

- 12.** Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado precedentemente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual deben fijarse 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 los medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentado 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 3 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual *"(...) el postor o los 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 con el recurso de apelación.** La absolución del traslado es presentado a la Mesa de Partes del Tribunal o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE según corresponda"* (subrayado y resaltado nuestro).

Ello 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 mediante su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver el traslado del recurso de apelación"*, conforme a la línea establecida en el Acuerdo de Sala Plena N° 002/2012 de fecha 05 de junio de 2012.

Asimismo, el numeral 4 del artículo 104 del Reglamento, dispone que el postor o postores emplazados con el recurso de apelación, deben absolverlo en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de ser notificados a través del SEACE.

- 13.** En el presente caso, se advierte que mediante decreto publicado en el SEACE el 02 de noviembre de 2017, se notificó el recurso de apelación interpuesto, siendo que, el postor o postores emplazados, contaban con un plazo máximo de cinco (5) días hábiles siguientes a dicha notificación, a efectos de presentar su escrito de absolución, el cual vencía el 09 del mismo mes y año; sin embargo, se advierte que el Adjudicatario no absolvió el mismo oportunamente.

Por tanto, en consideración a lo expuesto, este Colegiado debe avocarse al análisis de los puntos controvertidos que devienen del recurso de apelación y su subsanación, presentados por el Impugnante dentro de los plazo previsto por ley.

Resolución N° 2624-2017-TCE-S1

14. Del citado recurso de apelación, fluye que los asuntos materia de controversia que deben ser objeto de pronunciamiento por este Tribunal son:

- i) Determinar si corresponde revocar el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario en los ítems paquete Nros. 1 y 2.
- ii) Determinar si corresponde otorgar la buena pro de los ítems paquete Nros. 1 y 2 al Impugnante.

II. FUNDAMENTACIÓN:

15. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra el otorgamiento de la buena pro en el marco del procedimiento de selección.

16. En primer lugar, resulta relevante señalar que, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Dicho artículo, adicionalmente, establece que los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad.

Asimismo, prescribe que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación, sin la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo.

17. A su vez, 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.

18. 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.

19. 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.

Por ello, las decisiones que se adopten en materia de contrataciones del Estado deben responder al equilibrio armónico que debe existir entre los derechos de los postores y su connotación en función del bien común e interés general, a efectos de fomentar la mayor participación de postores, con el propósito de seleccionar la mejor oferta.

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

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE REVOCAR EL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO A FAVOR DEL ADJUDICATARIO EN LOS ÍTEMS PAQUETE NROS. 1 Y 2.

Respecto del ítem paquete N° 1

21. Sobre el particular, el Impugnante señaló que el Adjudicatario no habría cumplido con ofertar el bien "Lanceta retráctil pediátrica (28 G x 1.5mm) x 200 Unid", conforme a las especificaciones técnicas solicitadas por la Entidad.

En ese sentido, indicó que una de las características solicitadas era que la referida "Lanceta" cuente con una medida de 28 galgas o 28G (0.36mm); sin embargo, precisó que el Adjudicatario, al momento de remitir su muestra la presentó en una medida de 29G (0.33mm), incumpliendo con lo dispuesto por la Entidad en las bases integradas.

Pese a dicho incumplimiento, precisó que el comité de selección dio por válida su oferta, otorgándole la buena pro en el ítem paquete N° 1.

22. Por su parte la Entidad, con ocasión del informe técnico legal remitido, señaló que de acuerdo con las bases integradas la "Lanceta retráctil pediátrica", debía tener una medida de 28G; sin embargo, precisó que el comité de selección, al evaluar la muestra presentada por el Adjudicatario, consideró que la "Lanceta" que ofertó, si bien tenía una medida de 29G, por su "calidad" debía ser aceptada sin observaciones.
23. Ahora bien, en el numeral 3.1 – Especificaciones Técnicas del Capítulo III – Requerimiento de la Sección Específica de las bases integradas [folio 29], la Entidad estableció que la "Lanceta retráctil pediátrica", debía contar, entre otras, con las siguientes características:

Lanceta Retractil Pediátricas (28G x 1.5 MM) x 200 unid.	(...) Descartables con aguja de acero con bisel indoloro de 28G y con profundidad del pinchazo de 1.5mm (...)
--	--

Asimismo, en el numeral 2.2.1.1. – Documentos para la admisión de la oferta del Capítulo II de la Sección Específica de las citadas bases integradas, se estableció lo siguiente:

- (...)
2.2.1.1 – Documentos para la admisión de la oferta
(...)
c) Declaración Jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas contenidas en el numeral 3.1 del Capítulo III de la presente sección (Anexo N° 3).
(...)
f) Declaración Jurada de presentación de la propuesta técnica, el producto a ofertar (Anexo N° 08)
Este documento debe contar con información fidedigna, **cualquier discrepancia con los documentos que se presenten dará lugar a la descalificación de la propuesta.**

Resolución N° 2624-2017-TCE-S1

h) *Presentar muestras para los paquetes ofertados, según especificaciones técnicas, dichas muestras serán presentadas por los postores al momento de alcanzar su oferta, como parte de la admisibilidad de la oferta, con la finalidad de verificar con el cumplimiento de las especificaciones técnicas del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, las muestras deberán ser rotuladas en la forma siguiente: Número o Nombre del ítem – Paquete, Nombre del Postor participante y N° del Procedimiento.*

Muestras a presentar por paquete, son las siguientes:

N°	DESCRIPCION	U.M.	CANT.
(...)	(...)	Caja	1
1.11	Lanceta retráctil pediátricas (28G x 1.5mm) X 200 Uni.		

(...)

Nótese de lo antes reseñado, que el área usuaria estableció que la "Lanceta retráctil pediátrica", debía, como una de sus especificaciones técnicas, tener una medida de 28G; para lo cual, en la oferta, tenían que presentar, entre otros, la respectiva muestra, así como los documentos antes reseñados [Anexos Nros 3 y 8]

Asimismo, se advierte que en el Anexo N° 8, los postores debían reseñar las especificaciones técnicas del producto ofertado, siendo que, de encontrarse discrepancias con otros documentos de la oferta con el citado Anexo, ello daría lugar a la descalificación de la propuesta.

24. Ahora bien, revisada la oferta del Adjudicatario, se aprecia que en esta obra el Anexo N° 3, a través del cual, el referido postor, señaló ofrecer la "Lanceta retráctil pediátrica", de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en las bases integradas; es decir, se entiende con una medida de **28G**.

Asimismo, también se aprecia que, en la oferta, obra el Anexo N° 8, en donde el Adjudicatario manifestó que el producto "Lanceta retráctil pediátrica", contaba, entre otras, con las siguientes características:

ANEXO N° 8			
(...)	DECLARACION JURADA DE PRESENTACION DE PROPUSETA TÉCNICA		
(...)			
CARACTERISTICAS PRODUCTO	PRINCIPALES	DEL	Lancetas retractiles pediátricas descartables con aguja de acero con bisel indoloro de 28G y con profundidad del pinchazo de 1.5mm (...)
(...)			

De acuerdo con lo antes reseñado [Anexos Nros. 3 y 8], se advierte que el Adjudicatario ofreció, para el presente procedimiento de selección, una "Lanceta retráctil pediátrica" con una medida de **28G**.

25. En relación a la muestra del producto ofertado por el Adjudicatario, cabe precisar que ésta no fue remitida por la Entidad con los antecedentes administrativos, ni tampoco con la información adicional requerida por este Tribunal; razón por la cual, corresponde poner en conocimiento del Órgano de Control de la Entidad dicho incumplimiento, para los fines pertinentes, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 104 del Reglamento, que estipula que el incumplimiento de las Entidades en las obligaciones

dispuestas por el Tribunal, constituye una infracción al deber de colaboración con la Administración.

Sin perjuicio de lo anterior, el Impugnante como parte de su recurso, señaló que la muestra presentada por el Adjudicatario correspondería a un producto que no cumpliría con la medida de 28G requerida por la Entidad, en tanto en su envase se consigna "29G" para lo cual adjuntó el siguiente medio probatorio:



De acuerdo con lo antes reseñado, se advertiría que, en la oferta del Adjudicatario, existiría una discrepancia respecto de la medida del producto "Lanceta retráctil pediátrica", dado que en los Anexos Nros. 3 y 8, dicho postor declaró que su medida era de 28G; sin embargo, según la muestra remitida a la Entidad contaría con una medida de 29G.

26. En atención a lo antes expuesto, este Colegiado solicitó al Adjudicatario, a través del decreto del 20 de noviembre de 2017, se pronuncie respecto a la discrepancia advertida en su oferta. Asimismo, se le conminó a que precise, cuál era la medida que finalmente ofertará a la Entidad, si 28G o 29G.

Ante dicho pedido de información, el Adjudicatario reconoció que el producto que ofertó era una "Lanceta retráctil pediátrica" de **29G**; sin embargo, precisó que, si ello ocasionara problemas a la Entidad, se comprometería a entregar dicho producto con la medida requerida [**28G**].

Resolución N° 2624-2017-TCE-S1

27. De acuerdo con lo antes expuesto, así como lo manifestado por el propio Adjudicatario, se advierte que en la oferta del referido postor existe una discrepancia, relativa a la medida de la "Lanceta retráctil pediátrica", toda vez que en los Anexos Nros. 3 y 8, éste manifestó que la medida de la misma era de 28G; sin embargo, al momento de presentar la muestra del citado producto la remitió con una medida de 29G, habiendo informado a esta Sala que, no obstante lo declarado en sus anexos, ofertaba un producto con esta última medida, por lo que corresponde descalificar su oferta en el presente ítem paquete.
28. En ese sentido, este extremo del recurso de apelación debe ser amparado, y por consecuencia revocarse el otorgamiento de la buena pro, a favor del Adjudicatario, al haberse determinado que en la oferta del mismo existe discrepancias que ameritan su descalificación en el ítem paquete N° 1. Cabe precisar que por dicha razón, resulta irrelevante pronunciarse sobre los demás cuestionamientos formulados por el Impugnante respecto de la oferta presentada por el Adjudicatario en el referido ítem paquete, en tanto ello no revertirá la condición de descalificado de éste último que el Colegiado ha determinado.

Respecto del ítem paquete N° 2

29. El Impugnante señaló que el Adjudicatario no habría cumplido con ofertar el bien "hisopo de plástico con punta de algodón x 100 unidades", conforme a las especificaciones técnicas solicitadas.

Sobre el particular, precisó que una de las características establecidas en las bases integradas, era que el referido "Hisopo" sea de plástico; sin embargo, indicó que el Adjudicatario, al momento de remitir la muestra del citado producto, presentó Hisopos de madera, incumpliendo con lo dispuesto en las citadas bases.

Sin perjuicio de ello, manifestó que el comité de selección dio por válida su oferta, otorgándole la buena pro en el ítem paquete N° 2.

30. Por su parte la Entidad, con ocasión del informe técnico legal remitido, señaló que, en las especificaciones técnicas solicitadas, se estableció, entre otras, que el cuerpo del hisopo sea de madera, y que éste cuente con un diámetro de 4mm. En ese sentido, precisó que el Adjudicatario presentó en su oferta hisopos de madera, los cuales cumplían con las medidas establecidas por el área usuaria, por lo que consideró válida su oferta.
31. Ahora bien, en el numeral 3.1 – Especificaciones Técnicas del Capítulo III – Requerimiento de la Sección Específica de las bases integradas [folio 32], la Entidad estableció que el producto materia de análisis, debía contar, entre otras, con las siguientes características:

Hisopo de plástico con punta de algodón x 100 unidades.	Características Hisopo de plástico con punta de algodón estéril y absorbente diseñada para procedimientos de muestreo. Medidas: Palo: 4.0mm (...)
--	---

Asimismo, y al igual que en el punto anterior, las bases integradas requirieron, en el numeral 2.2.1.1 de los Documentos para la admisión de la oferta, que los postores presenten los Anexos Nros. 3 y 8, así como la correspondiente muestra del producto ofertado, que, en el presente caso, correspondía al "hisopo de Plástico con punta de algodón".

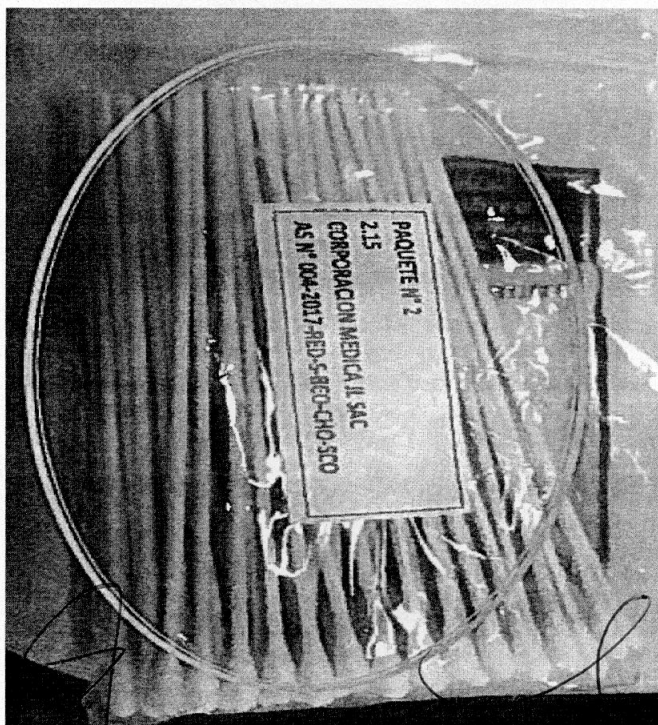
32. Ahora bien, revisada la oferta del Adjudicatario, se aprecia que en esta obra el Anexo N° 3, a través del cual, el referido postor, señaló ofrecer el citado Hisopo, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en las bases integradas; es decir, que el cuerpo del mismo sería de plástico.

Por su parte, también se aprecia que, en la oferta, obra el Anexo N° 8, en donde el Adjudicatario manifestó que el producto aludido, contaba con las siguientes características:

ANEXO N° 8			
(...)	DECLARACION JURADA DE PRESENTACION DE PROPUSETA TÉCNICA		
(...)			
CARACTERISTICAS PRODUCTO	PRINCIPALES	DEL	Hisopo de plástico con punta de algodón estéril absorbente
(...)			

De acuerdo con lo antes reseñado [Anexos Nros. 3 y 8], se advierte que el Adjudicatario ofreció, para el presente procedimiento de selección, el producto "Hisopo", de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en las bases integradas; es decir, con cuerpo de **plástico**.

33. Ahora bien, como parte de su recurso de apelación el Impugnante indicó que de la muestra presentada por el Adjudicatario, se advertiría que los hisopos que finalmente ofrecería a la Entidad, tendrían el cuerpo de "madera", hecho que contravendría lo dispuesto en la bases integradas. En ese sentido, como medio probatorio, adjuntó lo siguiente:



Resolución N° 2624-2017-TCE-S1

34. Al respecto, cabe recordar que, conforme se ha señalado previamente, la Entidad no cumplió con remitir las muestras presentadas por los postores en el procedimiento de selección, razón por la cual, se requirió al Adjudicatario, con decreto del 20 de noviembre de 2017, se pronuncie en torno a la discrepancia alegada por el Impugnante, debiendo además precisar, qué tipo de "Hisopo" sería el que finalmente ofertaría.

Ante dicho pedido de información, el Adjudicatario declaró que el producto ofertado por su representa es un "Hisopo de madera", el cual cumple con las medidas solicitadas; sin embargo, precisó que si su oferta generaría un problema para el área usuaria, cambiaría el mismo por "Hisopos de plástico".

35. De acuerdo con lo antes expuesto, queda evidenciado que en la oferta del Adjudicatario existe una discrepancia relativa al cuerpo del Hisopo, toda vez que en los Anexos Nros. 3 y 8, el referido postor manifestó que éste era de "plástico"; sin embargo, al momento de presentar la muestra del citado producto la remitió con un cuerpo de "madera", por lo que corresponde descalificar su oferta en el presente ítem paquete.

36. En ese sentido, este extremo del recurso de apelación debe ser amparado, y por consecuencia revocarse el otorgamiento de la buena pro, a favor del Adjudicatario, al haberse determinado que en la oferta del mismo existe una discrepancia que amerita su descalificación en el ítem paquete N° 2.

37. En mérito a lo antes expuesto, este Colegiado considera que la oferta presentada por el Adjudicatario para los ítems paquete Nros. 1 y 2, debe ser descalificada, al evidenciarse discrepancias en la misma, y por consecuencia revocarle el otorgamiento de la buena pro a su favor en los citados ítems. En ese sentido, resulta irrelevante pronunciarse sobre los demás cuestionamientos formulados por el Impugnante respecto de la oferta presentada por el Adjudicatario en el referido ítem paquete, en tanto ello no revertirá la condición de descalificado de éste último, que el Colegiado ha determinado.

38. En este sentido, corresponde que este extremo del recurso sea declarado FUNDADO.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE OTORGAR LA BUENA PRO DE LOS ÍTEMS PAQUETE NROS. 1 Y 2 AL IMPUGNANTE.

39. Conforme a lo determinado en el punto controvertido precedente, al declararse descalificada la oferta del Adjudicatario, este Colegiado procedió a revisar el acta de evaluación de ofertas, evidenciándose que el comité de selección, posteriormente a la evaluación, calificó la oferta del Adjudicatario y también la del Impugnante, al haber obtenido este último el segundo lugar en el orden de prelación.

40. Por lo tanto, conforme a la actuación realizada por el comité de selección, en el marco de lo establecido en el artículo 55 del Reglamento, la oferta del Impugnante ha sido revisada y calificada, siendo que dicho acto, en atención a lo dispuesto por el artículo 9 de la LPAG, se encuentra premunido de la presunción de validez, por lo que, en base a lo señalado en el literal c) del numeral 106.1 del artículo 106 del Reglamento, corresponde otorgarle la buena pro del procedimiento de selección al Impugnante.

41. En ese sentido, corresponde que el presente punto controvertido, respecto de ambos ítems paquete, sea declarado FUNDADO.

42. En atención a ello, en virtud de lo establecido en el artículo 110 del Reglamento, corresponde disponer la devolución de la garantía presentada por el Impugnante.
43. Finalmente, conviene señalar que, como parte del requerimiento se advierte que la Entidad solicitó, para determinados productos, que éstos cuenten con aprobación, FDA, CE o **ISO**. Sobre el particular, debemos precisar que en diversos Pronunciamientos emitidos por el OSCE³, se ha indicado que la certificación "ISO", no tiene carácter obligatorio dentro de la legislación nacional, por lo que constituyen normas de carácter facultativo, razón por la cual, no deben ser solicitadas como parte de los requerimientos técnicos mínimos.

Sin embargo, considerando que la legalidad de dicho requisito no ha sido objeto de cuestionamiento por las partes, y que solo el Impugnante cuestionó su falta de acreditación por parte del Adjudicatario⁴, [quien debe ser descalificado por las consideraciones que han sido expuestas de forma precedente], la Sala considera que dicha exigencia, no obstante ser una deficiencia, en el presente caso, no amerita la declaración de nulidad del procedimiento de selección, en el marco de lo dispuesto por el numeral 14.2.4 del artículo 14 de la LPAG⁵.

No obstante ello, corresponde remitir la presente Resolución al Titular de la Entidad, a fin que, bajo responsabilidad, cautele que en próximos procedimientos de contratación no se exijan en las especificaciones técnicas, la presentación de certificaciones ISO.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Otto Eduardo Egusquiza Roca y la intervención de los Vocales Víctor Manuel Villanueva Sandoval y Gladys Cecilia Gil Candia, y, atendiendo a la conformación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 015-2017-OSCE/CD del 09 de mayo de 2017, publicada el 11 del mismo mes y año en el Diario Oficial El Peruano, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 76-2016-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por empresa **BIOGENICS LAB S.A.C.**, en los ítems paquete Nros. 1 y 2 de la Adjudicación Simplificada N° 004-2017-RED-S-BCO-CHO-SCO – Primera convocatoria, para la contratación de bienes "*Adquisición de material, insumos y reactivos de laboratorio para los establecimientos de salud de las Redes de Salud Barranco Chorrillos Surco*", por los fundamentos expuestos. En consecuencia:

³ Por ejemplo el Pronunciamiento N° 1349-2017/OSCE-DGR del 19 de setiembre de 2017.

⁴ Ni el Adjudicatario ni la Entidad han cuestionado que el Impugnante no haya cumplido con dicho requisito.

⁵ "**Artículo 14.- Conservación del acto**

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
(...)"



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

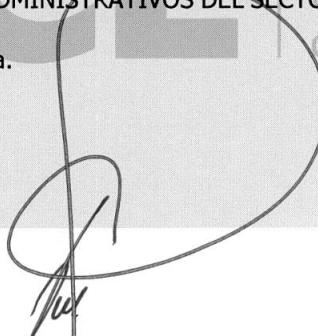
Organismo Supervisor
de las Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones
del Estado

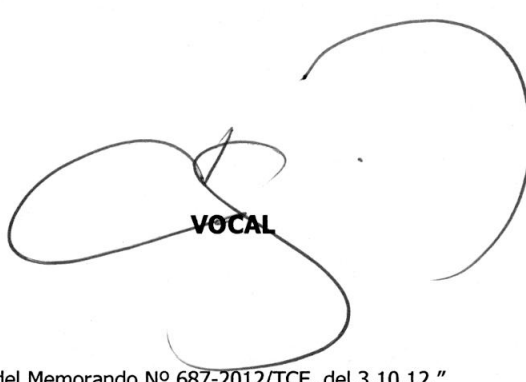
Resolución N° 2624-2017-TCE-S1

- a. **Tener por descalificada** la oferta del Adjudicatario, empresa **CORPORACIÓN MEDICA JL S.A.C.** y, en consecuencia, revocar el otorgamiento de la buena pro otorgada a su favor, en los ítems paquete Nros. 1 y 2 del procedimiento de selección.
- b. **Otorgar la buena pro** de los ítems paquete Nros. 1 y 2 de la Adjudicación Simplificada N° 004-2017-RED-S-BCO-CHO-SCO – Primera convocatoria, al postor **BIOGENICS LAB S.A.C.**
2. **DEVOLVER** la garantía presentada por el Impugnante por la interposición de su recurso de apelación, respecto de los ítems paquete Nros. 1 y 2.
3. **COMUNICAR** al Órgano de Control Interno de la Entidad, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 104 del Reglamento, el incumplimiento de ésta en la atención de la remisión de información requerida por el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 25 de la presente Resolución.
4. **COMUNICAR** del Titular de la Entidad, la presente Resolución, para los fines pertinentes.
5. 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 realizará(n) dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central de OSCE para que se gestione su eliminación siguiendo lo dispuesto en la Directiva N° 006/86-AGN-DGAI "NORMA PARA LA ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS EN LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL".
6. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PRESIDENTE


VOCAL


VOCAL

SS.
Villanueva Sandoval.
Gil Candia.
Egusquiza Roca.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 3.10.12."

