



Resolución N° 554-2011-TC-S4

Sumilla : *Declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa LABORATORIOS TRIFARMA S.A. contra el acto de otorgamiento de la buena pro en el marco del ítem N° 148 de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA (Compra Corporativa Facultativa), la cual se revoca.*

Lima, 30 de Marzo de 2011

Visto en sesión de fecha 30 de marzo de 2011 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 328.2011.TC, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa LABORATORIOS TRIFARMA S.A. contra el acto de otorgamiento de la buena pro en el marco del ítem N° 148 de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA (Compra Corporativa Facultativa); y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 29 de diciembre de 2010, el Ministerio de Salud, en adelante la Entidad, convocó la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA (Compra Corporativa Facultativa), para la adquisición de medicamentos, bajo el sistema de precios unitarios y con un valor referencial total ascendente a la suma de S/. 344' 076 132,87 (Trescientos cuarenta y cuatro millones setenta y seis mil ciento treinta y dos y 87/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de ley.
2. Del 3 al 23 de febrero de 2011, se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la buena pro, fecha en la cual resultó favorecida, respecto del ítem N° 148 (Gluconato de Calcio 10% x 10 ml Inyectable), la empresa FRESENIUS KABI S.A.C., en adelante la Adjudicataria, por su oferta económica equivalente a la suma de S/. 525 275,00 (Quinientos veinticinco mil doscientos setenta y cinco y 00/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de ley, quedando el cuadro de otorgamiento de la buena pro conforme al siguiente detalle resumido:

Postor	Precio Inicial	Puja 5	Puja 6	Ganador
LABORATORIOS TRIFARMA S.A.	S/. 534 466,40	S/. 525 850,000	NO VA	
FRESENIUS KABI S.A.C.	S/. 538 094,00	S/. 525 275,000	NO VA	*

3. Mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2011, subsanado el 9 del mismo mes y año, la empresa LABORATORIOS TRIFARMA S.A., en adelante el Impugnante, interpuso ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal,



Resolución N° **554-2011-TC-S4**

recurso de apelación contra los actos dictados por el Comité Especial en el marco de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA, al haber habilitado la propuesta del postor FRESENIUS KABI S.A.C., en el marco del ítem N° 148, pese a estar impedido de ser postor y/o contratista de acuerdo a lo establecido en el literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, bajo los siguientes argumentos:

- a.** La empresa SANDERSON S.A. (PERU), representada por su apoderado Sr. Ricardo Acedo Morales y su Gerente General Srta. María Irene Morales Estay, con fecha 17 de diciembre de 2010 fue sancionada por el periodo de 15 meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, mediante Resolución N° 2328-2010-TC-S3, ratificada por Resolución N° 042-2011-TC-S3 de fecha 17 de enero de 2011, fecha a partir de la cual no han transcurrido más de tres meses.
 - b.** Al respecto, FRESENIUS KABI S.A.C. ha participado en el presente proceso con las mismas personas detalladas en el párrafo precedente, circunstancia que inhabilita a dicha empresa, en virtud de lo dispuesto en el literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones de Estado.
 - c.** Por todo lo expuesto, se solicita declarar fundado el presente recurso, y por su efecto, descalificar la propuesta de la Adjudicataria.
- 4.** Mediante decreto de fecha 9 de marzo de 2011, notificado el 11 del mismo mes y año, se admitió a trámite el recurso presentado y se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para su pronunciamiento. Asimismo, se corrió traslado del recurso presentado a la Entidad, para que cumpliera, entre otros, con remitir los antecedentes administrativos del caso, y se remitió a la Oficina de Administración y Finanzas, el Depósito en Cuenta Corriente presentado por el Impugnante en calidad de garantía.
- 5.** El 16 de marzo de 2011, la Entidad remitió los antecedentes administrativos incompletos.
- 6.** Mediante decreto de fecha 18 de marzo de 2011, se tuvo presente los antecedentes remitidos por la Entidad, agregándose a los autos, así como autorizadas las personas designadas para la realización de la lectura del expediente.
- 7.** Mediante decreto de fecha 18 de marzo de 2011, se requirió a la Entidad para que remitiera el Informe Técnico Legal de su asesoría, pronunciándose respecto del recurso de apelación interpuesto. De igual manera, se solicitó a la empresa FRESENIUS KABI S.A.C. cumpliera con absolver el traslado del recurso de apelación mencionado.
- 8.** Mediante Oficio N° 628-2011-OL-MINSA de fecha 22 de marzo de 2011, recibido el mismo día, la Entidad remitió el Informe Técnico Legal N° 012-2011-OL-MAPC/MINSA.



Resolución N° 554-2011-TC-S4

9. Mediante decreto de fecha 24 de marzo de 2011, visto el Memorando N° 213-2011-TCE-MYL de la Presidencia del Tribunal, se dispuso la reasignación y remisión del presente expediente a la Cuarta Sala del Tribunal.
10. El 24 de marzo de 2011, la empresa FRESENIUS KABI S.A.C. absolvió traslado del recurso interpuesto, señalando que en su oportunidad había cumplido con remitir a la Entidad la absolución correspondiente, bajo los siguientes argumentos:
- En efecto, María Irene Morales Estay ostenta la calidad de Gerente General de las empresas FRESENIUS KABI S.A.C. y SANDERSON S.A. (PERÚ), precisando igualmente que dicha persona no posee, ha poseído ni detenta participación alguna sea en el capital o en el patrimonio de aquellas empresas.
 - Adicionalmente, el hecho que la señorita María Irene Morales Estay ostente tal cargo en ambas empresas no es causal de impedimento alguno para la empresa FRESENIUS KABI S.A.C., puesto que no forma ni ha formado parte de la empresa SANDERSON S.A. (PERÚ), en la medida que no ha tenido ni tiene participación alguna en el capital social o patrimonio de la misma.
 - Por último, cabe tener en consideración la Resolución N° 516-2010-TC-S2 en la cual se ventiló un caso similar sin tener en cuenta la condición de Gerente General de determinada persona.
11. Mediante decreto de fecha 28 de marzo de 2011, se dispuso incorporar al presente expediente copia de la Vigencia de Poder de fecha 6 de octubre de 2010, referida a la designación de apoderados de la empresa SANDERSON S.A. (PERÚ), cuyos ejemplar obra en el Expediente N° 1092/2010.TC.

FUNDAMENTACIÓN:

- Es materia del presente análisis el recurso de apelación interpuesto por la empresa LABORATORIOS TRIFARMA S.A. contra el otorgamiento de la buena pro en el marco del ítem N° 148 de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA, convocada por el Ministerio de Salud, para la adquisición de medicamentos¹.
- Al respecto, y en atención a la modalidad del proceso de selección antes acotado, conviene traer a colación lo señalado en el artículo 94 del Capítulo IX "Subasta Inversa" del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, según el cual, "*las discrepancias que surjan desde la convocatoria hasta la celebración del contrato inclusive, podrán dar lugar a la interposición del recurso de apelación ante el Titular de la Entidad o el Tribunal, según corresponda, debiendo cumplirse los requisitos y garantías establecidos en la Ley y el presente Reglamento*".

¹ Cabe señalar, que el proceso en cuestión corresponde a la Novena Compra Corporativa Facultativa de Medicamentos del MINSA y a la Sexta Compra Facultativa Intersectorial de Medicamentos.



Resolución N° 554-2011-TC-S4

3. En dicho sentido, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, el cual establece que los recursos impugnativos se encuentran orientados a resolver las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores de un proceso de selección, desde la convocatoria hasta la celebración del contrato, determinando que las discrepancias surgidas entre la Entidad y los postores, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación.
4. A su turno, el artículo 95 del Reglamento, el cual alude a las particularidades de las Subasta Inversa Presencial, señala que *"el recurso de apelación contra los actos producidos durante el acto público de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro, y contra los actos que afecten su validez, deberá ser interpuesto por los postores dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de dicho acto público, en el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes de dicho acto público en el caso de Adjudicaciones Directas"*.
5. Al respecto, del análisis de la documentación obrante en el expediente, se observa que el acto público de presentación de propuestas, puja, y otorgamiento de la buena pro se realizó del 3 al 23 de febrero de 2011, por lo que el Impugnante podía interponer el recurso de apelación correspondiente hasta el 7 de marzo de 2011, siendo que el 4 del mismo mes y año el recurso ingresó a la Mesa de Partes del Tribunal.
6. Así, pues, habiéndose verificado en el caso que nos ocupa el cumplimiento de los supuestos de procedencia contemplados en la normativa de la materia, corresponde efectuar el análisis de fondo del mismo, respecto de lo cual se presenta como punto controvertido que corresponde ser analizado por este Colegiado, el determinar si el Adjudicatario se encontraba impedido para participar en el proceso de selección, en virtud de lo previsto en el literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, y si por su efecto, corresponde la descalificación de su propuesta.
7. Para esto, debe tenerse presente, como marco referencial, que la Subasta Inversa Presencial es una modalidad especial de selección por la cual una Entidad realiza la adquisición de bienes comunes y la contratación de servicios comunes a través de una oferta pública, en la que el postor ganador será aquel que ofrezca el menor precio o costo en igualdad de circunstancias comerciales y de servicio. Dichos bienes o servicios al tener características comunes permite que se puedan estandarizar e incorporar en fichas técnicas, siendo el OSCE, la Entidad encargada de aprobar las fichas técnicas de los bienes y servicios transables que puedan adquirirse o contratarse bajo esta modalidad, observando las normas técnicas, metrológicas y/o sanitarias, así como la normativa aplicable.
8. Así, pues, en lo que atañe al fondo de la controversia que nos ocupa, sostiene el Impugnante que la empresa Adjudicataria se encontraría inmersa en el impedimento contenido en el literal k) del artículo 10 de la Ley, en la medida que su Gerente General, Señorita María Irene Morales Estay, es también Gerente General de la empresa SANDERSON S.A. (PERÚ), la misma que cuenta con sanción de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y/o contratar con el

Resolución N° 554-2011-TC-S4

Estado, por el periodo de quince (15) meses, según sanción impuesta por Resolución N° 2328-2010-TC-S3, confirmada por Resolución N° 042-2011-TC-S3.

- 9.** Sobre el particular, conviene recordar que conforme a lo señalado en el literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, cualquiera sea el régimen de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas "las personas jurídicas, cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente" (el subrayado es nuestro).
- 10.** Ahora bien, dicho lo anterior, y verificada la Base de Datos del Registro de Inhabilitados, obrante en la página web institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se advierte que, en efecto, la empresa SANDERSON S.A. (PERÚ), en virtud de la sanción impuesta mediante Resolución N° 2328-2010-TC-S3 de fecha 17 de diciembre de 2010, confirmada por Resolución N° 042-2011-TC-S3 del 17 de enero de 2011, cuenta con inhabilitación temporal vigente para participar en procesos de selección y contratar con el Estado desde el 18 de enero de 2011 al 17 de abril de 2012.
- 11.** De otra parte, nótese que de conformidad con la información contemplada en la Partida Registral N° 12582274 (A00001), emitida por la Oficina Registral de Lima de la Zona Registral N° IX de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), la señorita MARIA IRENE MORALES ESTAY, es Gerente General de la empresa FRESENIUS KABI S.A.C. desde el 18 de noviembre de 2010 a la fecha. Seguidamente, de acuerdo con la información obtenida del Registro Único de Contribuyentes, obrante en la página web institucional de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), la señorita MARIA IRENE MORALES ESTAY es Gerente General de la empresa SANDERSON S.A. (PERÚ) desde el 13 de agosto de 2009 a la fecha, datos que han sido corroborados expresamente mediante Carta de fecha 14 de marzo de 2011 remitida a la Entidad el mismo día, suscrita por la mencionada Gerente, en representación de la empresa FRESENIUS KABI S.A.C. y que obra en el expediente en calidad de anexo del escrito de absolución del recurso presentado.
- 12.** A mayor abundamiento, adviértase que mediante Vigencia de Poder emitida el 6 de octubre de 2010, se certifica que en el Asiento C0009 de la Partida Registral N° 11017358 de la sociedad SANDERSON S.A. (PERÚ), consta registrado y vigente el Acta de Junta General de fecha 20 de enero de 2009, donde se acordó nombrar como Apoderado de Clase "B" a María Irene Morales Estay.



Resolución N° **554-2011-TC-S4**

- 13.** Sobre la base de lo expuesto, debe tenerse presente que el impedimento contenido en el literal k) del artículo 10 de la Ley y esbozado en el numeral 9 de la presente Fundamentación, tiene como finalidad que los efectos de la sanción impuesta por el Tribunal no sean soslayados o desconocidos con el tiempo, extendiendo los alcances de la prohibición a una persona jurídica, que si bien directamente no ha incurrido en una conducta sancionable, con su participación puede encubrir la participación de una persona jurídica sancionada.
- 14.** En dicho sentido, y a fin de determinar con precisión los alcances del impedimento atribuido a la Adjudicataria, es importante mencionar que, conforme a lo expresamente previsto en la normativa de contrataciones, dicho impedimento ha sido previsto tanto para el caso de personas jurídicas como personas naturales, siendo que respecto de las primeras, el mencionado literal k) permite advertir que la sola imposición de sanción de inhabilitación temporal o definitiva a una empresa, genera la configuración de un impedimento para ser postor y contratista en toda persona jurídica cuyo socio, accionista, participacionista, titular, integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal formen o hayan formado parte de la empresa sancionada, siendo que los únicos límites previstos para la configuración de dicho impedimento, se encuentran referidos con exclusividad al caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, en cuyo caso su participación en la empresa que participa o contrata debe ser superior al 5% del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente, quedando exceptuados de tal exigencia los integrantes del órgano de administración, apoderados o representantes legales, esto es, no siendo exigible el porcentaje señalado para los integrantes del órgano de la administración.
- 15.** En dicho sentido, habida cuenta que en el caso que nos ocupa, la señorita MARIA IRENE MORALES ESTAY, ostenta el cargo de Gerente General tanto de la empresa FRESENIUS KABI S.A.C. y SANDERSON S.A., el cual en virtud de lo dispuesto en el artículo 152 del Capítulo III Título II de la Ley General de Sociedades, N° 26887, es un órgano de la administración, deviene en irrelevante verificar el porcentaje de participación en el capital o patrimonio social de las mismas.
- 16.** En efecto, y en atención a la evidencia de los hechos antes descritos, es posible determinar que para el 3 de febrero de 2011, fecha en la cual se inició el acto de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la buena pro, la empresa FRESENIUS KABI S.A.C. se encontraba impedida de participar en procesos de selección y/o contratar con el estado, por lo que su propuesta debe ser descalificada.
- 17.** Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y con relación a lo mencionado por la empresa FRESENIUS KABI S.A.C., con relación a la Resolución N° 516-2010-TC-S2, que fuera emitida en el marco del recurso de apelación interpuesto con ocasión del Concurso Público N° 1-2009/IMARPE, en la cual se señala, respecto del impedimento consignado en el literal k del artículo 10 de la Ley, argumentos vinculados solo a la calidad de accionista, este Colegiado considera de singular importancia precisar, conforme a lo señalado a lo largo de la presente Fundamentación, que el citado



Resolución N° 554-2011-TC-S4

impedimento no solo hace referencia a la calidad de socio o accionista para efectos de su configuración, sino además, a la calidad de integrantes del órgano de administración, apoderados o representantes legales, por lo que la mencionada resolución no es asimilable al presente procedimiento..

- 18.** Dentro de este contexto, y por las consideraciones expuestas, se observa que la Adjudicataria se encontraba impedida para el 3 de febrero de 2011 de participar en la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA, por lo que corresponde tener por desestimada su propuesta, y en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 119 del Reglamento, declarar fundado el recurso de apelación promovido por la empresa LABORATORIOS TRIFARMA S.A.
- 19.** Ahora bien, estando a lo señalado en el artículo 32 de la Ley, cuyo texto refiere que *"para otorgar la Buena Pro en los procesos de selección convocados bajo la modalidad de Subasta Inversa se requerirá la existencia de dos (2) ofertas válidas como mínimo; de lo contrario, el proceso se declarará como desierto"*, teniéndose por desestimada la propuesta del Adjudicatario, y quedando la propuesta del Impugnante como la única habilitada en el ítem N° 148, corresponde declarar desierto el ítem N° 148 de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA.
- 20.** Por último, considerando que, en el presente caso, la empresa FRESENIUS KABI S.A.C. ha presentado en su propuesta técnica la Declaración Jurada conforme el artículo 42 del Reglamento-Anexo N° 06, en la cual declara no tener impedimento para participar en el proceso de selección, corresponde abrir expediente administrativo sancionador a la citada empresa por la presentación de información inexacta, de conformidad con lo establecido en el literal i) del artículo 51.1 de la Ley, en concordancia con el literal i) del numeral 1 del artículo 237 del Reglamento, con la finalidad de verificar la responsabilidad en la que habría incurrido.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Jorge Enrique Silva Dávila y la intervención de los Vocales Dr. Martin Zumaeta Giudichi y Dra. Dammar Salazar Díaz, atendiendo a la reconfiguración de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE, expedida el 29 de marzo de 2010, y lo previsto en el Acuerdo N° 002/2010, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-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 la empresa LABORATORIOS TRIFARMA S.A., contra el otorgamiento de la buena pro en el marco del ítem N° 148 de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA, la cual se revoca, por los fundamentos expuestos.



Resolución N° 554-2011-TC-S4

2. Descalificar la propuesta formulada por la empresa FRESENIUS KABI S.A.C., en el marco del ítem N° 148 de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA.
3. Declarar desierto el ítem N° 148 de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA.
4. Devolver la garantía presentada por el Impugnante para la interposición de su recurso de apelación.
5. Abrir procedimiento sancionador a la empresa FRESENIUS KABI S.A.C., por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51² de la Ley y en el literal i) numeral 1 del artículo 237 de su Reglamento, durante la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 032-2010/MINSA.
6. 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 30 días calendario de emitida la presente resolución; debiendo autorizar por escrito a la persona que realizará dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central de OSCE para su custodia por un plazo de seis (6) meses, luego del cual serán remitidos al Archivo General de la Nación, bajo responsabilidad.
7. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

ss.

Silva Dávila
Zumaeta Giudichi
Salazar Diaz

² **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51. 1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

[...]

i) Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE.