N°264-2013-J-OPE/INS

RESOLUCIÓN JEFATURAL

Lima, 18 OCT 2013

VISTOS:

El recurso de apelación de la empresa BONTIEL S.A. interpuesto contra los actos de evaluación técnica y otorgamiento de la buena pro del ítem N° 1, en el marco de la Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, para la "Adquisición de Desinfectante y Detergentes", el Informe N° 166-2013-DG-OGA-OPE/INS elaborado por la Oficina General de Administración, el Informe Técnico N° 127-2013-OEL-OGA-OPE/INS, elaborado por la Oficina Ejecutiva de Logística y el Informe N° 211-2013-DG-OGAJ-OPE/INS, elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica ; y

CONSIDERANDO:

Que, el 04 de septiembre de 2013, el Instituto Nacional de Salud convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, para la "Adquisición de Desinfectantes y Detergentes", por un valor referencial ascendente a S/. 83 422,16 (Ochenta y tres mil cuatrocientos veintidós con 16/100 Nuevos Soles), incluido impuestos. Los ítems convocados fueron los siguientes:

ITEM	DESCRIPCIÓN DEL BIEN	CANTIDAD (UNID.)	VALOR REFERENCIAL (S/.)
1	DESINFECTANTE AMONIO CUATERNARIO AL 20% X 25 Kg.	28	47 792,36
2	DETERGENTE NEUTRO X 2.5 L.	132	17 140,20
3	LEJIA (HIPOCLORITO DE SODIO) AL 5% X 1L.	3852	18 489,60
			83 22,16

Que, el 18 de septiembre de 2013, presentaron propuestas, para el Ítem Nº 1, las siguientes empresas: a) MERCK PERUANA S.A., b) HENRY CHAPOÑAN LORZA, y c) BONTIEL S.A.;

Que, el 19 de septiembre de 2013, el Comité Especial postergó la evaluación técnica, debido a la complejidad técnica del proceso;

Que, el 23 de septiembre de 2013, el Comité Especial llevó a cabo el acto de otorgamiento de la buena pro, para lo cual dio a conocer los resultados de la evaluación de las propuestas del Ítem Nº 1, de acuerdo al siguiente detalle:

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD
OFICINA GENERAL DE ASESORÍA TÉCNICA
21 OCT 2013
RECIBIDO
Hora: 15:44 Firma:

M. BARTOLO M.

POSTOR	PUNTAJE TÉCNICO	OBSERVACIONES
MERCK PERUANA S.A.	100	
HENRY CHAPOÑAN LORZA	00	*El Postor HENRY CHAPOÑAN LORZA, en la Experiencia presenta veinticuatro (24) facturas la misma que no adjunta el extracto bancario de cada factura y en la rúbrica de cancelado no indica fecha de cada factura, como lo establecen las Bases Administrativas Integradas del CAPITULO IV literal A Experiencia del Postor, del folio 30 (sic.)*
BONTIEL S.A.	00	*El Postor BONTIEL S.A., en la Experiencia presenta tres (03) contratos que no guarda relación a los bienes similares a reactivos químicos de laboratorio y al ítem 1 al que se presenta que dice DESINFECTANTE AMONIO CUATERNARIO AL 20%., como lo establecen las Bases Administrativas Integradas del CAPITULO IV literal A Experiencia del Postor, del folio 30 (sic.)*

En dicho acto, se adjudicó la buena pro del Ítem N° 1, a la empresa MERCK PERUANA S.A.

Que, mediante escrito presentado el 30 de septiembre de 2013, la empresa BONTIEL S.A., en adelante LA IMPUGNANTE, interpuso recurso de apelación contra los actos de evaluación técnica y el otorgamiento de la buena pro del Ítem N° 1, para lo cual solicitó la admisión y calificación de su propuesta; asimismo, solicitó la descalificación de la propuesta de la adjudicataria, bajo los siguientes fundamentos:

a) El cuadro comparativo publicado en el SEACE, contiene los puntajes totales obtenidos de la calificación, sin detallar los documentos evaluados en el factor experiencia del postor, tal como lo establece el artículo 75 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

b) Que es una incongruencia química, llamar bienes similares a los Reactivos Químicos de Laboratorio respecto al producto adjudicado (ítem 01: DESINFECTANTE AMONIO CUATERNARIO AL 20 X 25 kg).

c) De la revisión realizada a la propuesta técnica presentada por MERCK PERUANA S.A., se observa que ésta no cumplió con acreditar la cancelación de los comprobantes de pago presentados (facturas), documental y fehacientemente en la venta de bienes.

d) Finalmente indicó que el Comité Especial, en su cuadro de evaluación, indica que presentó tres (3) contratos que no guardan relación a los bienes similares (Reactivos Químicos de Laboratorio) sin haber leído y analizado que son bienes iguales en su contenido con el principal principio activo del Amonio cuaternario al 10%, elemento que se solicita en las bases.

Que, mediante Carta N° 120-2013-DG-OGA-OPE/INS, de fecha 01 de octubre de 2013, se corrió traslado del recurso de apelación a la empresa MERCK PERUANA S.A., a efectos que cumpliera con formular la absolución correspondiente;

Que, mediante escrito s/n, de fecha 04 de octubre de 2013, la empresa MERCK PERUANA S.A., en adelante MERCK, absolvió el traslado del recurso de apelación, en los siguientes términos:

a) La descalificación de la empresa BONTIEL S.A., se debió a que éste adjuntó contratos que no guardan relación con los bienes similares requeridos en las bases.

N°264-2013-J-OPE/INS

RESOLUCIÓN JEFATURAL

Lima, 18 OCT. 2013

b) BONTIEL S.A., en su condición de descalificado no puede cuestionar los actos en los cuales no participó, de acuerdo a lo indicado en el numeral 7 del artículo 111 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y diversas resoluciones del Tribunal del OSCE adjuntadas a su escrito.

c) En cuanto a los cuestionamientos a la evaluación de su propuesta, indicó que el Comité Especial, actuó diligentemente al momento de evaluarla, por lo que las facturas anexadas a la propuesta tenían sello de cancelación, tal como lo señalan las bases.

Que, mediante escrito s/n, de fecha 10 de octubre de 2013, MERCK amplió los argumentos expuestos en su escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, señalando que la propuesta técnica presentada por la empresa BONTIEL tiene una incongruencia respecto a los meses otorgados, puesto que, de un lado ofrece 18 meses y, por otro, 24;

Que, mediante Informe N° 166-2013-DG-OGA-OPE/INS, recibido el 14 de octubre de 2013, la Oficina General de Administración remitió los antecedentes administrativos, incluyendo el Informe Técnico N° 127-2013-OEL-OGA-OPE/INS, elaborado por la Oficina Ejecutiva de Logística, mediante el cual se concluye que el Comité Especial encargado de dirigir el proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, actuó de manera diligente y responsable al evaluar las propuestas;

Que, mediante Oficio N° 481-2013-OGA-OPE/INS, de fecha 14 de octubre de 2013, se notificó a la empresa BONTIEL S.A. sobre la diligencia de uso de la palabra;

Que, mediante Oficio N° 482-2013-OGA-OPE/INS, de fecha 14 de octubre de 2013, se notificó a la empresa MERCK PERUANA S.A. sobre la diligencia de uso de la palabra;

Que, mediante Oficio Múltiple N° 022-2013-J-OPE/INS, de fecha 14 de octubre de 2013, se requirió información al Comité especial; sin embargo, no se remitió lo solicitado;

Que, el 16 de octubre de 2013, se llevó a cabo la diligencia de uso de la palabra, en el cual la empresa MERCK formuló informe legal;

Que, mediante Informe N° 211-2013-DG-OGAJ-OPE/INS, de fecha 18 de octubre de 2013, la Oficina General de Asesoría Jurídica emitió opinión legal;

Que, es materia del presente procedimiento, el recurso de apelación interpuesto por LA IMPUGNANTE contra los actos de evaluación técnica y el otorgamiento de la buena pro del Ítem Nº 1 del proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, convocado para la "Adquisición de Desinfectantes y Detergentes";

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD – OFICINA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

M. SARTOLO M.

Que, sobre el particular, se ha verificado que el recurso de apelación fue interpuesto dentro del plazo de ley, de conformidad con lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 107 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento;

Que, al haberse verificado la procedencia del recurso formulado, corresponde efectuar el análisis de fondo del mismo, para lo cual cabe fijar los puntos controvertidos del presente recurso, teniéndose en consideración lo establecido en el Acuerdo de Sala Plena N° 002-2012 de fecha 5 de junio de 2012, respecto a los alcances de los artículos 114 y 118 del Reglamento, según el cual: " (...) sólo serán materia de la decisión los puntos controvertidos que se sustenten en los hechos contenidos en el recurso de apelación presentado por el impugnante y en la absolución del traslado del referido recurso que presenten los demás postores intervinientes en el procedimiento de impugnación";

Que, de acuerdo lo indicado, los puntos controvertidos consisten en:

i. Determinar si corresponde reincorporar su propuesta técnica, respecto del ítem N° 1 o si, por el contrario, corresponde confirmar su descalificación del proceso.

ii. Determinar si corresponde descalificar la propuesta técnica presentada por MERCK, al no haber acreditado debidamente el factor Experiencia del Postor, respecto del ítem N° 1 o si, por el contrario, corresponde confirmar la buena pro otorgada a su favor.

Cuestión Previa

Que, un asunto que debe ser tratado, de forma previa, a la evaluación de los asuntos controvertidos por las partes, es el análisis de la legalidad de las disposiciones contenidas en las Bases, conforme a la facultad conferida en el artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley;

Que, el artículo 26 de la Ley establece que las Bases de un proceso de selección deben contener los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable;

Que, por su parte, el artículo 29 del citado cuerpo normativo dispone que la elaboración de las Bases recogerá lo establecido en la Ley y su Reglamento y otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección, las que se aplicarán obligatoriamente;

Que, en esa misma línea, el artículo 43 del Reglamento prescribe que el Comité Especial determinará los factores de evaluación técnicos a ser utilizados, los que deberán ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad;

Que, asimismo, cabe indicar que el artículo 44° del Reglamento establece que en las Bases deberá señalarse los bienes, iguales y similares, cuya venta o suministro servirá para acreditar la experiencia del postor;

Que, conforme a lo dispuesto por la normativa sobre contratación gubernamental, entre los factores de evaluación que pueden ser utilizados por el Comité Especial en la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras, encontramos el referido a la "experiencia del postor", mediante el cual se persigue evaluar el mayor conocimiento o destreza adquirida por la reiteración de una determinada conducta en el tiempo, que en las compras del Estado se traduce en la frecuencia con la que el proveedor realiza transacciones económicas sobre determinado bien, servicio u obra. Así entendido, en la medida que la experiencia es definida como el mayor conocimiento o destreza obtenida a partir de la reiteración de una conducta en el tiempo – conducta que en atención al Principio de Libre Concurrencia y Competencia debe referirse a prestaciones relacionadas con el objeto de la convocatoria – su

N°264-2013-J-OPE/INS

RESOLUCIÓN JEFATURAL

Lima, 18 OCT. 2013

acreditación debe realizarse mediante transacciones o ventas de bienes iguales o de naturaleza semejante a la que se requiere;

Que, en mérito de lo expuesto, a través de diversos pronunciamientos y resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, se ha señalado que la acreditación de la experiencia del postor, para el caso de la adquisición de bienes, se encuentra referida no sólo a prestaciones iguales al objeto convocado, sino también a prestaciones de naturaleza similar a la que se convoca, entendiéndose por "similar" aquello parecido o semejante pero no igual[1]. Conforme a ello, se puede afirmar que para la determinación de los bienes que serán considerados como similares al objeto de la convocatoria, debe tenerse en cuenta que son bienes similares aquellos de naturaleza semejante, no iguales, que reúnan alguna o algunas de las características *que definen la naturaleza del bien* materia del proceso. Ahora bien, cabe señalar que, la definición de bienes similares no va dirigida a posibilitar que la experiencia se acredite con prestaciones que han involucrado cualquier característica del bien a adquirir, sino a asegurar el conocimiento de los postores en el objeto de la convocatoria;

Que, en el presente caso, de la revisión de las Bases del proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, se verifica que en el factor "Experiencia del Postor" se regula lo siguiente: "se evaluará y calificará la venta de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria (Desinfectantes y Detergentes) (...) Se considerarán bines similares a Reactivos Químicos de Laboratorio";

Que, al respecto, la Real Academia de la Lengua Española (RAE) define al término Detergente como la "Sustancia o producto que limpia químicamente". Asimismo, define al término Desinfectante como "Que desinfecta o sirve para desinfectar". En ese entendido, ambos productos tendrían como propósito coadyuvar en la limpieza de materiales, superficies y ambientes de trabajo, que permita la reducción de la población microbiana, de forma que no suponga riesgo para la salud de los trabajadores que ejercen labores en los distintos laboratorios del INS. Por otra parte la RAE define al término Reactivo como la "Sustancia empleada para descubrir y valorar la presencia de otra, con la que reacciona de forma peculiar";

Que, conforme a ello, queda claro que los productos denominados detergentes y desinfectantes requeridos en el proceso materia de análisis, no resultan similares a los reactivos químicos, puesto que los primeros podrían resultar similares a los materiales o insumos utilizados para la realización de labores de limpieza en laboratorios, mientras que los reactivos químicos se constituyen en "sustancias químicas que se utilizan en el laboratorio para la elaboración de reactivos de uso final o para la realización directa de análisis específicos en muestras biológicas". Por lo que, resultan productos que tienen características disímiles y, por ende, no comparten una naturaleza semejante;

[1] Al respecto, puede consultarse, por ejemplo, los Pronunciamientos N° 051-2012/DSU y N° 279-2012/DSU.

Que, por las consideraciones expuestas, este Despacho considera que existen elementos de juicio que denotan que el factor de evaluación "Experiencia del Postor" no habría coadyuvado a fomentar la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso de selección; máxime si se tiene en cuenta que su acreditación resultaba obligatoria, a efectos que las ofertas presentadas accedieran a la etapa de evaluación económica;

Que, así entendido, el factor de evaluación en análisis, no ha sido formulado en observancia de lo previsto en los artículos 43 y 44 del Reglamento; situación que contraviene los Principios de Libre Concurrencia y Competencia, Razonabilidad, Transparencia, Eficiencia y Economía que rigen las contrataciones del Estado, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 4 de la Ley;

Que, sin perjuicio de lo reseñado, otro aspecto que no debe pasar inadvertido, se desprende del Acta de Evaluación de Propuesta Técnica y Otorgamiento de la Buena pro del proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, en el cual se verifica que el Comité Especial, al momento de evaluar las propuestas técnicas, se habría limitado a establecer los puntajes en cada uno de los factores (Experiencia del Postor y Cumplimiento de la Prestación), sin haber detallado e identificado los documentos sustentatorios que acreditaban la experiencia de cada uno de los postores y que fueron materia de calificación efectiva para la determinación del puntaje, así como tampoco se ha detallado los montos totales acreditados por cada uno de los postores que participaron del proceso;

Que, en mérito de lo indicado, es importante señalar que resulta relevante que los postores conozcan el detalle de la evaluación realizada por el Comité Especial, a efectos de poder ejercer su derecho de contradicción y, con ello, evitar incurrir en situaciones que puedan sesgar o restringir su derecho a impugnar los actos que se desarrollen en los procesos de selección;

Que, ante ello, y a fin de no incurrir en situaciones que puedan derivar en la vulneración de los derechos de los administrados, esta Jefatura recomienda el uso de los formatos aprobados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado(OSCE), a través de la Resolución N° 162-2012-OSCE/PRE, los mismos que tienen como objeto la organización y sistematización de la información relevante que forma parte del expediente de contratación, a efectos de lograr la optimización del tiempo y los recursos, para contribuir a la eficiencia y oportunidad de la contratación;

Que, según la normatividad, el Titular de la Entidad declarará de oficio la nulidad de los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. Cabe precisar que, para efectos de la declaración de nulidad, la causal que la origine debe implicar una afectación al proceso de selección, que no sea susceptible de conservación, como ha sucedido en el caso concreto, en el que no se cumplido con formular el factor Experiencia del Postor, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 43 y 44 del Reglamento;

Que, por lo tanto, al haberse acreditado las deficiencias de las Bases respecto a las reglas a las cuales debieron someterse los postores en el presente procedimiento, la respuesta que ofrece la normativa a las autoridades administrativas es la posibilidad de corregir sus errores u omisiones, previa declaración de nulidad del acto viciado, circunstancia que resulta aplicable al presente caso, en tanto las Bases adolecen de la deficiencia descrita precedentemente;

Que, consecuentemente, de conformidad con el artículo 56 de la Ley y el numeral 3) del artículo 114 del Reglamento, corresponde declarar la nulidad del proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, en lo que respecta al ítem 1, debiendo dejarse sin efecto el otorgamiento de la buena pro, retrotrayéndose el proceso de selección —en lo relativo a dicho ítem— hasta la etapa de convocatoria, previa reevaluación del factor de evaluación Experiencia del Postor, conforme a los lineamientos expuestos; resultando irrelevante pronunciarse sobre el recurso de apelación. Asimismo, esta Jefatura

N°264-2013-J-OPE/INS

RESOLUCIÓN JEFATURAL

Lima, 18 OCT. 2013

exhorta al Comité Especial para que dé cumplimiento a la normativa vigente en materia de contrataciones estatales;

Que, adicionalmente, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, respecto del ítem N° 1, se recomienda la remisión de los actuados a la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios y la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios, de acuerdo a sus facultades, a efectos de determinar si hubo responsabilidad de parte de los servidores o funcionarios de esta Entidad;

Que, finalmente, señalar que, en lo referido a la supuesta manipulación de la propuesta económica formulada por LA IMPUGNANTE, la Oficina Ejecutiva de Logística ha informado que de la verificación realizada al sobre que contiene su propuesta económica, no se verifica que haya sido objeto de una indebida manipulación; más aún, debe señalarse que LA IMPUGNANTE no ha aportado medios o elementos probatorios que sustenten la alegación formulada en su recurso;

Con el visto bueno de la Sub Jefatura, la Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica, y;

En uso de las atribuciones establecidas en el literal h) del artículo 12º del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2003-SA;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar la nulidad de la Adjudicación Directa Selectiva N° 042-2013-OPE/INS, respecto del ítem N° 1, debiendo dejarse sin efecto el otorgamiento de la buena pro, retrotrayéndose el proceso de selección a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las Bases Administrativas, por los fundamentos expuestos.

Artículo 2°.- Encargar a la Comisión Permanente y/o Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios del Instituto para que realice el deslinde de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Artículo 3°.- Encargar a la Oficina Ejecutiva de Logística la publicación en el portal del SEACE de la presente Resolución Jefatural.

Artículo 4°.- Devolver la garantía otorgada por la empresa BONTIEL S.A., para la interposición de su recurso de apelación.

Artículo 5°.- Dar por agotada la vía administrativa.

Artículo 6°.- Remitir copia de la presente Resolución al Comité Especial, a la Oficina Ejecutiva de Logística y a la Oficina General de Administración.

Regístrese y comuníquese,

Marco A. Bartolo Marchena
Jefe (e)
Instituto Nacional de Salud

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD
CERTIFICO Que la presente copia fotostática es exactamente igual al documento que he tenido a la vista y que he devuelto en el acto interesado. Registro N° 19160 Lima 21/10/13

Sr. Marco Antonio Ibáro Guzmán
FEDATARIO