Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 03322-2022-TCE-S5

Sumilla: *(…) En este punto, corresponde precisar que la infracción tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, de desistirse o retirar injustificadamente la oferta, no contempla como supuesto de hecho sancionable la negativa u oposición a la regularización de una contratación directa por emergencia ni tampoco el desconocimiento del Proveedor al solicitar el desistimiento de una oferta que ya había dado lugar a la celebración de un contrato. (…)"*

Lima, 30 de setiembre de 2022.

VISTO en sesión del 30 de setiembre de 2022, de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 2752/2021.TCE,** sobre el procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Oxitec S.A.C. por su supuesta responsabilidad al desistirse o retirar injustificadamente su propuesta, en el marco del procedimiento de selección de la Contratación Directa por la causal de Situación de Emergencia Sanitaria, para el "Requerimiento de adquisición de concentrador de oxígeno en el Hosp. Víctor Ramos Guardia", convocada por el Gobierno Regional de Ancash; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información obrante en el expediente, el 4 de noviembre de 2020, el GOBIERNO REGIONAL DE ANCASH – SEDE CENTRAL, en adelante **la Entidad**, notificó a la empresa **OXITEC S.A.C.**, en adelante **el Proveedor,** la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 501[1] del 4 de noviembre de 2020, para la "Adquisición de concentrador de oxígeno en el Hosp. Víctor Ramos Guardia", por el monto de S/ 2´014,885.40 (dos millones catorce mil ochocientos ochenta y cinco con 40/100 soles), en adelante la Orden de Compra.

Según lo informado por la Entidad, la Orden de Compra fue emitida en el marco del procedimiento de contratación directa por causal de situación de emergencia, en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **el TUO**

[1] Obrante a folio 31 del expediente administrativo.

Firmado digitalmente por FLORES OLIVERA Steven Anibal FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 30.09.2022 18:39:00 -05:00

Firmado digitalmente por RAMOS CABEZUDO Danny William FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 30.09.2022 18:34:22 -05:00

Firmado digitalmente por CHOCANO DAVIS Christian César FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 30.09.2022 18:57:01 -05:00

de la Ley, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 344-2018-EF, en adelante **el Reglamento.**

2. Mediante Oficio N° 253-2020-GRA/GGR de fecha 24 de marzo del 2021[2] presentado el 27 de abril de 2021 en la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, la Entidad puso en conocimiento que el Proveedor habría incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.

A fin de sustentar su denuncia, la Entidad adjuntó, entre otros, el Informe N° 0431-2021-REGION ANCASH-SGABYSG de fecha 24 de febrero de 2021[3], señalando lo siguiente:

i. Al tratarse de un procedimiento especial de contratación directa por causal de situación de emergencia sanitaria, el proceso que se lleva a cabo es diferente o especial normado en el TUO de la Ley. Ello, ante la declaratoria de estado de emergencia sanitaria a nivel nacional declarada mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, publicado el 11 de marzo de 2020, por noventa (90) días calendarios y prorrogado hasta el 7 de agosto de 2021 a través del Decreto Supremo N° 09-2021-SA.

ii. Mediante la Resolución Gerencial Regional N° 000214-2020-GRA/GRI del 4 de setiembre de 2020, se aprobó el expediente técnico de la IOAR por el monto total de inversión de S/ 3´424,258.43 (tres millones cuatrocientos veinticuatro mil doscientos cincuenta y ocho con 43/100 soles) que comprende el componente i) infraestructura con el monto de S/.1,121,412.88 (un millón ciento veintiún mil cuatrocientos doce con 88/100 soles), con un plazo de ejecución de sesenta (60) días y el componente ii) Equipamiento con un monto de S/ 2´302,836.55 (dos millones trecientos dos mil ochocientos treinta y seis con 55/100 soles).

iii. El 18 de setiembre de 2020, a través de correo electrónico, la Entidad invitó a la empresa OXITEC S.A.C. a fin de que presente cotización para la planta de oxígeno para el Hospital Víctor de Ramos Guardia – Huaraz, de acuerdo a las especificaciones técnicas adjuntas.

---

2 Obrante a folio 3 del expediente administrativo.
3 Obrante a folios 9 al 17 del expediente administrativo.

iv. Con carta s/n del 22 de octubre de 2020, la empresa OXITEC S.A.C. remitió a la Entidad su Oferta N° 287-2020 conforme al requerimiento, por un concentrador de oxígeno medicinal con dos compresores de alta presión y un manifold para llenado de cilindros a 3,000 psig, equipos a ser instalados en el Hospital Víctor de Ramos Guardia – Huaraz.

v. Con Informe N° 2684-2020-GOB.REG.ANCASH-GRAD/SGABySG, la Sub-Gerencia de Abastecimiento y Servicios Generales solicitó a la Gerencia de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial la certificación de crédito presupuestario por la suma de S/ 2´014,885.40.

vi. El 3 de noviembre de 2020, la Sub-Gerencia de Presupuesto remitió la certificación de crédito presupuestario N° 005170-N° CCP SIAF N° 0000005733.

vii. Con Informe N° 032-2020/GRI/SGEI/JCCV del 3 de noviembre de 2020, el especialista en equipos biomédicos validó la cotización remitida por la empresa OXITEC S.A.C.

viii. El 4 de noviembre de 2020, mediante correo remitido a la dirección electrónica oxitec@oxitecsac.com, la Entidad notificó a la empresa OXITEC S.A.C. la Orden de Compra.

ix. El 10 de noviembre de 2020, mediante correo remitido a la dirección electrónica oxitec@oxitecsac.com, la Entidad notificó nuevamente a la empresa OXITEC S.A.C. la Orden de Compra.

x. Con Carta N° GG-0101-2020 del 1 de diciembre de 2020, a la empresa OXITEC S.A.C. comunicó a la Entidad lo siguiente: i) Al recibir la orden, solicita que se genere el contrato respectivo que respalde las condiciones en que se suministraría el concentrador con accesorios para el llenado de cilindros conforme a la cotización N° 287-2020, del 22 de octubre de 2020; y, ii) Solicitó Resolución de aprobación de la contratación directa emitida por el Consejo, requisito indispensable para disponer el pago.

Agregó que, al no haber recibido los documentos solicitados y habiendo tomado conocimiento público que se vienen realizando investigaciones respecto a las autoridades del Gobierno Regional, ve por conveniente declinar la aceptación de la Orden de Compra.

xi. El 8 de febrero de 2021, mediante Carta N° 050-2021-GOB.REG.ANCASH-GRA/SGABySG de la misma fecha, remitida con correo electrónico, la Entidad solicitó a la empresa OXITEC S.A.C. el cumplimiento de las obligaciones y condiciones estipuladas en su oferta y en la Orden de Compra, otorgándole el plazo de dos (2) días.

xii. Mediante la Carta N° 051-2021-GOB.REG.ANCASH-GRA/SGABySG del 11 de febrero de 2021, remitida con correo electrónico en la misma fecha, la Entidad comunicó a la empresa OXITEC S.A.C., que dejó sin efecto la Orden de Compra.

xiii. Con Memorando N° 201-2021-GRA/GRI del 19 de febrero de 2021, la Entidad informó sobre la persistencia de la necesidad, solicitando la continuación del proceso de adquisición.

3. Con Decreto del 23 de mayo de 2022[4] se inició procedimiento administrativo sancionador contra la empresa OXITEC S.A.C., por su supuesta responsabilidad al desistirse o retirar injustificadamente su propuesta, en el marco del procedimiento de selección; infracción tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Asimismo, se otorgó a la empresa OXITEC S.A.C. el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos, en caso de incumplimiento del requerimiento.

4. Mediante escrito s/n de fecha 13 de junio de 2022[5], presentado el 14 del mismo mes y año en el Tribunal, la empresa OXITEC S.A.C. se apersonó al presente

[4] Obrante a folios 125 al 128 del expediente administrativo. Notificado al Adjudicatario mediante Cédula de Notificación N° 30041-2022.TCE el 30 de mayo del 2022, obrante a folios 129 a 132 del expediente administrativo y notificado a la Entidad a través de Mesa de Partes Virtual de la entidad el 26 de mayo de 2022, obrante a folio 133 del expediente administrativo.

[5] Obrante a folios al 163 del expediente administrativo.

procedimiento administrativo sancionador y presentó descargos, argumentando principalmente lo siguiente:

- Solicita que se declare no ha lugar la imposición de sanción administrativa en contra de su representada, por cuanto no constituye un acto de su responsabilidad la infracción que se le imputa y se ordene el archivo del expediente administrativo.

- Señala que la infracción imputada dispone que la responsabilidad administrativa tiene carácter subjetivo (dolo o culpa) como elemento indispensable para la imputación de una infracción administrativa.

- Refiere que la actuación de su representada ha sido diligente y justificada, por cuanto se produjeron una serie de factores exógenos que generaron incertidumbre respecto a si la Entidad iba a cumplir con su obligación de regularizar la contratación.

- Refiere que, el presunto desistimiento o retiro injustificado de su oferta, estaría directamente vinculado al supuesto de contratación directa regulado en el literal b) del numeral 27.1 del artículo 27 de la LCE; respecto del cual, se debe indicar que la aprobación de una contratación directa faculta a la Entidad a omitir la realización del procedimiento de selección, pero no enerva su obligación de aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual, debiendo observarse los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías propios de estas fases.

- En esa línea, cabe indicar que el único supuesto que permite la regularización de todas las actuaciones luego de efectuada la entrega del bien es la contratación directa por la causal de situación de emergencia.

- Respecto a la Orden de Compra, observa que las autoridades responsables de su emisión y firma al interior de la Entidad, así como posterior realización de acciones orientadas a la regularización, estuvieron involucrados en investigaciones de índole penal,

habiéndoseles ordenado prisión preventiva, como es el caso del Gobernador Regional de Ancash y del Subgerente de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la Gerencia Regional de Administración.

- Frente a la coyuntura de hechos, afirma que no tenía certeza respecto a que, al entregar el concentrador de oxígeno, la Entidad cumpliría con regularizar la contratación, más aún si dicha regularización iba a estar a cargo de autoridades distintas a las que autorizaron y emitieron la Orden de Compra.

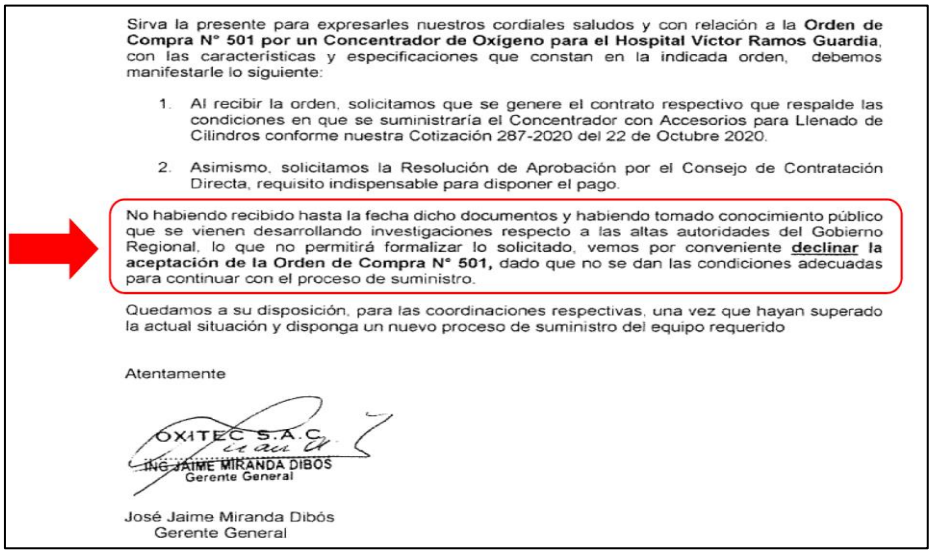
- En efecto, la Orden de Compra fue suscrita, entre otros, por el señor Ángel Enrique Velásquez Abanto, en su condición de Subgerente de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la Gerencia Regional de Administración del GORE ANCASH.

- Mediante correo electrónico del 10 de noviembre de 2020, la Entidad notificó a su representada la Orden de Compra y a través del correo electrónico del 12 de noviembre de 2020, su representada confirmó la recepción y aceptación de la Orden de Compra, precisando que el plazo de entrega comienza a operar a partir del día 12 de noviembre de 2022.

- En forma posterior a la confirmación de recepción de la citada Orden de Compra, su representada tomó conocimiento por noticias que el Ministerio Público dispuso el inicio de una investigación por el delito de colusión en contra del entonces Gobernador Regional de Ancash y otros ocho (8) implicados en la investigación por presuntos actos de corrupción en el marco de la lucha contra el COVID-19 en el Hospital Eleazar Guzmán Barrón de Nuevo Chimbote.

- Por ello, intentó contactarse con la Subgerencia de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la Gerencia Regional de Administración de la Entidad, con la finalidad de confirmar la vigencia del pedido contenido en la Orden de Compra, sin obtener resultado positivo; situación que se entorpeció por las condiciones de trabajo remoto y mixto vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos.

- Por tales motivos, con la Carta N° GG-0101-2020 del 1 de diciembre de 2020, manifestó su decisión de declinar la aceptación de la Orden de Compra; para lo cual se indicó lo siguiente:



Sirva la presente para expresarles nuestros cordiales saludos y con relación a la **Orden de Compra N° 501 por un Concentrador de Oxígeno para el Hospital Víctor Ramos Guardia**, con las características y especificaciones que constan en la indicada orden, debemos manifestarle lo siguiente:

1. Al recibir la orden, solicitamos que se genere el contrato respectivo que respalde las condiciones en que se suministraría el Concentrador con Accesorios para Llenado de Cilindros conforme nuestra Cotización 287-2020 del 22 de Octubre 2020.
2. Asimismo, solicitamos la Resolución de Aprobación por el Consejo de Contratación Directa, requisito indispensable para disponer el pago.

No habiendo recibido hasta la fecha dicho documentos y habiendo tomado conocimiento público que se vienen desarrollando investigaciones respecto a las altas autoridades del Gobierno Regional, lo que no permitirá formalizar lo solicitado, vemos por conveniente **declinar la aceptación de la Orden de Compra N° 501,** dado que no se dan las condiciones adecuadas para continuar con el proceso de suministro.

Quedamos a su disposición, para las coordinaciones respectivas, una vez que hayan superado la actual situación y disponga un nuevo proceso de suministro del equipo requerido

Atentamente

OXITEC S.A.C.
ING. JAIME MIRANDA DIBOS
Gerente General

José Jaime Miranda Dibós
Gerente General

- El 4 de diciembre de 2020, recibió comunicación electrónica de la Mesa de Partes Virtual de la Entidad, en la que se informa que su Carta N° GG-0101-2020, había sido debidamente recibida.

- El 7 de diciembre de 2020, esto es, tres (3) días calendario posteriores a la confirmación de la recepción de su carta declinando la oferta, el Ministerio Público emitió Comunicado Oficial en el que informa lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 03322-2022-TCE-S5

gob.pe Inicio > El Estado > MPFN > Noticias > Ministerio Público solicitó nueve meses de prisión...

Ministerio Público solicitó nueve meses de prisión preventiva contra gobernador regional de Áncash y otras ocho personas

Nota Informativa

Fotos: OFICINA DE IMAGEN INSTITUCIONAL

7 de diciembre de 2020 - 7:21 p. m.

El Octavo Despacho de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash, a cargo del fiscal Robert Rojas Ascón, solicitó nueve meses de prisión preventiva contra el gobernador regional, Juan Carlos Morillo Ulloa, y otros ocho implicados en la investigación por presuntos actos de corrupción en el marco de la lucha contra el COVID-19 en el hospital Eleazar Guzmán Barrón de Nuevo Chimbote.

(...)

Además, se intervino al encargado de la evaluación del IOARR, Renzo Cerna Shuan; al subgerente de Administración – Abastecimiento, Juan Wilson Mendo Sánchez; al gerente de estudios y proyectos, Percy Rojas Vereau; y al subgerente de abastecimiento, Ángel Enrique Velásquez Abanto; a quienes se les incautó objetos personales y documentación relacionada a la investigación.

7 diciembre, 2020 Oscar Larenas 0

Juan Carlos Morillo es investigado por el delito de colusión

El fiscal Robert Rojas Ascón, del Octavo Despacho de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash, en Huaraz, solicitó al Poder Judicial ordenar la prisión preventiva, por espacio de 9 meses en contra del gobernador regional de Áncash, Juan Carlos Morillo Ulloa, investigado por el delito de colusión.

El pedido fue ingresado anoche por el fiscal Robert Rojas. De inmediato, el Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte de Áncash programó la audiencia de vista de la causa para mañana martes 8 de diciembre, desde las 9:00 horas.

La solicitud de prisión preventiva del Ministerio Público también alcanza a Johnny Constantino Muñante Quispe, Pedro Miguel Velezmoro Sáenz, Giordano Renzo Alva Pinedo, Ítalo Bryan Lon Kan Pérez, Juan Wilson Mendo Chávez, Ángel Enrique Velásquez Abanto, William Percy Roja Verau y Ninel Romero Bartusiak; esta última en condición de no habida.

- Es por esa razón que, si bien ya había iniciado las gestiones con sus proveedores para la fabricación del bien, para efectos de la entrega del concentrador de oxígeno requería de documento oficial emitido por autoridades, cuyas decisiones no iban a ser objeto de cuestionamiento posterior, más aún si se tiene en cuenta que el monto de la contratación ascendía a la suma de S/ 2,014,885.40 (dos millones catorce mil ochocientos ochenta y cinco con 40/100 soles), diligencia mínima en este tipo de coyunturas.

- Posteriormente, mediante Resolución Gerencial General Regional N° 032-2021-GRA/GGR, del 14 de enero de 2021, esto es, tres (3) días calendario posterior a la noticia citada en el numeral precedente, el Gerente General de la Entidad designó a un nuevo Subgerente de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la Gerencia Regional de Administración, al señor Javier Alberti Villanueva Loyola.

- Con Carta N° 050-2021-GOB.REG.ANCASH-GRAD/SGABySG, del 8 de febrero de 2021, la Subgerencia de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la Gerencia Regional de Administración, le requirió que cumpla con entregar el concentrador de oxígeno, otorgándole un plazo máximo de dos (2) días.

- A través de correo electrónico del 10 de febrero de 2021, su representada informó a la Subgerencia de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la Gerencia Regional de Administración, que, por razones debidamente justificadas, declinó la oferta contenida en la Orden de Compra.

- Es así que la Subgerencia de Abastecimiento y Servicios Generales de la Gerencia Regional de Administración de la Entidad, con fecha 11 de febrero de 2021, esto es, al día siguiente de nuestra comunicación electrónica remitió la Carta N° 051-2021-GOB.REG.ANCASH-GRAD/SGABySG, en la que indicó que se deja sin efecto la Orden de Compra ; por tanto, no resulta legalmente válido pretender concluir que su representada ha incurrido en alguna actuación injustificada; por cuanto, en el presente caso, ha existido conformidad y anuencia por parte de la Entidad.

- Finalmente, solicitó uso de la palabra.

5. Mediante decreto del 30 de junio de 2022, se la Secretaría del Tribunal tuvo por apersonada a la empresa OXITEC S.A.C. y por presentados sus descargos, se dejó a consideración de la Sala la solicitud de uso de la palabra; asimismo, se remitió el expediente a la Quinta Sala del Tribunal para que resuelva, siendo entregado el 1 de julio de 2022 al Vocal ponente.

6. Con decreto del 3 de agosto del 2022, se programó audiencia pública para el 10 del mismo mes y año, que se realizó con la participación de la empresa OXITEC S.A.C.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, el análisis de la responsabilidad de la empresa OXITEC S.A.C., por su supuesta responsabilidad al desistirse o retirar injustificadamente su propuesta, en el marco del procedimiento de selección; infracción tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.

***Naturaleza de la infracción*.**

2. La infracción tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley establece que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que **desistan o retiren injustificadamente su propuesta**.

Sobre el particular, es pertinente precisar que, para la configuración del tipo infractor materia de análisis, tendrá que acreditarse la existencia de dos (2) elementos constitutivos: **i)** que el postor haya formulado un desistimiento o retiro de su oferta ante la Entidad, y **ii)** que dicha conducta sea injustificada.

En tal sentido, la conducta infractora se configura en caso no se acredite una causal de justificación ajena a su voluntad, que haya incidido directamente en su desistimiento o retiro de la oferta.

3. Ahora bien, en **relación al primer elemento constitutivo de la infracción analizada**, es decir, que el Proveedor haya presentado su desistimiento o retirado su oferta, cabe precisar que en virtud del principio de tipicidad, contemplado en el numeral 4 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo sucesivo el TUO de la LPAG, para la configuración de la presente causal, se requiere verificar la existencia de una manifestación expresa mediante la cual se aprecia que el Proveedor haya declinado su oferta, es decir se requiere necesariamente, la existencia material de una conducta expresa e indubitable, mediante la cual el postor ponga de manifiesto el retiro o desistimiento de su oferta, situación que no puede ser presumida por la Entidad.

Si dicha circunstancia ocurre, entonces nos encontramos frente al supuesto descrito como "desistir o retirar su oferta", configurando dicha conducta el primer elemento para determinar la infracción administrativa merecedora de sanción.

4. Cabe precisar que la manifestación expresa del desistimiento, para que sea considerada como tal, debe haber sido presentada antes de que se verifique el perfeccionamiento del contrato.

5. Por otra parte, con relación al **segundo elemento constitutivo del tipo infractor**, es decir que la conducta omisiva del postor sea injustificada, deben obrar en el expediente administrativo elementos probatorios fehacientes que demuestren que: i) concurrieron circunstancias que le hicieron imposible física o jurídicamente mantener su oferta ante la Entidad, o; ii) no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible mantener su oferta respectiva debido a factores ajenos a su voluntad por haber mediado caso fortuito o fuerza mayor.

6. Siendo así, corresponde a este Colegiado analizar la responsabilidad administrativa del Proveedor por desistir o retirar su oferta; infracción prevista en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.
Configuración de la infracción.

Sobre el desistimiento o retiro de la propuesta.

7. Sobre el particular, de acuerdo a lo informado por la Entidad, mediante Informes

N° 79-2021-GRA/GRAJ de fecha 4 de marzo de 2021[6] y N° 0431-2021-REGION ANCASH-SGABYSG de fecha 24 de febrero de 2021, se señaló que nos encontramos ante un procedimiento de contratación directa por causal de situación de emergencia.

8. Al respecto, debe señalarse que, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 27 de la Ley, excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor "*Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o de una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud*."

9. Asimismo, cabe traer a colación lo señalado en el literal b.4) del artículo 100 del Reglamento, que dispone lo siguiente:

> *"En dichas situaciones, **la Entidad debe contratar de manera inmediata** los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, **sin sujetarse a los requisitos formales de la presente norma**.*
>
> *Como máximo, **dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes** de efectuada la entrega del bien, o la **primera entrega en el caso de suministros** o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra**, la Entidad debe regularizar** aquella documentación referida a **las actuaciones preparatorias**, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, **así como el contrato y sus requisitos**, **que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita**, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados.(…)"*
>
> (El énfasis y subrayado es agregado).

10. Como se aprecia, la contratación directa por situación de emergencia es un método de contratación de naturaleza excepcional, que faculta a la Entidad, sin cumplir con ninguna formalidad previa, a contratar inmediatamente aquello que

[6] Obrante a folios 4 al 8 del expediente administrativo.

resulte estrictamente necesario para garantizar la oportuna y efectiva atención del acontecimiento o situación de emergencia que determinó su utilización, lo cual tiene sentido, considerando la imperante necesidad de cubrir en el menor tiempo posible la atención de la necesidad como consecuencia de la emergencia surgida.

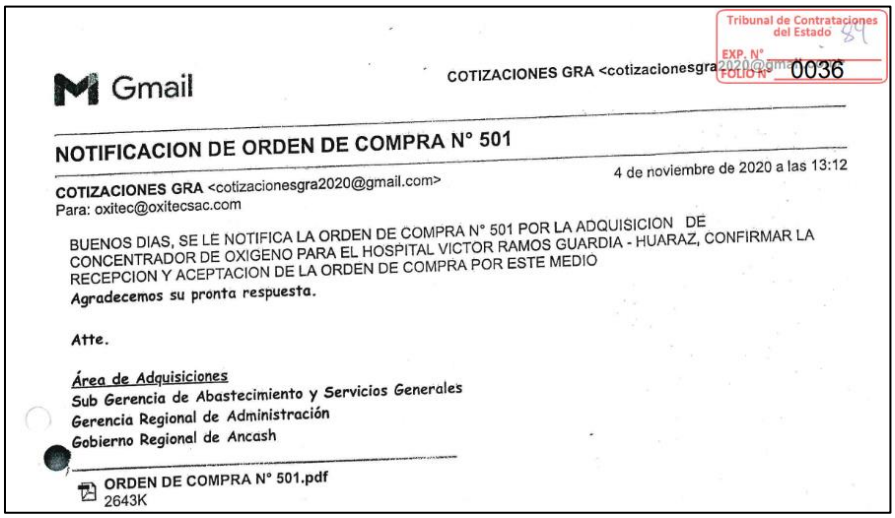
Así, la normativa de contratación pública autoriza a la Entidad **a contratar directamente y luego a regularizar** las actuaciones correspondientes a la fase de actos preparatorios, así como la concerniente al contrato y sus requisitos.

Respecto del acuerdo de voluntades: la relación contractual en el procedimiento de contratación directa por situación de emergencia.

11. En este punto, es pertinente precisar que, en el Informe N° 0431-2021-REGION ANCASH-SGABYSG de fecha 24 de febrero de 2021[7], la Entidad precisó que, el 18 de setiembre de 2020, a través de correo electrónico, la Entidad invitó a la empresa OXITEC S.A.C. a fin de que presente cotización para la planta de oxígeno para el Hospital Víctor de Ramos Guardia – Huaraz, **requerimiento que fue atendido por la citada empresa con carta s/n del 22 de octubre de 2020, a la cual adjuntó su Oferta N° 287-2020.**

La Entidad agregó que, posteriormente, **con correo electrónico del 4 de noviembre de 2020**[8], reenviado el 10 del mismo mes y año, **la Entidad aceptó la oferta al notificar a la empresa OXITEC S.A.C. la Orden de Compra**[9], por la adquisición de concentrador de oxígeno para el Hospital Víctor Ramos Guardia – Huaraz, con un plazo de entrega de 60 días; cuya recepción, según lo manifestado por la propia empresa en su escrito de descargos, fue confirmada con correo del 12 de noviembre de 2020.

[7] Obrante a folios 9 al 17 del expediente administrativo.
[8] Obrante a folio 35 del expediente administrativo.
[9] Obrante a folio 33 del expediente administrativo.



Tribunal de Contrataciones del Estado
EXP. N°
FOLIO N° 0036

Gmail COTIZACIONES GRA <cotizacionesgra2020@gmail.com>

NOTIFICACION DE ORDEN DE COMPRA N° 501

COTIZACIONES GRA <cotizacionesgra2020@gmail.com> 4 de noviembre de 2020 a las 13:12
Para: oxitec@oxitecsac.com

BUENOS DIAS, SE LE NOTIFICA LA ORDEN DE COMPRA N° 501 POR LA ADQUISICION DE CONCENTRADOR DE OXIGENO PARA EL HOSPITAL VICTOR RAMOS GUARDIA - HUARAZ, CONFIRMAR LA RECEPCION Y ACEPTACION DE LA ORDEN DE COMPRA POR ESTE MEDIO
Agradecemos su pronta respuesta.

Atte.

Área de Adquisiciones
Sub Gerencia de Abastecimiento y Servicios Generales
Gerencia Regional de Administración
Gobierno Regional de Ancash

ORDEN DE COMPRA N° 501.pdf
2643K

12. Posteriormente, mediante Carta N° GG-0101-2020 del 1 de diciembre de 2020, recibida por la Entidad el 4 del mismo mes y año, la empresa OXITEC S.A.C. comunicó a la Entidad que no haber recibido los documentos solicitados (contrato y resolución que apruebe la contratación directa) y habiendo tomado conocimiento público que se vienen realizando investigaciones respecto a las autoridades del Gobierno Regional, ve por conveniente declinar la aceptación de la Orden de Compra.

13. Ante lo cual, el 8 de febrero de 2021, mediante Carta N° 050-2021-GOB.REG.ANCASH-GRA/SGABySG de la misma fecha, remitida con correo electrónico, la Entidad solicitó a la empresa OXITEC S.A.C. el cumplimiento de las obligaciones y condiciones estipuladas en su oferta y en la Orden de Compra, otorgándole el plazo de dos (2) días.

14. Finalmente, Mediante la Carta N° 051-2021-GOB.REG.ANCASH-GRA/SGABySG del 11 de febrero de 2021, remitida con correo electrónico en la misma fecha, la Entidad comunicó a la empresa OXITEC S.A.C., que dejó sin efecto la Orden de Compra.

15. Bajo dicho contexto, cabe señalar que, conforme a la definición de "contrato" contemplada en el Anexo N°1 "definiciones" del Reglamento, el "*Contrato: **es el acuerdo** para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y el Reglamento*".

16. Como se puede advertir, el contrato previsto en la normativa de contratación pública constituye, en principio, un acuerdo de voluntades entre la entidad contratante y el proveedor, cuyos requisitos y formalidades se encuentran previstas en la Ley y el Reglamento.

17. No obstante, dicho marco o reglas generales, son exceptuadas en la contratación directa por situación de emergencia, toda vez que, cuando se emplee tal mecanismo de contratación, la normativa (literal b) del artículo 100 del Reglamento) prevé dar lugar a la contratación para luego "regularizar" los requisitos necesarios (como los actos preparatorios, el informe que sustenta la contratación directa, la resolución de aprobación, entre otros documentos).

18. Por tanto, puede concluirse que, en una contratación directa por situación de emergencia, **el contrato existe desde el momento en que concurre la voluntad de contratar del proveedor (oferta) y de la entidad (aceptación de la oferta)[10],** no resultando necesario, al menos en dicha oportunidad, el cumplimiento de los requisitos formales que usualmente exige la normativa de contratación pública, al encontrarnos en un régimen excepcional de contratación, que obedece o se sustenta en razones de acción inmediata por la emergencia invocada.

Resulta necesario recalcar que, si bien en una contratación directa por situación de emergencia para el perfeccionamiento del contrato no es necesario cumplir con los requisitos formales que exige la normativa, el literal b) del artículo 100 del Reglamento señala que, con posterioridad a dicha celebración de la relación contractual, es necesario regularizar la documentación vinculada con la contratación realizada.

19. En ese sentido, en el presente caso, esta Sala aprecia que, la voluntad de contratar del Proveedor concurrió con la carta s/n del 22 de octubre de 2020, a la cual adjuntó su Oferta N° 287-2020, mientras que la voluntad de la Entidad concurrió en el correo electrónico del 4 de noviembre de 2020, a través del cual aceptó la oferta del Proveedor, remitiendo la Orden de Compra; **oportunidad en la que formalizó la relación contractual, esto es, el 4 de noviembre de 2020.**

[10] Pueden consultarse las Opiniones N° 120-2020/DTN y N° 031-2022/DTN.

20. En consecuencia, esta Sala, contrariamente a lo advertido por la Entidad, no aprecia la existencia del primer elemento constitutivo de la infracción imputada, referida al desistimiento o retiro injustificado de la oferta, toda vez que al momento que el Proveedor señaló declinar o retirar su oferta, con la Carta N° GG-0101-2020 recibida por la Entidad **el 4 de diciembre de 2020**, **la relación contractual ya se había celebrado, por lo que no cabía desistirse de oferta alguna**.

21. En este punto, corresponde precisar que la infracción tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, de desistirse o retirar injustificadamente la oferta, no contempla como supuesto de hecho sancionable la negativa u oposición a la regularización de una contratación directa por emergencia ni tampoco el desconocimiento del Proveedor al solicitar el desistimiento de una oferta que ya había dado lugar a la celebración de un contrato.

22. Por tanto, este Colegiado considera que corresponde declarar **no ha lugar** a la imposición de sanción contra la empresa OXITEC S.A.C., debiendo archivarse el presente expediente, por los fundamentos expuestos.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Danny William Ramos Cabezudo y la intervención de los Vocales Steven Aníbal Flores Olivera y Christian César Chocano Davis, atendiendo a la conformación de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución Nº D000090-2022-OSCE-PRE del 21 de mayo de 2022, publicada el 23 del mismo mes y año en el Diario Oficial El Peruano, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **NO HA LUGAR** a la imposición de sanción a la empresa **OXITEC S.A.C.,** por su supuesta responsabilidad al desistirse o retirar injustificadamente su oferta, derivada de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 0000501 del 4 de noviembre de 2020, emitida por el GOBIERNO REGIONAL DE ANCASH, para el:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 03322-2022-TCE-S5

"*Requerimiento de adquisición de concentrador de oxígeno en el Hospital Víctor Ramos Guardia*", por los fundamentos expuestos.

2. Archivar el presente expediente administrativo.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmado digitalmente por RAMOS CABEZUDO Danny William FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 30.09.2022 18:34:26 -05:00

PRESIDENTE

Firmado digitalmente por FLORES OLIVERA Steven Anibal FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 30.09.2022 18:39:05 -05:00

VOCAL

Firmado digitalmente por CHOCANO DAVIS Christian César FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 30.09.2022 18:57:09 -05:00

VOCAL

ss.
Ramos Cabezudo.
Flores Olivera.
Chocano Davis.