

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

Sumilla:

*“El artículo 118 del Reglamento ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: i) las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, ii) las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, iii) **los documentos del procedimiento de selección y/o su integración**”*

Lima, 13 de octubre de 2022.

VISTO en sesión del 13 de octubre de 2022 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 6770/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor Dispositivos Médicos E.I.R.L., en el marco del ítem 6 de la Licitación Pública N°05-2022-INSN – Primera Convocatoria, convocada por el Instituto Nacional de Salud del Niño, para la contratación de *“Suministro de insumos médicos para el servicio de cirugía de tórax y cardiovascular”*; atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 19 de mayo de 2022, el Instituto Nacional de Salud del Niño, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Licitación Pública N° 05-2022-INSN – Primera Convocatoria, para la contratación de *“Suministro de insumos médicos para el servicio de cirugía de tórax y cardiovascular”*, con un valor estimado de S/ 1,024,520,00 (un millón veinticuatro mil quinientos veinte con 00/100 soles), en lo sucesivo **el procedimiento de selección**.

El ítem N°6 fue convocado para la adquisición de *“parche de pericardio bovino 7cm x 7cm”*, con un valor estimado ascendente a S/ 124,000.00 (ciento veinticuatro mil con 00/100 soles).

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **la Ley**; y, su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

los Decretos Supremos N°s 377-2019-EF¹, 168-2020-EF², 250-2020-EF³ y 162-2021-EF⁴, en adelante **el Reglamento**.

El 20 de julio de 2022, se llevó a cabo la presentación electrónica de ofertas y, el 24 de agosto del mismo año, se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro del ítem N° 6 al postor Cardio Perfusión E.I.R.L.TDA, en adelante **el Adjudicatario**, por el monto de S/ 220,000.00 (doscientos veinte mil con 00/100 soles), conforme a los siguientes resultados:

POSTOR	ETAPAS				
	ADMISIÓN	PRECIO OFERTADO (S/.)	EVALUACIÓN Y ORDEN DE PRELACIÓN		RESULTADO
CARDIO PERFUSIÓN E.I.R.L.	Admitido	S/ 220,000.00	100.00	1	Adjudicatario
DISPOSITIVOS MEDICOS E.I.R.L.	No admitido	-	-	-	No admitido

2. Mediante Formulario de Interposición de Recurso Impugnativo y Escrito N°001, subsanado con Escrito N°002, presentados el 7 y 9 de setiembre de 2022, ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, el postor Dispositivos Médicos E.I.R.L., en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y contra el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario, solicitando que se revoquen dichos actos, se declare la no admisión de la oferta del Adjudicatario y; en consecuencia, se le otorgue la buena pro, en base a los siguientes argumentos:

Sobre la no admisión de su oferta

- La oferta de su representada no fue admitida al solicitarse de manera arbitraria (anti técnica) que el bien ofertado debía estar sumergido en una solución de glutaraldehído.
- Al respecto, su representada formuló una observación; sin embargo, la Entidad persistió en su exigencia a pesar de carecer de elementos técnicos que la avalen, esto es, mantuvo esta especificación técnica cuya única razón

¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de diciembre de 2019, vigente a partir del 15 del mismo mes y año.

² Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2020, vigente a partir del 1 de julio del mismo año.

³ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de setiembre de 2020, vigente a partir del 5 del mismo mes y año.

⁴ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de junio de 2021, vigente a partir del 12 de julio del mismo año.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

de ser era el direccionamiento.

- iii. El Tribunal debe tomar conocimiento que solo existen dos posibles ofertantes en el mercado nacional, lo cual puede corroborarse en la información pública de la DIGEMID, siendo el primer ofertante del producto Parches de Pericardio Bovino, Marca: Surgifoc (conservado en solución de glutaraldehído) con Registro Sanitario N° DM8170E, la empresa adjudicada con la buena pro, Cardio Perfusión E.I.R.L., y el segundo ofertante del producto Patch de Pericardio Bovino (conservado en solución de formaldehído) con Registro Sanitario N° DM10948E, la empresa Trilogic Medica E.I.R.L., vinculada a su representada.

Por tanto, si se exige en las especificaciones técnicas que el parche sea conservado en una solución de glutaraldehído se restringe la posibilidad que se presente el otro producto disponible en el mercado, es decir, las especificaciones técnicas impiden la participación del producto competidor, lo cual efectiviza un direccionamiento.

- iv. Las razones del comité de selección para mantener las especificaciones técnicas carecen de sustento técnico, dado que no existe biografía científica que demuestre que conservar un parche de pericardio bovino en solución de glutaraldehído sea más conveniente que conservarlo en solución de formaldehído.

La solución de glutaraldehído utilizada en el producto adjudicado no deja de presentar riesgos de toxicidad, conforme lo advierten los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades - CDC.

DIGEMID, al aprobar el registro sanitario de ambos productos, ha corroborado que sean seguros e idóneos para su uso; así como, los fabricantes de ambos parches han realizado las pruebas clínicas necesarias para demostrar la seguridad de sus dispositivos médicos; por tanto, no corresponde con la realidad y carece de correlato probatorio advertir la toxicidad de uno frente al otro.

De acuerdo al artículo 29 del Reglamento, la normativa de contrataciones prohíbe que se establezcan criterios para restringir de manera desproporcionada, irrazonable o innecesaria, la participación de los postores

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

o que se orienten para que sea una oferta privilegiada.

En caso hubiesen existido razones científicas para efectuar el direccionamiento, correspondía realizar la estandarización o contratación directa (por único ofertante); sin embargo, no resulta legal y apropiado convocar a un procedimiento de selección sabiendo que solo una oferta puede cumplir con las especificaciones técnicas; por lo tanto, la interpretación de las bases integradas del procedimiento de selección no debía ser literal, sino que, siendo la especificación técnica irrelevante, las mismas deberían permitir la presentación de parches que sean conservados en una solución de formaldehído

- v. Además, su representada viene comercializando sin incidente alguno los parches de pericardio bovino a la Entidad, según se puede corroborar de las Órdenes de Compra N° 0001363 y N° 0002461, demostrándose con ello su efectividad e idoneidad; toda vez que, si representasen algún riesgo de toxicidad para los pacientes o usuarios, la Entidad no los hubiese adquirido o no hubiese otorgado la conformidad.
- vi. Su oferta es más ventajosa en precio pues representa un ahorro de 20% en comparación con el precio final ofertado por el Adjudicatario.

Sobre la no admisión de la oferta del Adjudicatario

- vii. En el Anexo N° 7 – Declaración jurada de presentación del producto y vigencia, el Adjudicatario manifiesta que la esterilización del producto se realizó mediante glutaraldehído; sin embargo, en las instrucciones de uso del producto (a folio 328), en el certificado de análisis (a folio 347) y en el instructivo del sistema de gestión de calidad (a folio 380) se observa que la esterilización del producto se realizó mediante formaldehído.
No es rol del comité de selección aclarar las contradicciones advertidas en la oferta del Adjudicatario, como sucede entre los documentos antes mencionados, por lo que no debía darse primacía a uno respecto de otro.
- viii. Las bases integradas del procedimiento de selección exigen como documentación de presentación obligatoria, la presentación de un certificado de análisis con registro sanitario y aprobación de DIGEMID conforme a la normativa vigente.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

En el certificado de análisis presentado por el Adjudicatario se señala que los dispositivos médicos ofertados fueron manufacturados al amparo del sistema de gestión de calidad ISO 9001:2008; sin embargo, dicha norma técnica no se encuentra vigente y no puede ser utilizada como referencia para procesos de fabricación actuales.

El sistema de gestión de calidad ISO 9001:2008 fue derogado y reemplazado el 23 de setiembre de 2015 por una versión posterior, el sistema de gestión de calidad ISO 9001:2015, que se encontraba vigente al momento de fabricarse los bienes y elaborarse el certificado de análisis.

Por tanto, se acredita la presentación de un certificado de análisis defectuoso, que no puede considerarse válido y siendo un documento de presentación obligatoria, conlleva a declarar la no admisión de la oferta del Adjudicatario.

3. Con Decreto del 13 de setiembre de 2022, debidamente notificado el 15 de setiembre de 2022, la Secretaría del Tribunal solicitó a la Entidad que emita su pronunciamiento respecto a la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección, a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes en el marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19. Para tal fin se le otorgó el plazo de tres (3) días hábiles.

Asimismo, se admitió a trámite el recurso de apelación presentado en el marco del procedimiento de selección, y se corrió traslado a la Entidad, a fin de que cumpla, entre otros aspectos, con registrar en el SEACE el informe técnico legal, en el que indique su posición respecto de los hechos materia de controversia, en el plazo de tres (3) días hábiles y, además, se dispuso notificar el recurso interpuesto, a los postores distintos del Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución que emita este Tribunal, mediante su publicación en el SEACE, y remitir a la Oficina de Administración y Finanzas la constancia de la garantía presentada por el Impugnante para su verificación y custodia.

4. Con Escrito N° 001, presentado el 20 de setiembre de 2022, ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al procedimiento y absolvió el traslado del recurso de apelación, solicitando que se declare infundado,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

en razón a los siguientes argumentos:

Sobre la no admisión de la oferta del Impugnante

- i. En el acta de admisión se aprecia que el comité de selección declaró la no admisión de la oferta del Impugnante al no cumplir con acreditar la característica técnica del bien ofertado que se encuentre sumergido en una solución de glutaraldehído.

En el recurso de apelación interpuesto se observa que el Impugnante reconoce que las bases integradas del procedimiento de selección requerían que el parche de pericardio se encuentre sumergido en una solución de glutaraldehído.

En la consulta N° 13, formulada por el Impugnante, se advierte que éste reconoce que no cumple con la característica que el bien ofertado se encuentre sumergido en una solución de glutaraldehído, dado que se encontraba sumergido en formaldehído, así como; a pesar de la respuesta del comité de selección, no solicitó la elevación del pliego de consultas y observaciones, consintiendo lo establecido por el comité de selección

Con ello, queda acreditado que el bien ofertado por el Impugnante no cumple con la característica técnica que se encuentre sumergido en una solución de glutaraldehído.

Sobre la no admisión de la oferta del Adjudicatario

- ii. En su oferta a folio 332 se advierte que el bien ofertado se encuentra sumergido en glutaraldehído, mas no que ha sido esterilizado con glutaraldehído; mientras que, en su oferta a folio 328 señaló de manera expresa que el bien ofertado es esterilizado con formaldehído.

En ese sentido, el bien ofertado es esterilizado con formaldehído y no con glutaraldehído, como erróneamente y de manera tendenciosa señala el Impugnante con la finalidad de confundir al Tribunal.

- iii. Respecto del supuesto certificado de análisis, la norma ISO 9001 hace referencia a generalidades de un sistema de calidad, por lo que no es una

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

norma específica y menos aún una norma mediante la cual se acredite el cumplimiento de una característica técnica.

En consecuencia, el certificado de análisis cumple con todos los requisitos de validez establecidos en las bases integradas del procedimiento de selección y la normativa vigente.

5. El 20 de setiembre de 2022, la Entidad registró en el SEACE el Oficio N° 101-OL-INSN-2022, el Oficio N° 675-OEA-INSN-2022 y el Informe Técnico N° 012-OL-INSN-2022, a través de los cuales expuso lo que a continuación se resume:

Sobre la no admisión de la oferta del Impugnante

- i. La pretensión del Impugnante es arbitraria en tanto pretende que el comité de selección admita su oferta sin que esta cumpla con lo requerido en las bases integradas del procedimiento de selección, estando el producto que oferta en una presentación con una característica distinta a la establecida.

En ese sentido, la no admisión de la oferta del Impugnante se realizó forma fundamentada pues no cumplió con las especificaciones técnicas requeridas, lo mismo que se encuentra expresado en el cuadro de admisibilidad donde se indica que *“lo ofertado no cumple con lo requerido, siendo que se solicitó que se encuentre sumergido en una solución de glutaraldehído, y el postor oferta sumergido en formaldehído”*

- ii. Respecto del supuesto direccionamiento, de la revisión del SEACE y lo expuesto por el Impugnante, se puede colegir que éste tuvo la oportunidad de solicitar la elevación del cuestionamiento al pliego absolutorio de consultas y observaciones, en un supuesto que sus derechos fueran vulnerados, acción que no fue realizada en su debido momento, la misma que trata de utilizar en el presente recurso impugnativo a fin de pretender modificar lo establecido en las bases integradas del procedimiento de selección e incluso intentar la admisión de su oferta que no cumple con lo requerido.

Sobre la no admisión de la oferta del Adjudicatario

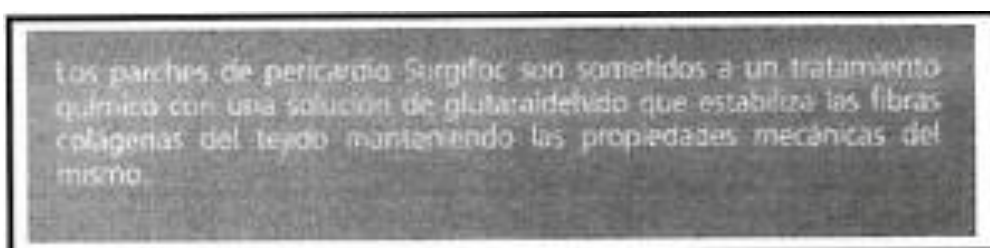
- iii. El bien ofertado debió contar con las siguientes características: i) tratamiento

Tribunal de Contrataciones del Estado

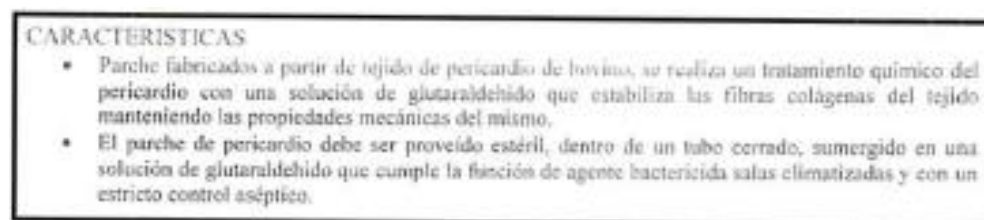
Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

químico que estabiliza las fibras colágenas y ii) ser proveído estéril dentro de un tubo cerrado, sumergido en una solución de glutaraldehído, entendiéndose así que el método de esterilización no fue especificado como una característica de lo que se fuera a ofertar.

En la oferta del Adjudicatario a folio 324 se aprecia lo siguiente:



Asimismo, en la carta de cumplimiento de especificaciones técnicas presentada por el Adjudicatario se precisa que:



En consecuencia, según lo evaluado por el comité de selección, la oferta presentada por el Adjudicatario cumple con lo requerido en las bases integradas del procedimiento de selección.

- iv. Respecto del certificado de análisis no válido, el comité de selección realizó una evaluación integral de la propuesta, verificando todos los documentos obrantes en la misma, sin realizar interpretaciones y/o suposiciones; además que, el principio de integridad obliga a los participantes de un proceso de contratación a actuar de forma honesta y veraz; por lo tanto, sobre el cuestionamiento al sistema de calidad consignado en el certificado de análisis, corresponde al Tribunal realizar la consulta al órgano competente (DIGEMID u órgano evaluador o calificador de dicho documento) para verificar su vigencia o validez.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

6. Con Decreto del 22 de septiembre de 2022, se tuvo por apersonado al Adjudicatario, en calidad de tercero administrado y se tuvo por absuelto el traslado del recurso impugnativo, dejándose a consideración de la Sala su solicitud del uso de la palabra.
7. Con Decreto del 22 de setiembre de 2022, se dio cuenta que la Entidad registró en el SEACE el Oficio N° 101-OL-INSN-2022, el Oficio N° 675-OEA-INSN-2022 y el Informe Técnico N° 012-OL-INSN-2022; asimismo, se dispuso la remisión del expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que evalúe la información que obra en el mismo y, de ser el caso, dentro del término de cinco (5) días hábiles lo declare listo para resolver. El expediente fue recibido el 23 de setiembre de 2022.
8. Con Decreto del 23 de setiembre de 2022, se programó audiencia pública para el 4 de octubre de 2022, la misma que se llevó a cabo con la participación de los representantes del Impugnante y del Adjudicatario.
9. Mediante Decreto del 4 de octubre de 2022, se dispuso lo siguiente:

“(…)

A LA ENTIDAD – INSTITUTO NACIONAL DE SALUD DEL NIÑO:

*Sírvase remitir un **Informe Técnico Legal Complementario** en el que se explique con mayor detalle el sustento expuesto en la absolución de la Consulta N° 13 del Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones, cuya imagen se muestra a continuación:*

Ruc/código : 20547243065	Fecha de envío : 02/06/2022
Nombre o Razón social : DISPOSITIVOS MEDICOS E.I.R.L.	Hora de envío : 13:49:39

Consulta: Nro. 13
Consulta/Observación:
En el ITEM 6: PARCHE DE PERICARDIO MODELO BOVINO 7CM X 7 CM en el punto CARACTERISTICAS, se solicita "sumergido en una solución de glutaraldehído", debemos indicarle que mi representada cuenta con rigurosos métodos de conservación de los productos por lo que nuestro parche de pericardio bovino es tratado con glutaraldehído y conservado en formaldehído. En ese sentido solicitamos al comité especial acepte también nuestro parche de pericardio bovino el cual es tratado con glutaraldehído y conservado en formaldehído y se viene usando en vuestra institución con buenos resultados.

Acápites de las bases : Sección: Específico Numeral: 3 Literal: 3.1 Página: 28
Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

Análisis respecto de la consulta u observación:
De la consulta al área usuaria, esta ha respondido que, no se acepta lo sugerido, puesto que tratándose de tejidos biológicos el formaldehído presenta una mayor toxicidad.

Presión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:
null

“(…)”

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

10. El 10 de octubre de 2022, la Entidad registró en el SEACE el Informe Técnico N°015-OL-INSN-2022, a través del cual se indica que el bien objeto de la convocatoria debe estar sumergido en glutaraldehído, por ser una sustancia menos riesgosa y de menor toxicidad para el ser humano, teniendo en cuenta que el formaldehído es una sustancia considerada tóxica y probablemente cancerígena.
11. Por medio del Escrito N°3, presentado el 12 de octubre de 2022 ante la Mesa de Partes Virtual del Tribunal, el Impugnante reiteró los argumentos previamente expuestos en el escrito del recurso de apelación y en la audiencia pública, agregando que, en el Informe Técnico N° 015-OL-INSN-2022, la Entidad se limita a señalar los efectos riesgosos del formaldehído, pero que no están directamente relacionados al producto o su forma de conservación, sino a la sustancia misma.

II. FUNDAMENTACIÓN:

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

III. EVALUACION DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACION:

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutor.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento, a fin de determinar si el recurso de apelación objeto de análisis se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezca de competencia para resolverlo.

3. El artículo 117 del Reglamento delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que es conocido y resuelto por el Tribunal cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea superior a cincuenta (50) UIT⁵ y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. También dispone que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor estimado o referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto de una Licitación pública, cuyo valor estimado asciende a S/. 2'750,000.00 (dos millones setecientos cincuenta mil con 00/100 soles), dicho monto es superior a 50 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

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

4. El artículo 118 del Reglamento ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: i) las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, ii) las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, iii) los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, iv) las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y v) las contrataciones directas.

⁵ Unidad Impositiva Tributaria.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

Se debe anotar que, de acuerdo al numeral 47.1 del artículo 47 del Reglamento, son considerados documentos del procedimiento de selección, entre otros, las bases.

5. Ahora bien, de la revisión del recurso de apelación, se aprecia que, si bien se indica – de forma expresa – que la pretensión es la revocación de la decisión de no admitir la oferta, en realidad, lo que se pretende es cuestionar una regla de las bases integradas o la nulidad de aquella, toda vez que, se sostiene que la característica técnica *“parche pericardio (...) sumergido en una solución de glutaraldehído”*, al resultar irrazonable y restrictiva de la competencia, no debe ser exigible para su oferta.
6. Como resulta evidente, pese a que los argumentos del Impugnante invocan la aplicación de una serie de principios cuya inobservancia restringiría la competencia en el procedimiento de selección, lo cierto es que, en sustancia, la pretensión principal, pretende discutir las bases integradas del procedimiento de selección. Esta situación, sin embargo, configura la causal de improcedencia recogida en el literal b) del numeral 123.1 del artículo 123 del Reglamento.
7. En este punto cabe anotar que, de acuerdo a lo establecido en a los numerales 1.4, 1.5 y 1.6 del Capítulo I de la Sección General de las bases integradas, concordado con el artículo 72 del Reglamento, los participantes se encontraron facultados a formular consultas (solicitudes de aclaración) y observaciones (cuestionamientos por vulneración a la normativa de contrataciones o especial) a las bases del procedimiento de selección y el comité de selección obligado a absolverlas en su pliego de absolución y, de ser el caso, a cuestionar el pliego de absolución, solicitando su elevación al OSCE para que este último efectúe la revisión de la legalidad de las bases.
8. En tal sentido, de la verificación realizada, se advierte que el Impugnante, en la etapa correspondiente formuló la siguiente consulta, la misma que está referida a la regla que ahora cuestiona mediante el presente recurso:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

Ruc/código :	20547243065	Fecha de envío :	02/06/2022
Nombre o Razón social :	DISPOSITIVOS MEDICOS E.I.R.L.	Hora de envío :	13:49:38

Consulta: Nro. 13

Consulta/Observación:
En el ítem 6: PARCHE DE PERICARDIO MODELO BOVINO 7CM X 7 CM en el punto CARACTERÍSTICAS, se solicita "sumergido en una solución de glutaraldehído", debemos indicarle que mi representada cuenta con rigurosos métodos de conservación de los productos por lo que nuestro parche de pericardio bovino es tratado con glutaraldehído y conservado en formaldehído. En ese sentido solicitamos al comité especial acepte también nuestro parche de pericardio bovino el cual es tratado con glutaraldehído y conservado en formaldehído y se viene usando en vuestra institución con buenos resultados.

Acópite de las bases : Sección: Específico Numeral: 3 Literal: 3.1 Página: 28

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

Análisis respecto de la consulta u observación:
De la consulta al área usuaria, esta ha respondido que, no se acepta lo sugerido, puesto que tratándose de tejidos biológicos el formaldehído presenta una mayor toxicidad.

9. Como puede apreciarse, el Comité de Selección indicó que, de la consulta formulada al área usuaria, no se acepta lo sugerido, puesto que tratándose de tejidos biológicos el formaldehído presenta una mayor toxicidad.
10. En este estado del procedimiento, el numeral 72.8 del artículo 72 del Reglamento establece que, los cuestionamientos al pliego de absolucón de consultas y observaciones, así como, a las bases integradas por el Comité de Selección por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones, a los principios que rigen la contratación pública, u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación pueden ser elevados al OSCE a través del SEACE, en el plazo de tres (3) días hábiles siguientes de su notificación

Sin embargo, el Impugnante, pese a tener expedito su derecho en la oportunidad establecida en el calendario del procedimiento, no presentó los cuestionamientos a las Bases integradas, que ahora expone en su recurso de apelación.

11. Por estas consideraciones, en aplicación de lo dispuesto en el literal d) del artículo 128 del Reglamento, corresponde que este Tribunal declare improcedente el recurso de apelación interpuesto, pues se ha determinado que el Impugnante ha cuestionado las bases integradas (documento del procedimiento de selección).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

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

12. Adicionalmente a lo expuesto, de la revisión del recurso de apelación, también se advierte que incurre en la causal de improcedencia regulada en el literal i) del numeral 123.1 del artículo 123 del Reglamento, pues no existe conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo, en la medida que, se solicita – de forma expresa – la revocación de la decisión de no admitir su oferta, mientras que, los fundamentos se orientan a demostrar que existe un requerimiento vejatorio a la normativa de contratación pública, lo que – evidentemente – implicaría un vicio de nulidad.
13. Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el literal d) del artículo 128 del Reglamento, corresponde que este Tribunal declare improcedente el recurso de apelación interpuesto, pues se ha determinado que en el recurso de apelación no existe conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

El impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.

14. Respecto a la otra pretensión del Impugnante, en relación a los cuestionamientos formulados a la oferta del Adjudicatario, es necesario tener en consideración que, para que un postor pueda solicitar que se revoque el otorgamiento de la buena pro, debe definirse, en primer lugar, si es o no postor hábil durante la fase selectiva y, sólo en la medida que se hubiera concluido que sí, resulta procedente la emisión de un pronunciamiento respecto de los cuestionamientos dirigidos contra los demás postores considerados hábiles.
15. Caso contrario no resulta válido que un tercero, ajeno al procedimiento de selección, se encontrase legitimado para impugnar actos que no le agravan y que se circunscriben a la relación entre la Entidad y los demás postores hábiles.
16. Al respecto, debe tenerse en cuenta que precedentemente se ha dispuesto que corresponde declarar la improcedencia del recurso de apelación; por lo que, se confirma la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta del Impugnante.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

17. En relación con ello, cabe traer a colación que, en el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento, se establece que el recurso de apelación es declarado improcedente por falta de interés para obrar, entre otros casos, si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta y no haya revertido su condición de no admitido o descalificado.
18. En torno a lo expresado, es oportuno mencionar que el sistema de impugnaciones [que el ordenamiento legal contempla] en los procedimientos de selección, no está diseñado para la protección de derechos inciertos o indeterminados, sino para atender afectaciones concretas a los derechos de los postores que constituyan una situación objetiva que amerite una acción.
- Ello, tanto más si se considera que la impugnación de un procedimiento determina su suspensión, la cual, al comprometer el normal abastecimiento del Estado, debe reservarse para aquellos postores con interés para acudir al órgano resolutor.
19. Entonces, al declararse la improcedencia del recurso de apelación, se ha consentido la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta del Impugnante, no logrando revertir tal condición, **evidenciándose la falta de interés del Impugnante para cuestionar la oferta del Adjudicatario y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección**, conforme a lo establecido en el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento.
20. Conforme al análisis efectuado, en observancia de lo establecido en el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento, corresponde a este Tribunal declarar **improcedente** la pretensión de desestimar la oferta del Adjudicatario y, en consecuencia, se revoque el otorgamiento de la buena pro.
21. En consecuencia, al haberse determinado declarar improcedente el recurso de apelación, corresponde que este Tribunal, en virtud de lo establecido en el numeral 132.1 del artículo 132 del Reglamento, disponga la ejecución de la garantía presentada por el Impugnante para la interposición de su recurso de apelación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

22. Sin perjuicio de lo resuelto por este Tribunal, corresponde precisar que, si bien el Comité de Selección, al absolver la consulta N° 13, expresó las razones técnicas por las cuales debe mantenerse la característica técnica *“parche pericardio (...) sumergido en una solución de glutaraldehído”*, ello no enerva la potestad del Titular de la Entidad de adoptar las acciones que permitan verificar que en la presente contratación se hayan observado los principios de Libertad de Concurrencia y Competencia y, de ser el caso, ejercer la potestad contemplada en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Daniel Alexis Nazazi Paz Winchez y la intervención del Vocal Carlos Enrique Quiroga Periche y la Vocal Olga Evelyn Chávez Sueldo, atendiendo a la conformación de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000090-2022-OSCE-PRE del 21 de mayo de 2022, publicada el 23 de mayo de 2022 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, vigente a partir del 14 de marzo de 2019, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **Improcedente** el recurso de apelación interpuesto por el postor Dispositivos Médicos E.I.R.L., en el marco del ítem 6 de la Licitación Pública N°05-2022-INSN – Primera Convocatoria, convocada por el Instituto Nacional de Salud del Niño, para la contratación de *“Suministro de insumos médicos para el servicio de cirugía de tórax y cardiovascular”*, por los fundamentos expuestos.
2. **Ejecutar** la garantía presentada por el postor Dispositivos Médicos E.I.R.L., para la interposición de su recurso de apelación, por los fundamentos expuestos.
3. **Poner** en conocimiento la presente resolución del Titular de la Entidad, según lo dispuesto en el fundamento 22 de los fundamentos de la presente resolución.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 03504-2022-TCE-S2

4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

SS.

Quiroga Periche.

Paz Winchez.

Chávez Sueldo.