



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

Sumilla: “(...), debemos entender por cuestionamientos maliciosos y manifiestamente infundados, a aquellos carentes de todo sustento de hecho y de derecho, que por la ostensible falta de rigor en su fundamentación evidencian la intención del participante de perjudicar el desenvolvimiento normal y fluido del procedimiento de selección (...)”.

Lima, 19 de octubre de 2022.

VISTO en sesión de fecha 19 de octubre de 2022 de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 6191/2021.TCE**, el procedimiento administrativo sancionador instaurado contra la empresa **ALNUSUR S.A.C.**, por su presunta responsabilidad al haber presentado cuestionamientos supuestamente maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absoluciones de consultas y/u observaciones, en el marco de la Licitación Pública N° 5-2021-MDCC – Primera Convocatoria, convocada por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO COLORADO**; y, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información obrante en el SEACE, el 30 de junio de 2021, la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO COLORADO, en adelante **la Entidad**, convocó la **Licitación Pública N° 5-2021-MDCC – Primera Convocatoria**, por relación de ítems, para la “*Adquisición de insumos para el programa del vaso de leche de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado - Arequipa*”, con un valor estimado total de S/ 3,179,820.00 (tres millones ciento setenta y nueve mil ochocientos veinte con 00/100 soles), en adelante el **procedimiento de selección**.

Ítem N° 1, para la adquisición de “*alimentos enriquecido lácteo instantáneo*”, por el valor estimado de S/ 160,800.00.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

Ítem N° 2, para la adquisición de “Hojuela de cereales (quinua, avena, kiwicha) precocidas enriquecidas con vitaminas y minerales”, por el valor estimado de S/ 88,440.00.

Ítem N° 3, adquisición de “Leche evaporada entera”, por el valor estimado de S/ 321,600.00.

Dicho procedimiento fue convocado bajo el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el **TUO de la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias, en adelante el **Reglamento**.

El 14 de julio de 2021, la empresa ALNUSUR S.A.C., en adelante **el Participante**, presentó consultas y observaciones a las bases del procedimiento de selección, las cuales fueron absueltas mediante el pliego de absolución de consultas y observaciones que se publicó en el SEACE el 2 de agosto de 2021.

El 5 de agosto de 2021, mediante escrito s/n¹, el Participante solicitó la elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones, lo cual fue atendido a través del Informe IVN° 83- 2021/OSCE-DGR², publicado el 8 de setiembre de 2021 en el SEACE.

El 4 de octubre de 2021, se publicó en el SEACE la Resolución de Alcaldía N° 221-2021-MDCC del 29 de setiembre de 2021, mediante la cual la Entidad resolvió declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección.

2. Con escrito s/n³, presentado el 23 de agosto de 2021 ante la Mesa de Partes del Tribunal, en adelante el Tribunal, la empresa CORPEALIM E.I.R.L., en adelante **el Denunciante**, informó que el Participante cuestionó la absolución de consultas y observaciones, bajo argumentos que tienen la única finalidad de retrasar o alterar las etapas del procedimiento de selección, según el siguiente detalle:

¹ Obrante a folio 37 del expediente administrativo.

² Obrante a folio 101 del expediente administrativo.

³ Obrante a folio 3 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

- Refiere que, el Participante, en el tercer fundamento de su escrito de elevación señala que: *“Así mismo el observante CORPEALIM E.I.R.L. es distribuidor de la empresa PERUANITA E.I.R.L., quien se encarga de fabricar los productos y demás las certificaciones oficiales de inspección que utilizan son emitidos por el organismo de inspección CONACERT, donde el accionista mayorista de este organismo de inspección tiene vínculo familiar con la empresa Peruanita E.I.R.L., lo que probamos con el testimonio de constitución de la empresa CONACERT y vigencia de poder de las empresas CORPEALIM E.I.R.L. y vigencia de poder PERUANITA E.I.R.L.”*
- El citado fundamento sería falso debido a que, en el fundamento 52 de la Resolución N° 0256-2019-TCE-S3⁴, derivado del recurso de apelación interpuesto por el Participante, con respecto al vínculo familiar, el OSCE señaló que: *“Como se advierte, el INACAL ha señalado que la vinculación conyugal entre un accionista de un organismo de inspección y un representante legal de la empresa a favor de quien tal organismo prestó servicios, podría constituir un riesgo a la imparcialidad; es decir, tal entidad técnica no considera que la sola vinculación transgreda la imparcialidad con la que debe actuar un organismo, en tanto este puede haber adoptado un mecanismo por el cual elimina o minimiza dicho riesgo. En dicha línea, el INACAL ha concluido que los documentos que emite el organismo de inspección CONACERT al amparo de la acreditación que le fue otorgada, son válidos hasta que no se demuestre que incumplió con lo establecido en la NTP-ISO/IEC 17020:2012 EVALUACION DE LA CONFORMIDAD”*.
- De igual forma, señala que en la Resolución N° 1787-2020-TCE-S4⁵, en la cual el Participante formó parte, ante el mismo argumento planteado relacionado a la observación sobre el “vínculo familiar”, pero esta vez por la empresa ALNUSA S.A.C., quien es proveedor directo de la empresa

⁴ De la revisión de dicha resolución se advierte que fue emitida en atención al recurso de apelación interpuesto por el ALNUSUR S.A.C., en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 028-2018-CS/MDLI – Procedimiento electrónico – Primera convocatoria, por relación de ítems, convocada por la Municipalidad Distrital de La Joya, para la contratación de suministro de bienes: *“Adquisición de insumos del programa del vaso de leche de enero a diciembre del año 2019”*.

⁵ De la revisión de dicha resolución se advierte que fue emitida en atención al recurso de apelación interpuesto por la empresa PERUANITA E.I.R.L., en el marco de la Licitación Pública N° 008-2019-MDC - Primera Convocatoria, por relación de ítems, convocada por la Municipalidad Distrital de la Villa de Cayma, para la contratación de suministro de bienes: *“Contratación de Insumos para el Programa Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Cayma Periodos 2020-2021”*.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

ALNUSUR S.A.C., en los numerales 52 y 53 de dicha resolución el OSCE señaló que: *“Así, tenemos que el INACAL ha concluido que los documentos que emite el Organismo de Inspección CONACERT al amparo de la acreditación que le fue otorgada son válidos hasta que no se demuestre que incumplió con lo establecido en la norma técnica NTP-ISO/IEC 17020:2012 EVALUACION DE CONFORMIDAD, lo cual, como se ha indicado, no ha ocurrido en el caso en concreto; por lo tanto, el “Certificado de Inspección Técnico Productivo N° 01-0168PM-32.03./2020” se encuentra premunido de los alcances del principio de presunción de veracidad. 53. Por lo tanto, no habiéndose acreditado en esta instancia que el “Certificado de Inspección Técnico Productivo N° 01-0168PM-32.03./2020” fue emitido en vulneración al principio de imparcialidad que exige la normativa técnica en mención, contándose únicamente con la denuncia (manifestación) del Adjudicatario sobre el vínculo conyugal entre los representantes del Impugnante y el Organismo de Inspección CONACERT; corresponde ratificar la decisión del Comité de Selección de tener por calificada su oferta en el ítem N° 1 del procedimiento de selección, no corresponde acoger los argumentos del Adjudicatario en este extremo”.*

- Por otro lado, mediante el Pronunciamiento N° 415-2019/OSCE-DGR⁶, emitido en el marco de la Licitación Pública N° SM-2-2019-MDCC-1, del cual el Participante formó parte, se volvieron a mencionar los mismos hechos relacionados a la observación sobre el “vínculo familiar”, ante lo cual la Entidad mediante su informe técnico legal indicó que: *“c) En relación al aspecto conyugal que se ha evidenciado (motivo de la elevación de la observación), se debe precisar que, el aspecto conyugal no es motivo de exclusividad hacia una determinada empresa, en su lugar se puede evidenciar conforme al anexo del presente informe, los organismos incluidos CONACERT S.A.C. son acreditados ante la Dirección de Acreditación del INACAL, en ejercicio de sus facultades que le confiere la Ley N° 30224, Ley que crea el Sistema Nacional para la Calidad y el Instituto Nacional de Calidad y el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Calidad – INACAL, y ha reconocido la competencia*

⁶ Pronunciamiento emitido por el OSCE, en el marco de la Licitación Pública N° SM-2-2019-MDCC-1, convocada por la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado Arequipa Colorado.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

técnica de los Organismos de Inspección previa evaluación del cumplimiento de los criterios establecidos en el Reglamento para la Acreditación de Organismos de Evaluación de la Conformidad, Procedimiento General de Acreditación y en la norma NTP-ISO/IEC 17020, acreditándolos mediante cédula de notificación/contrato de acreditación y facultándolos a emitir certificados/informes de inspección distinguidos por el Símbolo de acreditación. Por lo tanto, se evidencia que todos los organismos de acreditación detallados en el anexo del presente informe pueden brindar servicios a cualquier cliente o empresa que lo requiera”.

- En ese sentido, el Participante, de manera directa o indirecta, sabe y conoce que el cuestionamiento sobre, aparente, conflictos por el “vínculo familiar” entre CONACERT, CORPEALIM E.I.R.L. y PERUANITA E.I.R.L. no tiene sustento alguno, pues el OSCE, entidades locales y el propio INACAL, mediante informe N° 004-2019-INACAL/DA-0 R, mencionó que no considera que la sola vinculación trasgreda la imparcialidad con la que debe actuar un organismo de inspección como es CONACERT.
- De otro lado, informa que el Participante tiene diversas denuncias ante INDECOPI, tal es el caso de los expedientes N° 3-2021/INDECOPI-AQP y el expediente N° 1-2021/CCD-INDECOPI-AQP, por competencia desleal al vulnerar la buena fe empresarial dentro del mercado, debido a que los mismos argumentos viene siendo planteados en diversas oportunidades y en varias entidades del estado sin fundamento alguno.
- En atención a lo señalado, precisa que el Participante conoce que los argumentos relacionados al “vínculo familiar” entre el señor Roberto Scocco y la Sra. Gloria Lupaca no implica vulneración alguna al principio de imparcialidad entre las empresas CONACERT, CORPEALIM E.I.R.L. y PERUANITA E.I.R.L., por lo que, ha incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

3. Con decreto del 26 de abril de 2022⁷, de forma previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, la Secretaría del Tribunal solicitó a la Entidad que remita un informe técnico legal donde señale la procedencia de la responsabilidad del Participante en la comisión de la infracción imputada, copia clara y completa de toda la documentación que acredite la comisión de la infracción imputada, copia de la consulta y/u observación, del pliego absolutorio, del pronunciamiento y de la oferta presentada por el Participante.
4. Mediante Carta 2022/SGLA-MDCC del 27 de mayo de 2022, presentada en la misma fecha ante el Tribunal, la Entidad remitió, entre otros, el Informe N° 778-2022-MDCC/SGLA, informando, principalmente, lo siguiente:

- El Participante cuestionó la absolución a la observación 6 formulada por la empresa CORPEALIM E.I.R.L. y a la absolución de la observación 18 formulada por el Participante.

Sobre el cuestionamiento a la absolución de la observación 6.

- El Participante cuestionó la absolución a la observación 6, señalando lo siguiente:
 - El área usuaria no es competente para absolver la observación planteada.
 - Incorporar la R. M N° 066-2015/MINSA y la NTS N° 114-MINSA/DIGESA, contraviene el principio de igualdad de trato, restringiendo la participación y pluralidad de postores, debido a que con dichas normas se estaría favoreciendo a un solo participante.
 - En la solicitud de cotización remitida a su representada, en el marco del estudio de mercado, en ningún momento se hace mención a las citadas normas, por lo que, el área usuaria y el comité de selección estarían direccionando el procedimiento de sección a favor de la empresa CORPEALIM E.I.R.L., cuyo

⁷

Obrante a folio 11 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

representante legal, el señor Roberto Scocco accionista mayoritario del CONCERT, organismo inspector acreditado por INACAL, que puede emitir la certificación requerida en el marco de las normas cuestionadas; asimismo, la empresa CORPEALIM E.I.R.L. es distribuidor de la empresa PERUANITA E.I.R.L., quien se encarga de fabricar los productos en atención a las certificaciones emitidas por CONACERT, cuyo accionista mayoritario tiene un vínculo familiar con la citada empresa., existiendo un vinculo familiar entre las empresas CORPEALIM E.I.R.L., PERUANITA E.I.R.L. y CONACERT.

- Asimismo, cuestionó el hecho de que se otorgue 25 puntos a la presentación del certificado de BPM que cuente con las normas cuestionadas.
- Al respecto, la Entidad señala que, la inclusión de las normas R.M. N° 066-2015/MINSA y NTS N° 114-MINSA/DIGESA representan mejoras al momento del almacenamiento de los productos, con lo cual el postor que cumpla con presentar el Certificado Oficial de Inspección BPM e Higiénico Sanitario de Planta, Almacenamiento y Transporte, que contengan dichas normas, garantiza que los productos son adecuadamente almacenados; por lo tanto, mejoran las condiciones establecidas en el requerimiento inicial, por lo que, se le adjudica un puntaje determinado.
- Agrega que, la Entidad no se encuentra obligada a solicitar que los proveedores presenten como parte de su cotización documentación que acredite el cumplimiento de los factores de evaluación, solo se obliga a requerir documentación que acredite su habilitación (por ejemplo, registro sanitario, copia de Resolución de Validación Técnica Oficial del Plan HACCP), y, especificaciones nutricionales, ello a efectos de que la cotización pueda ser validada y tomada en cuenta.

Sobre los vínculos entre CORPEALIM, CORPEALIM E.I.R.L. y PERUANITA E.I.R.L.:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

- Al respecto, señala que el citado cuestionamiento fue planteado ante la Entidad en otro procedimiento de selección, el cual arribó a la emisión del Pronunciamiento 415-2019/OSCE-DGR⁸, en el que se señala los argumentos de INACAL, precisando lo siguiente: *“En relación al aspecto conyugal que se ha evidenciado (motivo de la elevación de la observación), se debe precisar que, el aspecto conyugal no es motivo de exclusividad hacia una determinada empresa, en su lugar se puede evidenciar conforme al anexo del presente informe, los organismos incluido CONACERT S.A.C. son acreditados ante la Dirección de Acreditación del INACAL, en ejercicio de sus facultades que le confieren la Ley N° 30224, ley que crea el Sistema Nacional para la Calidad y el Instituto Nacional de Calidad y el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Calidad — INACAL, y ha reconocido la competencia técnica de los Organismos de Inspección previa evaluación del cumplimiento de los criterios establecidos en el reglamento para la acreditación de organismos de evaluación de la conformidad, procedimiento general de acreditación y en la norma NTP-ISO/IEC 17020, acreditándolos mediante cédula de notificación/contrato de acreditación y facultándolos a emitir certificados/informes de inspección distinguidos por el símbolo de acreditación. Por lo tanto, se evidencia que todos los organismos de acreditación detallados en el anexo del presente informe pueden brindar servicios a cualquier cliente o empresa que lo requiera”*.

Sobre los cuestionamientos a la absolución de la observación 18.

- El Participante cuestionó la absolución a la observación N° 18, señalando lo siguiente:
 - La absolución a su observación no se ajusta a lo establecido en la R.M. N° 451-2006/MINSA; asimismo, en ningún extremo de la citada norma se señala que se incluya proteína aislada de soya,

8

De la revisión del SEACE, se advierte que el PRONUNCIAMIENTO N° 415-2019/OSCE-DGR, fue emitido en el marco de la Licitación Pública N° SM-2-2019-MDCC-1, convocada por la Entidad para la “adquisición de insumos para el Programa del Vaso de Leche de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado Arequipa Colorado”.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

por el contrario, la norma indica que la proteína debe ser proveniente de la leche de vaca o derivado lácteo; además, la descripción del producto únicamente favorece al fabricante PERUANITA E.I.R.L. y a su distribuidor CORPEALIM E.I.R.L.

- En el caso del ítem 1, el requerimiento técnico mínimo no presenta ningún balance nutricional, contravenido lo establecido en la R.M. N° 451-2006/MINSA.
 - Sobre el particular, la Entidad señala que, el requerimiento cumple con el artículo 20 de la Resolución Ministerial N° 451-2006/MINSA, en ningún extremo la citada normativa indica que se utilice única y exclusivamente proteína de origen animal, por lo que, la Entidad como responsable del requerimiento y en atención a brindar alimentos de calidad nutricional a la población vulnerable a la que se atiende, ve por adecuado añadir mayor cantidad de proteína, cumpliendo con la citada resolución, para combatir los hechos que se presentan en la actualidad con la presencia del covid-19 y demás deficiencias alimentarias como potencial anemia.
 - Concluye que el comité de selección y el área usuaria absolvieron los cuestionamientos conforme a la normativa vigente.
5. Con Decreto del 22 de junio de 2022⁹, la Secretaría del Tribunal dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Participante, por su supuesta al haber presentado cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absoluciones de consultas y/u observaciones, en el marco del procedimiento de selección, infracción tipificada en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.

En virtud de ello, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

⁹ Obrante a folio 127 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

6. Con decreto del 27 de junio de 2022¹⁰, la Secretaría del Tribunal tuvo por efectuada la notificación del decreto de inicio, al Participante, remitida a la “CASILLA ELECTRÓNICA DEL OSCE” el 27 de junio de 2022¹¹.
7. Con decreto del 18 de julio de 2022, la Secretaría del Tribunal hizo efectivo el apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos, debido a que el Participante no se apersonó ni presentó sus descargos; asimismo, dispuso remitir el expediente a la Quinta Sala para que resuelva, siendo recibido el 19 del mismo mes y año por el Vocal ponente.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Normativa aplicable.

1. Es materia del presente procedimiento determinar la supuesta responsabilidad administrativa del Participante, por haber presentado cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absoluciones de consultas y/u observaciones, hecho que se habría producido el **5 de agosto de 2021**, fecha en la cual se encontraba vigente el TUO de la Ley y su Reglamento, normativa que será aplicada para resolver el presente caso, en lo referente al tipo infractor, la sanción y el plazo prescriptorio.

Naturaleza de la infracción

2. Sobre el particular, el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, establece lo siguiente:

“Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas y en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

¹⁰ Obrante a folio 132 del expediente administrativo.

¹¹ Debe tenerse presente que a partir del 27.07.2020 se ha implementado la CASILLA ELECTRONICA DEL OSCE, en virtud de la cual se notifica, entre otros, el inicio del procedimiento sancionador, acto que emite el Tribunal durante el procedimiento sancionador y se notifica a través de dicho mecanismo electrónico.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

(...)

n) Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolucón de consultas y/u observaciones.”

3. Atendiendo a ello, para la configuración de la causal de infracción imputada al Proveedor resulta necesario que se verifique lo siguiente: **i)** que el participante haya presentado la consulta y/u observación a las bases administrativas del procedimiento de selección, dentro de los plazos previstos en la Ley; **ii)** que el comité de selección haya emitido el pliego absolutorio de las consultas y/u observaciones realizadas por los participantes; **iii)** que dentro de los plazos establecidos en la Ley, los participantes hayan solicitado la elevación de los cuestionamientos al pliego de absolucón de consultas y/u observaciones a fin de que el OSCE emita su pronunciamiento; y **iv)** que los cuestionamientos presentados califiquen como maliciosos o manifiestamente infundados.
4. Cabe precisar que, con respecto a las consultas, observaciones e integración de bases, el artículo 72 del Reglamento señala lo siguiente:

“Artículo 72. Consultas, observaciones e integración de bases

72.1. Todo participante puede formular consultas y observaciones, a través del SEACE, respecto de las bases. Las consultas son solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las bases. Se presentan en un plazo no menor a diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria.

(...)

72.4. La absolucón se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones que se elabora conforme a lo que establece el OSCE; en el caso de las observaciones se indica si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen.

72.5. El plazo para que el comité de selección absuelva la totalidad de las consultas y observaciones presentadas por los participantes y registre las bases que integren todas las modificaciones previstas en el pliego absolutorio, así como su respectiva notificación a través del SEACE, no puede exceder de cinco (5)

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para recibir consultas y observaciones señaladas en las bases.

(...)

72.7. En caso el pliego de absolución de consultas y observaciones e integración de bases incurra en alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley, corresponde al Titular de la Entidad declarar la nulidad de este acto. Esta facultad es delegable.

72.8. Los cuestionamientos al pliego de absolución 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, efectuándose de manera previa el pago correspondiente.

*72.9. **Dentro de los tres (3) días hábiles de vencido el plazo para solicitar la elevación indicada en el numeral anterior, y siempre que ésta se haya producido, la Entidad registra en el SEACE los documentos previstos en el TUPA del OSCE y en la Directiva correspondiente.***

(...).”

[el resaltado es agregado]

5. Al respecto, la Directiva N° 023-2016-OSCE/CD “*Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones*”, aprobada por Resolución N° 274-2016-OSCE/PRE, define a las consultas como solicitudes de aclaración u otros pedidos, que no deben emplearse para formular pretensiones que desnaturalicen la decisión de compra adoptada por la Entidad.
6. Asimismo, de acuerdo a la citada Directiva, mediante las observaciones se cuestiona algún aspecto de las bases buscando su eliminación o modificación, por supuesta vulneración a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación
7. Conforme se aprecia de la normativa citada, la presentación de consultas y/u observaciones a las bases es una facultad y/o derecho de los participantes, que puede determinar su decisión de competir o no en el procedimiento de selección,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

a través de la presentación de su oferta.

8. En este mismo sentido, la presentación de cuestionamientos al pliego de absolució de consultas y observaciones a las bases también constituye una facultad y/o derecho de los participantes en el procedimiento de selecció.
9. Si bien ni el TUO de la Ley ni el Reglamento imponen limitaciones al ejercicio de este derecho, más que el objeto propio de la consulta u observación, así como la convicción del participante respecto de una absolució contraria a la Ley, debe tenerse en cuenta que el tipo infractor recogido en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, sanciona a los cuestionamientos que califiquen como “maliciosos” o “manifiestamente infundados”.
10. En tal sentido, el ejercicio del derecho de los participantes a formular consultas y/u observaciones y cuestionar el pliego de absolució de consultas y/u observaciones, se lleve a cabo de manera tal que no se convierta en un obstáculo dirigido a retrasar o impedir la continuación del procedimiento de selecció. Es decir, que dicha facultad y/o derecho para cuestionar las condiciones previstas en las bases no sea mal utilizado por los participantes para retrasar o alterar las etapas del procedimiento de selecció y que, como consecuencia de ello, la Entidad no pueda satisfacer su necesidad en el tiempo necesario y previsto.
11. Por consiguiente, el tipo infractor recogido en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, no puede ser interpretado de manera tal que restrinja o sancione el ejercicio del derecho de los participantes a formular cuestionamientos al pliego de absolució de consultas y/u observaciones. De ahí la necesidad de evaluar en cada caso en concreto, si efectivamente se configura el tipo infractor.
12. En este punto, resulta pertinente referirnos al numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que recoge el principio de buena fe procedimental:

“Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.”

(Resaltado es agregado)

La buena fe aplicable a las contrataciones públicas exige una conducta honesta de los diversos actores involucrados en el procedimiento de selección y de contratación, los cuales deben actuar con corrección y apegados a sus deberes. Actuar de esta manera, involucra que los administrados actúen conforme a las buenas costumbres adoptadas en forma general e impidiendo conductas abusivas que perjudiquen tanto a la Entidad como a los demás participantes.

Siendo ello así, es evidente que el presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de observaciones, infringe el principio de buena fe procedimental.

13. Atendiendo a lo expuesto, podemos decir que “cuestionamiento malicioso” es un cuestionamiento que se realiza de mala fe, es decir, con pleno conocimiento o certeza que no corresponde ser admitido y/o acogido, y con la intención de entorpecer o demorar el procedimiento de selección.

Asimismo, “manifiestamente infundado” implica que el cuestionamiento no tiene ningún sustento ni en la Ley ni en los hechos, lo que implica que sin mayor análisis la autoridad administrativa pueda denegarlo, es decir, considerarlo infundado.

Por tanto, debemos entender por cuestionamientos maliciosos y manifiestamente infundados, a aquellos carentes de todo sustento de hecho y de derecho, que por la ostensible falta de rigor en su fundamentación evidencian la intención del participante de perjudicar el desenvolvimiento normal y fluido del procedimiento de selección.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

Ambas conductas distan de cumplir con el principio de buena fe procedimental, el cual servirá de parámetro para determinar si determinada conducta configura en el tipo infractor previsto en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.

Configuración de la infracción

14. Sobre el particular, en el decreto de inicio del procedimiento administrativo sancionador se imputó al Participante haber presentado cuestionamientos, supuestamente maliciosos o manifiestamente infundados, al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, en el marco del procedimiento de selección, lo cual configuraría la presunta infracción tipificada en el literal n) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.
15. En el presente caso, de la revisión del SEACE se aprecia que el 14 de julio de 2021, el Participante formuló consultas y/u observaciones a las bases administrativas, dentro del plazo previsto en las mismas.
16. Asimismo, el 2 de agosto de 2021, se registró en el SEACE el pliego de absolución de consultas y observaciones, de cuyo contenido se aprecia que el comité de selección se pronunció sobre las consultas y/u observaciones formuladas, entre otras, por la empresa CORPEALIM E.I.R.L. y el Participante, entre estas, las observaciones 6 y 18:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

Nomenclatura :	LP-SM-5-2021-MDCC-1
Nro. de convocatoria :	1
Objeto de contratación :	Bien
Descripción del objeto :	ADQUISICION DE INSUMOS PARA EL PROGRAMA DEL VASO DE LECHE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO COLORADO ¿ AREQUIPA COLORADO

Ruc/código :	20455579288	Fecha de envío :	14/07/2021
Nombre o Razón social :	CORPEALIM E.I.R.L.	Hora de envío :	13:10:45

Observación: Nro. 6
Consulta/Observación:
Solicitan: tanto para el ítem I y II dentro del factor de C. CONDICIONES DE PROCESAMIENTO se indica: Se acreditará mediante la presentación de Copia del Certificado Oficial de Inspección de BPM e Higiéxico Sanitario de planta almacenes y transporte según las normativas vigentes.

Observamos: que las bases son poco claras e imprecisas pues se ha omitido indicar de manera clara y precisa el cuerpo normativo que debe contener el certificado observado, con lo cual se asegura que el bien haya sido elaborado cumpliendo con la normativa de higiene y salubridad adecuada para el consumo de los beneficiarios. así también consultamos si aceptarían certificados emitidos en el año 2020.

Solicitamos: que al momento de la integración de las bases y bajo el amparo del principio de transparencia de la LCE, se solicita que se indique de manera clara y precisa el cuerpo normativo .

Acápite de las bases : Sección: Especifico Numeral: IV Literal: IV Página: 39

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):
principio de transparencia de la LCE

Análisis respecto de la consulta u observación:
El Comité de Selección conforme a lo indicado por el área usuaria, ACOGE LA OBSERVACIÓN bajo el amparo del principio de transparencia se procederá a indicar el cuerpo normativo del documento requerido así mismo se precisa que se aceptarían certificados emitidos durante el presente año.
Con motivo de integración de bases se modificará de la siguiente manera:
ÍTEM I y II
Se acreditará mediante la presentación de Copia del Certificado Oficial de Inspección de BPM e Higiéxico Sanitario de planta almacenes y transporte según las normativas: R.M. N°451-2006/MINSA. Norma Sanitaria para la Fabricación de Alimentos a base de granos y otros, destinados a Programas Sociales de Alimentación y su modificatoria R.M. N°860-2007/MINSA. Modifican artículo de la Norma Sanitaria para la Fabricación de Alimentos a base de Granos y otros, destinados a Programas Sociales CAC/RCP 1-1969 (Rev. 4 - 2003). Código Internacional de Prácticas Recomendado. Principios Generales de Higiene de los Alimentos, Título 21 Alimentos y Drogas, Capítulo 1 Administración de Drogas y Alimentos, Departamento de la Salud y Servicios Humanos. Código Federal de Regulación de los EEUU. Capítulo 1, parte 110, R.M. N°066-2015/MINSA. D.S N°007 98 SA. NTS N° 114 -MINSA/DIGESAV.01 Norma Sanitaria para el Almacenamiento de Alimentos Terminados Destinados al Consumo Humano, y el Reglamento N°034-2008-AG Aprueban Reglamento de la Ley de Inocuidad de los Alimentos. Art. 17.

Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:
ÍTEM I y II: Se acreditará mediante la presentación de Copia del Certificado Oficial de Inspección de BPM e Higiéxico Sanitario de planta almacenes y transportes según las normativas: R.M. N°451-2006/MINSA. Norma Sanitaria para la Fabricación de Alimentos a base de granos y otros, destinados a Programas Sociales de Alimentación y su modificatoria R.M. N°860-2007/MINSA. Modifican artículo de la Norma Sanitaria para la Fabricación de Alimentos a base de Granos y otros, destinados a Programas Sociales CAC/RCP 1-1969 (Rev. 4 - 2003). Código Internacional de Prácticas Recomendado. Principios Generales de Higiene de los Alimentos, Título 21 Alimentos y Drogas, Capítulo 1 Administración de Drogas y Alimentos, Departamento de la Salud y Servicios Humanos. Código Federal de Regulación de los EEUU. Capítulo 1, parte 110, R.M. N°066-2015/MINSA. D.S N°007 98 SA. NTS N°114-MINSA/DIGESAV.01 Norma Sanitaria para el Almacenamiento de Alimentos Terminados Destinados al Consumo Humano, y el Reglamento N°034-2008-AG Aprueban Reglamento de la Ley de Inocuidad de los Alimentos. Art. 17.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

Entidad convocante :	MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO COLORADO		
Nomenclatura :	LP-SM-5-2021-MDCC-1		
Nro. de convocatoria :	1		
Objeto de contratación :	Bien		
Descripción del objeto :	ADQUISICION DE INSUMOS PARA EL PROGRAMA DEL VASO DE LECHE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO COLORADO ¿ AREQUIPA COLORADO		

Ruc/código :	20455679231	Fecha de envío :	14/07/2021
Nombre o Razón social :	ALNUSUR S.A.C.	Hora de envío :	20:58:04

Observación: Nro. 18
Consulta/Observación:
En la descripción y composición del producto Alimento Enriquecido Lácteo es un alimento en polvo, cocido de reconstitución instantánea, que contiene proteínas de origen animal provenientes de la leche y/o derivados lácteos (R.M. N° 451-2006/MINSA). El cual reconstituido con agua se convierte en una bebida de consumo directo por el beneficiario, sin necesidad de agregar ningún otro ingrediente y aceptabilidad al gusto. El alimento enriquecido lácteo debe ser una combinación de harinas extruidas de soya, arroz, maíz, cebada, trigo, kiwicha, quinua, con leche entera en polvo, azúcar, grasa vegetal, pre mezcla de vitaminas y minerales, fosfato tricalcico, proteína aislada de soya, saborizante y aditivos alimentarios permitidos según la R.M. N° 451-2006/MINSA.
OBSERVAMOS esta particular composición ya que la misma contraviene lo dispuesto en la R.M. 451-2006/MINSA ART. 9 DEFINICIONES: Para la aplicación de la siguiente norma sanitaria están comprendidos los alimentos industrializados a base de granos como las gramíneas (Trigo, cebada, avena, otros), leguminosas (soya, tarwi, frijoles, otros) y las quenopodiáceas (quinua, kiwicha, otros) y otros vegetales como tubérculos (raíces y frutas).
Asimismo en la R.M. N° 451-2006/MINSA en el ANEXO - DEFINICIONES indica claramente lo siguiente: Enriquecido lácteo: Alimento en polvo, cocido, de reconstitución instantánea, que contiene proteínas de origen animal provenientes de la leche de vaca y/o derivado lácteo.
Por lo tanto solicitamos se sirvan acoger nuestra observación y cumplir con lo señalado en la R.M. N° 451-2006/MINSA.

Acápite de las bases : Sección: Especifico Numeral: III Literal: 3.1-1 Página: 24
Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):
LCE ¿ Art 2 Inciso f)
Análisis respecto de la consulta u observación:
El Comité de Selección conforme a lo indicado por el área usuaria, NO ACOGE LA OBSERVACIÓN el artículo 9 de la R.M 451 2006 MINSA establecen diferentes tipos de ¿opciones¿ relativas a materias primas con el que puede ser elaborado el alimento enriquecido lácteo, para la presente licitación se ha determinado los ingredientes descritos en la página 24 numeral 1, descripción del producto.
Precisión de aquello que se incorporará en las bases a integrarse, de corresponder:
null

17. En mérito a la absolución de las consultas y observaciones por parte del comité de selección, mediante carta s/n¹² de 4 de agosto de 2021, presentada ante la Entidad

¹² Obrante a folio 37 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

el 5 del mismo mes y año, el **Participante solicitó la elevación de los cuestionamientos al pliego de absolución de las observaciones 6 y 18**, a fin de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE emita el pronunciamiento correspondiente.

- 18.** Cabe precisar que las razones por las que solicitó la elevación de sus cuestionamientos estaban referidas a lo siguiente:

Con respecto a la absolución de la observación N° 6:

- El Participante cuestionó que el área usuaria intervenga en la modificación de un factor de evaluación, al ser ello competencia del comité de selección. Asimismo, precisó que la incorporación de la R. M N° 066-2015/MINSA y la NTS N° 114-MINSA/DIGESA, para emitir certificado BPM e higiénico sanitario de planta, almacenes y transporte, pues ello contravendría el principio de igualdad de trato, restringiendo la participación y pluralidad de postores, debido a que con dichas normas se estaría favoreciendo a la empresa CORPEALIM E.I.R.L., cuyo representante legal, el señor Roberto Scocco, es accionista mayoritario del CONCERT, organismo inspector acreditado por INACAL, que puede emitir la certificación requerida en el marco de las normas cuestionadas; asimismo, la empresa CORPEALIM E.I.R.L. es distribuidor de la empresa PERUANITA E.I.R.L., quien se encarga de fabricar los productos en atención a las certificaciones emitidas por CONACERT, cuyo accionista mayoritario tiene un vínculo familiar con la citada empresa.
- Asimismo, cuestionó el hecho de que se otorgue 25 puntos a la presentación del certificado de BPM que cuente con las normas cuestionadas.

Con respecto a la absolución de la observación N° 18:

- La absolución no se ajusta a lo establecido en la R.M. N° 451-2006/MINSA; asimismo, en ningún extremo de la citada norma se señala que se incluya proteína aislada de soya, por el contrario, la norma indica que la proteína debe ser proveniente de la leche de vaca o derivado lácteo; además, la descripción del producto únicamente favorece al fabricante PERUANITA E.I.R.L. y a su distribuidor CORPEALIM E.I.R.L.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

- Asimismo, en el caso del ítem 1, el requerimiento técnico mínimo no presenta ningún balance nutricional, contravenido lo establecido en la R.M. N° 451-2006/MINSA.
- 19. Por lo que, se desprende que en lo referente al procedimiento y requisitos que debe cumplir los cuestionamientos al pliego, el Participante cumplió con lo necesario para que su solicitud sea elevada al OSCE.
- 20. En atención a ello, mediante Informe N° 83-2021/DGR, publicado el 18 de setiembre de 2021 en el SEACE, tras revisar las bases administrativas, el OSCE advirtió la existencia de un vicio de nulidad, ello debido a que, si bien el objeto de convocatoria del procedimiento de selección era la adquisición de: i) alimentos enriquecidos lácteo instantáneo, ii) hojuelas de cereales (quinua, avena, kiwicha) precocidas enriquecidas con vitaminas y minerales, y, iii) leche evaporada entera; con respecto a este último, la indagación de mercado evidenciaba que la contratación correspondía solo a cotizaciones de la marca Gloria.

En ese sentido, el OSCE advirtió que el ítem N° 3 (adquisición de leche entera) no contaría con la pluralidad de marcas requerida por la normativa de contrataciones públicas, no existiendo razones técnicas que sustenten tal decisión, toda vez que, inclusive el numeral 3.3 del “Formato de Resumen Ejecutivo de las Actuaciones Preparatorias (Bienes)”, la Entidad declaró la existencia de pluralidad de marcas que cumplen con el requerimiento, pese a que solo se habían obtenido dos cotizaciones de productos de la marca Gloria.

En este contexto, el OSCE, además, realizó recomendaciones respecto de la composición de la ración.

Por lo tanto, mediante el citado informe, el OSCE concluyó, entre otros, que: *“Es competencia del Titular de la Entidad declarar la nulidad del procedimiento de selección conforme a los alcances del artículo 44 de la Ley, de modo que aquél se retrotraiga a la etapa de la convocatoria, a fin de que dicho acto y los subsiguientes se realicen de acuerdo con la normativa vigente (...)”*.

Finalmente, con respecto a los cuestionamientos formulados por el Participante,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

mediante el citado informe el OSCE manifestó que, **el servicio de emisión de pronunciamiento no sería efectivamente prestado, procediendo a la devolución de la correspondiente tasa administrativa.**

21. Es así que, el 4 de octubre de 2021, se publicó en el SEACE la Resolución de Alcaldía N° 221-2021-MDCC del 29 de setiembre de 2021, mediante la cual la Entidad resolvió declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección.
22. Ahora bien, teniendo en cuenta los criterios esbozados, corresponde analizar si, conforme a la información obrante en el expediente administrativo, los cuestionamientos al pliego de absolución realizados por el Participante resultan maliciosos o manifiestamente infundados.
23. En este punto cabe anotar que, el análisis de la infracción presuntamente cometida se circunscribe únicamente al marco del procedimiento de selección, esto significa que cualquier actuación realizada fuera del marco del procedimiento de selección no tendrá relevancia alguna y, por lo tanto, no será susceptible de ser valorada a fin de determinar la comisión de la infracción denunciada.
24. De la revisión del Informe N° 83-2021/DGR, este Colegiado aprecia que, el OSCE no ha calificado si los cuestionamientos formulados por el Participante resultan ser maliciosos o infundados, por cuanto no emitió pronunciamiento sobre los mismos, ello debido a que, como cuestión previa, el OSCE advirtió la necesidad de abordar algunos aspectos señalados en las bases del procedimiento de selección, identificando un vicio de nulidad.
25. Asimismo, cabe resaltar que, el hecho de que el Participante solicitó la elevación del pliego absolutorio de consultas y observaciones permitió al OSCE advertir un aparente direccionamiento en la indagación de mercado. Asimismo, de la solicitud presentada por aquel, se desprenden cuestionamientos de naturaleza técnica, respecto de los cuales no se aprecian elementos objetivos que permitan determinar la comisión de la infracción imputada.
26. En este punto, conviene precisar que, aun cuando el OSCE hubiese emitido un pronunciamiento y determinado no acoger los cuestionamientos formulados por el Participante, no se aprecia de autos que aquellos puedan ser calificados como

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

maliciosos o manifiestamente infundados, por cuanto las actuaciones del Participante estuvieron orientadas a disipar sus cuestionamientos respecto de la presentación de la copia del Certificado Oficial de Inspección de BPM e Higiéxico Sanitario de planta almacenes y transporte; y, sobre la composición y descripción de los productos alimenticios.

27. Por lo tanto, considerando la información analizada por este Colegiado, se concluye que, en el presente caso, no se cuenta en el expediente administrativo con documentación y/o información que acredite que los cuestionamientos realizados por el Participante al pliego de absolucón de consultas y/u observaciones sean maliciosos o manifiestamente infundados; por lo que, se considera que corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción administrativa en contra del Participante.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Danny William Ramos Cabezuado 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 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 de la Ley, 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 contra la empresa **ALNUSUR S.A.C. (con RUC N° 20455679231)**, por su presunta responsabilidad al haber presentado cuestionamientos supuestamente maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolucón de consultas y/u observaciones, en el marco de la Licitación Pública N° 5-2021-MDCC – Primera Convocatoria, por relación de ítems, para la “*Adquisición de insumos para el programa del vaso de leche de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado - Arequipa*”, por los fundamentos antes expuestos.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3567-2022 -TCE-S5

2. Disponer el archivo definitivo del presente expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

SS.

Ramos Cabezado.

Flores Olivera.

Chocano Davis.

VOCAL