



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

Sumilla: *“(...) la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones”.*

Lima, 15 de noviembre de 2022.

VISTO en sesión del 15 de noviembre de 2022, de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 7096/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor MULTI MED PERU S.A.C., en el marco de la Licitación Pública N° 09-2022/ESSALUD/INCOR - Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES

1. El 2 de junio de 2022¹, el Seguro Social de Salud (ESSALUD) - Instituto Nacional Cardiovascular - INCOR, en lo sucesivo la **Entidad**, convocó la Licitación Pública N° 09-2022/ESSALUD/INCOR - Primera Convocatoria, efectuada para la contratación de suministro de bienes: *“Material médico; guía de presión y flujo para el Instituto Nacional Cardiovascular Carlos Alberto Peschiera Carrillo - INCOR”*, con un valor estimado de S/ 1'218,000.00 (un millón doscientos dieciocho mil con 00/100 soles), en lo sucesivo el **procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento se convocó bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la 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 y sus modificatorias, en adelante **el Reglamento**.

El 8 de setiembre de 2022, se llevó a cabo la presentación de ofertas (por vía electrónica) y, el 16 del mismo mes y año, se notificó a través del SEACE el otorgamiento de la buena pro en favor del postor BOSTON SCIENTIFIC PERU S.A.C. (con R.U.C. N° 20604661740), en lo sucesivo el **Adjudicatario**, por el monto de su

¹ Según la ficha del procedimiento de selección registrada en el SEACE.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

oferta ascendente a S/ 870,000.00 (ochocientos setenta mil con 00/100 soles), conforme al siguiente detalle:

POSTOR	ADMISIÓN	PRECIO OFERTADO (S/)	PUNTAJE TOTAL	ORDEN DE PRELACIÓN	CONDICIÓN
BOSTON SCIENTIFIC PERU S.A.C.	Admitido	870,000.00	100	1	Adjudicado - Calificado
MULTI MED PERU S.A.C.	Admitido	1'047,480.00	83.06	2	Calificado

2. Mediante escrito N° 01², subsanado con escrito N° 2³, presentados el 28 y 30 de setiembre de 2022, respectivamente, ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, el postor MULTI MED PERU S.A.C. (con R.U.C. N° 20459316842), en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario y, en consecuencia, se le otorgue a su representada; señalando principalmente lo siguiente:

"(...) para que las ofertas sean admitidas en el procedimiento de selección los postores debíamos presentar, entre otros documentos, a) la ficha técnica del producto (Formato N°1), de conformidad con el Capítulo III de las bases, indicando expresamente el contenido enumerado de cada una de las especificaciones técnicas señaladas e indicar de manera clara y precisa las Normas Técnicas Nacionales, Internacionales y/o propias de calidad, según corresponda.

Tómese en cuenta que, la Entidad señala que la omisión de una o más especificaciones técnicas, acarrea la descalificación automática de la propuesta.

En ese mismo sentido, en la página 36 de las bases integradas se solicita expresamente la característica técnica: Para ser introducida vía percutánea.

Ahora bien, revisando la oferta del Adjudicatario, se aprecia que a folios 108 presenta: a) la Ficha Técnica de su producto (Formato N°1).

Ahora bien, como se aprecia del ACTA DE OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO, el comité de selección procedió a la admisión, evaluación y calificación de ofertas. De esta manera, es preciso recalcar que es obligación de los postores acreditar de manera clara y precisa, enumerando cada una de las especificaciones técnicas, cumpliendo con los requisitos

² Obrante a fs. 3 del expediente administrativo (PDF).

³ Obrante a fs. 68 del expediente administrativo (PDF).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

técnicos mínimos solicitados por ESSALUD en las bases integradas.

Estando a lo antes señalado tenemos que, el comité de selección no dio cumplimiento a esta exigencia de las bases integradas, por lo tanto, correspondía la descalificación de la oferta del Adjudicatario debido a que este omitió la característica técnica “Para ser introducida vía percutánea”, razón por la que su oferta no cumple con lo solicitado en las bases integradas, y por lo tanto su oferta debió ser descalificada automáticamente, debido a que las propias bases indican de manera clara y expresa que: “la omisión de una o más especificaciones técnicas, acarrea la descalificación automática de la propuesta”.

Como si lo antes expuesto no fuese suficiente, la oferta del Adjudicatario no cumple con lo exigido en las bases, debido a que en el Capítulo III. Requerimiento, dentro de los Requisitos Técnicos Mínimos y Condiciones Generales para la contratación de suministro de material médico: Guía de Presión y Flujo para el INCOR: 6.2 Del Dispositivo Médico d) Certificado de análisis.

El Adjudicatario en su folio 121 presenta su Protocolo de Análisis, el cual señala como fecha de vencimiento de su producto: 23.08.2024 (es decir 23 meses y 23 días de vigencia), a pesar que, con fecha 14/06/2022 efectuó una consulta por la cual declara expresamente que su producto cuenta con una vigencia de 12 meses desde su fecha de fabricación, es decir, cuenta con una vida útil de doce (12) meses; siendo que, la Entidad aceptó la consulta realizada por el postor Boston Scientific Perú S.A.C., otorgándole hasta ocho (8) meses como vigencia mínima del bien a ofertar.

Sin embargo, al presentar un protocolo de un dispositivo médico con fecha de vencimiento 23.08.2024, (y entendiéndose por propia versión del Adjudicatario que su producto tiene una vida útil de 12 meses) este material sería fabricado aproximadamente el 23.08.2023. Es decir, estaría presentando un documento relacionado a un producto que aún no ha sido fabricado, incurriendo en presentación de información falsa o inexacta.

Sobre el particular, debemos señalar que, conforme a la normatividad vigente, los cambios de la vigencia del producto son tramitados según el procedimiento “Cambio en el registro sanitario de Dispositivos Médicos” y autorizados por DIGEMID mediante resolución directoral. Sin embargo, el postor ganador de la buena pro, no presenta en su oferta ninguna resolución directoral que autorice el cambio de vigencia del producto ofertado de 12 a 24 meses.

Lo expuesto en el párrafo anterior se acredita con las Resoluciones Directorales asociadas a los Registros Sanitarios, los cuales son de acceso libre mediante la base de datos de DIGEMID, a través del cual se ha podido consultar dicha base de datos de DIGEMID verificando que el producto ofertado por el postor BOSTON SCIENTIFIC PERU S.A.C. (COMET II, Reg. San. N° DM21298E) NO CUENTA con ninguna Resolución Directoral que autorice el cambio de vigencia de 12 a 24 meses.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

Continuando con esa línea, acreditamos fehacientemente que el Registro Sanitario DM 13518E del dispositivo médico PHOENIX ATHERECTOMY SYSTEM, y para el cual se solicitó CAMBIO EN EL REGISTRO SANITARIO en lo referente a VIDA ÚTIL, obteniéndose la Resolución Directoral R.D. N° 10902-2021/DIGEMID/DDMP/EDM/MINSA, de fecha 22 de noviembre de 2021, mediante la cual se autoriza el CAMBIO EN EL REGISTRO SANITARIO, en lo referente a: VIDA ÚTIL.

Así, lo señalado en el párrafo anterior, no solo se evidencia de la página web relativa al R.S N° DM 13518E, y copia de la Resolución Directoral antes mencionada, sino también en el correspondiente Registro Sanitario.

Continuando con la serie de observaciones encontradas a la oferta del Adjudicatario, tenemos que las bases integradas indican en su CAPITULO III Requerimiento, dentro de los REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS Y CONDICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN DE SUMINISTRO DE MATERIAL MÉDICO: GUÍA DE PRESIÓN Y FLUJO PARA EL INCOR lo siguiente: 6.2 Del Dispositivo médico d) Certificado de análisis.

El postor ganador de la buena pro en el mismo folio 121 y 122 señala en su protocolo de análisis: fecha de vencimiento 23-Ago-2024 / Norma Técnica EN 1041 – EN ISO 15223-1 Inspección Visual.

Ello quiere decir que, con la finalidad de dar cumplimiento a la Especificación indicada en la Prueba “Características Físicas”: “Material, características y dimensiones según requerimiento”, “Rotulados acorde a lo autorizado en el Registro Sanitario”. El Protocolo de Análisis señala que, este se realizó según las Normas Técnicas EN 1041, EN ISO 15223-1 e Inspección Visual, las cuales solo están referidas exclusivamente al Rotulado más no al producto propiamente dicho, este aspecto (material, características y dimensiones según requerimiento) debió estar claramente indicado en el informe con su correspondiente norma técnica.

En atención a lo expuesto, nótese que la norma técnica EN 1041:2009 se encuentra caduca desde el 09/06/2022, siendo anulada y reemplazada por la norma ENISO 20417:2021, según información de la página web del sistema de Normalización española UNE referida a la norma EN 1041:2009, que adjuntamos al presente recurso de apelación (ver medio probatorio 1 y anexo 2-A).

Ahora bien, adicionalmente, en el mencionado PROTOCOLO DE ANALISIS (Página N° 2, folio 00122) se hace referencia mediante una NOTA, lo siguiente: Las normas técnicas referidas en el presente protocolo corresponden a la edición vigente a la fecha de fabricación del dispositivo médico.

Según se aprecia, en el Protocolo de Análisis, tampoco se indica la fecha de fabricación del dispositivo médico, mencionándose solo la fecha de vencimiento (23.08.2024), con lo cual y dado que el dispositivo médico ofertado por la empresa Boston Scientific Perú S.A.C. tiene



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

solo una vigencia de 12 meses desde su fabricación (según la consulta efectuada en su oportunidad para solicitar aceptación por parte de la Entidad de una vigencia menor a 12 meses), no estaría establecida la vigencia de las normas técnicas internacionales mencionadas en el Protocolo de Análisis proporcionado por la empresa antes mencionada y a la que se hace referencia en la mencionada nota.

En este punto, nos referimos a que, según las bases integradas indican en el CAPITULO III Requerimiento, folio 21-22 dentro de los REQUISITOS TÉCNICOS MÍNIMOS Y CONDICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN DE SUMINISTRO DE MATERIAL MÉDICO: GUÍA DE PRESIÓN Y FLUJO PARA EL INCOR, lo siguiente: 6.2 Del dispositivo médico a) ficha técnica del producto (copia simple) "(...) De la Presentación del Dispositivo Médico, características del envase y rotulado, la norma establece en atención a los art. 15º, 16º y 17º del D.S.016-2011 S.A. y modificatorias vigentes, el mismo que se sustentará a través del método de inspección visual u organoléptica. Por tanto, al respecto, es importante mencionar que, para la evaluación del "material, características y dimensiones según requerimiento", mencionadas en el Protocolo de Análisis del postor Boston Scientific Perú S.A.C., de acuerdo a las bases integradas, no cabe la utilización del método de inspección Visual ni organoléptico".

Finalmente, concluimos que se encuentra fehacientemente acreditado con los medios probatorios correspondientes que la oferta del postor Boston Scientific Perú S.A.C. NO CUMPLE con lo requerido en las bases integradas de la presente licitación pública, y como consecuencia de ello, deberá ser descalificada procediéndose a otorgar la buena pro a nuestra empresa. Asimismo, dentro del marco de las competencias del Tribunal, corresponde la instauración de proceso sancionador contra el postor adjudicatario por la presentación de documentación falsa e información inexacta" (sic).

- 3.** A través del decreto⁴ del 10 de octubre de 2022, se dispuso que, en atención a lo dispuesto en los numerales 3.3 y 3.4 del artículo 3 del Decreto Supremo N° 103-2020-EF y en el Acuerdo de Sala Plena N° 005-2020/TCE, la Entidad emita pronunciamiento sobre la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección a los protocolos sanitarios y demás disposiciones dictados por los sectores y autoridades competentes en el marco de la reanudación gradual y progresiva de actividades económicas, teniendo como contexto la Emergencia Sanitaria Nacional declarada ante las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19.

Para dichos efectos, se otorgó a la Entidad el plazo máximo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

⁴ Obrante a fs. 125 del expediente administrativo (PDF).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

Mediante el mismo decreto se admitió a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante; asimismo, se corrió traslado a la Entidad para que, en un plazo de tres (3) días hábiles, registre en el SEACE, el informe técnico legal en el cual indique expresamente su posición respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente, y de comunicar a su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplimiento.

De igual forma, se dispuso notificar el recurso de apelación a los postores distintos al Impugnante, que puedan verse afectados con la decisión del Tribunal, para que, en el plazo de tres (3) días hábiles, puedan absolverlo.

4. Mediante Informe Legal N° 231-GCA-ESSALUD-2022⁵ del 13 de octubre de 2022, registrado en la misma fecha en el SEACE, la Entidad comunicó que se ha solicitado opinión técnica a la Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos a fin de efectuar su posición respecto al recurso de apelación.
5. Mediante escrito⁶, presentado el 13 de octubre de 2022 en el Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al procedimiento impugnativo y absolvió el traslado del recurso de apelación manifestando, entre otros aspectos, lo siguiente:

Sobre los cuestionamientos a su oferta

- Señala que el Impugnante equivocadamente afirma que la ficha técnica del producto ofertado no habría cumplido con mencionar la característica *“para ser introducida vía percutánea”*.

Al respecto, indica que la ficha del producto ha sido requerida en el literal j) del numeral 2.2.1.1 de la Sección Especifica de las bases integradas. A su vez, el literal a) del numeral 6.2 del Capítulo III de la Sección Especifica de las bases integradas señalan expresamente que *“las especificaciones técnicas que deben acreditarse [con la ficha técnica] son aquellas relacionadas a los subtítulos: material, características, condición biológica, dimensiones y de la presentación”*.

Además, dicho documento se debía presentar conforme al formato N° 1, proporcionado por las bases integradas, en el que se incluye una columna denominada *“Especificaciones Técnicas de Essalud”*, sin mayor precisión

⁵ Obrante a fs. 128 del expediente administrativo (PDF).

⁶ Obrante a fs. 145 del expediente administrativo (PDF).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

del contenido que debe incluirse.

Por ello, su representada considera que, de acuerdo con lo expresamente indicado por las bases integradas, que bastaría con señalar los distintos subtítulos de las especificaciones técnicas: *“material, características, condición biológica, dimensiones y de la presentación”*, e indicar los folios de la oferta en los que obran los documentos con los que acreditarían todas las especificaciones técnicas relacionadas con dichos subtítulos.

De esta manera, su representada cumplió con presentar la ficha técnica del producto incluyendo los subtítulos de las especificaciones técnicas e indicando los documentos y folios en donde todas las especificaciones técnicas relacionadas con dichos subtítulos se encuentran acreditados. En ese contexto, indica que las especificaciones técnicas relacionadas con las características físicas están acreditadas en su oferta con el *“Manual de Instrucción de Uso”* que ha sido también incluido en su oferta en los folios 7 al 46.

Precisa que, en el folio 14 de su oferta, en el manual de instrucción de uso, se acredita que el bien ofertado cumple con la característica *“para ser introducida vía percutánea”*.

Sin perjuicio de ello, indica que el literal d) del numeral 2.2.1.1. de la Sección Específica de las bases integradas, requiere como requisito para la admisión de la oferta que se presente la *“declaración jurada de cumplimiento de las especificaciones técnicas”*; la cual, obra en el folio 5 de su oferta, por la que dan cuenta del cumplimiento de todas las especificaciones técnicas requeridas por la Entidad.

- Por otro lado, indica que el Impugnante ha cuestionado su certificado de análisis basándose en argumentos meramente especulativos, haciendo afirmaciones temerarias aduciendo que se habría presentado información inexacta al formular una consulta durante el procedimiento de selección.

Al respecto, precisa que de ninguna forma su representada presentó información inexacta ante la Entidad; asimismo, indica que, cuando su representada formuló consultas durante el procedimiento de selección, se encontraban evaluando el producto que se iba a ofertar; siendo que la normativa de contrataciones con el Estado no exige que las consultas deben realizarse exclusivamente respecto del producto que ofertará el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

participante [quien ni siquiera adquiere la calidad de postor] ni la necesidad de cumplir con los términos de las consultas al presentar la oferta; toda vez que, durante esa etapa, los participantes aún se encuentran evaluando la posible oferta que presentarán y es justamente sobre la base de la absolución brindada por el comité de selección que adoptan las decisiones que estimen conveniente. Por tal razón, las consultas son en muchos casos hipotéticos o supuestos inciertos que sirven de insumo para la determinación de la decisión de los participantes de presentar o no ofertas, y no pueden tomarse de ningún modo como una declaración de lo que se va a ofertar. Agrega que, en el presente caso, su representada ha presentado un producto que cumple con lo requerido en las bases, siendo que, tal como se señala en su protocolo de análisis, el mismo tiene fecha de vencimiento el 23/08/2024; condición que, además, se encuentra acorde con la información que obra en el expediente de su registro sanitario.

- El Impugnante sostiene que su protocolo de análisis no cumple con acreditar las “*características físicas*” debido a que habrían hecho referencia a la norma técnica EN 1041:2008, que se encuentra caduca desde el 9 de junio de 2022.

Al respecto, señala que su protocolo de análisis ha sido presentado conforme a la información de las pruebas que efectivamente se realizaron sobre el bien ofertado y la información que obra registrada ante DIGEMID.

Precisa que, la norma técnica ISO 20417:2021 (actualmente vigente), recoge el mismo contenido que la norma técnica EN 1041:2008 señalada en su protocolo de análisis; por lo que no existe ningún tipo de afectación a la idoneidad del producto ofertado, ni a la validez de las pruebas efectuadas.

Además, solicita que su oferta sea evaluada de forma integral, considerándose la declaración jurada de cumplimiento de las especificaciones técnicas.

Sin perjuicio de lo expuesto, indica que, de conformidad con la norma ISO 900:2015 (anexo 1-d), ítem 6.3, cuando se identifican cambios que impactan al sistema de calidad de una empresa (como cambio de una norma técnica), estos se deben revisar e implementar de una manera adecuada que permitan considerar los siguientes aspectos: a) el propósito

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

de los cambios y sus potenciales consecuencias, b) la integridad del sistema de administración de calidad, c) la disponibilidad de recursos y d) la asignación o redistribución de responsabilidades y facultades; por lo que, la entrada en vigencia de una nueva norma técnica requiere de un periodo de adaptación a la misma, ya que su aplicación no es automática a las empresas al requerir una evaluación adecuada.

Ese mismo criterio se replica en la normativa nacional, ya que el artículo 123 del D.S. N° 16-2011-SA establece que cuando existan cambios en el registro sanitario, el titular del registro tiene un periodo de 6 meses para implementar dichos cambios. De esta manera, DIGEMID brinda un plazo de 6 meses para la adecuación a los cambios en el registro sanitario.

Así, señala que la falta de fundamento al cuestionamiento del Impugnante, ha sido demostrado en el ámbito de las contrataciones de dispositivos médicos, como ha sucedido en una alegación similar, en la cual, mediante la Resolución Directoral N° 71-2022-DG-INSNSB del 11/04/2022 (anexo 1-e), el Instituto Nacional de Salud del Niño, al resolver un recurso de apelación al otorgamiento de la buena pro, desestimó dicho fundamento atendiendo al principio de presunción de veracidad [siendo que, las bases del procedimiento de selección evaluado, contenían la misma previsión respecto del certificado o protocolo de análisis].

- Por su parte, el Impugnante también ha sostenido que en el protocolo de análisis se habría señalado que las especificaciones de material, características y dimensiones se estarían acreditando con el método de inspección visual u organoléptico, lo cual no es admitido por las bases integradas en el literal a) del numeral 6.2 del capítulo III de la sección específica de las bases integradas.

Al respecto, en primer término, indica que dicha alegación carece de sustento, toda vez que menciona un extremo de las bases integradas que hacen referencia a la “ficha técnica del producto” y no al protocolo de análisis.

Sin perjuicio de ello, aún bajo la tesis errada del Impugnante, las bases integradas [aunque refiriéndose a la ficha técnica] señalan que las especificaciones de presentación del dispositivo médico, características del envase y el rotulado sí se acreditan con método de inspección visual u organoléptica.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

En concordancia con ello, como puede advertirse en la imagen de su protocolo de análisis, se indica que los rotulados serán acreditados con inspección visual; los cuales, se encuentran debidamente autorizados por DIGEMID en su registro sanitario. Por lo que, solo cabría realizar una inspección visual para determinar la correspondencia entre lo ofertado y lo aprobado por la autoridad administrativa.

- Por último, el Impugnante ha señalado que el protocolo de análisis presentado en su oferta solo indica la fecha de vencimiento del bien ofertado, más no su fecha de fabricación, alegando de manera especulativa que el bien ofertado tendría una vigencia de 12 meses, sobre la base de una consulta formulada cuando no tenían la calidad de postores y, por tanto, no definían el bien a ofertar.

Al respecto, precisa que lo alegado por el Impugnante carece de sustento, dado que las bases integradas no exigen que el protocolo de análisis indique la fecha de fabricación del bien dentro de la información mínima que debe contener. De igual forma, el D.S. N° 16-2011-SA, que regula al certificado de análisis, no exige que el mismo deba contener la fecha de fabricación del dispositivo médico para su validez.

Así, señala que su representada ha cumplido con presentar el protocolo de análisis conforme a lo exigido por las bases integradas.

Cuestionamientos a la oferta del Impugnante

- Señala que, para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas, los postores debían presentar, entre otros documentos, el Formato N° 1 – Ficha Técnica del Producto conforme a las especificaciones técnicas de ESSALUD [que obra en la página 23 de las bases].

Así, el Impugnante presentó su Formato N° 1 [obrante a folios 18 y 19 de su oferta], indicando expresamente que el país de origen del producto es “USA”; sin embargo, en el folio 20 de su oferta, presentó el registro sanitario del producto, en la que se advierte que el país de origen considerado, esto es, el lugar de fabricación es Costa Rica y no Estados Unidos [como se indica en la ficha técnica].

Agrega que, en el rotulado del producto [obrante en a folios 44 y 45], figura



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

la frase “*made in Costa Rica*” lo cual infiere que el país donde se fabrica el producto es Costa Rica.

En tal sentido, sostiene que existe una primera incongruencia, toda vez que el registro sanitario como el rotulado indican que el país de origen del producto es Costa Rica, mientras que la ficha técnica del producto indica que es Estados Unidos (USA).

Por otro lado, señala que el literal c) del numeral 6.2 de las bases integradas, indican que los certificados de buenas prácticas para los dispositivos médicos importados deben ser emitidos por la entidad competente del país de origen.

Así, el Impugnante presentó un certificado de buenas prácticas [folio 26 de su oferta] en el que se certifica el sistema de la planta: Volcano Corporation 3721 Valley Centre Drive, Suite 500 San Diego California 92130 USA.

Teniendo en cuenta ello, sostiene que existe otra incongruencia e, incluso un incumplimiento claro a las bases integradas, pues pese a que se solicitó que el certificado de buenas prácticas de manufactura consigne el nombre del laboratorio fabricante [entiéndase como el sitio de fabricación según el anexo N° 01: Glosario de términos y definiciones del D.S. N° 29-2015-SA], en el presente caso, es evidente que no fue así, dado que el certificado es emitido para la compañía Volcano Corporation 3721 Valley Centre Drive, Suite 500 San Diego California 92130 USA.

Asimismo, indica que las bases integradas solicitan que se incluyan las áreas para la fabricación del dispositivo médico en dicho documento, estas áreas se encuentran en el lugar donde se manufactura el producto que es Costa Rica, no Estados Unidos; entendiéndose, además, por certificado de buenas prácticas de manufactura al documento legal que avala el cumplimiento con los estándares internacionales requeridos para el proceso de fabricación de un producto. Así, el Impugnante adjuntó las buenas prácticas de manufactura de una planta ubicada en Estados Unidos, cuando los rotulados y el registro sanitario presentados en su oferta, el lugar de manufactura es Costa Rica.

Por lo tanto, la oferta del Impugnante presenta diferentes incongruencias e imprecisiones respecto al país de origen del producto ofertado, y no permite determinar con exactitud las características del mismo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

- Por otro lado, sostiene que el Impugnante presentó el certificado de análisis en el cual cita como norma de referencia la norma ISO 11135:2014, para acreditar las especificaciones biológicas; sin embargo, precisa que se ha consignado la norma sin el anexo “Amd 1:2018”, que fue emitido con fecha 15 de octubre de 2018.

Así, señala que el certificado de análisis invoca como norma de referencia el ISO 11135:2014, cuando la norma que debió invocar el Impugnante, en todo caso, debería ser la norma ISO 11135:2014/Adm 1:2018 (que es la norma que modifica el ISO 11135:2014).

Asimismo, del certificado de análisis se advierte que el producto ofertado no cumple con la condición de estéril, debido a que el resultado respecto del test de endotoxina bacterianas se encuentra vacío, a diferencia de los otros resultados en los que se evidencia el cumplimiento de las pruebas; por lo que, si el postor indicó que el producto posee la condición de ser estéril, no es posible que dicho test se encuentre vacío, sino que el resultado debió ser “cumple” [como bien se advierte de los otros ensayos microbiológicos].

Agrega, que el certificado de análisis del producto consigna distintas fechas de vencimiento respecto del mismo producto. En el folio 29, presentó dicho certificado que indica como fecha de envío para la evaluación del producto el 24/06/2022 y como fecha de expiración 5/05/2024, es decir, el producto salió al mercado con una vida útil de aproximadamente 23 meses. Sin embargo, en el folio 30 el certificado de análisis del mismo producto, señala que salió al mercado con una vida útil de aproximadamente 33 meses, teniendo como fecha de envío para el análisis el 15/06/2022 y como fecha de expiración el 17/03/2025. Por lo tanto, indica que causa sorpresa que el mismo producto cuente con vidas útiles distintas, no quedando claro qué fecha es la correcta y evidenciándose la existencia de información incongruente en la oferta del Impugnante.

Finalmente, añade que también existe información incongruente entre el certificado de análisis y el registro sanitario, toda vez que el producto consignado en el certificado de análisis del folio 30, tiene como nombre “REF 89185, 185 CM, J-TIP”; cuando realmente el nombre del producto es “REF 89185J, 185CM, J-TIP”, tal como está descrito en el registro sanitario aprobado por DIGEMID.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

- Por las razones expuestas, solicita que la oferta del Impugnante se tenga como no admitida en el marco del procedimiento de selección.
6. Con decreto⁷ del 14 de octubre de 2022, se tuvo por apersonado al Adjudicatario al presente procedimiento y por absuelto el traslado del recurso impugnativo.
 7. Por decreto⁸ del 14 de octubre de 2022, se dispuso remitir el expediente administrativo a la Sexta Sala del Tribunal para que resuelva la presente controversia.
 8. Mediante Informe Legal N° 237-GCAJ-ESSALUD-2022 del 17 de octubre de 2022, presentado el 18 del mismo mes y año ante el Tribunal, la Entidad se pronunció, de manera extemporánea, sobre el recurso de apelación, señalando principalmente lo siguiente:

“(…)
En atención a la opinión emitida por el área técnica de la Entidad, la empresa adjudicada no cumple con presentar la ficha técnica del producto, de conformidad con lo establecido en las bases integradas; toda vez que, según la cita área técnica señala que se habría omitido enumerar las especificaciones técnicas y consignar la característica “para ser introducida vía percutánea” en la referida ficha.

[Por otro lado], de la revisión y análisis de la oferta del Adjudicatario se advierte que esta no cumple con presentar el certificado de análisis de producto terminado (protocolo de análisis) de conformidad con lo solicitado en las bases integradas; toda vez que, las normas (EN 1041: EN 15223, inspección visual) declaradas para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas “material, características y dimensiones”, no son aplicable a las mismas; es decir, no permiten comprobar el cumplimiento de las mismas. Así también, la norma EN 1041 declarada en el certificado de análisis se encontraba anulada a la fecha de fabricación del dispositivo médico ofertado, incumpliendo lo requerido en las bases integradas respecto a la vigencia de las normas de calidad nacional e internacional de referencia declaradas en el certificado de análisis.

(…)” (sic)
 9. Con decreto del 18 de octubre de 2022, se dejó a consideración de la Sala la información remitida por la Entidad.
 10. Con decreto del 18 de octubre de 2022, se programó audiencia pública para el 24 del mismo mes y año.

⁷ Obrante a fs. 258 del expediente administrativo (PDF).

⁸ Obrante a fs. 143 del expediente administrativo (PDF).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

11. Por decreto del 20 de octubre de 2022, se requirió a la Entidad remitir un Informe Técnico Legal, a través del cual se pronuncie sobre los cuestionamientos formulados por el Adjudicatario (mediante el escrito con Registro N° 21704-2022-MP15) a la oferta presentada por el Impugnante.
12. El 24 de octubre de 2022, se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de los representantes del Impugnante, el Adjudicatario y la Entidad.
13. Por decreto del 24 de octubre de 2022, se reiteró a la Entidad se sirva remitir la información requerida con decreto del 20 del mismo mes y año.
14. A través del Informe Legal N° 254-GCAJ-ESSALUD-2022, presentado el 28 de octubre de 2022 ante el Tribunal, la Entidad remitió la información solicitada, señalando principalmente lo siguiente:

“(...) en atención de la opinión emitida por el área técnica de la Entidad, se concluye que en la oferta presentada por el Impugnante no existe incongruencia entre lo consignado en el Formato N° 1 “Ficha técnica del producto”, Registro Sanitario y Rotulado del producto, respecto al país de origen del producto ofertado.

(...)

[Asimismo], indica que, conforme a la opinión emitida por el área técnica de la Entidad, el certificado de buenas prácticas de manufactura (CBPM), presentado por el Impugnante cumple con lo requerido en las bases integradas, toda vez que, Volcano Corporation – USA, es el fabricante del producto ofertado.

[Por su parte], en atención a la opinión emitida por el área técnica de la Entidad, el Impugnante cumple con presentar el certificado de análisis del Producto Terminado (Protocolo de Análisis), de conformidad a lo establecido en las bases integradas del procedimiento de selección.

[Agrega que], en atención a la opinión emitida por el área técnica de la Entidad, el Impugnante cumple con la especificación técnica “condición de ser estéril” de conformidad a lo establecido en las bases integradas.

[Finalmente, indica que], conforme a la opinión emitida por el área técnica de la Entidad, de lo revisado y analizado en la oferta presentada por el Impugnante existe incongruencia entre el Certificado de Análisis y el Registro Sanitario respecto al nombre del producto; toda vez que, para el producto con punta tipo “J”, el código de referencia en el Registro Sanitario es REF=89185J; sin embargo, en el Certificado de Análisis se verifica que el código de referencia es REF:89185.

(...)” (sic).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

15. Por decreto del 28 de octubre de 2022, se solicitó al Impugnante, al Adjudicatario y a la Entidad, pronunciarse sobre el posible vicio de nulidad en el procedimiento de selección, en los siguientes términos:

“A LA ENTIDAD, AL IMPUGNANTE Y AL ADJUDICATARIO:

- *Conforme a las bases estándar aplicables a la licitación pública para la contratación de suministro de bienes, cuando la Entidad determine que adicionalmente a la declaración de cumplimiento de las especificaciones técnicas (Anexo N° 3), los postores deben presentar algún otro documento, se debe consignar lo siguiente:*

Importante para la Entidad

En caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, el postor deba presentar algún otro documento, consignar en el siguiente literal:

e) [CONSIGNAR LA DOCUMENTACIÓN ADICIONAL QUE EL POSTOR DEBE PRESENTAR TALES COMO AUTORIZACIONES DEL PRODUCTO, FOLLETOS, INSTRUCTIVOS, CATÁLOGOS O SIMILARES⁵] para acreditar [DETALLAR QUÉ CARACTERÍSTICAS Y/O REQUISITOS FUNCIONALES ESPECÍFICOS DEL BIEN PREVISTOS EN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEBEN SER ACREDITADAS POR EL POSTOR].

La Entidad debe especificar con claridad qué aspecto de las características y/o requisitos funcionales serán acreditados con la documentación requerida. En este literal no debe exigirse ningún documento vinculado a los requisitos de calificación del postor, tales como i) capacidad legal, ii) capacidad técnica y profesional: experiencia del personal clave y iii) experiencia del postor. Tampoco se puede incluir documentos referidos a cualquier tipo de equipamiento, infraestructura, calificaciones y experiencia del personal en general.

Además, no debe requerirse declaraciones juradas adicionales cuyo alcance se encuentre comprendido en la Declaración Jurada de Cumplimiento de Especificaciones Técnicas y que, por ende, no aporten información adicional a dicho documento.

Cuando excepcionalmente la Entidad requiera la presentación de muestras, deberá precisar lo siguiente: (i) los aspectos de las características y/o requisitos funcionales que serán verificados mediante la presentación de la muestra; (ii) la metodología que se utilizará; (iii) los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales que la Entidad ha considerado pertinente verificar; (iv) el número de muestras solicitadas por cada producto; (v) el órgano que se encargará de realizar la evaluación de dichas muestras; y (vi) dirección, lugar exacto y horario⁶ para la presentación de muestras.

No corresponde exigir la presentación de muestras cuando su excesivo costo afecte la libre concurrencia de proveedores.

Incorporar a las bases o eliminar, según corresponda.

⁵ Por ejemplo, en el caso de medicamentos aquellas autorizaciones relacionadas al producto, como el Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario del producto, el Certificado de Análisis, entre otros.

En atención a dicha indicación, la Entidad debe indicar qué documentación adicional deben presentar los postores, y además debe detallar con claridad qué

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

características y/o requisitos funcionales específicos del bien previstos en las especificaciones técnicas, deben ser acreditados.

- *Ahora bien, de acuerdo con las bases integradas de la Licitación Pública N° 09-2022/ESSALUD/INCOR - Primera Convocatoria, la Entidad requirió la presentación de documentación adicional al Anexo N° 3, tales como:*

- e) Folletería o Catálogo o Inserto o Manual de Instrucciones de Uso, y/o Instrucciones de Operaciones, y/o Instrucciones de Instalación (original o copia simple) de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases. Su contenido es evaluable respecto a la funcionalidad específica del producto y del cumplimiento de las características solicitadas en las Especificaciones Técnicas (Capítulo III de las Bases) (Material, Características, Dimensiones y de la Presentación (características del envase, logotipo, embalaje y rotulado).
- (...)
- i) Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento – (CBPA) (copia simple), de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- j) Ficha Técnica del producto (Copia simple), de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases (Formato N° 1).
- k) Formato N° 1-A Características y Documentación para Equipos en Cesión de Uso, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- l) Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario (copia simple) de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- m) Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura (CBPM) del fabricante (copia simple), de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- n) Certificado de Análisis y/o Protocolo de Análisis del Producto terminado (copia simple), según lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- o) Metodología de Análisis (copia simple) de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.

Sin embargo, en el presente caso, no se advierte que se haya precisado de forma clara qué aspectos y/o requisitos funcionales específicos relacionados a los materiales, características, dimensiones, presentación, entre otros, requeridos en las especificaciones técnicas debían ser acreditados a través de la documentación adicional requerida [distinta a la declaración jurada de cumplimiento de las especificaciones técnicas]; por lo que, este hecho contravendría la indicación de las bases estándar, e implicaría una afectación a los principios de transparencia y competencia recogidos en los literales c) y e) del artículo 2 de la Ley, pues generaría que los postores no cuenten con reglas claras respecto a qué aspectos y/o requisitos funcionales específicos debían acreditar con la documentación adicional requerida en la presente contratación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

Por lo tanto, en atención a lo dispuesto en el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, se les solicita emitir pronunciamiento en el que precisen si dicha situación, en su opinión, configuraría un vicio que justifique la declaración de nulidad del procedimiento de selección.

*Consecuentemente, se les **corre traslado**, para que dentro del plazo de **cinco (5) días hábiles** se sirvan manifestar lo que consideren pertinente respecto del presunto vicio de nulidad que acarrearía el citado procedimiento de selección; dicha manifestación deberá ser remitida a través de la Mesa de Partes Digital del OSCE, a la cual se accede por medio del portal web institucional www.gob.pe/osce⁹, según lo dispuesto en el Comunicado N° 022-2020-OSCE, teniendo en consideración los plazos perentorios con los que cuenta el Tribunal para resolver, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.*

16. A través del escrito N° 4, presentado el 8 de noviembre de 2022 ante el Tribunal, el Impugnante reiteró lo expuesto en su recurso impugnativo; y, además, se pronunció sobre el posible vicio de nulidad, indicando principalmente lo siguiente:

“(…)

Respecto al primer punto que contenido en el referido decreto, conforme a las bases estándar aplicables a la licitación pública para la contratación de suministros de bienes, cuando la Entidad determine que adicionalmente a la declaración de cumplimiento de especificaciones técnicas (Anexo No. 3), los postores deben presentar algún otro documento, se debe consignar y detallar con claridad qué características y/o requisitos funcionales específicos del bien previstos en las especificaciones técnicas deben ser acreditados.

Sobre este punto, consideramos que no solo se ha precisado el anexo 3, sino también el Formato 1 – Ficha Técnica del Producto respecto de lo establecido en el capítulo III de las Bases integradas.

En cuanto a lo establecido en el capítulo III de las Bases, y que, no se habría advertido que se haya precisado de forma clara qué aspectos y/o requisitos funcionales específicos relacionados a los materiales, características, dimensiones, presentación, entre otros, requeridos en las especificaciones técnicas debían ser acreditados a través de la documentación adicional.

Sobre el particular, cabe indicar que estos aspectos y/o requisitos funcionales se encontraban claramente detallados en las bases integradas, por lo tanto, en lo que

⁹ <https://www.gob.pe/9318-acceder-a-la-mesa-de-partes-digital-del-organismo-supervisor-de-las-contrataciones-del-estado-osce>

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

respecta a nuestra oferta hemos cumplido a cabalidad, motivo por el cual, consideramos que no existe factor de nulidad alguno, debido a que los requerimientos de la entidad se han realizado de forma clara y precisa al detallar en los capítulos, títulos y subtítulos qué tipo de documentos se deben presentar para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas y sus respectivas condiciones, es decir, en lo referente al material, las características técnicas del producto, la condición biológica, las dimensiones y en general las especificaciones técnicas” (sic).

17. Mediante escrito N° 3, presentado el 8 de noviembre de 2022 ante el Tribunal, el Adjudicatario expuso argumentos en similares términos a su absolución al recurso impugnativo; y, además, se pronunció sobre el posible vicio de nulidad, indicando principalmente lo siguiente:

- Señala que, *“la Entidad no ha incluido en el literal e) del numeral 2.2.1.1 de la sección específica de las bases integradas el detalle de qué especificaciones se acreditarían específicamente con estos documentos ni de qué manera se daría tal acreditación” (sic).*

Asimismo, solicita que se tenga en consideración lo resuelto a través de las Resoluciones N° 69-2022-TCE-S2, N° 1027-2022-TCE-S3, N° 1290-2022-TCE-S2, mediante las cuales, las distintas Salas del Tribunal, declaran la nulidad de los procedimientos de selección, cuando en las bases integradas no se ha especificado cuáles son las características y/o requisitos funcionales que deberán ser acreditados mediante la presentación de documentación adicional a la declaración de cumplimiento de las especificaciones técnicas; lo que contraviene las bases estándar, que es de obligatorio cumplimiento por las Entidades para la elaboración de las bases.

- Por otro lado, indica que *“la exigencia de la ficha técnica del producto constituye un vicio, pues determina que las bases hayan sido elaboradas exigiendo requisitos para la admisión de la oferta que vulneran lo previsto en las bases integradas, no resultan posible que se pretenda cuestionar nuestra oferta por supuestamente no cumplir con este requisito, máxime cuando cumplimos con mencionar en este documento el cumplimiento de las especificaciones técnicas a nivel de subtítulos, tal como requieren las bases integradas” (sic).*

18. A través del Informe N° 268-GCA-ESSALUD-2022 del 8 de noviembre de 2022, presentado en la misma fecha ante el Tribunal, la Entidad expuso su posición sobre el presunto vicio de nulidad, señalando principalmente lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

“(…) si bien en las bases integradas se requirió acreditar aspectos referidos a “material, características, condición biológica, dimensiones y de la presentación (características de envase, logotipo, embalaje y rotulado)”; no obstante, no se detalló de manera clara y precisa qué características y/o requisitos funcionales específicos del bien debían ser acreditados por los potenciales postores a través de folletería o catálogo o inserto o manual de instrucciones de uso y/o instrucciones de operaciones y/o instrucciones de instalación; por lo que, lo requerido en el literal e) del numeral 2.2.1.1 del capítulo II y literal f) del numeral 6.2 del capítulo III de la sección específica de las bases integradas de la Licitación Pública N° 9-2022-ESSALUD/INCOR, no contendría la información suficiente para que los postores presenten tales documentos en sus ofertas.

Estando a lo expuesto, se advierte una contravención a lo establecido en los literales a) c) y e) del artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado y el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, así como la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD” (sic).

19. Con decreto del 8 de noviembre de 2022, se declaró el expediente listo para resolver.

FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, en el marco del procedimiento de selección, convocado bajo la vigencia de la Ley y su Reglamento, normas aplicables a la resolución del presente caso.

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

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, solamente 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 proceso hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme establezca el Reglamento.
2. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa están 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 se inicia el análisis sustancial puesto que se hace una confrontación entre



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos 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 presente recurso es procedente, o, por el contrario, está inmerso en alguna de las referidas causales.

a) *La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezcan de competencia para resolverlo.*

El artículo 117 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que dicho recurso es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o referencial sea igual o superior a cincuenta (50) UIT¹⁰, o se trate de procedimientos para implementar o extender Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Asimismo, en el citado artículo 117 del Reglamento se señala 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 normativa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto en el marco de una licitación pública, cuyo valor estimado asciende a S/ 1'218,000.00 (un millón doscientos dieciocho mil con 00/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT¹¹, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

b) *Haya sido interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.*

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.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario; por consiguiente, se

¹⁰ Unidad Impositiva Tributaria.

¹¹ Valor correspondiente al año 2021.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

advierte que el acto objeto de recurso no se encuentra comprendido en la lista de actos inimpugnables.

c) *Haya sido interpuesto fuera del plazo.*

El artículo 119 del precitado Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, mientras que en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación. Asimismo, en el caso de Subastas Inversas Electrónicas, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

De otro lado, la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, de conformidad con lo contemplado en dicho artículo, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar y, en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles.

En concordancia con ello, el artículo 76 del mismo cuerpo normativo establece que, definida la oferta ganadora, el comité de selección otorga la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.

Adicionalmente, el Acuerdo de Sala Plena N° 03-2017/TCE ha precisado que, en el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del día siguiente de la notificación de la buena pro a través del SEACE.

En concordancia con ello, el artículo 58 del Reglamento establece que todos los actos que se realicen a través del SEACE durante los procedimientos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación; asimismo, dicha norma precisa que la notificación en el SEACE prevalece sobre cualquier medio que haya sido utilizado



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

adicionalmente, siendo responsabilidad de quienes intervienen en el procedimiento el permanente seguimiento de éste a través del SEACE.

En aplicación a lo dispuesto, al tratarse el presente caso de una licitación pública, el Impugnante contaba con un plazo de ocho (8) días hábiles para interponer recurso de apelación, plazo que vencía el 28 de setiembre de 2022, considerando que el otorgamiento de la buena pro se notificó a través del SEACE el 16 del mismo mes y año.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que, mediante escrito N° 01¹², subsanado con escrito N° 2¹³, presentados el 28 y 30 de setiembre de 2022, respectivamente, ante la Mesa de Partes Digital del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el Impugnante ingresó su recurso de apelación.

Por tanto, ha quedado establecido que el recurso en cuestión fue presentado en el plazo legal establecido.

d) El que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante.

De la revisión al recurso de apelación, se aprecia que este aparece suscrito por el representante del Impugnante, el señor Julio Edgardo Cruz Salazar.

e) El impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha del presente pronunciamiento, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre inmerso en alguna causal de impedimento.

f) El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

g) El impugnante carezca de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto

¹² Obrante a fs. 3 del expediente administrativo (PDF).

¹³ Obrante a fs. 68 del expediente administrativo (PDF).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

de cuestionamiento.

El numeral 217.1 del artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, modificado por la Ley N° 31465, en adelante **el TUO de la LPAG**, establece la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto administrativo que supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante la interposición del recurso correspondiente que en materia de contrataciones del Estado es el recurso de apelación.

Adicionalmente en el numeral 123.2 del artículo 123 del Reglamento se estableció 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 descalificación.

Sobre el particular, la decisión de la Entidad de otorgar la buena pro del procedimiento de selección al Adjudicatario, le causa agravio al Impugnante en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro; cabe mencionar que la oferta del Impugnante se encuentra calificada por el comité de selección del procedimiento de selección. Por tanto, cuenta con legitimidad procesal e interés para obrar para impugnar dicho acto.

h) Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.

En el caso concreto, el Impugnante no fue el ganador de la buena pro del procedimiento de selección.

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

El Impugnante ha solicitado que no se admita y/o descalifique la oferta del Adjudicatario; y, en consecuencia, se revoque el otorgamiento de la buena pro. En ese sentido, de la revisión de los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que están orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

3. Por lo tanto, luego de haber efectuado el examen de los supuestos de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

improcedencia previstos en el artículo 123 del Reglamento, sin que se hubiera advertido la ocurrencia de alguno estos, este Colegiado encuentra que corresponde proceder al análisis de los asuntos de fondo cuya procedencia ha sido determinada.

B. PRETENSIONES:

4. El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se tenga por no admitida la oferta del Adjudicatario; y, en consecuencia, se revoque el otorgamiento de la buena que le fue otorgada.
- Se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

Por su parte, el Adjudicatario solicitó lo siguiente:

- Se declare infundado el recurso de apelación.
- Se revoque la admisión de la oferta del Impugnante.
- Se confirme el otorgamiento de la buena pro a su favor.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

5. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos del presente recurso.

Al respecto, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 y literal b) del artículo 127 del Reglamento, que establecen que la determinación de los puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado de dicho recurso, presentados dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuvan a la resolución de dicho procedimiento.

Cabe señalar que lo antes citado, tiene como premisa que, al momento de analizar el recurso de apelación, se garantice el derecho al debido proceso de los intervinientes, de manera que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de lo que ha sido materia de impugnación; pues lo contrario, es decir acoger cuestionamientos distintos a los presentados en el recurso de apelación o en el escrito de absolución, implicaría colocar en una

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

situación de indefensión a la otra parte, la cual, dado los plazos perentorios con que cuenta el Tribunal para resolver, vería conculcado su derecho a ejercer una nueva defensa.

6. Así, debe tenerse en cuenta que los demás intervinientes del presente procedimiento de selección, fueron notificados de forma electrónica con el recurso de apelación el 10 de octubre de 2022, según se aprecia de la información obtenida del SEACE¹⁴, razón por la cual contaban con tres (3) días hábiles para absolver el traslado del citado recurso, esto es, hasta el 13 del mismo mes y año.

Al respecto, de la revisión al expediente administrativo se advierte que mediante escrito¹⁵, presentado el 13 de octubre de 2022 ante la Mesa de Partes Digital de OSCE, el Adjudicatario remitió su escrito de apersonamiento, en el cual, absolvió el traslado del recurso de apelación. En razón de lo expuesto, se advierte que aquel cumplió con presentar la absolución del recurso de apelación dentro del plazo establecido; motivo por el cual, sus argumentos serán considerados para la formulación de los puntos controvertidos.

7. En el marco de lo indicado, este Colegiado considera que los puntos controvertidos a dilucidar son los siguientes:
 - i. Determinar si corresponde revocar la admisión de la oferta del Adjudicatario y, en consecuencia, el otorgamiento de la buena pro a su favor.
 - ii. Determinar si corresponde revocar la admisión de la oferta del Impugnante.
 - iii. Determinar si corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección al Impugnante.

D. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Consideraciones previas.

8. Con el propósito de esclarecer la presente controversia, es relevante destacar que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran

¹⁴ De acuerdo al literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento.

¹⁵ Obrante a fs. 145 del expediente administrativo (PDF).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.

9. En adición a lo expresado, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.
10. En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, corresponde que este Colegiado se avoque al análisis de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento de impugnación.
11. No obstante, en el presente caso, sobre la base de la documentación e información obrante en el expediente, se advirtió la existencia de un posible vicio de nulidad en el procedimiento de selección que podrían afectar su validez al haberse vulnerado el principio de libertad de concurrencia, transparencia y publicidad, así como lo establecido en el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento y lo dispuesto en las bases estándar de licitación pública para la contratación de suministro de bienes.
12. Al respecto, cabe mencionar, que tanto el primer como el segundo punto controvertido están estrictamente vinculados con los presuntos vicios de nulidad; por ello, en principio, corresponde analizar si, efectivamente, existen vicios que ameriten la declaración de nulidad del procedimiento selección.
13. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, de manera previa al análisis de fondo, y considerando que este Colegiado ha corrido traslado de un posible vicio de nulidad en el procedimiento a la Entidad y a las partes, se advierte la necesidad, en virtud de la facultad atribuida mediante el artículo 44 de la Ley y a lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, de revisar el contenido de las bases integradas y el desarrollo de algunas actuaciones en el procedimiento de selección, a efectos de verificar que no se hayan dictado actos que contravengan normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

14. En ese sentido, mediante decreto del 28 de octubre de 2022, se requirió a las partes, emitir pronunciamiento sobre el posible vicio de nulidad que se habría advertido en el procedimiento de selección, en lo relativo a que el comité de selección no habría precisado de forma clara qué aspectos y/o requisitos funcionales específicos relacionados a los materiales, características, dimensiones, presentación, entre otros, requeridos en las especificaciones técnicas debían ser acreditados a través de la documentación adicional requerida [distinta a la declaración jurada de cumplimiento de las especificaciones técnicas]; transgrediendo lo establecido en las bases estándar, el artículo 47 del Reglamento y el principio de transparencia previsto en el artículo 2 de la Ley.
15. Ahora bien, con motivo de la absolución del traslado del supuesto vicio de nulidad efectuado por este Tribunal, el Impugnante señaló principalmente lo siguiente:

“(…)

Respecto al primer punto que contenido en el referido decreto, conforme a las bases estándar aplicables a la licitación pública para la contratación de suministros de bienes, cuando la Entidad determine que adicionalmente a la declaración de cumplimiento de especificaciones técnicas (Anexo No. 3), los postores deben presentar algún otro documento, se debe consignar y detallar con claridad que características y/o requisitos funcionales específicos del bien previstos en las especificaciones técnicas deben ser acreditados.

Sobre este punto, consideramos que no solo se ha precisado el anexo 3, sino también el Formato 1 – Ficha Técnica del Producto respecto de lo establecido en el capítulo III de las Bases integradas.

En cuanto a lo establecido en el capítulo III de las Bases, y que, no se habría advertido que se haya precisado de forma clara que aspectos y/o requisitos funcionales específicos relacionados a los materiales, características, dimensiones, presentación, entre otros, requeridos en las especificaciones técnicas debían ser acreditados a través de la documentación adicional.

Sobre el particular, cabe indicar que estos aspectos y/o requisitos funcionales se encontraban claramente detallados en las bases integradas, por lo tanto, en lo que respecta a nuestra oferta hemos cumplido a cabalidad, motivo por el cual, consideramos que no existe factor de nulidad alguno, debido a que los requerimientos de la entidad se han realizado de forma clara y precisa al detallar en los capítulos, títulos y subtítulos que tipo de documentos se deben presentar para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas y sus respectivas condiciones, es decir, en lo referente al material, las características técnicas del producto, la condición biológica, las dimensiones y en general las especificaciones técnicas” (sic).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

16. Por su parte, el Adjudicatario sostuvo lo siguiente:

- Señala que, *“la Entidad no ha incluido en el literal e) del numeral 2.2.1.1 de la sección específica de las bases integradas el detalle de qué especificaciones se acreditarían específicamente con estos documentos ni de qué manera se daría tal acreditación”* (sic).

Asimismo, solicita que se tenga en consideración lo resuelto a través de las Resoluciones N° 69-2022-TCE-S2, N° 1027-2022-TCE-S3, N° 1290-2022-TCE-S2, mediante las cuales, las distintas Salas del Tribunal, declaran la nulidad de los procedimientos de selección, cuando en las bases integradas no se ha especificado cuáles son las características y/o requisitos funcionales que deberán ser acreditados mediante la presentación de documentación adicional a la declaración de cumplimiento de las especificaciones técnicas; lo que contraviene las bases estándar, que es de obligatorio cumplimiento por las Entidades para la elaboración de las bases.

- Por otro lado, indica que *“la exigencia de la ficha técnica del producto constituye un vicio, pues determina que las bases hayan sido elaboradas exigiendo requisitos para la admisión de la oferta que vulneran lo previsto en las bases integradas, no resultan posible que se pretenda cuestionar nuestra oferta por supuestamente no cumplir con este requisito, máxime cuando cumplimos con mencionar en este documento el cumplimiento de las especificaciones técnicas a nivel de subtítulos, tal como requieren las bases integradas”* (sic).

17. A su turno, la Entidad se pronunció sobre el posible vicio de nulidad en el procedimiento de selección, señalando principalmente lo siguiente:

“(…) si bien en las bases integradas se requirió acreditar aspectos referidos a “material, características, condición biológica, dimensiones y de la presentación (características de envase, logotipo, embalaje y rotulado)”; no obstante, no se detalló de manera clara y precisa que características y/o requisitos funcionales específicos del bien debían ser acreditados por los potenciales postores a través de folletería o catálogo o inserto o manual de instrucciones de uso y/o instrucciones de operaciones y/o instrucciones de instalación; por lo que, lo requerido en el literal e) del numeral 2.2.1.1 del capítulo II y literal f) del numeral 6.2 del capítulo III de la sección específica de las bases integradas de la Licitación Pública N° 9-2022-ESSALUD/INCOR, no contendría la información suficiente para que los postores presenten tales documentos en sus ofertas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

Estando a lo expuesto, se advierte una contravención a lo establecido en los literales a) c) y e) del artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado y el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, así como la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD” (sic).

18. Ahora bien, en atención a los términos expuestos, y considerando la información obrante en el expediente, corresponde analizar si en las bases del procedimiento de selección se ha constituido un vicio que deba acarrear su nulidad.
19. Considerando lo expuesto, corresponde revisar lo señalado en las bases integradas del procedimiento de selección, pues éstas constituyen las reglas a las cuales se debieron someter los participantes y/o postores, así como el comité de selección al momento de evaluar las ofertas y conducir el procedimiento de selección.

Al respecto, de acuerdo con las bases integradas del procedimiento de selección, la Entidad requirió la presentación de documentación adicional al Anexo N° 3, tales como:

- e) Folletería o Catálogo o Inserto o Manual de Instrucciones de Uso, y/o Instrucciones de Operaciones, y/o Instrucciones de Instalación (original o copia simple) de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases. Su contenido es evaluable respecto a la funcionalidad específica del producto y del cumplimiento de las características solicitadas en las Especificaciones Técnicas (Capítulo III de las Bases) (Material, Características, Dimensiones y de la Presentación (características del envase, logotipo, embalaje y rotulado).
- (...)
- i) Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento – (CBPA) (copia simple), de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- j) Ficha Técnica del producto (Copia simple), de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases (Formato N° 1).
- k) **Formato N° 1-A** Características y Documentación para Equipos en Cesión de Uso, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- l) Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario (copia simple) de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- m) Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura (CBPM) del fabricante (copia simple), de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- n) Certificado de Análisis y/o Protocolo de Análisis del Producto terminado (copia simple), según lo establecido en el Capítulo III de las Bases.
- o) Metodología de Análisis (copia simple) de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de las Bases.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

Sin embargo, en el presente caso, no se advierte que se haya precisado de forma clara qué aspectos y/o requisitos funcionales específicos relacionados a los materiales, características, dimensiones, presentación, entre otros, requeridos en las especificaciones técnicas debían ser acreditados a través de la documentación adicional requerida [distinta a la declaración jurada de cumplimiento de las especificaciones técnicas].

20. Siendo así, resulta oportuno señalar que, de conformidad con lo establecido en el numeral 2.2.1.1 de la sección específica de las “Bases estándar de la licitación pública para suministro de bienes”, se señala la siguiente nota “Importante para la Entidad”:

Importante para la Entidad

En caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, el postor deba presentar algún otro documento, consignar en el siguiente literal:

e) [CONSIGNAR LA DOCUMENTACIÓN ADICIONAL QUE EL POSTOR DEBE PRESENTAR TALES COMO AUTORIZACIONES DEL PRODUCTO, FOLLETOS, INSTRUCTIVOS, CATÁLOGOS O SIMILARES⁵] para acreditar [DETALLAR QUE CARACTERÍSTICAS Y/O REQUISITOS FUNCIONALES ESPECÍFICOS DEL BIEN PREVISTOS EN LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEBEN SER ACREDITADAS POR EL POSTOR].

La Entidad debe especificar con claridad qué aspecto de las características y/o requisitos funcionales serán acreditados con la documentación requerida. En este literal no debe exigirse ningún documento vinculado a los requisitos de calificación del postor, tales como:

i) capacidad legal, ii) capacidad técnica y profesional: experiencia del personal clave y iii) experiencia del postor. Tampoco se puede incluir documentos referidos a cualquier tipo de equipamiento, infraestructura, calificaciones y experiencia del personal en general.

Además, no debe requerirse declaraciones juradas adicionales cuyo alcance se encuentre comprendido en la Declaración Jurada de Cumplimiento de Especificaciones Técnicas y que, por ende, no aporten información adicional a dicho documento.

Cuando excepcionalmente la Entidad requiera la presentación de muestras, deberá precisar lo siguiente: (i) los aspectos de las características y/o requisitos funcionales que serán verificados mediante la presentación de la muestra; (ii) la metodología que se utilizará; (iii) los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales que la Entidad ha considerado pertinente verificar; (iv) el número de muestras solicitadas por cada producto; (v) el órgano que se encargará de realizar la evaluación de dichas muestras; y (vi) dirección, lugar exacto y horario⁶ para la presentación de muestras.

No corresponde exigir la presentación de muestras cuando su excesivo costo afecte la libre concurrencia de proveedores.

Incorporar a las bases o eliminar, según corresponda.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

⁵ Por ejemplo, en el caso de medicamentos aquellas autorizaciones relacionadas al producto, como el Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario del producto, el Certificado de Análisis, entre otros.

De acuerdo a lo mostrado, en las bases estándar se estableció que, en caso la Entidad requiriera información o documentación adicional al Anexo N° 3 para acreditar alguna característica prevista en las especificaciones técnicas, ésta debía ser consignada en los documentos de presentación obligatoria (folletería, catálogo, ficha técnica, entre otros) debiendo especificar con claridad qué características y/o requisitos funcionales del bien deben ser acreditados.

21. Teniendo en cuenta lo antes señalado, esta Sala advierte que, para efectos del presente caso, no se encuentra suficientemente claro requerir la presentación de folletería o catálogo o inserto o manual de instrucciones, entre otros, para la evaluación de la funcionalidad específica del producto y cumplimiento de las características solicitadas en las especificaciones técnicas, en lo concerniente al material, características, dimensiones y presentación; toda vez que, se debió precisar con claridad qué características y/o requisitos funcionales específicos debían ser acreditados con la documentación adicional solicitada y no indicarse de manera general solo los rubros que serían materia de evaluación (material, características, dimensiones y presentación).

Así, en el presente caso, el Impugnante ha sostenido que ese extremo de lo requerido por la Entidad, debía acreditarse en función a cada una de las condiciones establecidas en las especificaciones técnicas señaladas en los capítulos, títulos y subtítulos; mientras que, para el Adjudicatario, bastaría con señalar los distintos subtítulos de las especificaciones técnicas: *“material, características, condición biológica, dimensiones y de la presentación”*, e indicar los folios de la oferta en los que obran los documentos con los que se acreditan las especificaciones técnicas relacionadas con dichos subtítulos.

Como se advierte, en el presente caso, cada uno de los postores ha expuesto una interpretación distinta respecto a lo que debía acreditarse de forma específica con la documentación adicional [distinta al Anexo N° 3] requerida por la Entidad, sin saber con claridad qué características y/o requisitos funcionales serían materia de verificación mediante la presentación de dicha documentación.

Tal es así, que a través del Informe N° 268-GCA-ESSALUD-2022 del 8 de noviembre de 2022, la propia Entidad señaló lo siguiente: *“(…) si bien en las bases integradas se requirió acreditar aspectos referidos a “material, características, condición*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

biológica, dimensiones y de la presentación (características de envase, logotipo, embalaje y rotulado)”; no obstante, no se detalló de manera clara y precisa qué características y/o requisitos funcionales específicos del bien debían ser acreditados por los potenciales postores a través de folletería o catálogo o inserto o manual de instrucciones de uso y/o instrucciones de operaciones y/o instrucciones de instalación” (sic).

22. En ese sentido, en el presente caso, esta Sala advierte que se han contravenido las disposiciones contenidas en las bases estándar, al no haberse acatado la disposición para la Entidad que, en caso se requiriera información o documentación adicional al Anexo N° 3, para acreditar alguna característica prevista en las especificaciones técnicas, ésta debía ser consignada en los documentos de presentación obligatoria, debiendo especificar con claridad qué aspecto y/o requisito funcional del bien deben ser acreditados, vulnerándose el principio de transparencia previsto en el literal c) del artículo 2 de la Ley.
23. Por lo tanto, la actuación de la Entidad, en este extremo, contraviene lo dispuesto en el numeral 47.3. del artículo 47 del Reglamento, así como lo dispuesto en las bases estándar de licitación pública para la contratación de suministro de bienes. En este contexto, la vulneración de las citadas normas, al afectar derechos fundamentales de los cuales gozan los administrados dentro de todo procedimiento, vician la actuación administrativa de la autoridad que actúa, decide o resuelve dentro de esta circunstancia.
24. En adición a ello, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de competencia, eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato y libertad de concurrencia, recogidos en el artículo 2 de la Ley.

En este orden, resulta importante mencionar que, por el principio de libertad de concurrencia, las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen; en tanto que, por el principio de competencia, los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

Asimismo, en virtud del principio de transparencia, las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Además, en un procedimiento de selección, los administrados (participantes y postores), gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Sin embargo, en el caso concreto, se vulneró los citados principios de transparencia, de competencia y de libertad de concurrencia, toda vez que, no se estableció de manera clara y precisa qué aspectos, características y/o requisitos funcionales de los bienes requeridos en las especificaciones técnicas debían ser acreditados a través de la folletería o catálogo o inserto o manual de instrucciones de uso y/o instrucciones de operaciones y/o instrucciones de instalación, entre otros, requerido para la admisión de las ofertas; afectando la transparencia que debe regir en todo proceso de contratación.

Así también, es preciso recalcar que el análisis que efectúa este Tribunal tiene como premisa que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos.

Bajo ese contexto, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado.

En este contexto, por la deficiencia advertida, este Colegiado evidencia la vulneración de los principios bajo comentario; lo cual ha viciado la actuación administrativa de la autoridad que actúa, decide o resuelve dentro de esta circunstancia.

25. Teniendo en cuenta lo expuesto, este Colegiado advierte que el procedimiento de selección adolece de vicios de nulidad, pues contraviene lo establecido en el numeral 47.3. del artículo 47 del Reglamento, lo dispuesto en las bases estándar

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

de licitación pública para contratación de suministro de bienes; así como los principios de *transparencia, competencia y de libertad de concurrencia* establecidos en el artículo 2 de la Ley y del debido procedimiento administrativo regulado por el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG, motivo por el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley y lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, corresponde que este Tribunal declare su nulidad.

26. Al respecto, el artículo 44 de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, **contravengan las normas legales**, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita en la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Sobre el particular, es necesario precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede estar motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración.

27. En esa línea, los vicios incurridos resultan trascendentes, no siendo materia de conservación del acto, al haberse contravenido las disposiciones normativas antes expuestas, y del debido procedimiento administrativo regulado por el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG.

En efecto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del TUO de la LPAG, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias son causales de nulidad de los actos administrativos, los cuales no son conservables.

Cabe mencionar que, en el presente caso, no es posible conservar los actos viciados pues implicaría convalidar la afectación del principio de transparencia, según el cual, las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, tampoco procede la conservación de los actos viciados, toda vez que las deficiencias advertidas se encuentran directamente vinculadas con parte de la controversia (primer y segundo punto controvertido), lo que impediría a este Colegiado emitir pronunciamiento de manera objetiva, imparcial y acorde a derecho.

28. Por estas consideraciones, al amparo de lo establecido en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento y conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley (en concordancia con el artículo 10 del TUO de la LPAG), al haberse verificado que los vicios en los que se ha incurrido -contravención de normas de carácter imperativo- afecta sustancialmente la validez del procedimiento de selección; este Colegiado estima pertinente declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección, **debiendo retrotraerse el mismo a la etapa de convocatoria**, previa reformulación de las bases, a fin que se corrijan los vicios advertidos, de acuerdo a las observaciones consignadas en la presente resolución (así como lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado vigente) y, posteriormente, se continúe con el procedimiento de selección. En esa línea, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de los demás puntos controvertidos.

En tal sentido, en atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y siendo que este Tribunal procederá a declarar la nulidad del procedimiento de selección sin pronunciamiento sobre el fondo, corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por el Impugnante para la interposición de su recurso de apelación.

29. De otro lado, y a fin de salvaguardar los intereses de la propia Entidad y atendiendo al interés público tutelado a través de las contrataciones públicas, este Colegiado considera pertinente poner la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, para la adopción de las acciones que resulten pertinentes, toda vez que, en el presente caso, se han advertido vicios de nulidad y este Tribunal no efectuará un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la vocal Cecilia Berenise Ponce Cosme y la intervención de los vocales Mariela Nereida Sifuentes Huamán y Roy Nick Álvarez Chuquillanqui, atendiendo a la conformación de la Sexta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000198-2022-



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3901-2022-TCE-S6

OSCE/PRE del 3 de octubre de 2022, publicada el 4 del mismo mes y año en el Diario Oficial "El Peruano", y 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 **de oficio la NULIDAD** de la Licitación Pública N° 09-2022/ESSALUD/INCOR - Primera Convocatoria, efectuada para la contratación de suministro de bienes: "*Material médico; guía de presión y flujo para el Instituto Nacional Cardiovascular Carlos Alberto Peschiera Carrillo - INCOR*", **debiendo retrotraerse el procedimiento de selección hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de bases**, ajustándose éstas a los parámetros establecidos en la normativa de contratación pública y lo establecido en la presente resolución; por los fundamentos expuestos.
2. **DEJAR SIN EFECTO** la buena pro de la Licitación Pública N° 09-2022/ESSALUD/INCOR - Primera Convocatoria, otorgada a favor del postor BOSTON SCIENTIFIC PERU S.A.C.
3. **DEVOLVER** la garantía presentada por el postor MULTI MED PERU S.A.C., para la interposición del presente recurso de apelación.
4. Poner la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, para que, en mérito a sus atribuciones, adopte las medidas que estime pertinentes, de conformidad con lo establecido en la presente Resolución.
5. Dar por agotada la vía administrativa.

Salvo mejor parecer.

CECILIA BERENISE PONCE COSME
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

MARIELA NEREIDA SIFUENTES
HUAMÁN
PRESIDENTA
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ROY NICK ÁLVAREZ CHUQUILLANQUI
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE