

PRONUNCIAMIENTO N° 521-2022/OSCE-DGR

| | | |
|------------|---|--|
| Entidad | : | Unidad Ejecutora 020:Sanidad de la PNP |
| Referencia | : | Licitación Pública N° 004-2022-DIRSAPOL-1, convocada para la “Adquisición de Insumos de Laboratorio de Electrolitos y Gases Arteriales (Automatizados) con equipo de sesión de uso para el Servicio de Inmunobioquímica del Departamento de Patología Clínica del Complejo Hospitalario PNP Luis N. Sáenz” |

1. ANTECEDENTES

Mediante el formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamento, recibido el 21¹ de noviembre de 2022, subsanado el 05² de diciembre de 2022 y complementado el 19³ de diciembre de 2022, el presidente del Comité de Selección a cargo del procedimiento de selección de la referencia remitió al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) la solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones presentada por el participante **DIAGNÓSTICA PERUANA S.A.C.**, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante la “Ley”, y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el “Reglamento”.

Asimismo, cabe precisar que en la emisión del presente pronunciamiento se utilizó el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio, y los temas materia de cuestionamientos del mencionado participante, conforme al siguiente detalle:

- **Cuestionamiento único:** Respecto a la absolución de la consulta u observación N° 13

2. CUESTIONAMIENTO

Cuestionamiento único: Respecto a la absolución de la consulta u observación N° 13

El participante **DIAGNÓSTICA PERUANA S.A.C.** cuestionó la absolución de la consulta u observación N° 13 formulada por **DIAGNOSTICS TEST S.A.C.**, señalando en su solicitud de elevación lo siguiente:

“Conforme se desprende la absolución efectuada por el comité de selección, modifica las condiciones primigenias del requerimiento y que fueron materia de la indagación de mercado efectuada desde el 29/03/2022 al 01/04/2022; por lo que solicitamos al OSCE que efectuó una revisión de las actuaciones preparatorias; y,

¹ Trámite Documentario N° 2022-22886832 -LIMA

² Trámite Documentario N° 2022-23062769 -LIMA

³ Trámite Documentario N° 2022-23083017-LIMA

se verifique si producto de esta modificación en la etapa de absolución de consulta se realizó la validación en el mercado nacional con la finalidad de ratificar la existencia de pluralidad de marcas y proveedores que cumplan a cabalidad el requerimiento; consecuentemente aprobar un nuevo expediente de contratación; al haberse variado las especificaciones técnicas del reactivo y el equipo en cesión de uso:

Es preciso indicar que el requerimiento (Especificaciones Técnicas) la entidad estableció que el equipo ofertado en cesión de uso debía tener como característica: "Módulo de control automático sellado libre de manipulación"; no obstante, producto de la absolución la entidad ha efectuado la siguiente precisión con relación a la indicada característica: "Módulo de control automático sellado libre de manipulación, se refiere al Módulo de control de CALIDAD automático, sellado y libre de manipulación (no apertura, mezclado y/o preparación del control de calidad)". Así pues, la absolución efectuada por el comité de selección a cargo de la conducción del procedimiento de selección se segmentó en dos (02) partes:

- PRIMERO: Se precisa que lo requerido Módulo de control de CALIDAD automático, sellado y libre de manipulación.
- SEGUNDO: "(...) no apertura, mezclado y/o preparación del control de calidad", haciendo referencia no a las características requeridas para el equipo que se ofertará en cesión de uso; sino a los reactivos, variando así también las características técnicas de estas; sin precisión en el apartado específico.

(...)

En este punto, es oportuno indicar que el presente procedimiento de selección ha sido declarado nulo (Resolución N° 3796-2022-TCE-S4), retrayéndose hasta la absolución producto de la imprecisión en las bases integradas, conllevaron a que los postores y a la Entidad cuenten con interpretaciones distintas respecto de las características técnicas que debían cumplir los postores para que se admitan las ofertas presentadas; advirtiéndose así una deficiencia de implementación y precisión respecto al contenido de las bases del procedimiento de selección, lo cual necesariamente incide y transgrede los principios de libre concurrencia y transparencia que debe procurarse mantener incólume en toda contratación pública.

Evidentemente producto de esta nueva absolución la entidad convocante estaría limitando la participación de los postores sin sustento técnico alguno, lo cual que resulta a todas luces trascendente, pues ello permitirá al Comité de Selección a cargo de la conducción del procedimiento de selección, en la etapa correspondientes, desestimar las ofertas de los postores que si cumplían con la exigencia primigenia (requerimiento): "Módulo de control automático sellado de libre manipulación" (característica técnico del equipo), sustentando así su accionar en la "supuesta aclaración" formulada a favor de la empresa DIAGNOSTICS TEST S.A.C, generando así un contexto que no garantiza el respeto a los principios de libertad de concurrencia de proveedores y de competencia que deben regir en el ámbito de la contratación pública. Más aún cuando también se está modificando las características técnicas del reactivo utilizado para el control de calidad, al establecerse: "no apertura, mezclado y/o preparación del control de calidad"; obviamente lo precisado no corresponde a

una característica técnica del equipo en cesión en uso.

El requerimiento inicial elaborado conforme a la necesidad del área usuaria solicitaba como parte de las especificaciones técnicas del EQUIPO módulo de control de calidad y así fue contemplado en la indagación de mercado, no como CARTUCHO o similares de control de calidad. Además en qué radicaría (sustento técnico objetivo) la importancia que conforme ha planteado AHORA en la absolución, que la entidad SOLO requiera cartucho de control de calidad, cuando el objeto de la convocatoria son GASES ARTERIALES con EQUIPO EN CESIÓN DE USO; si lo requerido para el equipo en cesión de uso es que cuente con MÓDULO DE CONTROL DE CALIDAD sellado y libre de manipulación, es decir, que el módulo de control de calidad no sea de libre acceso, sino que se encuentre cerrado y que no los usuarios no puedan manipular el módulo, en NINGÚN momento se indicó en el requerimiento que dicho MÓDULO no deba abrirse; por lo que nos planteamos el siguiente cuestionamiento ¿Cómo se va a cargar los controles en el módulo?, estos controles permanecen en el módulo por semanas hasta que se requiera su cambio y nuevamente se apertura para cargar, al IGUAL que el equipo de la empresa que ganó en la convocatoria pasada, que debe abrir el módulo para cargar su ESTUCHE que contiene los controles. Es preciso señalar que la necesidad de la entidad (según requerimiento inicial) es que se efectuó un correcto y eficaz control de calidad; señalando como característica técnica del equipo con ser un módulo de control de calidad automático, sellado y libre de manipulación; sin hacer referencia a una fabricación o modelo específico. Un claro ejemplo de ello sería, la siguiente imagen (presentada en el recurso impugnativo y que derivó la declaratoria de nulidad), donde se comprobó que ambos equipos: DIAGNOSTICA PERUANA SAC y DIAGNOSTICS TEST S.A.C pueden cumplir con lo requerido con relación al control de calidad; permitiendo así obtener la oferta más ventajosa para la entidad y que repercuta positivamente en el usuario final (...).

Pronunciamiento

De la revisión de las Bases, se aprecia que, respecto de las características específicas del equipo en cesión de uso, se requiere, entre otros, lo siguiente: “4. Característica Módulos de control automático sellado libre de manipulación”.

Así, a través de la consulta u observación materia de cuestionamiento contenida en el pliego interrogatorio se aprecia que la empresa DIAGNÓSTICA TEST S.A.C. solicitó lo siguiente:

Se aclare las Especificaciones Técnicas contenidas en el Anexo A de las bases administrativas las cuales se encuentran referidas a las características técnicas de electrolitos y gases arteriales (Automatizado) con equipo de cesión de uso. Específicamente a qué hace referencia la característica de control de calidad automático libre de manipulación puesto que esta se entiende como una solicitud de un ítem automatizado, es decir a que este módulo de control de calidad de tres niveles de control para todos los parámetros en simultaneo debe ser sellado y autónomo como mínimo para 30 días, libre de manipulación humana, totalmente automático.

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Ante lo cual, la Entidad señaló lo siguiente: *“el área usuaria aclara que dicha característica se refiere al Módulo de control de calidad automático, sellado y libre de manipulación **(no apertura, mezclado y/o preparación del control de calidad)**”.*

Ahora bien, teniendo en cuenta los aspectos cuestionados por el participante, mediante Informe N° 063- 2022-SCG/DIRSAPOL/SUBDSP-CH. PNP. LNS. DIVADT. DEPPACLI, presentado con motivo de la solicitud de elevación, la Entidad, expresó lo siguiente:

*“1. La elevación de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones interpuesto por la EMPRESA DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. de la LP N° 004-2022 -DIRSAPOL- de fecha 16 noviembre 2022 carece de sustento técnico y real puesto que el área usuaria está **“ACLARANDO”** según lo solicitado por el Tribunal de Contrataciones del Estado.*

*3. Cabe mencionar que a fojas 34 punto 23 de la Resolución N° 3796-2022-TCE-S4 del Tribunal de Contrataciones del Estado especifica que se debe precisar, aclarar ya que se interpretaba de manera confusa, ambigua, por tal motivo se procedió a aclarar sin modificar las especificaciones técnicas de la siguiente manera: **“MÓDULO DE CONTROL DE CALIDAD AUTOMÁTICO SELLADO LIBRE DE MANIPULACIÓN; SE REFIERE AL MÓDULO DE CONTROL DE CALIDAD AUTOMÁTICO, SELLADO Y LIBRE DE MANIPULACIÓN (NO APERTURA, MEZCLADO Y/O PREPARACION DE CONTROL DE CALIDAD)”**, **cabe precisar que la no apertura, mezclado y/o preparación de control de calidad nos referimos al insumo de control de calidad no al módulo del equipo ofertado.***

*4. Se debe mencionar que al aclarar (punto 5) y con la finalidad de brindar atención de pruebas de **ELECTROLITOS Y GASES ARTERIALES** en nuestro requerimiento, **AMBOS PROVEEDORES DIAGNOSTICA PERUANA Y DIGNOSTIC TEST CUMPLEN CON LO ACLARADO Y SOLICITADO EN EL PUNTO 13** del cuestionamiento pliego de absolución de consultas y observaciones interpuesto por la EMPRESA DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. de la LP N° 004-2022 - DIRSAPOL. (...)*

Por lo antes expuesto exhortamos al OSCE subsane en esta elevación al pliego de consultas lo expuesto dado que ambas empresas cumplen con lo solicitado”. [Sic]

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Ahora bien, teniendo en cuenta los aspectos cuestionados por el participante, mediante OFICIO N° 06 -2022-DIRSAPOL/UE 020-LP04-2022-DIRSAPOL-1, la Entidad, agregó lo siguiente:

*“Ahora bien, el Jefe de Servicio Inmunobioquímica del Departamento de Patología Clínica del Complejo Hospitalario PNP Luis N. Sáenz” en calidad de **ÁREA USUARIA** ha aclarado que El **“MÓDULO DE CONTROL DE CALIDAD AUTOMÁTICO SELLADO LIBRE DE MANIPULACIÓN; se refiere al módulo de control de calidad automático y que es una característica descrita en el numeral 4 de las especificaciones técnicas al equipo de sesión de uso”.***

Sobre el particular, cabe señalar que, el Principio de Transparencia, consignado en el literal c) del artículo 2 de la Ley establece que la Entidad debe proporcionar información clara y coherente con el fin que esta sea comprendida por todos los potenciales proveedores; es así que, el artículo 72 del Reglamento y la Directiva N° 23-2016-OSCE/CD, se dispone

que al absolver las consultas y/u observaciones, el comité de selección deberá detallar de manera clara y motivada la totalidad de las respuestas a las solicitudes formuladas por los participantes y el análisis respectivo.

En relación con ello, cabe señalar que el numeral 7.4 de la Directiva N° 23-2016-OSCE/CD, señala que al absolver las consultas u observaciones, **la Entidad debe evitar incluir “disposiciones que excedan o no guarden congruencia con las aclaraciones planteadas y/o transgresiones alegadas por el participante”.**

En el presente caso, se aprecia que el comité de selección al absolver la consulta u observación materia de cuestionamiento precisó que el “*módulo de control automático*” hacía referencia al “*módulo de control de calidad automático*”; sin embargo, también precisó las condiciones de “*no apertura, mezclado y/o preparación del control de calidad*”, lo cual excedería los alcances de lo consultado.

Ahora bien, en atención del tenor de lo cuestionado, se aprecia que la Entidad, mediante los informes técnicos, y en atención al mejor conocimiento de la necesidad que desea satisfacer, habría señalado que “*la no apertura, mezclado y/o preparación de control de calidad*” se refiere “*al insumo de control de calidad no al módulo del equipo ofertado*”; de lo cual se puede colegir que, dichas condiciones excederían los alcances de lo consultado en el pliego absolutorio.

En ese sentido, considerando lo señalado precedentemente, y que la pretensión del recurrente estaría orientada a que se deje sin efecto la inclusión de “*la no apertura, mezclado y/o preparación de control de calidad*” para el “*módulo de control automático*”; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER** el presente extremo del cuestionamiento; por lo que implementará la siguiente disposición al respecto:

- **Se deberá dejar sin efecto** la absolución de la consulta u observación N° 13.
- **Se deberá considerar** como absolución a la consulta u observación N° 13 que “*Característica Módulos de control automático sellado libre de manipulación*” se refiere al *módulo de control de calidad*”, conforme a lo expresado por la Entidad a través del OFICIO N° 06 -2022-DIRSAPOL/UE 020-LP04-2022-DIRSAPOL-1.
- **Se deberá tener en cuenta** que en caso la Entidad determine que corresponde adecuar su requerimiento, corresponderá aplicar las disposiciones previstas en el artículo 44 de la Ley, a efectos de declarar la nulidad del procedimiento de selección y se saneen los extremos correspondientes.
- **Se modificará** el contenido del apartado correspondiente a las “*características específicas del equipo en cesión de uso para las pruebas de electrolitos y gases arteriales (automatizada) para el servicio de bioquímica del departamento de patología clínica del CH.PNP. “LNS”.*” del capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas se observa lo siguiente:

“4. Característica Módulos de control automático sellado libre de manipulación se

refiere al módulo de control de calidad automático, sellado y libre de manipulación ~~(no apertura, mezclado y/o preparación del control de calidad)~~".

Cabe precisar que **deberá dejarse sin efecto** toda disposición de las Bases o del Pliego Absolutorio que se oponga a lo establecido en la presente disposición.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación encargados de elaborar el requerimiento, estudio de mercado, el pliego absolutorio y el Informe Técnico, así como la atención de los pedidos de información requeridos, en virtud a la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

3. ASPECTOS REVISADOS DE OFICIO

Cabe señalar que, este Organismo Técnico Especializado ha visto por conveniente hacer indicaciones puntuales a partir de la revisión de oficio, según el siguiente detalle:

3.1. Respecto a la habilitación

De la revisión del literal A “Habilitación”, contenido en el acápite 3.2. el Capítulo III, de la Sección Específica de las Bases Integradas se observa lo siguiente:

“Requisitos:

Resolución de Autorización Sanitaria de Funcionamiento

A nombre del postor. Emitido por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas-DIGEMID, como autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios- ANM o por la Autoridad Regional de Medicamentos -ARM del Ministerio de Salud-MINSA, según corresponda, debiendo adjuntar las resoluciones de los cambios y/o modificaciones realizados en el establecimiento farmacéutico de corresponder.

Obligatorio para todas las empresas instaladas en el país como establecimiento farmacéutico, salvo que se trate de una empresa extranjera no instalada en el territorio nacional o de una empresa nacional que no está reconocida como establecimiento farmacéutico.

Nota: Los establecimientos dedicados a la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, distribución, comercialización, dispensación y expendio de dispositivos médicos no deben estar en la situación de cierre”

Al respecto, cabe señalar que, la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD – “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado”, establece que, en los procedimientos de selección cuyo objeto requiera la participación de empresas que realicen actividades reguladas (tales como, comercialización de medicamentos, entre otras), únicamente deben cumplir los requisitos que disponga la ley de la materia, aquellos integrantes del “consorcio” que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa de consorcio.

Así, en las Bases Estándar objeto de la presente contratación se ha consignado en la sección correspondiente al requisito de calificación “habilitación”, la siguiente nota:

“En el caso de consorcios, cada integrante del consorcio que se hubiera comprometido a ejecutar las obligaciones vinculadas directamente al objeto de la convocatoria debe acreditar este requisito.”

En ese sentido, siendo que dicho requerimiento no se condice con lo establecido en la mencionada Directiva y las Bases Estándar, con ocasión de la integración definitiva de las Bases, se implementará la siguiente disposición:

- Se **adecuará** el literal A “Habilitación”, contenido en el acápite 3.2. el Capítulo III, de la Sección Específica de las Bases Integradas se observa lo siguiente:

*“Requisitos:
Resolución de Autorización Sanitaria de Funcionamiento*

A nombre del postor. Emitido por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas-DIGEMID, como autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios- ANM o por la Autoridad Regional de Medicamentos -ARM del Ministerio de Salud-MINSA, según corresponda, debiendo adjuntar las resoluciones de los cambios y/o modificaciones realizados en el establecimiento farmacéutico de corresponder.

~~*Obligatorio para todas las empresas instaladas en el país como establecimiento farmacéutico, salvo que se trate de una empresa extranjera no instalada en el territorio nacional o de una empresa nacional que no está reconocida como establecimiento farmacéutico.*~~

Nota: Los establecimientos dedicados a la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, distribución, comercialización, dispensación y expendio de dispositivos médicos no deben estar en la situación de cierre”

Cabe precisar que **deberá dejarse sin efecto** toda disposición de las Bases o del Pliego Absolutorio que se oponga a lo establecido en la presente disposición.

4. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, este Organismo Técnico Especializado ha dispuesto:

- 4.1. Se procederá a la integración definitiva de las Bases a través del SEACE, en atención a lo establecido en el artículo 72 del Reglamento.
- 4.2. Es preciso indicar que contra el pronunciamiento emitido por el OSCE no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad y los proveedores que participan en el procedimiento de selección. Adicionalmente, cabe señalar que, las disposiciones vertidas en el pliego absolutorio que generen aclaraciones, modificaciones o precisiones, priman sobre los aspectos

relacionados con las Bases integradas, salvo aquellos que fueron materia del presente pronunciamiento.

- 4.3. Una vez emitido el pronunciamiento y registrada la integración de Bases definitivas por el OSCE, corresponderá al comité de selección **modificar** en el cronograma del procedimiento, las fechas del registro de participantes, presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, teniendo en cuenta que, entre la integración de Bases y la presentación de propuestas no podrá mediar menos de siete (7) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la publicación de las Bases integradas en el SEACE, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento.
- 4.4. Finalmente, se recuerda al Titular de la Entidad que el presente pronunciamiento no convalida extremo alguno del procedimiento de selección.

Jesús María, 22 de diciembre de 2022.