Firmado digitalmente por PAZ WINCHEZ Daniel Alexis Nazazi FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 12.01.2023 19:53:35 -05:00

Firmado digitalmente por VILLANUEVA SANDOVAL Victor Manuel FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 12.01.2023 21:34:18 -05:00

Firmado digitalmente por CHAVEZ SUELDO Olga Evelyn FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 12.01.2023 19:40:04 -05:00

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 00114-2023-TCE-S2

Sumilla: *"(…) la actuación de la Entidad va en contra de la definición de Bases integradas contemplada en el Reglamento, el cual lo considera como aquel "Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado acciones de supervisión."*

Lima, 12 de enero de 2023

VISTO en sesión del 12 de enero de 2023, de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 9495/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa CARBONWATT S.A.C., en el marco Licitación Pública N° 002-2022-SAN GABAN S.A. - Primera Convocatoria, por ítems, para la *"Adquisición de repuestos para generadores de potencia de la C.H. San Gabán II";* y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según obra en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 4 de octubre de 2022, la Empresa de Generación Eléctrica San Gaban S.A., en adelante la **Entidad**, convocó la Licitación Pública N° 002-2022-SAN GABAN S.A. - Primera Convocatoria, por ítems, para la *"Adquisición de repuestos para generadores de potencia de la C.H. San Gabán II",* con un valor estimado de S/ 190,642.01 (ciento noventa mil seiscientos cuarenta y dos con 01 dólares norteamericanos), en adelante el **procedimiento de selección**.

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 00114-2023-TCE-S2

Nos 377-2019-EF[1], 168-2020-EF[2], 250-2020-EF[3] y 162-2021-EF[4], en adelante el **Reglamento**.

El 11 de noviembre de 2022 se llevó a cabo la presentación de ofertas (electrónica) y el 21 del mismo mes y año se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro del ítem N° 1 - escobillas electro grafíticas, a favor de la empresa ABC CLEAN ENERGY S.A.C., en adelante **el Adjudicatario 1**.

Asimismo, el 21 del mismo mes y año, se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro del ítem N° 3 - Anillo Colector para Sistema de Excitación de Generador de Potencia 63.5MVA, a favor de la empresa GENERATION SOLUTIONS PERU S.A.C, en adelante **el Adjudicatario 2**; en mérito a los siguientes resultados:

Ítem N° 1

Postor	Admisión	Evaluación			Resultado
		Precio ofertado (S/)	Puntaje total	Orden de prelación	
ABC CLEAN ENERGY S.A.C.	Sí	$8,200.00	100	1	Adjudicatario
CARBONWATT S.A.C.	Sí	$19,446.40	42.17	2	Calificado
GENERATION SOLUTIONS PERU S.A.C	Sí	$33,751.81	24.29	3	Calificado

Ítem N° 3

Postor	Admisión	Evaluación			Resultado
		Precio ofertado (S/)	Puntaje total	Orden de prelación	
GENERATION SOLUTIONS PERU S.A.C	Sí	$27,543.14	100	1	Adjudicatario
CARBONWATT S.A.C.	Sí	$55,081.93	50	2	Calificado

2. Mediante Formulario de Interposición de Recurso Impugnativo y escrito N° 01, recibidos el 1 de diciembre de 2022, en la Mesa de Partes Digital del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la empresa CARBONWATT S.A.C., en adelante el **Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el acto de admisión, evaluación de ofertas, calificación de requisitos y otorgamiento de la

[1] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de diciembre de 2019, vigente a partir del 15 del mismo mes y año.
[2] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2020, vigente a partir del 1 de julio del mismo año.
[3] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de setiembre de 2020, vigente a partir del 5 del mismo mes y año.
[4] Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de junio de 2021, vigente a partir del 12 de julio del mismo año.

buena pro de los ítems 1 y 3 del procedimiento de selección, solicitando se revoquen dichos actos. Para dichos efectos, el Impugnante manifestó lo siguiente:

Respecto del ítem N° 1

i. Señala que el Adjudicatario 1 obtuvo la buena pro del ítem N° 1 – escobilla electro grafíticas EG-34D de medias 16x32x64 mm, con cable Cu/Mg, Clase 5, desnudo y terminal; sin embargo, el Comité de Selección no habría tomado en cuenta que el material EG-34D (grado de carbón), es fabricado por MERSEN en Francia, proveedor únicamente de representantes oficiales en cada país donde tiene representación.

ii. Añade que su representada cuenta con los documentos que acreditan que ninguna otra empresa, además de su representada, ha solicitado una cotización para la adquisición de la escobilla de carbón; además, ha solicitado a todas las sedes de MERSEN, se eximan de cotizar dicho modelo de carbón.

Por ello, refiere que es imposible que se fabrique 340 JGOS de escobillas de carbón, sin que intervenga una planta de fabricación de MERSEN, que cuente con dicho material y este autorizado para fabricarlos.

iii. Refiere además, que los U$ 8.200 ofertados por el Adjudicatario 1, no alcanzan para comprar la materia prima que provee su representada; por lo que, no podrían cumplir con abastecer dicho producto a la Entidad.

iv. Menciona que la experiencia requerida para MYPE, es de S/ 25,000.00; sin embargo, el Adjudicatario 1, únicamente acreditó la suma de S/ 10,031.78 para el ítem N° 1, pues el monto de S/ 62,065.59 está referido al rubro de la minería y no puede ser contabilizado como experiencia en la venta de escobillas de carbón y menos aún para el tipo de aplicación requerida en el procedimiento de selección.

Respecto del ítem N° 3

v. Menciona que su representada fabrica los anillos colectores, no existiendo ninguna sede autorizada a cotizar y/o vender este producto que es específicamente para C.H San Gaban, ya que el único autorizado

para hacerlo es su representada; por tal razón, no existe otro proveedor que pueda suministrar dicho producto de la marca MERSEN.

vi. Refiere que el Adjudicatario 2, presentó facturas por suministros de tubos, válvulas y arrancadores, los cuales son notablemente diferentes a lo ofertado; por lo que, no cuentan con la experiencia en la venta de anillos colectores para uso eléctrico.

Añade que, si bien es cierto que en el punto 12 de las bases integradas, referido a la experiencia del postor en la especialidad, no se especifica a que ítem se refiere como bienes similares, no puede convalidarse que la comercialización de un filtro sea equivalente a la venta de escobillas de carbón, portaescobillas o anillos rozantes para motores.

vii. Finalmente, señala que los Adjudicatario 1 y 2, no conocen las dificultades que pueden generar al vender un producto que no es el realmente solicitado.

3. Por decreto del 5 de diciembre de 2022, se admitió a trámite el recurso de apelación presentado en el marco del procedimiento de selección, y se corrió traslado a la Entidad, a fin de que cumpliera, entre otros aspectos, con registrar en el SEACE el informe técnico legal, en el que indique su posición respecto de los hechos materia de controversia, en el plazo de tres (3) días hábiles.

El 7 del mismo mes y año se notificó, mediante el SEACE, el recurso a efectos que, de ser el caso, los postores distintos al Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución lo absuelvan.

Finalmente, se dejó a consideración de la Sala la solicitud de uso de la palabra del Consorcio Impugnante y se remitió a la Oficina de Administración y Finanzas el Comprobante del Depósito en Efectivo Cta. Cte. N° 219900182, expedido por el Banco de la Nación, para su verificación y custodia.

4. Con fecha 14 de diciembre de 2022, la Entidad público en el SEACE, el escrito EGESG N° 773-2022-GG, mediante el cual señaló:

i. Menciona que el procedimiento de selección no se encuentra dentro de los numerales 3.3 y 3.4 del artículo 3 del Decreto Supremo N.º

103-2020-EF, toda vez que este procedimiento corresponde a un requerimiento del año 2022.

A. *Respecto del ítem N° 1*

En relación al material EG-34D (grado carbón)

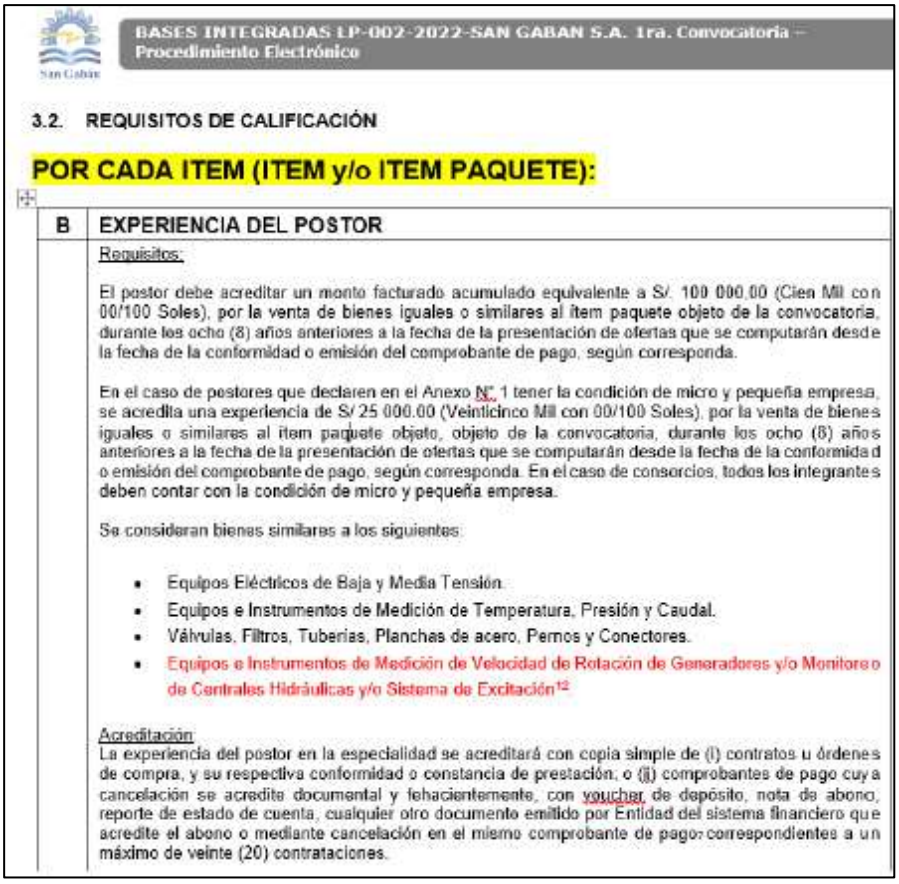
ii. Señala que las bases del procedimiento de selección establecen dentro de los documentos de presentación obligatoria lo siguiente:

> ***2.1.1. Documentación de presentación obligatoria***
>
> ***2.1.1.1. Documentos para la admisión de la oferta***
>
> *d) Declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas contenidas en el numeral 3.1 del Capítulo III de la presente sección. (**Anexo Nº 3**); **asimismo, deberá de presentar las fichas técnicas emitidos por el fabricante al ítem al que se representen.***

Refiere que el Adjudicatario 1, adicional al Anexo N° 3, presentó a folios 11, 12 y 13, la ficha técnica emitido por el fabricante del bien ofertado, cumpliendo ello con las especificaciones establecidas en las bases integradas, lo cual ha sido validado por el área técnica, motivo por el cual ha sido admitida la oferta del postor.

En relación a la experiencia del postor

iii. Menciona que las bases integradas establecen dentro de los requisitos de calificación lo siguiente:



BASES INTEGRADAS LP-002-2022-SAN GABAN S.A. 1ra. Convocatoria – Procedimiento Electrónico

3.2. REQUISITOS DE CALIFICACIÓN

POR CADA ITEM (ITEM y/o ITEM PAQUETE):

B	**EXPERIENCIA DEL POSTOR**

Requisitos:

El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/. 100 000.00 (Cien Mil con 00/100 Soles), por la venta de bienes iguales o similares al ítem paquete objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda.

En el caso de postores que declaren en el Anexo N° 1 tener la condición de micro y pequeña empresa, se acredita una experiencia de S/ 25 000.00 (Veinticinco Mil con 00/100 Soles), por la venta de bienes iguales o similares al ítem paquete objeto, objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda. En el caso de consorcios, todos los integrantes deben contar con la condición de micro y pequeña empresa.

Se consideran bienes similares a los siguientes:

- Equipos Eléctricos de Baja y Media Tensión.
- Equipos e Instrumentos de Medición de Temperatura, Presión y Caudal.
- Válvulas, Filtros, Tuberías, Planchas de acero, Pernos y Conectores.
- Equipos e Instrumentos de Medición de Velocidad de Rotación de Generadores y/o Monitoreo de Centrales Hidráulicas y/o Sistema de Excitación[12]

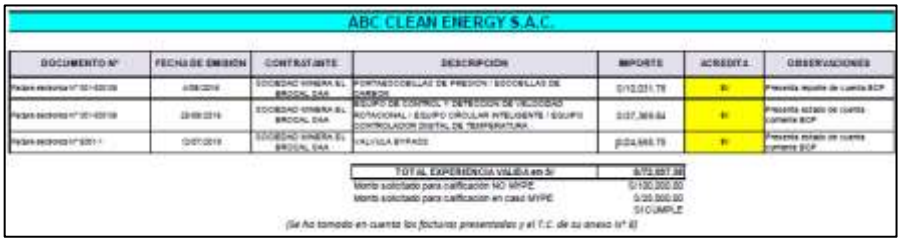
Acreditación:

La experiencia del postor en la especialidad se acreditará con copia simple de (i) contratos u órdenes de compra, y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o (ii) comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con voucher de depósito, nota de abono, reporte de estado de cuenta, cualquier otro documento emitido por Entidad del sistema financiero que acredite el abono o mediante cancelación en el mismo comprobante de pago correspondientes a un máximo de veinte (20) contrataciones.

En ese sentido, refiere que los bienes considerados similares son los siguientes:

- Equipos eléctricos de baja y media tensión.
- Equipos e instrumentos de medición de temperatura, presión y caudal.
- Válvulas, Filtros, Tuberías, Planchas de acero, Pernos y Conectores.
- Equipos e Instrumentos de Medición de Velocidad de Rotación de Generadores y/o Monitoreo de Centrales Hidráulicas y/o Sistema de Excitación.

Menciona que el Adjudicatario 1, ha presentado en su oferta los documentos para acreditar dicha experiencia, según el siguiente detalle:



ABC CLEAN ENERGY S.A.C.

DOCUMENTO Nº	FECHA DE EMISIÓN	CONTRATANTE	DESCRIPCIÓN	IMPORTE	ACREDITA	OBSERVACIONES
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	SI	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	SI	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	SI	[illegible]

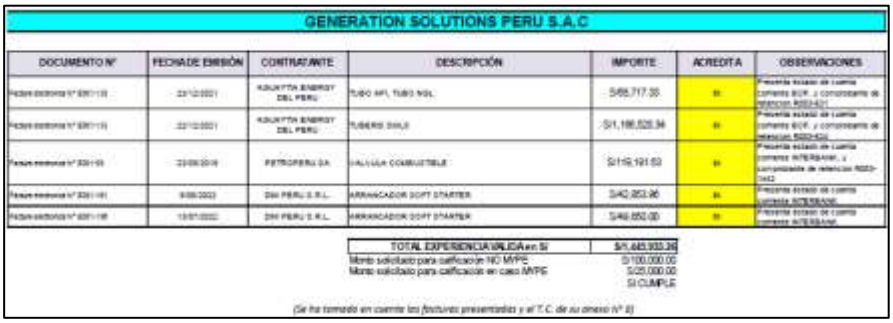
TOTAL EXPERIENCIA VALIDA en S/	[illegible]
Monto solicitado para calificación NO MYPE	S/ 100,000.00
Monto solicitado para calificación en caso MYPE	S/ 25,000.00
	SI CUMPLE

(Se ha tomado en cuenta los facturas presentadas y el T.C. de su anexo Nº 8)

Añade que el postor en su calidad de MYPE (según su anexo N° 1), el cual ha sido verificado por el Comité de Selección en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en la sección consulta de empresas acreditadas en el REMYPE[5], ha cumplido con el requisito de calificación establecido en las bases integradas, tal como figura en el acta y cuadro de evaluación – calificación publicada en el SEACE.

B. Respecto del ítem N° 3

iv. Señala que el Adjudicatario 2, ha presentado en su oferta los documentos para acreditar dicha experiencia los cuales se detallan de acuerdo con lo siguiente:



GENERATION SOLUTIONS PERU S.A.C

DOCUMENTO Nº	FECHA DE EMISIÓN	CONTRATANTE	DESCRIPCIÓN	IMPORTE	ACREDITA	OBSERVACIONES
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	SI	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	SI	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	SI	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	SI	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	SI	[illegible]

TOTAL EXPERIENCIA VALIDA en S/	[illegible]
Monto solicitado para calificación NO MYPE	S/ 100,000.00
Monto solicitado para calificación en caso MYPE	S/ 25,000.00
	SI CUMPLE

(Se ha tomado en cuenta los facturas presentadas y el T.C. de su anexo Nº 8)

[5] En el link http://www2.trabajo.gob.pe/serviciosen- linea-2-2/,

Por lo tanto, sostiene que el Adjudicatario 2 ha cumplido con el requisito de calificación establecido en las bases integradas, tal como figura en el acta y cuadro de evaluación – calificación publicada en el SEACE.

5. Por decreto del 16 de diciembre de 2022, se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal, para que evalúe la información que obra en el mismo y, de ser el caso, dentro del término de cinco (5) días hábiles lo declare listo para resolver.

6. Mediante escrito s/n presentado el 19 de diciembre de 2022, por la Mesa de Partes Digital del OSCE, el Adjudicatario 1 absolvió el recurso de apelación, indicando lo siguiente:

i. Sostiene que el fabricante MERSEN – Harbin (sucursal de MERSEN en China) sí ofertó las escobillas (Anexo B) y envió una carta de autorización (Anexo C) para las ventas de sus productos en Perú, la cual fue presentada en su propuesta a folio 14.

ii. Sin embargo, refiere que, con motivo de la presentación del recurso de apelación, iniciaron la indagación del origen del problema, verificando que el Impugnante cuenta con una representación en el mercado local.

Por otro lado, el fabricante MERSEN – Harbin le manifestó a su representada que emitieron la cotización correspondiente, pues desconocían sobre la autorización de MERSEN a un solo proveedor en Perú [Impugnante].

iii. Agrega que el 15 de diciembre de 2022, recibieron un correo de MERSEN – Harbin, mediante el cual, dicha empresa les indicó que su sede central (MERSEN – Francia) no podía suministrarles las escobillas, razón por la cual, el Adjudicatario 1 manifiesta a este Tribunal que *"(…) no podrá proveer estas escobillas de la marca MERSEN (…)."*

7. Por decreto del 20 de diciembre de 2022 se tuvo por apersonado al Adjudicatario 1 y por absuelto, de manera extemporánea, el recurso impugnativo.

8. Por decreto del 20 de diciembre de 2022 se programó audiencia pública para el 28 de diciembre de 2022, la misma que se llevó a cabo con la presencia únicamente

del Impugnante, dejándose constancia de la inasistencia de la Entidad y de los Adjudicatarios 1 y 2.

9. Mediante escrito s/n presentado el 27 de diciembre de 2022, por la Mesa de Partes Digital del OSCE, el Adjudicatario 2 absolvió el recurso de apelación, indicando lo siguiente:

i. Sostiene que MERSEN - Brasil, ha emitido cotizaciones de las escobillas [objeto de convocatoria del ítem 1], porta carbones [objeto de convocatoria del ítem 2] y anillos colectores [objeto de convocatoria del ítem 3], a solicitud de su representada, siendo que MERSEN siempre supo cuál era el destinatario final [SAN GABAN].

Tan es así, que en el mes de octubre, la cotización fue ratificada, tanto en precios como en plazos de entrega.

ii. No obstante, agrega que, posteriormente a la adjudicación del procedimiento de selección, MERSEN – Brasil les informó que no podrían atender el pedido, debido a que lo estaban trabajando con un representante local en Perú; razón por la cual, indicó expresamente *"estamos obligados a NO poder suministrar dicho material*".

iii. Dejó claro que su representada actuó de buena fe y que, aunque tenían la opción de manejar otras marcas distintas a MERSEN, eligieron dicha marca por la seriedad de colaboración que tuvo hasta antes de la comunicación de no poder proveer dicho material.

iv. Finalmente, señala que como especialistas en mantenimiento de generadores, cuentan con la capacidad de ofertar e instalar marcas líderes del mercado.

Asimismo, reiteró que, por el momento, no podrán suministrar el Anillo colector de la marca MERSEN, adjudicado a su favor.

10. Por decreto del 27 de diciembre de 2022 se tuvo por apersonado al Adjudicatario 2 y por absuelto, de manera extemporánea, el recurso impugnativo.

11. Por decreto del 28 de diciembre de 2022, se solicitó a los Adjudicatarios 1 y 2, se sirvan señalar clara y concretamente si se desisten de su oferta presentada en el procedimiento de selección.

12. Mediante Carta s/n presentada el 29 de diciembre de 2022, por la Mesa de Partes Digital del OSCE, el Adjudicatario 2 reiteró los argumentos planteados en su escrito s/n presentado el 27 de diciembre de 2022, ante la Mesa de Partes Digital del OSCE.

13. Mediante Carta s/n presentada el 3 de enero de 2023, por la Mesa de Partes Digital del OSCE, el Adjudicatario 1 señaló expresamente que se desiste de la oferta presentada en el ítem 1, pues la empresa MERSEN Harbin le ha comunicado su imposibilidad de cumplir con su oferta, luego de haber cotizado y después de la buena pro otorgada a su representada; por lo que se ven obligados a desistirse de su oferta.

14. Por decreto del 3 de enero de 2023, se requirió a la Entidad, al Impugnante y al Adjudicatario 1 y 2 lo siguiente:

> *"(…)*
>
> ***1.*** *Teniendo en cuenta que el Impugnante ha formulado como un punto controvertido que ninguna de las empresas adjudicatarias del ítem N° 1 y 3 pueden ofrecer el material EGE- 34D (grado de carbón), insumo que sirve para fabricar escobillas electro gráficas [ítem 1] y el anillo colector para sistemas de excitación de generar de potencia[ítem 3], debido a que su representada es la única autorizada y acreditada por la empresa MERSEN, para proveer y fabricar este insumo; y,*
>
> ***2.*** *Que, de la revisión de las bases integradas se habría establecido en el sub numeral 10. 1 Especificaciones Técnicas, del numeral 10. Descripción del objeto, del Capítulo III Requerimiento, de la sección específica, como una de las características comunes del ítem N° 1 y 3, el código de estándar EGE- 34D (grado de carbón) y no otro, conforme se aprecia a continuación:*
>
> ***3.*** *Adicionalmente, se apreciaría que en la absolución de consulta N° 10 del Pliego de absolución de consultas y observaciones, ante la consulta de si*

se aceptarán otros tipos de fórmulas equivalentes al código EGE34D, garantizando una calidad de materia reconocida y que cumplan las especificaciones técnicas solicitadas, ya que las fórmulas empleadas por constructores reconocidos son diferentes al EGE34D y permitirían la mayor pluralidad de participación de postores.

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS	
Características Comunes:	
Aplicación /Sistema	: Excitatriz generador síncrono (63.5MVA)
Componente de contacto	: Anillo colector Ø 640mm.
Código estándar	: EGE34D.
Tipo de escobillas	: Electro grafíticas.
Resistividad	: 1,100 -1,200 µΩ.cm.
Caída de tensión al contacto ΔV	: 2,3V a 3V (Media).
Carga máxima admisible	: 12 A/cm2.
Velocidad máxima	: 50m/s
Dimensiones de la escobilla	: 16mm x 32mm x 64mm.
Orificio guía para muelle	: Ø6mm x 6mm profundidad (tronco cónico)
Conexión cables -terminal	: A compresión y soldado con estañado.
Densidad aparente	: 1.57- 1.6
Dureza (Shore)	: 35
Carga de rotura a la flexión	: 25 - 28Mpa.
Frotamiento	: 0.12 a 0.20 (Media)
Tipo de terminal de conexión	: Bandera, bimetálico para tornillo 6mm.
Presión del muelle sobre escobillas	: 18 - 25 Mpa.
Dimensiones y características físicas de escobillas electro grafíticas EGE34D 16x32x64 cable CuMg DESNUDO - Clase 5 y terminal bandera (Item 1):	
Cable de conexión escobilla	: 2 x Cable CuMg trenzado Ø4mm Clase 5 - DESNUDO.
Longitud de cable de conexión	: 127mm.

**Ítem 1*

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS	
Normas de Fabricación	: IEC 60276
Tipo de Colector	: Metálico con ranuras helicoidales.
Materiales del Anillo Colector	: Acero al carbono mecanizado.
Dimensiones Diámetro Exterior	: 640mm.
Dimensiones Diámetro Interior	: 558mm.
Diámetro de agujeros Soporte	: 6 x Ø28mm.
Diámetro de agujeros Conexión	: 4 x Ø14mm.
Características de escobillas de aplicación:	
Código Estándar	: EGE34D
Tipo de Escobillas	: Electro grafíticas
Dimensiones de la Escobilla	: 16mm x 32mm x 64mm
Densidad de Corriente	: 6 -12 A/cm2
Esquema de dimensiones:	

**Ítem 3*

El comité de selección, señaló que en coordinación con el área usuaria confirma que sí se aceptarán otros tipos de fórmulas equivalentes al código EGE34D de escobillas electrografíticas [ítem 1] y anillo colector

[ítem 3], siempre que éstas cumplan estrictamente todas las características solicitadas en las Especificaciones Técnicas, el que debe evidenciarse con las Fichas Técnicas, Folletos, Instructivos, Catálogos o similares, así como el Certificado de Calidad y Protocolo de Pruebas o Ensayos de los bienes.

4. *Sin embargo, se verificaría que dicha absolución no fue incorporada en las bases integradas, situación que evidenciarían la falta de claridad e imprecisión de la exigencia mencionada precedentemente, lo cual vulneraría el principio de transparencia y la libertad de concurrencia, pues con la falta de precisión se estaría restringiendo la participación de los postores.*

Esta última situación, quedaría verificada de la presentación de ofertas del Adjudicatario 1 y 3, y del propio Impugnante, quienes únicamente ofertaron los bienes con la fórmula del código EGE34D, sin considerar otra fórmula.
En ese contexto, este Tribunal apreciaría que los hechos descritos precedentemente estarían inmersos en lo previsto en el Art. 44.1 del Art. 44 del TUO de la Ley por la posible contravención a las normas legales.

*Por tanto, en atención a lo dispuesto en el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento, se les solicita que dentro del plazo de **cinco (5) días hábiles**, emitan su pronunciamiento en el que precisen si dichas situaciones, en su opinión, configurarían un vicio que justifique la declaración de nulidad del procedimiento de selección.*
*Se requiere que, la información requerida sea remitida en el plazo máximo de **cinco (5) días hábiles** en la Mesa de Partes Digital del OSCE, a la cual se accede a través del portal web institucional www.gob.pe/osce[6], 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".*

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

15. Mediante escrito s/n presentado el 6 de enero de 2023, por la Mesa de Partes Digital del OSCE, el Impugnante absolvió el traslado del presunto vicio de nulidad advertido en el procedimiento de selección, indicando lo siguiente:

- Con relación al ítem 1, señaló que no existe vicio alguno que justifique la nulidad del procedimiento de selección; por el contrario, en vista de que se ha retirado la propuesta del Adjudicatario 1 y siendo su representada la única empresa autorizada por MERSEN para la cotización y venta de las escobillas electro grafíticas EG-34D, considera que se debe otorgar la buena pro del ítem 1 a su representada.

  Asimismo, menciona que el Adjudicatario 1 indicó que se pueden presentar ofertas en base a materiales que no sean EG34D, siempre que tengan las mismas características; sin embargo, no existen otros proveedores que lo hayan realizado y no es responsabilidad suya este hecho.

  De igual forma, señaló que, si bien en el punto 10.1 de las especificaciones técnicas de las bases integradas, se mantuvo la característica del material de código EG34D, en la parte final de las bases integradas, donde se plasmaron todas las absoluciones, se precisó que se aceptarían otras fórmulas, distintas al EG34D. En ese sentido, considera que es responsabilidad de los postores leer las bases integradas completas.

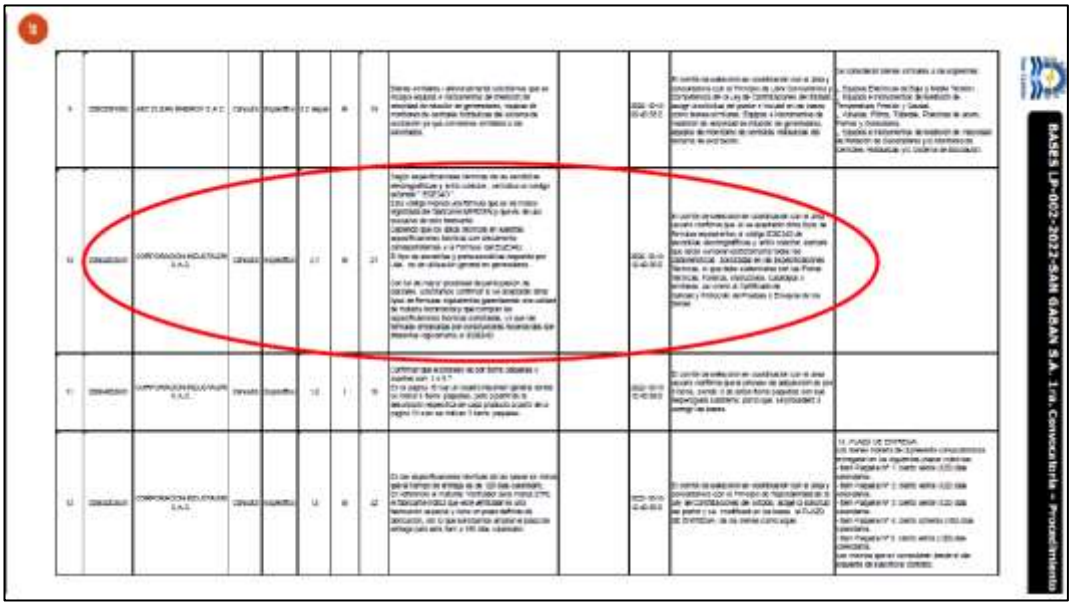
- Respecto al ítem 3, señala que la situación es similar a lo mencionado respecto al ítem 1, ya que el Adjudicatario 2 ha manifestado que han cotizado anillos colectores con MERSEN – Brasil, pero estos no se adecuan a las especificaciones para el trabajo de San Gabán, motivo por el cual ha retirado la propuesta realizada.

- Concluye que no existe vicio que amerite la nulidad de los ítems 1 y 3 del procedimiento de selección, correspondiendo que se le otorgue la buena pro de los mismos.

16. Por decreto del 10 de enero de 2023 se declaró el expediente listo para resolver.

17. Mediante Carta EGESG Nº 017– 2023 – GG, presentada el 10 de enero de 2023, por la Mesa de Partes Digital del OSCE, la Entidad remitió el Informe N° 001-2023-LP-002-SAN GABAN S.A. 1ra Conv., mediante el cual señaló que el pliego

absolutorio a las consultas y/u observaciones a bases, fue agregado al final de las bases integradas (páginas 57 al 60), siendo que la consulta en cuestión, se encuentra a folio 59, como se aprecia de la siguiente imagen:



Asimismo, indicó que los postores están en la obligación a revisar las bases integradas en su totalidad; por ello, considera que en el presente caso no se ha configurado lo dispuesto en el Art. 44.1 del Art. 44 del TUO de la Ley por la posible contravención a las normas legales.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra el acto de admisión, evaluación de ofertas, calificación de requisitos y otorgamiento de la buena pro de los ítems 1 y 3 del procedimiento de selección, solicitando se revoquen dichos actos.

III. PROCEDENCIA DEL RECURSO

1. El artículo 41 del TUO la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, sólo pueden dar lugar a la interposición del

recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.

2. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso, es decir, en la procedencia inicia el análisis sustancial puesto que se hace una confrontación entre determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos 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 si, por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

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

El artículo 117 del Reglamento delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que es conocido y resuelto por el Tribunal cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado sea superior a cincuenta (50) UIT[7] y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. También dispone que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor 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 respecto de una Licitación Pública, cuyo valor estimado asciende a $ 190,642.01 (ciento noventa mil seiscientos cuarenta y dos con 01 dólares norteamericanos), y dicho monto es superior a 50 UIT (S/. 230,000), este Tribunal es competente para conocerlo.

7 Unidad Impositiva Tributaria.

b) *Sea 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 interpuso recurso de apelación contra el acto de admisión, evaluación de ofertas, calificación de requisitos y otorgamiento de la buena pro de los ítems 1 y 3 del procedimiento de selección, solicitando se revoquen dichos actos; por consiguiente, se advierte que los actos objeto de cuestionamiento no se encuentran comprendidos en la relación de actos inimpugnables.

c) *Sea 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, 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, 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.

Asimismo, el artículo 76 del Reglamento establece que, luego de la calificación de las ofertas, el comité de selección debe otorgar 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 aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, el Impugnante contaba con un plazo de ocho (8) días hábiles para interponer su recurso de apelación, plazo que vencía el 1 de diciembre de 2022, considerando que el otorgamiento de la buena pro del procedimiento se notificó en el SEACE el 21 de noviembre del mismo año. Al respecto, del expediente fluye que, mediante Formulario de Interposición de Recurso Impugnativo y escrito N° 01, recibidos el 1 de diciembre de 2022, ante la Mesa de Partes Digital del OSCE, el Impugnante interpuso su recurso de apelación, es decir, dentro de plazo estipulado en la normativa vigente.

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

De la revisión del recurso de apelación presentado por el Impugnante, se aprecia que éste fue suscrito por su gerente general, el señor Massimiliano Fabio Amodeo Sarteschi.

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

Al respecto, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría evidenciarse que el Impugnante se encuentra 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 encuentra incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

g) *El Impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto 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, en adelante 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.

Nótese que, en el presente caso, la decisión de la Entidad, de determinarse irregular, causaría agravio al Impugnante en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro de los ítems 1 y 3, puesto que el otorgamiento de la buena pro, habría sido realizado transgrediendo lo establecido en la Ley, el Reglamento y las bases; por tanto, cuenta con legitimidad procesal e interés para obrar.

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

En el caso concreto, el recurso de apelación no ha sido interpuesto por el ganador de la buena pro, toda vez que la oferta del Impugnante quedó en segundo lugar en orden de prelación de los ítems 1 y 3.

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

El Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra el acto de admisión, evaluación de ofertas, calificación de requisitos y otorgamiento de la buena pro de los ítems 1 y 3 del procedimiento de selección, solicitando se revoquen dichos actos. Por tanto, se aprecia que las pretensiones del Impugnante se encuentran orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose, por lo tanto, en la presente causal de improcedencia.

3. Por lo tanto, atendiendo a las consideraciones descritas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 123 del Reglamento; por lo tanto, corresponde emitir un pronunciamiento sobre los asuntos de fondo propuestos.

IV. PRETENSIONES:

4. De la revisión del recurso de apelación presentado por el Impugnante se advierte que solicitó a este Tribunal lo siguiente:

Respecto al ítem N° 1 - escobillas electro grafíticas

i. Se descalifique la oferta del Adjudicatario 1 y en consecuencia se revoque el otorgamiento de la buena pro del ítem 1 del procedimiento de selección.

ii. Se le otorgue la buena pro del ítem 1 del procedimiento de selección.

Respecto al ítem N° 3 - Anillo Colector para Sistema de Excitación de Generador de Potencia 63.5MVA.

i. Se descalifique la oferta del Adjudicatario 2 y en consecuencia se revoque el otorgamiento de la buena pro del ítem 3 del procedimiento de selección.

ii. Se le otorgue la buena pro del ítem 3 del procedimiento de selección.

V. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

5. Habiéndose verificado la procedencia de los recursos presentados y considerando los petitorios señalados 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 establece 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 del recurso de apelación, presentados dentro del plazo previsto, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven 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 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.

En razón de lo expuesto, debe señalarse que, el 7 de diciembre de 2022, se notificó a la Entidad y a los postores distintos al Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal, con el recurso de apelación y sus anexos, mediante su publicación en el SEACE, a efectos que estos lo absuelvan en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, plazo que vencía el 12 del mismo mes y año.

De la revisión del expediente administrativo, se advierte que el Adjudicatario 1 se apersonó al presente procedimiento y presentó la absolución del recurso impugnativo el 19 de diciembre del presente; mientras que el Adjudicatario 2, lo hizo el 27 del mismo mes y año; es decir, ambos adjudicatarios se apersonaron fuera del plazo establecido.

Sin perjuicio de ello, debe considerarse que los Adjudicatarios N° 1 y 2 no plantearon cuestionamientos adicionales a los indicados por el Impugnante.

6. En el marco de lo indicado, los puntos controvertidos a esclarecer son los siguientes:

Respecto al ítem N° 1 - escobillas electro grafíticas

i. Determinar si corresponde tener por descalificada la oferta del Adjudicatario 1 y, en consecuencia, revocar el otorgamiento de la buena pro del ítem 1 del procedimiento de selección.

ii. Determinar si corresponde otorgar la buena pro del ítem 1 del procedimiento de selección a favor del Impugnante.

Respecto al ítem N° 3 - Anillo Colector para Sistema de Excitación de Generador de Potencia 63.5MVA.

i. Determinar si corresponde tener por descalificada la oferta del Adjudicatario 2 y, en consecuencia, revocar el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección.

ii. Determinar si corresponde otorgar la buena pro del ítem 3 del procedimiento de selección a favor del Impugnante.

VI. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

7. Con el propósito de dilucidar 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 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.

8. 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 del TUO la Ley.

En tal sentido, tomando como premisa los lineamientos antes indicados, este Colegiado se avocará al análisis de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento de impugnación.

Cuestión previa:

9. De modo previo al análisis de los puntos controvertidos planteados en el presente procedimiento, este Colegiado considera pertinente analizar y pronunciarse sobre los presuntos vicios de nulidad advertidos en el procedimiento de selección, relacionados con los cuestionamientos del Impugnante.

10. Conforme fluye de los antecedentes reseñados en el primer acápite de la presente resolución, el Impugnante cuestiona las ofertas presentadas por los Adjudicatarios de los ítem N° 1 y 3, al haber ofrecido el material EGE- 34D (grado de carbón), insumo que sirve para fabricar escobillas electro grafíticas EGE34D [ítem 1] y el anillo colector para sistemas de excitación de generador de potencia 63.5MVA [ítem 3], pese a que su representada es la única autorizada y acreditada por la empresa MERSEN, para proveer y fabricar dicho insumo en el Perú.

Para tal efecto, presentó en su recurso de apelación un escrito emitido por la empresa MERSEN de Brasil:

MERSEN

0000011

São Paulo 16 de Noviembre de 2022

Referente: **MERSEN BUSINESS In PERU**

Estimado cliente de Mersen,

Para el concurso de precios de la Empresa de Generación Eléctrica San Gaban S.A." en Perú solamente está autorizado CARBONWATT S.A. a la venta de los productos Mersen.

Con responsabilidad comercial y producción de anillos colectores, porta escobillas y escobillas con el grado EG34D en Latino América, **MERSEN do Brasil SA** certifica que **CARBONWATT S.A.C** es el único representante de los negocios de Mersen en el territorio peruano.

MERSEN do Brasil SA autoriza a **CARBONWATT S.A.C** a producir y comercializar escobillas eléctricas, elementos de grafito para aplicación mecánica y eléctrica a partir de materias primas suministradas exclusivamente por el grupo Mersen y con certificaciones. La producción de anillos colectores y porta escobillas para hidro generadores son producidos en nuestra planta en Brasil.

También **CARBONWATT S.A.C** está autorizado en la distribución de porta escobillas, anillos colectores y sistemas de recogida de polvo de escobillas una patente de Mersen.

Esta autorización es válida por 2 años a partir de esta fecha.

Gracias de antemano por su comprensión y cooperación.

Alexandre Castro

11. Aunado a ello, tanto el Adjudicatario 1 como el Adjudicatario 2, al absolver el recurso de apelación, han informado a este Tribunal que la empresa MERSEN de Brasil y MERSEN Harbin, sucursal de China, les han informado que no podrían suministrarles del producto que los adjudicatarios ofertaron en el presente procedimiento de selección, por tener solo un representante autorizado para la venta de los mismos en Perú.

12. En ese contexto, de la revisión de las bases integradas, se tiene que en el sub numeral 10. 1 Especificaciones Técnicas, del numeral 10. Descripción del objeto, del Capítulo III Requerimiento, de la sección específica, se establece como una de las características comunes del ítem N° 1 y 3, **el código de estándar EGE- 34D (grado de carbón)**, conforme se aprecia a continuación:

**Ítem N° 1*

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS	
Características Comunes:	
Aplicación /Sistema	: Excitatriz generador síncrono (63.5MVA)
Componente de contacto	: Anillo colector Ø 640mm.
Código estándar	: EGE34D.
Tipo de escobillas	: Electro grafíticas.
Resistividad	: 1,100 -1,200 µΩ.cm.
Caída de tensión al contacto ΔV	: 2,3V a 3V (Media).
Carga máxima admisible	: 12 A/cm2.
Velocidad máxima	: 50m/s
Dimensiones de la escobilla	: 16mm x 32mm x 64mm.
Orificio guía para muelle	: Ø6mm x 6mm profundidad (tronco cónico)
Conexión cables -terminal	: A compresión y soldado con estañado.
Densidad aparente	: 1.57- 1.6
Dureza (Shore)	: 35
Carga de rotura a la flexión	: 25 - 28Mpa.
Frotamiento	: 0.12 a 0.20 (Media)
Tipo de terminal de conexión	: Bandera, bimetálico para tornillo 6mm.
Presión del muelle sobre escobillas	: 18 - 25 Mpa.
Dimensiones y características físicas de escobillas electro grafíticas EGE34D 16x32x64 cable CuMg DESNUDO - Clase 5 y terminal bandera (Item 1):	
Cable de conexión escobilla	: 2 x Cable CuMg trenzado Ø4mm Clase 5 - DESNUDO.
Longitud de cable de conexión	: 127mm.

**Ítem N° 3*

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS	
Normas de Fabricación	: IEC 60276
Tipo de Colector	: Metálico con ranuras helicoidales.
Materiales del Anillo Colector	: Acero al carbono mecanizado.
Dimensiones Diámetro Exterior	: 640mm.
Dimensiones Diámetro Interior	: 558mm.
Diámetro de agujeros Soporte	: 6 x Ø28mm.
Diámetro de agujeros Conexión	: 4 x Ø14mm.
Características de escobillas de aplicación:	
Código Estándar	: EGE34D
Tipo de Escobillas	: Electro grafíticas
Dimensiones de la Escobilla	: 16mm x 32mm x 64mm
Densidad de Corriente	: 6 -12 A/cm2
Esquema de dimensiones:	

13. Al respecto, según el pliego de absolución de consultas y observaciones, consta la respuesta a la observación N° 10, según lo siguiente:

Consulta: **Nro.** 10

Consulta/Observación:

Según especificaciones técnicas de las escobillas electrografiticas y anillo colector , se indica un código estándar " EGE34D ".
Este código implica una fórmula que es de marca registrada del fabricante MERSEN y que es de uso exclusivo de este fabricante.
Sabiendo que los datos técnicos en vuestras especificaciones técnicas son únicamente correspondientes a la Formula del EGE34D.
El tipo de escobillas y porta-escobillas requerido por Uds. es de utilización general en generadores.

Con tal de mayor pluralidad de participación de postores, solicitamos confirmar si se aceptarán otros tipos de fórmulas equivalentes garantizando una calidad de materia reconocida y que cumplan las especificaciones técnicas solicitadas, ya que las formulas empleadas por constructores reconocidos son diferentes lógicamente al EGE34D.

Acápite de las bases : **Sección:** Especifico **Numeral:** 3.1 **Literal:** III **Página:** 21

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

Análisis respecto de la consulta u observación:

El comité de selección en coordinación con el área usuaria confirma que; sí se aceptarán otros tipos de fórmulas equivalentes al código EGE34D de escobillas electrografíticas y anillo colector, siempre que éstas cumplan estrictamente todas las carácterísticas solicitadas en las Especificaciones Técnicas, el que debe evidenciarse con las Fichas Técnicas, Folletos, Instructivos, Catálogos o similares, así como el Certificado de
Calidad y Protocolo de Pruebas o Ensayos de los bienes.

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

null

Conforme se aprecia, uno de los participantes advirtió a la Entidad que en las bases se había solicitado el código estándar EGE34D para los ítems N° 1 y 3 y que dicho código es una fórmula del fabricante MERSEN, de uso exclusivo de este. En tal sentido, solicitó a la Entidad que, a efectos de contar con mayor pluralidad de postores, confirme si aceptará otro tipo de fórmulas equivalentes que cumplan con las especificaciones técnicas solicitadas.

En respuesta a ello, el comité de selección indico que sí se aceptarán otros tipos de fórmulas equivalentes al código EGD34D, siempre que estas cumplan con todas las características solicitadas, lo que debe evidenciarse con las fichas técnicas, folletos, catálogos o similares, entre otros.

Adicionalmente, se verifica que a folios 59 al 62 de las bases integradas, obra el cuadro de absolución de consultas y observaciones, encontrándose la consulta N° 10.

14. No obstante, este Colegiado advierte que la absolución antes mencionada, no fue incorporada en el apartado correspondiente de las bases integradas, tan es así que, si nos remitimos a las páginas 20 y 23 de las bases integradas, se puede

apreciar que, dentro de las características comunes del ítem 1 y 3, aún se exige la fórmula EGE34D, sin hacer referencia a ninguna otra alternativa.

15. En este punto, es preciso señalar que, mediante decreto del 3 de enero de 2023, se solicitó a la Entidad, al Impugnante y a los Adjudicatarios 1 y 2, se sirvan emitir pronunciamiento respecto del vicio de nulidad advertido por esta Sala; no obstante, a la fecha de emisión de la presente resolución, únicamente el Impugnante se ha pronunciado al respecto.

Ahora bien, el Impugnante indicó que considera que no existe vicio alguno que justifique la nulidad del procedimiento de selección; por el contrario, en vista de que se han retirado las propuestas de los Adjudicatarios 1 y 2 y al ser su representada la única empresa autorizada por MERSEN para la cotización y venta de las escobillas electro grafíticas EG-34D, considera que se le debe otorgar la buena pro de los ítems 1 y 3.

Asimismo, menciona que el Adjudicatario 1 indicó que se pueden presentar ofertas en base a materiales que no sean EG34D, siempre que tengan las mismas características; sin embargo, no existen otros proveedores que lo hayan realizado y no es responsabilidad del Impugnante este hecho.

De igual forma, señaló que, si bien es cierto que en el punto 10.1 de las especificaciones técnicas de las bases integradas, se mantuvo la característica del material de código EG34D, también se advierte que en la parte final de las bases integradas se plasmaron todas las absoluciones a las consultas. En estas, se precisó que se aceptarían otras fórmulas, distintas al EG34D. En ese sentido, la Entidad considera que es responsabilidad de los postores leer las bases integradas completas.

16. Al respecto, cabe mencionar que, si bien el numeral 72.6 del artículo 72 del Reglamento, establece que, cuando exista divergencia entre lo indicado en el pliego de absolución de consultas y observaciones y la integración de bases, prevalece lo absuelto en el referido pliego, ello no enerva la competencia del Tribunal de declarar la nulidad del procedimiento cuando, a partir de algún error incurrido en la integración de las bases, se hayan contravenido normas de orden público o se ha afectado la mayor participación de potenciales proveedores, como ha ocurrido en el presente caso, dado que, aun cuando se aprecia que el pliego de consulta y observaciones obra en la última página de las bases integradas, la

absolución referida a la presentación de fórmulas o insumos similares al EGE34D, no fue correctamente integrada en las bases.

17. En ese sentido, en el presente caso, se aprecia que las bases no han sido correctamente integradas, conforme lo dispone la normativa, lo cual configura una trasgresión a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley que en su numeral 16.1 y 16.2 dispone que:

> "16.1 El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, así como los requisitos de calificación; además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad.
>
> 16.2 Las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa por el área usuaria; alternativamente pueden ser formulados por el órgano a cargo de las contrataciones y aprobados por el área usuaria. Dichas especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo. Salvo las excepciones previstas en el reglamento, en el requerimiento no se hace referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertos proveedores o ciertos productos."

Asimismo, vulnera lo previsto en el artículo 29 del Reglamento, cuyo numeral 29.1 establece que:

"29.1. Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que se ejecuta, incluyendo obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación, en obras y

consultorías de obras. El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios."

De otro lado, la actuación de la Entidad va en contra de la definición de Bases integradas contemplada en el Reglamento, el cual lo considera como aquel "Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada **cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones**, ni se hayan realizado acciones de supervisión."

En el presente caso, tal como se advierte, el texto de las bases integradas no ha implementado las respuestas a las consultas u observaciones, pues solo adjuntó un cuadro resumen al final de las mismas, situación que en el presente caso, plasma disposiciones confusas y que no brindan transparencia ni claridad respecto de las reglas a las que se iban a someter los postores, pues a folio 20 y 23 de las bases, se establece como una característica del bien, el código estándar EGE34D, y en el cuadro de absolución de consultas, a folio 59 de las bases integradas, se precisa que se aceptarían otras fórmulas, distintas al EG34D.

En tal sentido, dicha actuación vulnera el principio de transparencia, previsto en el literal c) del artículo 2 del TUO de la Ley, que contempla el deber de las Entidades de proporcionar 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.

De igual forma, este Colegiado advierte que la situación descrita precedentemente, devino en la afectación del principio de libertad de concurrencia, previsto en el literal a)[8] del artículo 2 del TUO de la Ley, en tanto que, de la revisión de las ofertas presentadas por - al menos - el Impugnante y los Adjudicatarios 1 y 2, se puede apreciar que estos ofertaron los bienes de los ítems

[8] *"a) Libertad de concurrencia. Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores."*

1 y 3, con la fórmula de código EGE34D, limitando así su participación a lo estrictamente exigido en las bases integradas.

18. Finalmente, en relación a lo señalado por el Impugnante, debe manifestarse en primer lugar que la afectación a la pluralidad de concurrencia y participación de los postores, se ve reflejada precisamente en el hecho de que el Impugnante y los Adjudicatarios 1 y 2 ofertaron únicamente bienes con la fórmula EG-34D de la marca de la empresa MERSEN y no otra, más aún, si se tiene en cuenta que el Impugnante es el único proveedor autorizado a fabricar y distribuir los bienes con esta característica.

Cabe mencionar que si bien el Adjudicatario 1 ha manifestado que se podía ofertar bienes en base a materiales que no sean EG34D, siempre que tengan las mismas características, este hecho, no exime al Comité de Selección de su responsabilidad de integrar adecuadamente las bases, conforme al pliego de absolución de consultas y observaciones, toda vez que las bases integradas deben ser claras y coherentes con el fin de que sean comprendidas por todos los proveedores y no solo por alguno de ellos.

De igual forma, cabe precisar que, en efecto, es responsabilidad de los postores tomar conocimiento de las bases integradas y ceñirse a sus exigencias; no obstante, conforme se ha analizado en fundamentos anteriores, en el caso en concreto, se advierte una falta de claridad y precisión respecto de las características de los bienes del ítem 1 y 3, responsabilidad que no puede trasladarse a los postores, sino más bien, a la Entidad, quien debe velar por la correcta integración de bases.

19. Siendo así, se advierte que el vicio incurrido trasgrede la normativa y principios antes señalados, lo cual resulta trascendente. 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.

20. En atención a ello, el artículo 44 del TUO de la Ley dispone que el Tribunal, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos si advierte que los mismos han sido expedidos por un órgano incompetente, **contravengan las normas legales**, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo

expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento, salvo supuestos de conservación del acto.

21. En adición a ello, debe señalarse que la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el cual constituye antecedente necesario para cualquier interés público de su actuación, por ello, la posibilidad de la nulidad de oficio implica una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo, debiendo tenerse en cuenta que las autoridades no pueden pretender sobrepasar los límites legales o actuar al margen de ella.

22. Por lo expuesto, este Colegiado concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del TUO la Ley, concordante con lo dispuesto en el literal e) del artículo 128 del Reglamento, **corresponde declarar la nulidad del ítem 1 y 3 del procedimiento de selección, debiendo retrotraerse hasta la etapa de integración de bases**, a efectos de que el Comité de Selección proceda a la correcta integración de las características de los bienes del ítem 1 y 3, así como contemplar todas las consultas y observaciones en las partes pertinentes de las bases, conforme al pliego de absolución de consultas y observaciones.

23. Asimismo, considerando que, en el caso concreto, debe declararse la nulidad del procedimiento de selección, carece de objeto pronunciarse sobre los demás puntos controvertidos.

24. En atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y dado que este Tribunal ha dispuesto declarar la nulidad del procedimiento de selección, corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por el Impugnante para la interposición de su recurso de apelación.

Sobre la posible comisión de la infracción de desistirse o retirar injustificadamente su oferta

25. Sin perjuicio de lo expuesto, en el presente caso, se ha recibido el escrito s/n y Carta s/n, el 19 de diciembre de 2022 y 3 de enero de 2023, respectivamente, mediante las cuales, el Adjudicatario 1 indicó expresamente que: *"(…) no podrá proveer estas escobillas de la marca MERSEN (…)" y* posteriormente precisó que se desiste de la oferta presentada en el ítem 1, pues la empresa MERSEN Harbin le ha comunicado su imposibilidad de cumplir con su oferta. En ese sentido, este

Colegiado considera pertinente hacer de conocimiento de la Secretaría del Tribunal los hechos descritos, dado que existen indicios de la comisión de la infracción prevista en el literal a) del artículo 50 del TUO de la Ley.

26. De igual forma, se ha recibido el escrito s/n presentado el 27 de diciembre de 2022, mediante el cual, el Adjudicatario 2 señaló expresamente: *"estamos obligados a NO poder suministrar dicho material*". Por lo que, en el mismo sentido expuesto en el párrafo anterior, corresponde poner los hechos antes descritos en conocimiento de la Secretaría del Tribunal.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Olga Evelyn Chávez Sueldo y la intervención del Vocal Víctor Villanueva Sandoval (en reemplazo del Vocal Carlos Enrique Quiroga Periche, según el Rol de Turnos de Vocales Presidentes de Sala vigente), y la intervención del Vocal Daniel Alexis Nazazi Paz Winchez, atendiendo a la conformación de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000090-2022- OSCE-PRE del 21 de mayo de 2022, publicada el 23 de mayo de 2022 en el Diario Oficial El Peruano, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, 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 la **nulidad de oficio** de la Licitación Pública N° 002-2022-SAN GABAN S.A. - Primera Convocatoria - Ítems N° 01 y 03, para la *"adquisición de repuestos para generadores de potencia de la C.H. San Gabán II";* convocada por la Empresa de Generación Eléctrica San Gaban S.A.; por los fundamentos expuestos, debiendo retrotraerse el procedimiento de selección hasta la etapa de integración de bases, conforme a lo dispuesto en el fundamento 22 de la presente resolución.

2. **Devolver** la garantía otorgada por la empresa CARBONWATT S.A.C., para la interposición de su recurso de apelación.

3. **Poner en conocimiento** de la Secretaría del Tribunal los hechos expuestos en el presente recurso impugnativo, conforme a lo dispuesto en la resolución.

4. **Declarar** que la presente Resolución agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OLGA EVELYN CHÁVEZ SUELDO
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

DANIEL ALEXIS NAZAZI PAZ WINCHEZ
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

VICTOR MANUEL VILLANUEVA SANDOVAL
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ss.
Chávez Sueldo.
Villanueva Sandoval.
Paz Winchez.