

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

Sumilla: *"(...) En la medida que en la carta fianza exista o se encuentre supeditada a la ocurrencia de un determinado hecho que limite su ejecución a favor del OSCE, no es posible asegurar las obligaciones asumidas por el Impugnante con aquel a través de la garantía presentada, pues esta no pueden estar sujeta a condición de ninguna clase para su ejecución, toda vez que la principal consecuencia de la incondicionalidad de este requisito es que la eficacia de las garantías prestadas en favor del OSCE."*

Lima, 16 de enero de 2023

VISTO en sesión del 16 de enero de 2023 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 9491/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa ALCON PHARMACEUTICAL DEL PERU S.A., en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 35-2022-ESSALUD- RAAN-1 - Primera Convocatoria, convocada por el Seguro Social de Salud - ESSALUD - Hospital III Chimbote - Red Asistencial Ancash, para la contratación de suministro de bienes: *"Adquisición de dispositivos médicos de especialidades para el Hospital Iii Chimbote de la Red Asistencial Ancash - periodo de 12 meses"*; oído el informe oral y, atendiendo a lo siguiente:

ANTECEDENTES

1. El 11 de noviembre de 2022¹, el Seguro Social de Salud - ESSALUD - Hospital III Chimbote - Red Asistencial Ancash, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 35-2022-ESSALUD- RAAN-1 - Primera Convocatoria, por relación de ítems, para la contratación de suministro de bienes: *"Adquisición de dispositivos médicos de especialidades para el Hospital Iii Chimbote de la Red Asistencial Ancash - periodo de 12 meses"*; con un valor estimado total de S/ 379,833.60 (trescientos setenta y nueve mil ochocientos treinta y tres con 60/100 soles), en lo sucesivo el **procedimiento de selección**.

El ítem N°1 fue convocado para la adquisición de *"Lente plegable para facoemulsificación"*, con un valor estimado de S/ 111,333.60 (ciento once mil trescientos treinta y tres con 60/100 soles).

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

Dicho procedimiento de selección fue convocado 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**.

2. De acuerdo con el respectivo cronograma, el 23 de noviembre de 2022 se llevó a cabo la presentación de ofertas (por vía electrónica) y, el 24 del mismo mes y año se notificó, a través del SEACE, el otorgamiento de la buena pro del ítem N° 1 del procedimiento de selección en favor del postor LABOFTA S.A.C., en adelante el **Adjudicatario**, conforme al siguiente detalle:

POSTOR	PRECIO OFERTADO (S/)	PUNTAJE TOTAL	O.P.	CONDICIÓN
LABOFTA S.A.C.	102,600.00	100.00	1	Adjudicado.
ALCON PHARMACEUTICAL DEL PERU S.A.	115,790.40	88.61	2	No admitido.

3. Según el “Acta de apertura de sobres, evaluación de las ofertas y calificación”, registrada en el SEACE el 24 de noviembre de 2022, el Órgano Encargado de las Contrataciones, en adelante **el OEC**, decidió no admitir la oferta del postor **ALCON PHARMACEUTICAL DEL PERU S.A.** en el ítem N° 1 del procedimiento de selección, por el siguiente motivo:

(*) En Ficha Técnica del Producto presentada por el postor dice Borde Recto en Folio N° 431 debiendo ser Borde Cuadrado según las especificaciones técnicas del IETSI.

4. Mediante escrito presentado el 1 de diciembre de 2022, debidamente subsanado el 5 de ese mismo mes y año, ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, el postor ALCON PHARMACEUTICAL DEL PERU S.A., en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario, en el ítem N° 1 del procedimiento de selección, en base a los argumentos que se señalan a continuación:

Respecto a la no admisión de su oferta

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

- Por decisión del OEC, su oferta fue desestimada por no cumplir con presentar documentación técnica obligatoria referida a la presentación de la ficha técnica del producto, en específico, por supuestamente no acreditar el “borde cuadrado” requerido por las Bases, dado que el folio 431 de su oferta, señalaba que los bienes ofertados contaban con “bordes rectos”.

No obstante, el OEC no consideró la totalidad de folios consignados por su representada en el Anexo D: “Ficha Técnica del Producto” donde se incluyeron dos folios el 431 y el 495 como sustento de cumplimiento de dicha especificación técnica. Así, en el folio 495, se señala expresamente: *“El diseño de bordes cuadrados difumina la luz reflejada”*, cumpliendo así con la especificación técnica requerida por la Entidad, esto es, Lentes Plegables con Bordes Cuadrados.

- En ese sentido, señala que los folios indicados no configura contradicción ni incongruencia en su oferta, pues, respecto de los bordes cuadrados, refiere que ello significa que el ángulo formado por la base y el largo de la forma cilíndrica que poseen los lentes, formen ángulos de 90°; por lo tanto, bordes rectos o bordes cuadrados en la práctica médica son considerados sinónimos, pues si bien la literalidad de las bases no indica bordes rectos, esto es tácito ya que sí precisa contar con bordes cuadrados.
- En ese sentido, la oferta presentada por su representada cumple con acreditar la especificación técnica “bordes cuadrados” que exigen las bases integradas, por lo que corresponde revocar la descalificación de la misma.

Respecto a la oferta del Adjudicatario

- El Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento no se encuentra vigente conforme requiere la documentación de presentación obligatoria de las Bases Integradas.

De la revisión de la oferta del Adjudicatario, se verifica que el Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento presentado venció el 12 de noviembre de 2022 y adjunta cargo de presentación de Renovación del Expediente de Certificación de BPA con fecha 5 de octubre del 2022, así como la hoja de Consulta del trámite del expediente; por lo que a la fecha de presentación de ofertas (23 de noviembre de 2022) el Certificado se encontraba vencido.

- El Registro Sanitario presentado no se encuentra vigente, pues esta venció el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

19 de abril de 2022.

Al respecto, si bien el certificado sanitario contiene una nota señalando que: *“será prorrogada hasta el pronunciamiento de la Autoridad Sanitaria (numeral 13 del Art. 55° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272”*, no se adjunta la hoja de la Ventanilla Única de Comercio Exterior - VUCE como sustento de renovación; en su lugar adjuntan la Hoja VUCE correspondiente al Registro Sanitario del Cartucho.

- El Certificado de Análisis de los bienes ofertados no contienen resultados cuantitativos como requiere la regulación sanitaria.

Al respecto, de la revisión del mencionado documento se aprecia que los *resultados de la resistencia a la tracción y al tratamiento de la superficie PEG* que se consignan en el mencionado documento, no están descritos de forma cuantitativa o cualitativamente, señalándose únicamente el término “pasa” o “aprueba”, el mismo que no puede ser considerado un criterio o resultado técnico de aceptación, ya que estamos hablando de una especificación con límites o resultados cuantitativos y cualitativos.

- La oferta del Adjudicatario no acredita la Metodología Analítica de los Cartuchos.

Al respecto, de la revisión de la oferta del Adjudicatario se aprecia que solo ofreció la metodología analítica de los lentes y no de los cartuchos pese a que ambos formaban parte del requerimiento de la Entidad, de acuerdo a las bases y el pliego de absolución de consultas y observaciones de éstas.

5. A través del Decreto del 7 de diciembre 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.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

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.

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.

6. Con escrito presentado el 19 de diciembre de 2022, el Impugnante presenta documentación complementaria.
7. Mediante escrito presentado el 20 de diciembre de 2022, el Adjudicatario se apersonó al procedimiento impugnativo y absolvió el traslado del recurso de apelación, señalando lo siguiente:
 - La carta fianza presentada por el Impugnante no garantiza la interposición del recurso de apelación contra la descalificación o el rechazo de su oferta, lo que generaría que, en caso dicha pretensión resultara infundada (como corresponde), el OSCE se vea imposibilitado de ejecutar la garantía, en la medida que no cubre dicho objeto; por tanto, al advertirse tal defecto en los requisitos de admisibilidad del recurso de apelación, el mismo tuvo que ser rechazado.

Sobre la no admisión de la oferta del Impugnante

- En las bases integradas (página 43) se estableció como característica del bien a ser adquirido, la de contar con "*zona óptica esférica de BORDES CUADRADOS*".

Sin embargo, de la revisión de la oferta del Impugnante (folio 431), se advierte que expresamente indica que el bien objeto de su oferta cuenta con borde "recto", hecho que ha sido reconocido y aceptado por el Impugnante.

- En la etapa de absolución de consultas y observaciones a las bases, el Impugnante solicitó que se acepte el término "borde recto" como "sinónimo" de la característica "borde cuadrado"; sin embargo, el Comité de Selección

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

“no acogió” el mencionado requerimiento, precisando que las especificaciones técnicas de lente plegable son definidas por le IETSI, que establece específicamente que la característica que necesita sobre el lente es “borde cuadrado”, no borde “recto”.

Sobre los cuestionamientos a su oferta

- En cuanto a la vigencia del certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento, señala que en su oferta presenta (folio 30), la acreditación de la solicitud de trámite de renovación del certificado de BPA, presentada el 5 de octubre del 2022, en fecha previa al vencimiento del referido certificado.

Al respecto, refiere que, según la norma sanitaria de la materia, en caso de renovaciones de autorizaciones, licencias, permisos y similares, se entiendan automáticamente prorrogados en tanto hayan sido solicitados durante la vigencia original, y mientras la autoridad instruye el procedimiento de renovación y notifica la decisión definitiva sobre el expediente.

En el caso del certificado cuestionado, en la parte final, indica que *“este certificado es válido a partir del 12 de noviembre del 2018 hasta el 12 de noviembre del 2021, el mismo que se encuentra ampliado hasta el 12 de noviembre del 2022, en mérito al D.L. N° 1497”*. Adicionalmente, indica que la solicitud de renovación de dicho certificado fue presentada el 5 de octubre del 2022, antes de que venciera su vigencia.

- En relación a la vigencia del Registro Sanitario, indica que el trámite de reinscripción del mismo se inició el 6 de abril del 2022, previamente a su vencimiento, por lo que se infiere que su vigencia quedó prorrogada de forma automática.

Al respecto, en la página de la DIGEMID se puede apreciar que se encuentra en trámite la renovación del Registro Sanitario del producto ofertado.

- Sobre la validez del certificado de análisis, el Impugnante cuestiona dicho documento señalando que no se encontrarían acorde con la norma sanitaria; sin embargo, no cita la normativa que se haya transgredido con la presentación del mencionado certificado.

Al respecto, manifiesta que su Certificado de Análisis fue emitido cumpliendo con las disposiciones establecidas en la norma sanitaria de la materia.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

- En relación a la presentación de la metodología analítica de los cartuchos, indica que no era necesario presentar documentos sobre el cartucho, pues la Entidad precisó que el Registro Sanitario del cartucho se debería presentar en cada entrega de los productos al Almacén Central; con mayor razón la Metodología Analítica no era requisito de presentación obligatoria como parte de la oferta, como pretende el Impugnante.
8. El 20 de diciembre de 2022, la Entidad registró en el SEACE el Informe Legal N° 336-GCAJ-ESSALUD-2022, el Informe N° 613-SGDNCDEM-GECBE-CEABE-ESSALUD-2022 y la Nota N° 217-OADM-GRAAN-ESSALUD-2022, a través de los cuales expuso su posición con respecto a los argumentos del recurso de apelación, en los términos siguientes:

Sobre la no admisión de la oferta del Impugnante

- La Entidad requirió el dispositivo médico denominado Lente Plegable para Facoemulsificación, dentro de las especificaciones técnicas se requería que una de las características sea la “zona óptica esférica de bordes cuadrados”.

Ante ello, el Impugnante señala que dentro de su oferta cumple con dicho requisito, es decir ofertó el lente plegable para Facoemulsificación con “Zona óptica esférica de bordes cuadrados”, el cual fue sustentado con la presentación de la folletería según folio 431 y 495.

De la información alcanzada, se verifica que lo declarado en la folletería (folio 431 y 495), respecto a la característica “bordes cuadrados”, presenta dos términos diferentes [Borde “Recto” y “bordes cuadrados”] respecto a la característica solicitada por la Entidad.

Por lo tanto, de lo declarado y adjuntado en la oferta por el Impugnante, se evidencia que existe incongruencia entre los términos declarados en la folletería respecto al “bordes cuadrados”, conforme a lo requerido en la Ficha Técnica de las Bases Integradas.

Sobre la oferta del Adjudicatario

- Respecto al Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento, señala que en las Bases Integradas se estableció la presentación del Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento, el cual debe, ser emitido por la ARN o

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

ARM, de acuerdo al D.S. N°014-2011-SA y modificatorias vigentes, a su vez la exigencia de la CBPA vigente, se aplica durante todo el procedimiento de selección y ejecución contractual para los dispositivos médicos nacionales e importados.

Ante ello, el Adjudicatario presentó en su oferta (folio 28) el Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento con fecha de caducidad de la ampliación al 12 de noviembre de 2022, asimismo presento cargo de la presentación de Expediente de Certificación de Buenas Prácticas de Almacenamiento, con fecha 05 de octubre de 2022.

No obstante, según D.S. N°014-2011-SA y modificatorias vigentes, en el artículo N° 118 Plazos para la Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento, señala que la renovación de Certificación de Buenas Prácticas de Almacenamiento debe ser solicitada con una anticipación no menor de cuarenta y cinco (45) días anteriores a su vencimiento.

En tal sentido, el documento adjuntado respecto al cargo de solicitud de Renovación de Certificado de Buenas Prácticas de Almacenamiento, presentado por el Adjudicatario, generada con fecha 05 de octubre de 2022, es menor a el plazo establecido según D.S. N°014- 2011.SA y modificatorias vigentes, conforme a lo dispuesto en el capítulo III del Requerimiento de las Bases Integradas.

- En relación al cuestionamiento al Registro Sanitario, manifiesta que el Impugnante en su oferta (folio 31), adjunta Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario del dispositivo medico (DM12596E), con fecha de caducidad de 19 de abril de 2022, en la cual indica una Nota señalando lo siguiente: "La vigencia del registro sanitario de este dispositivo médico, se tendrá por prorrogada hasta el pronunciamiento e la Autoridad Sanitaria {numeral 13 del artículo 55º de la Ley N°27444, ley del Procedimiento administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N°1272"

No obstante, en la oferta del Adjudicatario se evidencia la Hoja de la Ventanilla Única de Comercio Exterior [VUCE] para la reinscripción del Dispositivo medico con Registro sanitario - DM12596E, por lo que, no estaría cumpliendo con lo requerido en las Bases integradas Definitivas.

Respecto, al folio 37, adjunta Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario del dispositivo médico- DM13534E con fecha de caducidad de 24 de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 155-2023-TCE-S4

noviembre de 2022; no obstante, adjunta documentación (Hoja de la Ventanilla Única de Comercio Exterior -VUCE), correspondiente a su respectiva reinscripción.

En ese sentido, se aprecia que no cumple con la presentación del Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario del dispositivo médico (DM12596E) de acuerdo a lo señalado en las Bases Integradas.

- En cuanto a la presentación del Certificado de Análisis, el Adjudicatario en su oferta (folio 62) adjunta parámetros adicionales a los requeridos en la Ficha Técnica- IETSI, respecto a la resistencia de tracción y tratamiento de la superficie PEG, donde indica en Certificado de análisis el resultado de "aprueba", el cual procede de la fuente de datos señalas en el mismo certificado de análisis y adjunto tanto en el folio 158 y 107, respectivamente, dando como resultado su aprobación respecto a las pruebas realizadas.

Asimismo, cabe resaltar que el dispositivo medico cuenta con Registro Sanitario, el cual fue autorizado por la DIGEMID, quien es la Autoridad Nacional responsable de garantizar la eficacia, seguridad y calidad de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios; por tanto, cumple con lo requerido en las bases.

- En relación a la acreditación de la Metodología Analítica de los cartuchos, señala que el Impugnante presenta (folio 372), numeral 8.1.3 Respecto al proceso de aireación calentado después de un proceso de esterilización, asimismo en folio 440, en el Anexo D, respecto a la característica de "lente intraocular y el cartucho deben venir separados", sustenta dicho cumplimiento en el catálogo del producto, manual de instrucciones (inserto METC), como se evidencia en folio 467.

No obstante, el cartucho se considera un aditamento o accesorio, el cual solo figura en la Ficha Técnica - IETSI, como la característica "Lente intraocular y el cartucho deben venir separados", no habiendo en otro extremo de la Ficha Técnica, alguna característica específica que esta debe cumplir y deba ser evidenciada de igual forma en el protocolo de análisis y/o metodología analítica; por tanto, cumple con remitir la documentación completa conforme a lo requerido en la Ficha Técnica y en las Bases Integradas.

9. Con Decreto del 21 de diciembre de 2022, se remitió el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para que resuelva.

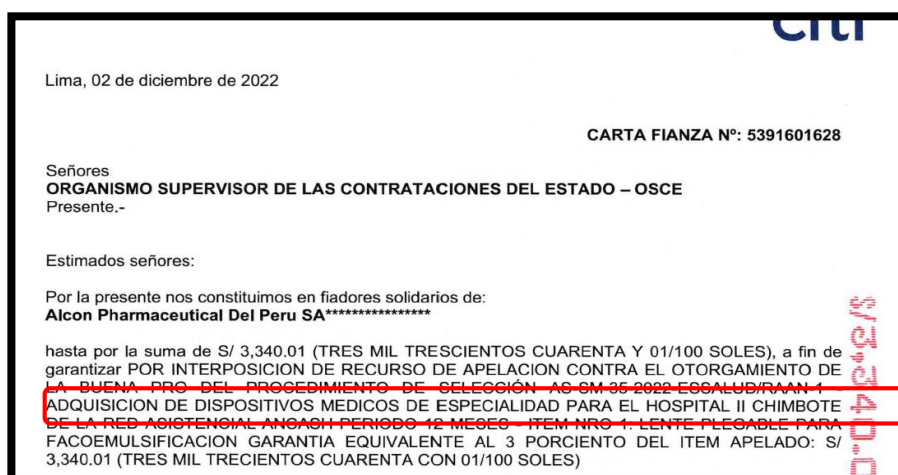
Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

10. Por Decreto del 21 de diciembre de 2022, se tuvo por apersonado al procedimiento al Adjudicatario y por absuelto el traslado del recurso impugnativo.
11. Mediante escrito presentado el 22 de diciembre de 2022, la Entidad presentó la información solicitada según Decreto del 7 del mismo mes y año.
12. Por Decreto del 27 de diciembre de 2022, se convocó a audiencia pública para el 5 de enero de 2023.
13. El 5 de enero de 2022, se desarrolló la audiencia pública con la participación de los representantes designados por el Impugnante, el Adjudicatario y la Entidad.
14. Mediante Decreto del 5 de enero de 2023, se solicitó información adicional en los términos siguientes:

A LA OFICINA DE ADMINISTRACIÓN UNIDAD DE FINANZA DEL OSCE:

- En el marco del trámite seguido en el Expediente N° 9491/2022.TCE, la empresa ALCON PHARMACEUTICAL DEL PERU S.A. (Impugnante) presentó a modo de subsanación la **Carta Fianza N° 5391601628 emitida en fecha 2 de diciembre de 2022**, expedida por el Banco Citibank, por concepto de garantía por interposición de recurso de apelación (cuya copia se adjunta), donde se observa, entre otros aspectos, lo siguiente:



Lima, 02 de diciembre de 2022

CARTA FIANZA N°: 5391601628

Señores
ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – OSCE
Presente.-

Estimados señores:

Por la presente nos constituimos en fiadores solidarios de:
Alcon Pharmaceutical Del Peru SA*****

hasta por la suma de S/ 3,340.01 (TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y 01/100 SOLES), a fin de garantizar POR INTERPOSICION DE RECURSO DE APELACION CONTRA EL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCION AS-01-06-2022 EGGALUD/RA/AN-1 ADQUISICION DE DISPOSITIVOS MEDICOS DE ESPECIALIDAD PARA EL HOSPITAL II CHIMBOTE DE LA RED ASISTENCIAL ANSASH PERIODO 12 MESES – ITEM NRO 1. LENTE PLEGABLE PARA FACOEMULSIFICACION GARANTIA EQUIVALENTE AL 3 PORCIENTO DEL ITEM APELADO: S/ 3,340.01 (TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA CON 01/100 SOLES)

(...)

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

La presente carta fianza sustituye a la carta fianza con número 5391601628, de fecha 01 de diciembre del 2022, emitida a favor de: TRIBUNAL DE CONTRATACIONES. Si por cualquier razón o circunstancia, la Carta Fianza Anterior fuese presentada para su ejecución ante Citibank del Perú S.A.: (i) el banco procederá a realizar el pago correspondiente; y, se deja constancia que, (ii) la presente carta fianza ya no podrá ser presentada para su ejecución ante el banco y el banco no estará obligado a realizar ningún pago o llevar a cabo su ejecución o cualquier acción a favor de ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – OSCE.

- *Al respecto, como se aprecia en la imagen antes detallada, la carta fianza estaría referida a la “interposición de recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro (...)”, con lo que se estaría garantizando únicamente la interposición del recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro y no contra la descalificación o el rechazo de la oferta del Impugnante, que es materia de impugnación en su recurso de apelación, y que eventualmente generaría que, en caso esta última pretensión resultara infunda, el OSCE se encontraría imposibilitada de ejecutar la misma.*

Asimismo, en la imagen arriba incluida se aprecia que la carta fianza tendría una condición o precisión de la entidad bancaria que la emitió, referida a que ésta estaría sustituyendo “a la carta fianza con N° 5391601628 emitida en fecha 1 de diciembre de 2022, emitida a favor de: TRIBUNAL DE CONTRATACIONES”, y que si aquella fuese presentada para su ejecución, el banco procederá a “realizar el pago correspondiente” y que “la presente carta fianza ya no podrá ser presentada para su ejecución ante el banco y el banco no estará obligado a realizar ningún pago o llevar a cabo su ejecución o cualquier acción a favor del ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – OSCE”.

- *Teniendo en cuenta lo indicado precedentemente, se le solicita informar de manera clara y precisa si la Carta Fianza N° 5391601628 de fecha 2 de diciembre de 2022 (cuya imagen se encuentra arriba incluida) cumple con los requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y en la Directiva para la administración de las Garantías en el OSCE, para una eventual ejecución favorable de la misma.*

15. Por escrito presentado el 9 de enero de 2023, el Impugnante reprodujo los alegatos expuestos en su informe oral.
16. El 10 de enero de 2023, la Oficina de Administración Unidad de Finanza del OSCE remitió el Memorando N° D000017-2023-OSCE-UFIN de la misma fecha, en razón a la información adicional solicitada.
17. Estando a lo expuesto en el Memorando N° D000017-2023-OSCE-UFIN de fecha 10 de enero de 2023, mediante Decreto del 10 de enero de 2023 se reiteró a la Oficina de Administración Unidad de Finanza del OSCE lo solicitado en el Decreto del 5 del mismo mes y año.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

18. Por decreto del 10 de enero de 2023, se declaró el expediente listo para resolver.
19. Mediante Memorando N° D000023-2023-OSCE-UFIN presentado el 12 de enero de 2023, la Oficina de Administración Unidad de Finanza del OSCE remitió la información solicitada según Decreto del 10 del mismo mes y año.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 35-2022-ESSALUD-RAAN-1 - Primera Convocatoria, procedimiento de selección que se realizó bajo la vigencia de la Ley y el Reglamento; por lo que tales normas son aplicables a la resolución del presente caso.

CUESTIÓN PREVIA: REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN. RESPECTO A LA GARANTÍA PRESENTADA POR EL IMPUGNANTE PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

2. De manera previa al análisis de la procedencia y la fijación de puntos controvertidos, en el presente caso, corresponde que este Colegiado se pronuncie respecto de los hechos puestos en conocimiento por el Adjudicatario en su escrito de absolución de la apelación, así como lo expuesto por las partes en el desarrollo de la audiencia pública realizada el 5 de enero de 2023, relacionado con la idoneidad de la carta fianza presentada por el Impugnante para la interposición del recurso de apelación, que conllevaría a la no admisión del mismo.

Al respecto, se ha manifestado que la Carta Fianza N° 5391601628 de fecha 2 de diciembre de 2022, presentada en vía de subsanación de la carta fianza del 1 de diciembre de 2022 que no fue emitida a favor del OSCE sino del Tribunal, incumple con el requisito de garantizar la interposición del recurso de apelación del Impugnante, debido a que no reemplaza a la emitida primigeniamente por la condición establecida por el banco emisor en la misma. Además, se señala que la cuestionada carta fianza no garantiza todas las pretensiones del Impugnante (descalificación y otorgamiento de la buena pro), sino solo el otorgamiento de la buena pro.

3. Sobre el particular, el Impugnante señala que no existe imposibilidad alguna para la ejecución de la garantía otorgada al OSCE, pues la primera carta fianza del 1 de diciembre de 2022 al estar dirigida al “Tribunal de Contrataciones del Estado”

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 155-2023-TCE-S4

y no al OSCE fue observada y devuelta a su representada, siendo que, dentro del plazo otorgado para su subsanación, presentó una nueva carta fianza, en la cual el banco emisor hizo referencia a la primera carta fianza. Agrega que dicha referencia o el añadido que se cuestiona con relación a la segunda carta fianza, es un contenido adicional incluido por el propio Banco para resguardar su derecho como fiador para no pagar dos veces una misma obligación de pago; sin embargo, esa salvedad que se reservó el Banco de no ejecutar la segunda carta fianza si la primera fuese ejecutada antes, no se realizaría en la medida que la primera carta fianza fue devuelta al banco. Por tal motivo, señala que la carta fianza otorgada a favor del OSCE garantiza la interposición de su recurso de apelación y será ejecutable en el caso que el mismo sea desestimado.

4. Dicho lo anterior, cabe indicar que conforme al artículo 41 de la Ley y el artículo 124 del Reglamento, la garantía que respalda la interposición del recurso de apelación deberá ser otorgada a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, por una suma equivalente al tres por ciento (3%) del valor estimado o valor referencial del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar.

Asimismo, el numeral 124.3 del artículo 112 del Reglamento en concordancia con el artículo 33 de la Ley, señala que la garantía **debe ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país**, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

5. En ese sentido, la normativa de contratación pública contempla como requisito para la admisibilidad del recurso de apelación contra los actos impugnables dictados durante el desarrollo de un procedimiento de selección, desde la convocatoria hasta aquellos emitidos antes de la celebración del contrato, la constitución de una garantía, que será devuelta al impugnante en caso sea acogida favorablemente su pretensión o que perderá íntegramente, en la medida que el recurso sea rechazado. Esta garantía debe ser equivalente al tres por ciento del valor referencial del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar, emitida a nombre del OSCE, cuando a través del Tribunal sea la competente para conocer y resolver las controversias surgidas durante la tramitación de un procedimiento de selección y cumplir con los siguientes

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

requisitos: incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad

Así, en virtud del requisito esencial que deben cumplir la garantía referida a la incondicionalidad, la garantía no puede estar sujeta a condición de ninguna clase, pues no sería posible asegurar obligaciones asumidas con el Estado a través de éstas, cuya validez o existencia se encontrarían supeditadas a la ocurrencia de un determinado hecho, en contra de lo que se busca con este requisito que es la eficacia de las mismas prestadas en favor del Estado, por ello no pueden estar sujetas a la condición alguna que limite su efectivo cumplimiento de la obligación.

6. Ahora bien, de la documentación obrante en autos, se advierte que el recurso de apelación fue presentado el 1 de diciembre de 2022, realizándose un control de requisitos de admisibilidad en el que se determinó – entre otros- que no cumple con el requisito referido a la presentación de la garantía; razón por la cual, conforme se dispone en el literal c) del artículo 122 del Reglamento, se le otorgó el plazo de dos (2) días para que subsane dicha observación.

En tal sentido, el Impugnante debía presentar la garantía por la interposición de su recurso de apelación de manera correcta, pues, ante cualquier error, no era posible una nueva subsanación, toda vez que el plazo otorgado para la subsanación es único, es decir, se otorga en una sola oportunidad.

7. En observancia de ello, a efectos de garantizar su recurso de apelación, el Impugnante presentó la Carta Fianza N° 5391601628 de fecha 2 de diciembre de 2022, expedida por el Banco Citibank, por la suma ascendente a S/ 3,340.01.
8. En dicho contexto, y en relación a los cuestionamientos referidos a la aparente condición establecida en la carta fianza presentada por el Impugnante para la interposición del recurso de apelación; mediante Decretos del 5 y 10 de enero de 2023, la Sala requirió a la Oficina de Administración Unidad de Finanzas del OSCE que confirmara el cumplimiento de los requisitos establecidos por ley para su presentación y eventual ejecución favorable de la misma.

En atención a ello, mediante Memorando N° D000017-2023-OSCE-UFIN y Memorando N° D000023-2023-OSCE-UFIN, la Oficina de Administración y Finanzas únicamente confirmó la existencia y vigencia de la Carta Fianza N° 5391601628 de fecha 2 de diciembre de 2022.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

9. En ese escenario, a efecto de analizar los cuestionamientos e idoneidad de la Carta Fianza N° 5391601628 de fecha 2 de diciembre de 2022, corresponde remitirnos a las partes pertinentes de dicha garantía:

Lima, 02 de diciembre de 2022

CARTA FIANZA N°: 5391601628

Señores

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – OSCE

Presente.-

Estimados señores:

Por la presente nos constituimos en fiadores solidarios de:

Alcon Pharmaceutical Del Peru SA*****

hasta por la suma de S/ 3,340.01 (TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y 01/100 SOLES), a fin de garantizar POR INTERPOSICION DE RECURSO DE APELACION CONTRA EL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN AS-SM-35-2022-ESSALUD/RAAN-1 - ADQUISICION DE DISPOSITIVOS MEDICOS DE ESPECIALIDAD PARA EL HOSPITAL II CHIMBOTE DE LA RED ASISTENCIAL ANCASH PERIODO 12 MESES - ITEM NRO 1: LENTE PLEGABLE PARA FACOEMULSIFICACION GARANTIA EQUIVALENTE AL 3 PORCIENTO DEL ITEM APELADO: S/ 3,340.01 (TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA CON 01/100 SOLES)

La fianza que otorgamos tiene el carácter de solidaria, sin beneficio de excusión, incondicional, irrevocable y de realización automática. Esta fianza tiene vigencia hasta el 28 de Febrero de 2023.

S/3,340.01

(...)

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

La presente carta fianza sustituye a la carta fianza con número 5391601628, de fecha 01 de diciembre del 2022, emitida a favor de: TRIBUNAL DE CONTRATACIONES. Si por cualquier razón o circunstancia, la Carta Fianza Anterior fuese presentada para su ejecución ante Citibank del Perú S.A.: (i) el banco procederá a realizar el pago correspondiente; y, se deja constancia que, (ii) la presente carta fianza ya no podrá ser presentada para su ejecución ante el banco y el banco no estará obligado a realizar ningún pago o llevar a cabo su ejecución o cualquier acción a favor de ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – OSCE.

Cualquier controversia respecto a esta fianza se someterá exclusivamente a los jueces y tribunales de la ciudad de Lima-Cercado, Perú.

10. Tal como se advierte de la propia literalidad de la carta fianza del 2 de diciembre de 2022, presentada por el Impugnante como garantía para la interposición de su recurso de apelación, el banco que la emitió estableció como condición que ésta no reemplaza a la Carta fianza del 1 de diciembre de 2022 emitida a favor del Tribunal y no del OSCE, y que si aquella carta emitida primigeniamente fuese presentada para su ejecución, el banco procederá a realizar el pago correspondiente, y la garantía del 2 de diciembre de 2022 no podrá ser presentada para su ejecución ante el banco y este no estará realizar ningún pago o llevar a cabo su ejecución o cualquier acción a favor del OSCE. Es decir, la carta fianza del 2 de diciembre de 2022 no cumple con el requisito de garantizar el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, debido a la condición literal establecida por el banco en la misma, que reconoce la existencia y ejecutoriedad de la garantía emitida primigeniamente, que podría dejar sin efecto la carta fianza que se presentó finalmente el Impugnante en vía de subsanación de su recurso de apelación.

De otro lado, se aprecia que la carta fianza del 2 de diciembre de 2022 únicamente garantiza la interposición del recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro en el procedimiento de selección, a pesar que las pretensiones del Impugnante en su recurso de apelación consisten en revocar la descalificación de su oferta en el procedimiento de selección y contra el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario. Es decir, no garantiza la impugnación contra la descalificación de su oferta en el procedimiento de selección, por lo que no es posible asegurar obligaciones no asumidas a través

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

de la garantía presentada, cuya ejecución, en el presente caso, se encuentre supeditada a la ocurrencia de una sola condición o hecho.

11. En este escenario, en la medida que en la carta fianza exista o se encuentre supeditada a la ocurrencia de un determinado hecho que limite su ejecución a favor del OSCE, no es posible asegurar las obligaciones asumidas por el Impugnante con aquel a través de la garantía presentada, pues esta no pueden estar sujeta a condición de ninguna clase para su ejecución, toda vez que la principal consecuencia de la incondicionalidad de este requisito es que la eficacia de las garantías prestadas en favor del OSCE, no pueden estar sujetas a la condición de que éste acredite el efectivo incumplimiento del postor o proveedor.
12. De lo expuesto se concluye que la carta fianza del 2 de diciembre de 2022 presentada por el Impugnante en vía de subsanación para la interposición de su recurso de apelación no cumple lo establecido en la normativa que rige la materia de contratación pública, por incumplir el requisito esencial referido a la incondicionalidad; por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el literal c) y segundo párrafo del literal d) del artículo 122 del Reglamento, corresponde declarar el recurso de apelación como no presentado, sin necesidad de emitir pronunciamiento alguno sobre el fondo, así como poner a disposición del apelante los recaudos, a efectos de que los recabe en la Mesa de Partes del Tribunal.
13. Asimismo, por las particulares del caso, corresponde hacer de conocimiento la presente resolución a la Presidencia del Tribunal, a efectos que adopte las acciones que correspondan en el marco de sus competencias.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la vocal ponente Annie Elizabeth Pérez Gutiérrez, y la intervención de los vocales Cristian Joe Cabrera Gil y Violeta Lucero Ferreyra Coral, atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021 y conforme al rol de turnos de vocales vigente, 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 mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 155-2023-TCE-S4

LA SALA RESUELVE:

1. Tener como **no presentado** el recurso de apelación interpuesto por la empresa ALCON PHARMACEUTICAL DEL PERU S.A., en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 35-2022-ESSALUD- RAAN-1 - Primera Convocatoria, por relación de ítems, convocada por el Seguro Social de Salud - ESSALUD - Hospital III Chimbote - Red Asistencial Ancash, para la *"Adquisición de dispositivos médicos de especialidades para el Hospital III Chimbote de la Red Asistencial Ancash - periodo de 12 meses"*, por los fundamentos expuestos.
2. Se dispone poner a disposición de la empresa ALCON PHARMACEUTICAL DEL PERU S.A. los recaudos, a efectos de que los recabe en la Mesa de Partes del Tribunal, el cual incluye la devolución de la garantía que fuera presentada.
3. Poner la presente resolución en conocimiento de la Presidencia del Tribunal.
4. Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VIOLETA LUCERO FERREYRA CORAL
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

ANNIE ELIZABETH PÉREZ GUTIÉRREZ
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

CRISTIAN JOE CABRERA GIL
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

SS.
Cabrera Gil.
Ferreyra Coral.
Pérez Gutiérrez.