

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

Sumilla: “(...) por lo que el recurso de apelación interpuesto debe ser declarado improcedente, en aplicación del literal g) del artículo 123 del Reglamento, sin que este Colegiado pueda emitir pronunciamiento sobre el fondo.”

Lima, 2 de febrero de 2023.

VISTO en sesión del 2 de febrero de 2023, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 10693/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa Drocsa E.I.R.L. en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 026-2022-HBT - Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. El 6 de diciembre de 2022, el Hospital Belén de Trujillo, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 026-2022-HBT - Primera Convocatoria, para la contratación de suministro de bienes: “Suministro de chaqueta y pantalón talla M-L para el Departamento de Farmacia del Hospital Belén de Trujillo” con un valor estimado total de S/ 393,900.00 (trescientos noventa y tres mil novecientos con 00/100 soles), en lo sucesivo **el procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo 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, en adelante **el Reglamento**.

Según el cronograma del procedimiento de selección, y de acuerdo a la información registrada en el SEACE, el 16 de diciembre de 2022 se llevó a cabo la presentación de ofertas y el 19 del mismo mes y año el comité de selección otorgó la buena pro al postor T & S S.A.C. Promotores-Publicistas, en adelante **el Adjudicatario**, de acuerdo al siguiente detalle:

Ítem N° 1					
POSTOR	ETAPAS				
	Admisión	Evaluación			Calificación y resultado
		Precio ofertado (S/)	Puntaje total	Orden de prelación	
T & S S.A.C. Promotores-Publicistas	Admitido	393,900.00	100	1	Adjudicado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

Drocsa E.I.R.L.	No admitido ¹	-	-	-	-
Corporación Valtaks S.C.R.L	No admitido	-	-	-	-
Igan Peruana Sociedad Anónima	No admitido	-	-	-	-
Tailoring Company S.A.C.	No admitido	-	-	-	-

2. Mediante Escrito N° 1, presentado el 27 de diciembre de 2022 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, el postor Drocsa E.I.R.L. en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación solicitando la nulidad del procedimiento de selección. A fin de sustentar su recurso presentó los siguientes fundamentos:

Respecto a la nulidad del procedimiento.

- Refiere que, el comité de selección al momento de publicar las bases integradas del procedimiento de selección no ha consignado de manera correcta la información contenida en la presentación de documentación adicional que consignan las bases estándar aplicables al procedimiento de selección, toda vez que no señaló la metodología de la muestra, los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales que la entidad ha considerado pertinente verificar, tampoco señaló el número de muestras solicitadas por cada producto, ni el órgano que se encargará de realizar la evaluación de dichas muestras.

De esta manera se transgrede la normativa de contratación pública, la cual establece que las entidades deben utilizar obligatoriamente, los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación.

- Asimismo, señaló que la Entidad, al omitir las consideraciones que obligatoriamente proveen las bases estándar aplicables al procedimiento de selección, ha valorado situaciones totalmente alejadas de la realidad en la

¹ Motivo: Revisando el expediente el área usuaria indica que no cumple con las especificaciones técnicas solicitada en las bases integradas; con las siguientes observaciones: Item: CHAQUETA Y PANTALON DESCARTABLE TALLA M/L "No cumple, se evaluó la muestra y no es resistente al desgarrar /ruptura".

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

trazabilidad de una muestra, situación que se considera subjetiva, por lo que considera que el procedimiento deviene en nulo.

Manifestó que dicha circunstancia repercute en la situación de los postores en la medida que no conocen los procedimientos de evaluación a los que serán sometidas las muestras de los productos ofertados, así tampoco las pruebas a las que serán sometidas, lo que resta transparencia y objetividad al desarrollo del procedimiento de selección.

3. Con decreto del 3 de enero de 2023, la Secretaría del Tribunal solicitó a la Entidad que emita su pronunciamiento respecto a la necesidad de adecuar el requerimiento del procedimiento de selección, a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes en el marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19.

Asimismo, 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 cumpla, 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 y, además, se dispuso notificar el recurso interpuesto, a los postores distintos del Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución que emita este Tribunal, mediante su publicación en el SEACE, y remitir a la Oficina de Administración y Finanzas el comprobante de depósito en efectivo en cuenta corriente, expedido por el Banco de la Nación, para su verificación.

4. Mediante Escrito N° 1, presentado al Tribunal el 10 de enero de 2023, el Adjudicatario se apersonó y señaló, principalmente, lo siguiente:

Sobre la improcedencia del recurso de apelación.

- Refirió que, se debe tener presente que el Impugnante, tiene la condición de no admitido, conforme se puede verificar del acta de admisión y calificación de ofertas, y no establece, entre sus pretensiones, cuestionamientos a la no admisión de su oferta ni solicita que se revierta su condición de no admitido.
- En ese sentido, sostiene que el Impugnante solicita directamente que se debe declarar la nulidad del procedimiento, cuestionando actos no impugnables; sin embargo, se debe tener en cuenta que la exigencia de presentación de muestras se debió a dos observaciones que hicieron los postores en la etapa

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

pertinente; motivo por el cual se cumple el principio de legalidad.

- Por otro lado, manifestó que, el cuestionamiento está fuera de la oportunidad que otorga la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en consecuencia, en aplicación de los artículos 118 y 123 del Reglamento, corresponde que se declare improcedente el recurso de apelación presentado por el Impugnante.
 - Finalmente indica que, la jurisprudencia del Tribunal ha dejado claro que el recurso de apelación es declarado improcedente por falta de interés para obrar, si el postor impugna sin haber antes cuestionado la no admisión de su oferta.
 - Aunado a ello sostiene que, el Impugnante en su recurso de apelación no especifica si es que las muestras presentadas en su oferta, cumplen o no cumplen con las especificaciones establecidas en las bases integradas, centrándose en señalar que se declare la nulidad del procedimiento de selección, cuestionando las bases integradas, lo cual también supondría una falta de conexión lógica entre lo que pretende y los hechos que expone, pretendiendo la nulidad. En esa línea, indica que dicho postor debió acreditar que sus muestras cumplan con las bases integradas, lo cual comprende una causal más para que se declare la improcedencia del recurso.
5. El 10 de enero de 2023, la Entidad registró en el SEACE el Informe técnico N° 001-2023-CS AS N° 26-2022-HBT, suscrito por el comité de selección, en el que dio atención a lo requerido en el decreto del 3 de enero de 2023, señalando lo siguiente:

Sobre la improcedencia del recurso.

- Señaló que el recurso del Impugnante abarca principal y únicamente el cuestionamiento dirigido contra un segmento de las bases integradas, referido al requerimiento de la presentación de muestras, y no habiendo cuestionado, ni revertido su condición de no admitido.
- Asimismo, refiere que, se configura la situación indicada en el literal c) del artículo 118 del Reglamento, ya que el apelante cuestiona las bases integradas.

Asimismo, se configura la situación establecida en el literal b) del numeral 123.1 del artículo 123 del Reglamento, ya que el postor apelante interpone su

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

recurso contra actos que no son impugnables.

Sobre los cuestionamientos de la apelación.

- Refirió que, mediante el pliego de absolución de consultas y observaciones, el propio Impugnante mediante la consulta N° 19, señaló que el requerimiento de la presentación de pruebas debe ser obligatorio, siendo dicha consulta acogida por el comité de selección. En ese sentido, se incluyó en las bases integradas, lo dispuesto en las bases estándar, sobre la presentación de muestras, y las características de cómo deben ser presentadas.
 - Sostiene que las bases integradas cumplen con incluir la información referida a la presentación de muestras, no existiendo vulneración o transgresión alguna a los principios de transparencia, competencia, eficacia y eficiencia; como lo refiere el postor apelante. Por consiguiente, considera que los cuestionamientos del postor apelante son infundados.
6. Mediante decreto del 12 de enero de 2023, se dispuso remitir el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que evalúe la información que obra en el expediente y, de ser el caso, dentro del plazo de cinco (5) días de recibido, lo declare listo para resolver, siendo recibido al día siguiente
 7. Con decreto del 20 de enero de 2023 se programó audiencia pública para el 23 de enero del 2023, el cual se realizó con la presencia del representante del Adjudicatario y el Impugnante.
 8. Con decreto del 23 de enero de 2023, a fin de contar con mayores elementos de prueba al momento de resolver, se requirió al Impugnante que se pronunciara sobre cada uno de los cuestionamientos realizados por la Entidad y el Adjudicatario, respecto a la supuesta improcedencia de su recurso.
 9. Mediante decreto del 23 de enero del 2023, se tuvo por apersonado al Adjudicatario y se dejó a consideración de la Sala la absolución al recurso de apelación presentados de manera extemporánea.
 10. Con escrito s/n presentado el 24 de enero del 2023, el Adjudicatario, presentó mayores argumentos a ser tomados en cuenta por la Sala, señalando principalmente lo siguiente:
 - Refirió que, en audiencia pública el Impugnante ha formulado como pretensión principal que se declare la nulidad del procedimiento de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

selección, sin embargo, se aprecia que tiene la condición de no admitido, porque primero tendría que revocar su condición de no admitido para poder ostentar algún interés para obrar.

- Asimismo, se aprecia que el Impugnante ha cuestionado directamente un aspecto de las bases integradas del procedimiento de selección, a pesar de que dicho acto, constituye un acto no impugnables, de conformidad con lo establecido con el artículo 118 del Reglamento.
- 11.** Por decreto del 25 de enero del 2023, se dejó a consideración de la Sala los argumentos adicionales presentados por el Adjudicatario.
- 12.** Mediante escrito N° 2 presentado el 26 de enero del 2023, el Impugnante remitió la información solicitada mediante decreto del 23 de enero del 2023, en el cual señaló principalmente lo siguiente:
- Refirió que, para que un recurso de apelación sea procedente, este debe ser interpuesto por un participante o un postor, contra aquellos actos dictados durante el desarrollo del procedimiento, sean estos con anterioridad o posterioridad al otorgamiento de la buena pro y hasta antes de celebrarse el contrato; conforme los plazos, requisitos y procedimientos descritos en la normativa de contratación pública.
 - Asimismo, refiere que, durante la etapa de absolución de consultas y observaciones, realizó cuestionamientos respecto a la necesidad de presentar muestras a los productos que ofertarían los postores, sin embargo refiere que la Entidad no absolvió de manera clara dicha observación, razón que conllevó a que se generaran vicios de nulidad en el procedimiento de selección.
 - Por otro lado señaló que, cuando en su petitorio hace referencia al termino *“Que, se deje sin efecto la decisión del Comité de Selección”*, este se refiere a una expresión que se utiliza en el terreno jurídico, siendo la consecuencia de la revocación o anulación de un acto jurídico, por lo que rechaza lo indicado por la Entidad en el que afirma el supuesto que no se ha cuestionado ni solicitado que se revierta su condición de no admitido, muy por el contrario, el término utilizado hace referencia a que se debe revertir no solo la decisión adoptada por el comité de Selección sino que también se evalué la legalidad que tiene la publicación de las bases integradas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

- Aunado a ello, refiere que la impugnación realizada corresponde a un acto impugnante conforme a lo establecido el párrafo 3.2 de la Opinión N° 016-2022/DTN, en el cual señala que: *“Lo dispuesto en el numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley regula aquellos casos en los que los participantes o postores no han interpuesto su impugnación a través de la vía correspondiente. Así, de presentarse solicitudes de nulidad respecto de cuestionamientos que debieron ser materia de un recurso de apelación, estas deben ser reconducidas conforme al procedimiento correspondiente, es decir, el recurso de apelación regulado en el artículo 41 de la Ley, para lo cual se deberán aplicar las reglas correspondientes a dicho procedimiento”*.
- Señaló que, cuestiona la calificación de la oferta del Adjudicatario, y una parcialización del comité de selección al consignar que la oferta de dicho postor es la única oferta que cumpliría los requisitos establecidos en las especificaciones técnicas, sin tener conocimiento de cuales fueron los aspectos de las características y/o requisitos funcionales que serán verificados mediante la presentación de la muestra, la metodología que se utilizará, los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales que la Entidad ha considerado pertinente verificar.

También cuestiona, que el comité de selección no presentó el informe y/o documento que acredite que el área usuaria ha indicado que no cumple con las especificaciones técnicas solicitadas en las bases integradas, por lo que resta transparencia en el desarrollo del procedimiento de selección, poniendo en riesgo y limitando el actuar de los demás postores que participamos en dicho procedimiento.

- En ese sentido, solicita que se declare la nulidad del procedimiento y se retrotraiga a la etapa de absolución de consultas y observaciones.

13. Con decreto del 26 de enero de 2023 se declaró el expediente listo para resolver.

II. FUNDAMENTACIÓN

- 1.** Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por Drocса E.I.R.L en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 026-2022-HBT - Primera Convocatoria.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

2. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, solo 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.
3. 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, 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 referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Bajo tal premisa normativa, dado que, en el presente caso, el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto a una adjudicación simplificada, cuyo valor estimado asciende a S/ 393,900.00 (trescientos noventa y tres mil novecientos con 00/100

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT², por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

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 ha interpuesto el recurso de apelación solicitando como única pretensión que se declare nulo el procedimiento de selección.

Al respecto, de la lectura del escrito de apelación presentado por el Impugnante, se aprecia que ha cuestionado las bases integradas del procedimiento de selección pues -según indica- no ha consignado de manera correcta la información contenida en la presentación de documentación adicional que consignan las bases estándar aplicables al procedimiento de selección, toda vez que no señaló la metodología de la muestra, los mecanismos o pruebas a los que serán sometidas las muestras para determinar el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales, también refiere que tampoco se señaló el número de muestras solicitadas por cada producto, ni el órgano que se encargaría de realizar la evaluación de dichas muestras.

Con relación a ello, cabe mencionar que este aspecto fue establecido como exigencia para acreditar las especificaciones técnicas del producto ofertado, en el acápite 3.2³ del capítulo III de las bases del procedimiento de selección; es decir, que el cuestionamiento contra dicha exigencia se encuentra dentro de la lista de actos no impugnables (documentos del procedimiento de selección).

² El valor de la Unidad Impositiva Tributaria para el año 2022 es de S/ 4600.00, según lo aprobado mediante Decreto Supremo N° 398-2021-EF; en ese sentido, cincuenta (50) UIT's ascienden a S/ 230 000.00.

³ Los postores deberán presentar muestras del producto a ofertar, caso contrario la oferta presentada por el postor no será admitida. Dichas muestras servirán para la respectiva evaluación del producto y admisibilidad de propuesta, siempre y cuando aprueben la evaluación.

Las muestras deben estar etiquetada con la siguiente información: Nombre del producto, del postor y cantidad por paquete, acompañada de la guía de remisión correspondiente. La presentación de muestras será el día de la presentación de ofertas, en la Oficina de Logística del Hospital Belén de Trujillo, sito Jr Bolívar N° 350 – Centro Cívico -Trujillo (3er piso), en el horario de 7:30 am a 02:45 pm.

Se deberá tener presente que se utilizarán las muestras para realizar pruebas a cargo del personal del Departamento de Farmacia, quienes custodiarán las muestras.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

Adicional a ello, debe precisarse que el Impugnante, en la etapa de consultas y observaciones en el procedimiento de selección, mediante Consulta N°19, solicitó se incluya en las bases integradas la presentación de muestra y el método de evaluación de estas. Con lo cual, en respuesta de ello, el comité decidió acoger dicha observación e integrarla a las bases del procedimiento de selección.

En esa línea, se desprende que el Impugnante tenía pleno conocimiento de lo integrado respecto a las muestras en las bases del procedimiento de selección, toda vez que debido a su observación se agregó dicho requerimiento.

De otro lado y sin perjuicio de lo señalado, debe indicarse que el Impugnante, de manera extemporánea, a través de su Escrito N° 2, ha formulado argumentos adicionales dirigidos a sostener que su solicitud de nulidad debe ser tramitado al amparo del numeral 44.6 del artículo 44 de Ley, que establece lo siguiente:

“Artículo 44. Declaratoria de nulidad

(...)

44.6 Cuando la nulidad sea solicitada por alguno de los participantes o postores, bajo cualquier mecanismo distinto al recurso de apelación, ésta debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley.

(...)”

Siguiendo lo señalado por el citado artículo, nos remitimos al artículo 41 de la Ley que está referido a los recursos de apelación y en cuyo primer numeral indica que a través de un 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; precisando que no se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento.

Ahora bien, el artículo 118 del Reglamento establece como inimpugnables los documentos del procedimiento de selección y/o su integración.

En consecuencia, dado que el Impugnante ha presentado su recurso de apelación solicitando se declare nulo el procedimiento de selección por cuestionamientos a las bases integradas del procedimiento de selección, se verifica que no corresponden ser amparados en esta instancia, al constituir actos inimpugnables conforme a lo dispuesto en el artículo 118 del Reglamento.

c) Sea interpuesto fuera del plazo.

El artículo 119 del precitado Reglamento establece que la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

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.

De igual modo, según el literal d) del artículo 122 del Reglamento, cuando se advierte que el recurso de apelación no contiene alguno de los requisitos de admisibilidad y que esta omisión no fue advertida en el momento de la presentación del recurso, el Presidente del Tribunal concede un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de las observaciones para la subsanación respectiva. Transcurrido el plazo sin que se realice la subsanación, el recurso se tiene por no presentado.

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer el recurso de apelación, plazo que vencía el 28 de diciembre de 2022⁴, considerando que el otorgamiento de la buena pro se notificó en el SEACE el día 20 del mismo mes y año.

Al respecto, del expediente fluye que, mediante Escrito N° 1, presentado el 27 de diciembre de 2022, el Impugnante interpuso su recurso de apelación, en ese sentido, se verifica que el referido postor cumplió con los plazos descritos en los artículos 119 y 122 del Reglamento.

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

De la revisión del recurso de apelación, se observa que este aparece suscrito por el señor Luis Alberto Bazán Chavarri, en su calidad de titular gerente del Impugnante.

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

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, 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.

⁴

El 26 de diciembre fue declarado día no laborable mediante Decreto Supremo N° 033-2022-PCM.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría evidenciarse 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.*

De conformidad con lo dispuesto en el literal g) del artículo 123 del Reglamento, constituye una causal de improcedencia del recurso de apelación, la falta de interés para obrar o legitimidad procesal para impugnar, entendida como aquella condición que lo habilita a formular cuestionamientos respecto de un acto del cual ha participado y que considera, le causa agravio.

Asimismo, el último párrafo del mencionado artículo señala que el recurso de apelación será declarado improcedente por falta de interés para obrar, cuando el Impugnante cuestiona la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta y no haya revertido su condición de no admitido o descalificado.

Así, el Impugnante se encuentra habilitado para impugnar determinados actos del procedimiento de selección en los que haya participado, como por ejemplo la descalificación o no admisión de su oferta, o el otorgamiento de la buena pro; en este último supuesto para que proceda, debe mantener su condición de postor, caso contrario, para impugnar la buena pro deberá impugnar su no admisión o descalificación de su oferta.

Tal como se ha determinado en reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal, la no admisión de la oferta de un postor implica para éste la pérdida de su calidad de postor, lo que quiere decir que ya no es parte del procedimiento de selección, sin perjuicio del derecho que le asiste de contradecir dicha decisión en la vía administrativa; de manera que su permanencia en el procedimiento de selección dependerá de la resolución de tal asunto. Por ello, la procedencia de las pretensiones dirigidas contra los demás postores participantes se encuentra condicionada a su reincorporación al procedimiento de selección (demostrar su incorrecta no admisión).

Asimismo, para que un postor pueda solicitar que se revoque el otorgamiento de la buena pro, debe definirse, en primer lugar, si el oferente debe proseguir en el procedimiento de selección, y sólo en la medida que se hubiera concluido que el postor debía continuar en él, será procedente la emisión de un procedimiento respecto de los cuestionamientos dirigidos contra los demás postores. Caso

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

contrario, se admitiría como válido que un tercero, ajeno al procedimiento de selección, estuviera legitimado para impugnar actos que no le agraven y que se circunscriben a la relación entre la Entidad y los demás postores hábiles. Con relación a ello, debe quedar claro que el sistema de impugnaciones, que el ordenamiento legal contempla, no está diseñado para la protección de derechos inciertos o indeterminados, sino de afectaciones concretas a los derechos de los postores en un procedimiento de selección que constituyen una situación objetiva que amerite una acción.

En ese sentido, en la vía administrativa es presupuesto procesal objetivo para la validez de cualquier recurso impugnativo, la existencia de un acto administrativo previo contra el cual la impugnación está dirigida y que dicho acto debe causar agravio al administrado y, en este sentido, el recurso administrativo se interpondrá a efectos de modificar o extinguir su eficacia y, por su efecto, variar la condición jurídica discutida.

El criterio expuesto no es sino la aplicación de lo dispuesto en el numeral 120.1 del artículo 120 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante el TUO de la LPAG, norma que, en relación a la facultad de contradicción administrativa, determina que procede la contradicción de un acto que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, a fin de que el mismo sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos, precisando que para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado.

Con relación a ello, debe tenerse presente que, conforme consta en el formato N° 22 “Acta de otorgamiento de la buena pro” del 19 de diciembre de 2022, la oferta del Impugnante no fue admitida toda vez que, las muestras que presentó no cumplieron con las características y especificaciones técnicas requeridas.

Siguiendo la línea de razonamiento expuesta en los párrafos que anteceden, resulta que para que el Impugnante pueda solicitar la nulidad del procedimiento de la buena pro, previamente debe haber cuestionado su no admisión y solo en caso se determine su reincorporación al procedimiento, podría considerarse que cuenta con interés legítimo para cuestionar actos concernientes al procedimiento de selección. Por consiguiente, en tanto ello no se produzca el Impugnante únicamente tendrá legitimidad para cuestionar el acto que directamente le causa agravio; esto es, su propia no admisión.

Sin embargo, de los argumentos esbozados por el Impugnante, se advierte que este no ha planteado ningún cuestionamiento respecto a la no admisión de su

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

propia oferta, a efectos de establecer que las muestras que presentó cumplen con las características y especificaciones requeridas; en otras palabras, el Impugnante ha consentido la decisión del comité de selección de no admitirlo.

Efectivamente, dicha situación ha sido confirmada por el representante del Impugnante en audiencia pública del 23 de enero de 2023, al señalar que se debe declarar nulo el procedimiento de selección, toda vez que las bases integradas del procedimiento no establecen la metodología a utilizar para corroborar que las muestras cumplan con las especificaciones técnicas.

Vale decir, que el Impugnante en ningún momento alegó que las muestras que presentó cumplieron con las características y especificaciones técnicas requeridas en las bases del procedimiento de selección, sino que, se limitó a cuestionar las muestras presentadas por el Adjudicatario; situación que, evidencia no permitiría revertir su condición de no admitido, toda vez que, contrario a lo que alegó, según las bases era obligatorio para la admisión de las ofertas que las muestras presentadas cumplieran con las características y especificaciones técnicas establecidas.

Siendo ello así, no se aprecia qué derecho o interés legítimo del Impugnante se ha violado, lesionado o desconocido con el otorgamiento de la buena pro, toda vez que él se encuentra no admitido en el procedimiento de selección y, al no haber formulado argumentos que reviertan dicha decisión, ha consentido tal acto, máxime si aún en el supuesto caso que este Colegiado procediera a amparar los cuestionamientos planteados por el Impugnante contra la oferta del Adjudicatario, de todas formas, ello no revertiría su condición de no admitido.

Cabe indicar que, a fin de poder alegar un interés legítimo en la impugnación del otorgamiento de la buena pro, el Impugnante debió dirigir los fundamentos de su recurso, en primer lugar, contra su propia no admisión.

En el marco de lo antes expuesto, se advierte que el Impugnante carece de interés para obrar y legitimidad para cuestionar actos realizados luego del otorgamiento de la buena pro, por lo que el recurso de apelación interpuesto debe ser declarado improcedente, en aplicación del literal g) del artículo 123 del Reglamento, sin que este Colegiado pueda emitir pronunciamiento sobre el fondo.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 132.1 del artículo 132 del Reglamento corresponde ejecutar la garantía presentada por la interposición del recurso de apelación.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

4. Sin perjuicio de lo señalado, se advierte que el Impugnante ha cuestionado que dentro de la bases integradas del procedimiento de selección, se omitió consignar la metodología a utilizar para determinar que las muestras cumplen con las especificaciones técnicas, a pesar de que las bases estándar aplicables al procedimiento de selección obligan a determinar la metodología a utilizar; por lo que dicha omisión posiblemente habría vulnerado lo establecido el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, el cual establece que el comité de selección elabora los documentos del procedimiento de selección, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que elabora el OSCE.

Razón por la cual, este Colegiado considera pertinente poner la presente Resolución, así como la totalidad del presente expediente administrativo, en conocimiento del Titular de la Entidad, para que conforme a lo establecido en el numeral 72.7 del artículo 72 del Reglamento, así como el artículo 44 de la Ley, evalúe declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección; debiendo informar las acciones adoptadas a este Tribunal en un plazo de veinte (20) hábiles.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Paola Saavedra Alburqueque y la intervención de los vocales Héctor Marín Inga Huamán y Jorge Luis Herrera Guerra, atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a partir del 14 de marzo de 2019, 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;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **improcedente** el recurso de apelación interpuesto por el postor **DROCSA E.I.R.L.**, en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 026-2022-HBT - Primera Convocatoria, efectuada por el Hospital Belén de Trujillo, para la contratación de suministro de bienes: *"Suministro de chaqueta y pantalón talla M-L para el Departamento de Farmacia del Hospital Belén de Trujillo"* por los fundamentos expuestos.
2. Ejecutar la garantía otorgada por el postor DROCSA E.I.R.L., para la interposición de su recurso de apelación.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

3. Disponer que la presente resolución sea puesta en conocimiento del Titular de la Entidad para que, en mérito a sus atribuciones, adopte las medidas que estime pertinentes, de conformidad con lo establecido en el fundamento 4.
4. Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa.

JORGE LUIS HERRERA GUERRA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

HÉCTOR MARÍN INGA HUAMÁN
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0517-2023-TCE-S3

VOTO SINGULAR DEL VOCAL JORGE LUIS HERRERA GUERRA

El vocal que suscribe el presente voto, coincide con lo expresado tanto en la parte considerativa como en la resolutive de la presente Resolución; sin embargo, el suscrito tiene una posición singular respecto del análisis de la improcedencia, toda vez, que, habiéndose advertido que se configura la causal de improcedencia dispuesta por el literal b) del artículo 123 del Reglamento (referida a actos no impugnables), y que de la verificación del recurso se advierte que el Impugnante no ha cuestionado su propia no admisión o la admisión, evaluación o calificación del Adjudicatario o de los otros postores, corresponde declarar la improcedencia por esta causal; en dicho sentido, respetuosamente, no coincido con el análisis efectuado respecto de la causal de falta de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento, pues el Impugnante, al haber declarado el comité de selección no admitida su oferta, sí podía cuestionar esta decisión de la Entidad que le afectaba (ahora bien, el hecho que el cuestionamiento haya estado referido a materia no impugnable, no le quita legitimidad o interés, sino que, el sentido o contenido de su impugnación, depende de la forma como ejercita su derecho).