Tribunal de Contrataciones del Estado
Resolución Nº 0908-2023-TCE-S3

Sumilla: *"El vicio de nulidad no resulta conservable, en tanto impide que se emita una opinión de fondo respecto al cuestionamiento del Impugnante, ya que a partir de lo expuesto en las bases, no se puede determinar si la Entidad requería que el filete de bonito refrigerado se encuentre envasado o no, habiendo asumido las partes en el presente procedimiento dos interpretaciones distintas respecto a dicho punto''.*

Lima, 20 de febrero de 2023.

VISTO en sesión del 20 de febrero de 2023, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente Nº 10778/2022.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por el postor "Inversiones JR Perú E.I.R.L." contra el otorgamiento de la buena pro de la Subasta Inversa Electrónica N.º 007-2022-EP/UO-0826 – Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. De acuerdo a la información registrada en el SEACE, el 1 de diciembre de 2022, el Ministerio de Defensa – Ejército del Perú – 2.ª. Brigada de Infantería – Unidad Operativa N.º 826, en adelante **la Entidad**, convocó la Subasta Inversa Electrónica N.º 007-2022-EP/UO-0826 – Primera Convocatoria, efectuada para la contratación de bienes: "*Alimentos para el personal de OO. Tcos y SSOO de la IV División del Ejército y 2ª Brigada de Infantería para AF 2023 – PP 135*", con un valor estimado total de S/ 1 007 926.38 (un millón siete mil novecientos veintiséis con 38/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección.**

Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo el marco normativo del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y modificatorias, en lo sucesivo **el Reglamento**.

Según el cronograma del procedimiento de selección, y de acuerdo a la información registrada en el SEACE, desde el 2 al 14 de diciembre de 2022, se efectuó el registro de participantes, registro y presentación de ofertas; asimismo, el 15 del mismo mes y año, se desarrolló la apertura de ofertas y el periodo de lances.

Firmado digitalmente por HERRERA GUERRA Jorge Luis FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.02.2023 16:47:51 -05:00

Firmado digitalmente por INGA HUAMAN Hector Marin FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.02.2023 17:43:50 -05:00

Firmado digitalmente por SAAVEDRA ALBURQUEQUE Paola FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.02.2023 16:40:21 -05:00

Asimismo, de acuerdo al "Formato N.º 11 - Acta de admisión y verificación de documentos presentados" de fecha 16 de diciembre de 2022, registrada en el SEACE en la misma fecha, se dejó constancia del otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección a la empresa Inversiones Lyam del Perú E.I.R.L., por el importe de S/ 982 926.00 (novecientos ochenta y dos mil novecientos veintiséis con 00/100 soles); obteniéndose los siguientes resultados:

POSTOR	**ETAPAS**			
	Precio	**Orden de prelación según reporte automático del SEACE**	**Requisitos de habilitación**	**Resultados de otorgamiento de la buena pro**
Katherin Brigitte Taboada Rojas.	S/ 904 380.27	1	No cumple	Oferta no válida, no cumple requisitos de habilitación
Inversiones Lyam del Perú E.I.R.L.	S/ 982 926.00	2	Cumple	Adjudicatario (1er. Lugar de ofertas válidas)
"Inversiones JR Perú E.I.R.L."	S/ 1 006 000.00	3	Cumple	2º Lugar de ofertas válidas
Nelly Cárdenas Palomino	S/ 1 007 920.00	4	No se revisó	Oferta vigente, no se revisó el cumplimiento de requisitos de habilitación.

2. Mediante formulario de interposición de recurso impugnativo y Escrito N.º 1, presentados el 29 de diciembre de 2022 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, subsanado el 4 de enero de 2023, a través del Escrito N.º 2, el postor "Inversiones JR Perú E.I.R.L.", en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro, solicitando como pretensiones que se declare la nulidad del otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario y, en su lugar, se le adjudique la buena pro a su favor. Para sustentar su recurso, presenta los siguientes fundamentos:

Respecto al envase del producto "filete de bonito refrigerado":

- Manifiesta que, en la ficha técnica del producto "filete de bonito refrigerado", se indica que este debe contar con envase, con la finalidad de que pueda consignar el rotulado correspondiente, de acuerdo a los artículos 150 y 151 de la Norma Sanitaria para las Actividades Pesqueras; no obstante, advierte que, según el folio 84 de la propuesta del Adjudicatario, su producto no cuenta con envase.

- A su vez, alega que la información descrita en el folio en mención contradice lo que indica su protocolo técnico para la habilitación sanitaria de planta de procesamiento industrial de productos pesqueros y acuícolas de la planta de la planta de procesamiento de la cual proviene, obrante en el folio 73 de la referida propuesta; toda vez que, en la columna "presentación", indica que el producto es envasado al vacío termoformado.

Respecto a la falta de indicación de las especies de los productos "zapallo macre categoría primera" y "ajo categoría primera" en las respectivas autorizaciones sanitarias de establecimiento dedicado al procesamiento primario:

- Sostiene que otro de los alimentos objeto de convocatoria es el zapallo macre categoría primera, de la especie *cucurbita máxima*, la cual, según indica, debe estar comprendida en la autorización sanitaria de establecimiento dedicado al procesamiento de alimentos agropecuarios y piensos, que se exige como requisito de habilitación en el procedimiento.

  Al respecto, advierte que, para acreditar tal exigencia, el Adjudicatario presentó la Autorización sanitaria de establecimiento dedicado al procesamiento de alimentos agropecuarios y piensos N.º 000031-MINAGRI-SENASA-AYACUCHO; sin embargo, este documento no incluye la especie *cucurbita máxima* sino la especie *cucurbita moschata*.

  Indica que, en la Resolución N.º 4312-2022-TCE-S3, el Tribunal se pronunció sobre un caso similar, en la que descalificó al postor, porque la autorización respectiva no incluía la denominación común o científica correcta del bien objeto de la convocatoria.

Ahonda más, y considera que no hay certeza sobre la especie ofrecida por el Adjudicatario, si es la especie *cucurbita máxima* o si es la que se consigna en la autorización, especie *cucurbita moschata*.

- De manera similar al cuestionamiento precedente, señala que en la ficha técnica del ajo categoría primera, se indica que esta corresponde a la especie *Allium sativum L*; sin embargo, solo en una de las dos autorizaciones presentadas por el Adjudicatario para sustentar la habilitación correspondiente, se hace mención de dicha especie.

Respecto a la falta de firma ni visado en diversos folios de la oferta:

- Alude que el numeral 1.4 del capítulo I de la sección general de las bases integradas precisa que los documentos que conforman las ofertas deben encontrarse firmados y visados por el postor.

- Por ello, cuestiona que los folios 18 al 24, 26 al 29, 33, 60 al 67, 73 al 82 y 132 al 143 de la oferta del Adjudicatario no presenten firma ni visado.

3. Con decreto del 9 de enero de 2023, debidamente notificado en el SEACE el día 11 del mismo mes y año, 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. Para tal fin se le otorgó el plazo de tres (3) días hábiles.

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. El 16 de enero de 2023, la Entidad registró en el SEACE el Informe Técnico Legal N.º 001/2ª. Brig. Inf./ABSTO/OEC/JGVB, suscrito por el Jefe del Órgano Encargado de las Contrataciones, en el que absolvió el recurso de apelación contra la buena pro otorgada al Adjudicatario, en el siguiente sentido:

Respecto al envase del producto "filete de bonito refrigerado":

- Indica que la ficha técnica del producto "filete de bonito refrigerado" recoge como característica que este debe ser "envasado y/o embalado", percibiéndose una disyuntiva y copulativa (y/o); por lo cual, considera que alimento puede ser únicamente envasado, embalado o contar con envasado y embalado.

  Adicionalmente, precisa que la descripción del envase y/o embalaje recoge una pluralidad de acepciones, pudiendo ser estas cajas, contenedores u otros; en ese sentido, considera que el término debe ser asumido de modo genérico y no propiamente como un envase.

  Para mayor detalle, cita la definición que recoge la Real Academia Española en cuanto al envase, precisando que este envuelve o contiene artículos de comercio u otros efectos para conservarlos o transportarlos; por otro lado, describe que el embalado es la cubierta con la que se resguardan los objetos que han de transportarse. De tal manera, el primero es aquel material que contiene un artículo, mientras el segundo es el destinado a la protección para el transporte.

  Advierte que el cuestionamiento que realiza el Impugnante refiere al numeral 2.3 de las especificaciones técnicas, que describe el rotulado, y no al numeral 2.2, relativo al envasado y/o embalado; y que, por ende, no pueden asimilarse como términos iguales.

- Indica que, al declarar el Impugnante que el producto en mención no se encuentra envasado, quiere decir que aparta el envasado del producto, y lo ofrece bajo el término de embalado.

Respecto a la falta de indicación de la especie de los productos "zapallo macre categoría primera" y "ajo de primera categoría" en la autorización sanitaria de establecimiento dedicado al procesamiento primario:

- Por otro lado, señala que el comité de selección revisó que las autorizaciones sanitarias contengan la categoría y especie de los productos ofertados; asimismo, expresa que el folio 11 de su oferta incluye el documento denominado Listado de productos ofertados, dentro del cual se especifica la especie requerida.

- Asimismo, expresa que dicho postor presentó el Anexo N.º 4, por medio del cual declaró cumplir con las especificaciones técnicas contenidas en el capítulo III de la sección específica de las bases integradas.

- Igualmente, alude que la segunda autorización (N.º 000017-MINAGI-SENASA-TUMBES) sí cumple con detallar las especies solicitadas.

- Además, manifiesta que conforme al numeral 6.3 de la Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD, existe la presunción de cumplimiento de los bienes ofertados de acuerdo a la ficha técnica.

Respecto a la falta de firma y visado en diversos folios de la oferta:

- Considera la falta de firma en algunos de los folios de la oferta del Adjudicatario subsanable, conforme al literal b) del numeral 60.2 del artículo 60 del Reglamento.

5. Por medio del Escrito N.º 1, presentado el 16 de enero de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al procedimiento y absolvió el recurso de apelación, en el cual solicitó que se declare infundado el recurso de apelación. Al respecto, presentó los siguientes fundamentos:

Respecto al envase del producto "filete de bonito refrigerado":

- Advierte que, en el numeral 2.2 de la ficha técnica, se establece que el producto puede ser envasado y/o embalado.

- Indica que el Protocolo técnico para habilitación sanitaria de planta de procesamiento industrial de productos pesqueros y acuícolas N.º PTH-0895-2022-SANIPES, incluido en su oferta, señala que su producto viene en dos presentaciones, la primera, que no tiene envase y la segunda con envase.

  Al respecto, indica que su representada ofrece la primera presentación, es decir, sin envase; sin embargo, recalca que sí viene embalado.

- Detalla que ha presentado como parte de su oferta la declaración jurada de cumplimiento de especificaciones técnicas; asimismo, hace énfasis en que debe aplicarse la presunción que considera absoluta de cumplimiento de dichas especificaciones, recogida en la Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD.

Respecto a la falta de indicación de las especies de los productos "zapallo macre categoría primera" y "ajo categoría primera" en las respectivas autorizaciones sanitarias de establecimiento dedicado al procesamiento primario:

- Igualmente, apela a que se aplique la presunción de cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas.

- En adición a ello, manifiesta que presentó dos autorizaciones sanitarias, señalando expresamente la Autorización Sanitaria N.º 000017-MINAGRI-SENASA-TUMBES la especie requerida para el zapallo y el ajo.

Respecto a la falta de firma y visado en diversos folios de la oferta:

- Manifiesta que la falta de firma en los documentos indicados por el Impugnante pueden enmarcarse en los supuestos de subsanación de ofertas recogidos en los literales a) y c) del numeral 60.2 del artículo 60 del Reglamento, referidos a la omisión de determinada información y legalización notarial de alguna firma, respectivamente.

- Añade que en el caso concreto opera el principio de presunción de veracidad, que establece presumir como ciertos los documentos y declaraciones formuladas por los administrados.

6. A través del decreto del 18 de enero de 2023, se tuvo por apersonado al presente procedimiento al Adjudicatario y por absuelto el recurso de apelación.

7. Con decreto de la misma fecha, se remitió el expediente a la Tercera 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; al respecto, el expediente se recibió en Sala el día 20 del mismo mes y año.

8. Por medio del decreto del 24 de enero de 2023, se programó audiencia pública para el 30 del mismo mes y año, la cual se llevó a cabo con la participación de los representantes del Impugnante, el Adjudicatario y la Entidad.

9. Mediante decreto del 30 de enero de 2023, se requirió a la Central de Compras Públicas – Perú Compras, lo siguiente:

a) Señalar si la formulación de la ficha técnica consignada en las bases del procedimiento de selección, referente al envase y/o embalado, así como el rotulado, resulta válida o, por el contrario, hay indeterminación en la presentación del producto que se requiere.

b) Detallar si el término "envase" debe entenderse, en su sentido estricto, como embalaje primario, o también se puede referir al embalaje secundario o terciario[1].

c) Indicar si es cierto lo que dice el Adjudicatario respecto a que el texto recogido en el numeral 2.2 de la ficha técnica permite entender que el filete de bonito refrigerado tenga tres posibles presentaciones: (i) envasado, (ii) embalado o (iii) envasado y embalado.

d) Precisar si el hecho de que el producto que el Adjudicatario oferta no cuente con envase, en su acepción de empaque primario, implica que incumple las reglas previstas en la ficha técnica.

---

[1] En la Norma Técnica Peruana Nº 900.080:2015 "Envase y embalajes. Requisitos de los envases y embalajes. Programa de ensayo y criterios de evaluación de biodegrabilidad", se expresan las siguientes definiciones:
"4. TÉRMINOS Y DEFINICIONES
4.1 Envase: Se entiende por el material que contiene o guarda a un producto y que forma parte integral del mismo; sirve para proteger la mercancía y distinguirla de otros artículos. En forma más estricta, el envase es cualquier recipiente, lata, caja o envoltura propia para contener alguna materia o artículo. También se le conoce como "Embalaje Primario".
4.2 Empaque: Es cualquier material que encierra o protege un artículo con o sin envase con el fin de preservarlo y facilitar su entrega al consumidor. También se le conoce como "Embalaje Secundario".
4.3 Embalaje: Son todos los materiales, procedimientos y métodos que sirven para acondicionar, presentar, manipular, almacenar, conservar y transportar una mercancía."

10. Por medio del decreto del 2 de febrero de 2022, se declaró el expediente listo para resolver.

11. A través del Oficio N.º 00149-2023-PERÚ COMPRAS, presentado el 6 de febrero de 2023 ante el Tribunal, la Central de Compras Perú Compras remitió el Informe N.º 000001-2023-PERÚCOMPRAS-DES-CSI-CAG, en el que se dio atención a la consulta efectuada con decreto del 30 de enero de 2023, en el siguiente sentido:

a) En relación con el envase y embalaje, señala que, de acuerdo a la precisión 2 de la ficha técnica del bien filete de bonito refrigerado, la Entidad debió precisar en las bases (sección específica, especificaciones técnicas numeral 2 y/o proforma del contrato) el tipo de envase y embalaje que los proveedores deben utilizar, siempre y cuando se haya verificado la pluralidad de ofertas.

   De otro lado, con relación al rotulado del envase se establece que, en la Precisión 3 de la referida ficha técnica se señala que la entidad convocante debe indicar en las bases la información que considere deba estar rotulada en el envase, sin que esta modifique las características del bien descrito en la ficha Ttécnica.

   Al respecto, de la revisión de las bases de la subasta inversa electrónica, advierte que la Entidad no ha consignado ninguna precisión relacionada con el envase y/o embalaje y el rotulado; en ese sentido, la Entidad no ha establecido con precisión en las bases del procedimiento la presentación del bien requerido.

b) Por su parte, manifiesta que, de acuerdo al Códex Alimentarius, el envase es cualquier recipiente que contiene los alimentos para su entrega como un producto único, que los cubre total o parcialmente y que incluye los embalajes y envolturas. Detalla que el envase indicado en el numeral 2.3 de la ficha técnica del bien en mención, se refiere al recipiente que contiene el producto final.

c) Añade que el numeral 2.2 de la ficha técnica del bien objeto de la consulta contempla la posibilidad de que las entidades puedan indicar cualquiera de las presentaciones autorizadas por el ente rector, siempre y cuando se haya verificado la pluralidad de postores, entre las cuales podrían encontrarse presentaciones señaladas por el Adjudicatario.

d) Asimismo, indica que el bien materia de consulta es un alimento que está bajo la competencia en materia de inocuidad, del Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (SANIPES), quien ha establecido los requisitos documentarios mínimos obligatorios para su comercialización, los que han sido recogidos en el Documento de Información Complementaria (DIC) del rubro Alimentos, bebidas y productos de tabaco del Listado de Bienes y Servicios Comunes (LBSC).

   En línea con ello, refiere que el DIC versión 18 estuvo vigente cuando la Entidad realizó la convocatoria del procedimiento de selección.

   Alude que es posible que en el mercado se encuentre autorizado para comercializar el filete de bonito envasado o no, dado que, para cada caso, existen requisitos documentarios mínimos establecidos por este ente rector. En tal sentido, se indica, que no es posible emitir opinión respecto a la consulta, debido a que la Entidad no estableció la presentación del producto de manera precisa en el requerimiento consignado en las bases del procedimiento de selección, al no cumplir con lo solicitado en la Precisión 2 y Precisión 3; asimismo, no ha consignado los requisitos de habilitación que deberían concordar con lo descrito en dichas precisiones.

12. En atención a lo informado por la Central de Compras Perú Compras, se advirtieron posibles vicios de nulidad en las bases del procedimiento de selección, por no haberse precisado la forma de presentación del envase y/o embalaje y el rotulado; lo descrito en dichas asimismo, no ha consignado los requisitos de habilitación que deberían concordar con precisiones. Por ende, por medio del decreto del 6 de febrero de 2023, se dejó sin efecto el decreto del 2 de febrero de 2023, mediante el cual se declaró el expediente listo para resolver, a fin de cumplir con el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento, el cual establece que se otorgue a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para trasladar a las partes posibles vicios de nulidad.

13. Mediante Escrito N.º 3, presentado el 13 de febrero de 2023 ante el Tribunal, la Entidad absolvió el traslado de nulidad, en el siguiente sentido:

- Manifiesta que en el capítulo II de las bases, no ha modificado ningún término de las bases estándar.

- Asimismo, advierte que en el capítulo III, se encuentra el requerimiento y sus fichas técnicas presentadas por la unidad usuaria.

- Por otro lado, menciona que en el numeral 4.1 del capítulo IV de la sección específica de las bases se detalla el link con el que se accede a los requisitos de habilitación de la ficha técnica "filete de bonito refrigerado".

- En lo referente al envasado y/o embalado, manifiesta que las bases solicitaron la presentación del protocolo técnico para la habilitación sanitaria de procesamiento industrial de productos pesqueros y acuícolas. En referencia a ello, indica que en la página 75 de la oferta del Adjudicatario, se encuentra el producto solicitado y en la página 76, se detalla que el envasado/sellado al vacío consiste solo en la eliminación y que no aplica para producto refrigerado.

- Por su parte, en lo referente al rotulado, detalla que la ficha técnica del producto "filete de bonito refrigerado", se indica que el producto debe llevar una etiqueta donde se declare el cumplimiento de los artículos 150 y 151 de la Norma Sanitaria para las actividades pesqueras y acuícolas, aprobada mediante Decreto Supremo N.º 040-2001-PE y sus modificatorias, así como lo indicado en la NMP 001:2019, Requisitos para el etiquetado de preenvases "Norma General para el etiquetado de los alimentos preenvasados".

14. Por medio del Escrito N.º 3, presentado el 13 de febrero de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario absolvió el traslado de nulidad, en el siguiente sentido:

- Manifiesta que, previo a los apartados titulados como Precisión 2 y Precisión 3, se verifica la existencia de los apartados denominados "2.2. Envase y/o embalaje" y "2.3. Rotulado", donde se efectúan las precisiones y directivas respecto a los envases y/o embalajes del producto objeto de proceso, así como el contenido del rotulado, lo cual sin necesidad de efectuar interpretaciones o aclaraciones permite dar a conocer las características básicas del producto a ofertar.

- Alude que, si bien en la Precisión 2 de la ficha técnica aprobada por Perú Compras, se indicó que la entidad convocante deberá de indicar en las bases el tipo de envase y embalaje a utilizar, en la parte final de dicho párrafo se señala ello se verificará siempre y cuando se haya verificado que estas características aseguren la pluralidad de postores; lo cual conlleva a asumir

que la precisión a realizar no constituye una obligación indispensable que la entidad tenga que efectuar, pues la precisión estará supeditada a que no se limite la pluralidad de postores.

- De igual manera, alude que en la precisión 3 de la ficha técnica no expresa una obligación ineludible de especificar información que contendrá la etiqueta, en tanto ya es especificada en dicho apartado.

- Advierte, además, que no es necesario declarar la nulidad del procedimiento de selección, puesto que no se ha descartado ofertas por el incumplimiento de los requisitos previstos en las precisiones 2 o 3.

- Estima que es necesario aplicar el principio de trascendencia y conservar el acto administrativo, a efectos de no perjudicar a postor alguno.

15. Con decreto del 13 de febrero de 2023, se declaró el expediente listo para resolver.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por la empresa "Inversiones JR Perú E.I.R.L." contra el otorgamiento de la buena pro de la Subasta Inversa Electrónica N.º 007-2022-EP/UO-0826 – Primera Convocatoria.

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

1. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección 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.

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 o referencial sea superior a cincuenta (50) UIT 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 estimado o referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto a una subasta inversa electrónica, cuyo valor estimado total asciende a S/ 1 007 926.38 (un millón siete mil novecientos veintiséis con 38/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 50 UIT, 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 recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario; por consiguiente, se advierte que

el acto objeto de cuestionamiento no se encuentra comprendido 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. En el caso de subasta inversa electrónica, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, salvo que su valor estimado o referencial corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

De igual modo, según el literal c) del artículo 122 del Reglamento, la omisión de los requisitos señalados en los literales b), d), e), f) y g) del artículo 121 –identificación del impugnante, el petitorio, las pruebas instrumentales pertinentes, la garantía por interposición del recurso y copia de la promesa de consorcio, cuando corresponda–, es subsanada por el apelante dentro del plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de la presentación del recurso de apelación.

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, teniendo en cuenta que el procedimiento de selección se efectuó mediante una subasta inversa electrónica, cuyo valor estimado es superior al correspondiente a una licitación pública o concurso público, el Impugnante contaba con un plazo de ocho (8) días hábiles para interponer su recurso de apelación, el cual vencía el 29 de diciembre de 2022, considerando que la buena pro fue publicada en el SEACE el día 16 del mismo mes y año[2].

[2] Mediante Decreto Supremo N° 033-2022-PCM, se declaró el lunes 26 de diciembre de 2022, día no laborable para los trabajadores del sector público a nivel nacional; por tanto, tal fecha no se computa en el plazo que tenía el Impugnante para interponer su recurso de apelación.

Precisamente, se aprecia que el 29 de diciembre de 2022, el Impugnante presentó su primer escrito impugnatorio, subsanándolo el 4 de enero de 2023[3], es decir, dentro de los dos días hábiles posteriores; en ese sentido, se verifica que cumplió con interponer su recurso dentro de 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 de los dos escritos del recurso de apelación, se observa que este aparece suscrito por el señor Jorge Raúl Serva Fernández, 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 pueda evidenciarse que el Impugnante se encuentre inmerso en alguna causal de impedimento.

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

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte algún elemento a partir del cual se evidencie 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 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 extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación, a través del cual se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

---

[3] Por medio de los Decretos Supremos N° 033-2022-PCM y N° 151-2022-PCM, se declaró el viernes 30 de diciembre de 2022 y el lunes 3 de enero de 2023, como días no laborables para los trabajadores del sector público a nivel nacional; por tanto, tales fechas no se computan en el plazo que tenía el Impugnante para interponer su recurso de apelación.

Nótese que, de determinarse irregular la decisión del comité de selección, causaría agravio al Impugnante en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro, puesto que el otorgamiento de la buena pro habría sido realizado transgrediendo lo establecido en la Ley, el Reglamento y las bases integradas del procedimiento de selección; 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, la oferta del Impugnante ocupó el segundo lugar de las ofertas válidas en el procedimiento de selección.

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

El Impugnante solicitó como pretensiones que se declare la nulidad del otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario y, en su lugar, se le adjudique la buena pro a su favor; por tanto, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que estos se encuentran orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

3. En consecuencia, 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 que corresponde efectuar el análisis de los asuntos de fondo propuestos.

B. PRETENSIONES:

De la revisión del recurso de apelación se advierte que el Consorcio Impugnante solicitó a este Tribunal lo siguiente:

- Se declare la nulidad del otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario.
- Se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

4. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar el análisis de

fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos del presente recurso.

Al respecto, es preciso tener en consideración lo establecido en el literal b) del numeral 126.1 del artículo 126 y literal b) del artículo 127 del Reglamento, que indica 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.

Asimismo, de acuerdo con el literal a) del numeral 126.1 del artículo 126 del Reglamento, los postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados deben absolver el traslado del recurso de apelación dentro del plazo de tres (3) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de haber sido notificados con el respectivo recurso.

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 ese contexto, se tiene que el decreto de admisión del recurso fue publicado de manera electrónica por el Tribunal en el SEACE el 11 de enero de 2023, conjuntamente con el escrito impugnativo, por lo cual el traslado del recurso de apelación podía hacerse hasta el 16 del mismo mes y año.

Precisamente, se aprecia que el Adjudicatario presentó su escrito de absolución al recurso de apelación el 16 de enero de 2023, en el cual únicamente se limita a responder a los argumentos del recurso, mas no plantea observaciones a la oferta de su contraparte.

5. En atención a ello, los puntos controvertidos a esclarecer son los siguientes:

- Determinar si el Adjudicatario ofertó el alimento "filete de bonito refrigerado", conforme a las bases integradas.

- Determinar si el Adjudicatario presentó las autorizaciones sanitarias de establecimiento dedicado al procesamiento primario de los alimentos "zapallo macre categoría primera" y "ajo categoría primera", de acuerdo a las bases integradas.

- Determinar si existe omisión de visado y/o firma en los documentos que componen la oferta del Adjudicatario, y si en todo caso dicho defecto puede ser subsanable.

- Determinar si corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección al Impugnante.

D. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

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

7. En adición a lo expresado, es menester destacar que el procedimiento administrativo se rige por principios que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.

8. 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.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si el Adjudicatario ofertó el alimento "filete de bonito refrigerado", conforme a las bases integradas.

9. Conforme se desprende de los antecedentes, en su recurso de apelación, el Impugnante manifiesta que en la ficha técnica del producto "filete de bonito refrigerado", se indica que este debe contar con envase, con la finalidad de que pueda consignar el rotulado correspondiente, de acuerdo a los artículos 150 y 151 de la Norma Sanitaria para las Actividades Pesqueras; no obstante, advierte que, según el folio 84 de la propuesta del Adjudicatario, su producto no cuenta con envase.

A su vez, alega que la información descrita en el folio en mención contradice lo que indica su protocolo técnico para la habilitación sanitaria de planta de procesamiento industrial de productos pesqueros y acuícolas de la planta de la planta de procesamiento de la cual proviene, obrante en el folio 73 de la referida propuesta; toda vez que en la columna "presentación", indica que el producto es envasado al vacío termoformado.

10. En atención a ello, el Adjudicatario presentó su escrito de absolución al recurso, en el que advierte que el numeral 2.2 de la ficha técnica establece que el producto puede ser envasado y/o embalado.

Indica que el Protocolo técnico para habilitación sanitaria de planta de procesamiento industrial de productos pesqueros y acuícolas N.º PTH-0895-2022-SANIPES, incluido en su oferta, señala que su producto viene en dos presentaciones, la primera, que no tiene envase y la segunda con envase.

Al respecto, indica que su representada ofrece la primera presentación, es decir, sin envase; sin embargo, recalca que sí viene embalado.

Detalla que ha presentado como parte de su oferta la declaración jurada de cumplimiento de especificaciones técnicas; asimismo, hace énfasis en que debe aplicarse la presunción que considera absoluta de cumplimiento de dichas especificaciones, recogida en la Directiva N.º 006-2019-OSCE/CD.

11. A su vez, la Entidad presentó el Informe técnico Llegal N.º 001/2ª. Brig. Inf./ABSTO/OEC/JGVB, suscrito por el jefe del Órgano Encargado de las Contrataciones, en el que manifestó que la ficha técnica del producto "filete de bonito refrigerado" recoge como característica que este debe ser "envasado y/o embalado", percibiéndose una disyuntiva y copulativa (y/o); por lo cual, considera

que el alimento puede ser únicamente envasado, embalado o contar con envasado y embalado.

Adicionalmente, precisa que la descripción del envase y/o embalaje recoge una pluralidad de acepciones, pudiendo ser estas cajas, contenedores u otros; en ese sentido, considera que el término debe ser asumido de modo genérico y no propiamente como un envase.

Para mayor detalle, cita la definición que recoge la Real Academia Española en cuanto al envase, precisando que este envuelve o contiene artículos de comercio u otros efectos para conservarlos o transportarlos; por otro lado, describe que el embalado es la cubierta con la que se resguardan los objetos que han de transportarse. De tal manera, el primero es aquel material que contiene un artículo, mientras el segundo es el destinado a la protección para el transporte.

Advierte que el cuestionamiento que realiza el Impugnante se refiere al numeral 2.3 de las especificaciones técnicas, que describe el rotulado, y no al numeral 2.2, relativo al envasado y/o embalado; y que, por ende, no pueden asimilarse como términos iguales.

Indica que, al declarar el Impugnante que el producto en mención no se encuentra envasado, quiere decir que aparta el envasado del producto, y lo ofrece bajo el término de embalado.

12. En primer lugar, es pertinente tener en claro las reglas de la contratación de una subasta inversa electrónica, como la presente.

El artículo 26 de la Ley establece que la subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes. La ficha técnica debe ser utilizada, incluso en aquellas contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación.

En congruencia, el artículo 110 del Reglamento indica que, mediante dicho método de contratación, se contratan bienes y servicios comunes, siendo el postor ganador aquel que oferte el menor precio por los bienes y/o servicios objeto de dicha subasta.

Para ello, la Central de Compras Perú Compras genera y aprueba las fichas técnicas de los bienes y servicios a incluirse en el Listado de Bienes y Servicios Comunes

(LBSC), así como, información complementaria de los rubros a los que corresponden, a los que se accede a través del SEACE, pudiendo ser objeto de modificación o exclusión, previo sustento técnico.

Cabe tener en cuenta que la ficha técnica es un documento de contenido estándar mediante el cual se ha uniformizado la identificación y descripción de un bien o servicio común, a fin de facilitar la determinación de las necesidades de las Entidades para su contratación y verificación al momento de la entrega o prestación a la entidad.

13. En cuanto al presente procedimiento de selección, la convocatoria tiene como objeto la contratación del suministro de veintiséis tipos de alimentos para el personal de OO, TCOS, y SSOO de la IV División del Ejército y 2ª Brigada de Infantería para el año fiscal 2023, siendo uno de ellos el filete de bonito refrigerado.

Al respecto, el 5 de mayo de 2022, la Central de Compras Públicas - Perú Compras aprobó, mediante Resolución Jefatural N.º 000034-2022-PERÚ COMPRAS, la versión 3 de la Ficha Técnica del bien "filete de bonito refrigerado". Para mayor detalle, se muestra la ficha técnica señalada:

FICHA TÉCNICA
APROBADA

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL BIEN

Denominación del bien	: FILETE DE BONITO REFRIGERADO
Denominación técnica	: PESCADO BONITO FRESCO EN FILETE
Unidad de medida	: KILOGRAMO
Descripción general	: Son tajadas de carne de pescado de la especie *Sarda chiliensis* de forma y dimensiones irregulares, separadas del cuerpo mediante cortes paralelos a la columna vertebral; pudiendo cortarse transversalmente.

2. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL BIEN

2.1. Del bien

El filete de Bonito refrigerado debe mantenerse a una temperatura cercana a los 0 °C, y estar permanentemente en hielo[1] hasta el momento de su entrega, para lo cual se debe aplicar una cantidad adecuada y suficiente de hielo, según lo indicado en los artículos 28 y 50 de la Norma Sanitaria para las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobada mediante Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias y en el numeral 4.1.2 de la norma NTP-CODEX CAC/RCP 52:2017 CÓDIGO DE PRÁCTICAS PARA EL PESCADO Y LOS PRODUCTOS PESQUEROS. 1ª Edición.

El filete de Bonito refrigerado debe presentar las siguientes características:

CARACTERÍSTICA	ESPECIFICACIÓN	REFERENCIA
CALIDAD		
Frescura	Debe presentar las condiciones de frescura de acuerdo con la especie. El pescado debe ser limpio y fresco, sin ninguna clase de magulladuras, desgarramientos o coloraciones anormales.	NTP 041.001:2019 PESCADO FRESCO. Requisitos. 3ª Edición
Olor	El pescado debe tener el olor característico de la especie y debe estar libre de olores anormales.	
Presencia de parásitos	Ausencia	Manual Indicadores sanitarios y de inocuidad para los productos pesqueros y acuícolas para mercado nacional y de exportación, aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 057-2016-SANIPES-DE y su modificatoria.
INOCUIDAD	Cumplir con los requisitos establecidos por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES, Autoridad Nacional competente[2].	Manual Indicadores sanitarios y de inocuidad para los productos pesqueros y acuícolas para mercado nacional y de exportación, aprobado mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 057-2016-SANIPES-DE, y su modificatoria.

Precisión 1: La entidad convocante deberá precisar en las bases (sección específica, especificaciones técnicas, numeral 2 y/o proforma del contrato), si requiere que los filetes presenten o no piel y/o espinas.

El hielo utilizado debe ser limpio, almacenado higiénicamente, elaborado a partir de agua potable y estar convenientemente molido, de tal forma que permita su mezcla homogénea con el pescado, tal como lo indica el artículo del Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias.

[2] Según los artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 30063, Ley de creación del Organismo Nacional de Sanidad Pesquera, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1402.

Versión 03 Página 1 de 2

2.2. Envase y/o embalaje

Las cajas, contenedores u otros recipientes utilizados para el transporte y despacho del filete de pescado deben ser de materiales resistentes a la corrosión, lisos, no absorbentes y fáciles de identificar, limpiar y desinfectar. Asimismo, deben impedir que se alteren las características organolépticas del pescado, evitar que se transmita al pescado sustancias nocivas a la salud humana y ser resistentes de manera tal que aseguren la protección de los productos contra la contaminación y daños físicos, según lo indicado en los artículos 44 y 49 de la Norma Sanitaria para las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobada mediante Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias.

Precisión 2: La entidad convocante deberá indicar en las bases (sección específica, especificaciones técnicas numeral 2 y/o proforma del contrato), el tipo de envase y embalaje a utilizar, como, por ejemplo: bolsas de polietileno selladas dentro de caja térmica, cubiertas de hielo; entre otros, siempre y cuando se haya verificado que estas características aseguren la pluralidad de postores.

2.3. Rotulado

Los envases del filete de Bonito refrigerado deben llevar una etiqueta donde se declare lo siguiente, según lo indicado en los artículos 150 y 151 de la Norma Sanitaria para las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobada mediante Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias, así como lo indicado en la NMP 001: 2019 Requisitos para el etiquetado de preenvases. 5ª Edición y en la norma Codex CXS 1-1985 (2018) NORMA GENERAL PARA EL ETIQUETADO DE LOS ALIMENTOS PREENVASADOS:

- nombre común del pescado y tipo de producto;
- contenido neto, en el Sistema Nacional de Medidas;
- nombre y razón social y dirección de la empresa productora, importadora o distribuidora;
- identificación del lote;
- país de origen en caso de importación;
- condiciones de almacenamiento;
- tiempo de vida útil;
- instrucciones para su uso.

Precisión 3: La entidad convocante deberá indicar en las bases (sección específica, especificaciones técnicas numeral 2 y/o proforma del contrato), la información que considere deba estar rotulada en el envase. La información adicional que se solicite no puede modificar las características del bien descritas en el numeral 2.1 de la presente ficha técnica.

2.4. Inserto
No aplica.

Precisión 4: No aplica.

Versión 03 Página 2 de 2

Asimismo, el 18 de noviembre del mismo año, Perú Compras aprobó mediante Resolución Jefatural N.º 000154-2022-PERÚ COMPRAS, la versión 18 del Documento de Información Complementaria del rubro de Alimentos, bebidas y productos de tabaco, en la que establece los requisitos documentarios mínimos requeridos para dicho rubro, entre ellos, el filete de bonito refrigerado, así como la metodología a emplear para la comprobación de la calidad respectiva, según se puede ver de su tenor:

DOCUMENTO DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA
APROBADO

RUBRO: Alimentos, bebidas y productos de tabaco

[El texto redactado en letra cursiva, está referido a información referencial a tener en cuenta por la Entidad y no deberá incluirse en las Bases Estandarizadas]

OBJETIVO

Orientar a las Entidades en la elaboración de las Bases estandarizadas del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica - SIE para la contratación de bienes comunes.
El presente documento de Información Complementaria está constituido por las siguientes partes:

Parte I - REQUISITOS DOCUMENTARIOS MÍNIMOS DEL PROVEEDOR DEL BIEN

La información contenida en esta parte, precisará los requisitos documentarios mínimos y vigentes que deberá presentar el proveedor en un procedimiento de selección, de tal forma que se acredite el llevar a cabo la actividad económica materia de la contratación, según la reglamentación aplicable en el territorio nacional; asimismo, la inclusión de los referidos requisitos mínimos en las Bases para la convocatoria de una SIE, se realizará en el Capítulo IV "Requisitos de Habilitación" de las Bases estandarizadas, aprobadas por el OSCE.

(...)

N°	BIEN	REQUISITOS DOCUMENTARIOS MÍNIMOS
PRODUCTOS PESQUEROS Y ACUÍCOLAS		

(...)

N°	BIEN	REQUISITOS DOCUMENTARIOS MÍNIMOS
FILETE DE PESCADO REFRIGERADO		
336.	Filete de Bonito refrigerado	Copia simple de la Habilitación Sanitaria de Planta de procesamiento Industrial de Productos Pesqueros y acuícolas vigente; O, Copia simple de la Habilitación Sanitaria de Planta de Procesamiento Primario o Artesanal vigente, de ser el caso, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera – SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias. <u>En caso de que los bienes hayan sido almacenados previamente a su comercialización</u>: Copia simple de Habilitación Sanitaria del Almacén de Productos Pesqueros y Acuícolas vigente, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias. <u>En el caso de que los filetes se encuentren envasados</u>: copia Simple del Registro Sanitario de Productos Pesqueros y Acuícolas y sus Aditivos Alimentarios vigente, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera – SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE, para cada bien a contratar. Copia simple del Protocolo Técnico de Habilitación Sanitaria de Transporte Terrestre de Productos Pesqueros y Acuícolas (vehículos isotérmicos, refrigerados y/o congelados) vigente, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE y sus modificatorias, y del Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE.
337.	Filete de Cojinova refrigerado	
338.	Filete de Corvina refrigerado	
339.	Filete de Jurel refrigerado	
340.	Filete de Lisa refrigerado	
341.	Filete de Merluza refrigerado	
342.	Filete de Perico refrigerado	
343.	Filete de Reineta refrigerado	
344.	Filete de Tilapia refrigerado	
345.	Filete de Tollo refrigerado	
346.	Filete de Trucha refrigerado	

(...)

DOCUMENTO DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA
APROBADO

RUBRO: Alimentos, bebidas y productos de tabaco

Parte II - CERTIFICACIÓN DE CALIDAD DEL BIEN

La información contenida en esta parte, precisará la metodología a emplear para la comprobación de la calidad de los bienes a contratar; asimismo, dicha información podrá ser empleada por las entidades para establecer la exigencia de dicha comprobación en la elaboración de las bases para la convocatoria de una SIE, específicamente en lo relacionado al numeral 3.2.2 "Métodos de muestreo, ensayos o pruebas para la conformidad de los bienes" del Capítulo III "Especificaciones Técnicas" de las Bases Estandarizadas, aprobadas por el OSCE, de acuerdo a la siguiente estructura:

(...)

N	2.1 BIEN	2.2 MÉTODO DE MUESTREO	2.3 ENSAYOS O PRUEBAS
342.	Perico entero refrigerado – calidad A		
343.	Suco/Coco eviscerado con cabeza refrigerado – calidad A		
344.	Suco/Coco eviscerado sin cabeza refrigerado – calidad A		
345.	Tollo entero refrigerado – calidad A		
346.	Filete de Bonito refrigerado	Según lo indicado en el numeral 6.2 de la NTP 041.001:2019 PESCADO FRESCO. Requisitos. 3ª Edición.	Según lo indicado en el numeral 7 de la NTP 041.001:2019 PESCADO FRESCO. Requisitos. 3ª Edición. Para el análisis de presencia de parásitos, utilizar la NTP 102.001:2018 PESCADOS. Método de ensayo para la detección de parásitos visibles en músculo de pescado. 1ª Edición, cuando corresponda.
347.	Filete de Cojinova refrigerado		
348.	Filete de Corvina refrigerado		
349.	Filete de Jurel refrigerado		
350.	Filete de Lisa refrigerado		
351.	Filete de Merluza refrigerado		
352.	Filete de Perico refrigerado		
353.	Filete de Reineta refrigerado		
354.	Filete de Tilapia refrigerado		
355.	Filete de Tollo refrigerado		
356.	Filete de Trucha refrigerado		

Por tanto, considerando que el presente procedimiento se convocó el 1 de diciembre de 2022, la Entidad debía acoplar los citados documentos a las bases.

Precisamente, se advierte que, en las páginas 85 y 86 de las bases integradas, se incorporó de manera literal el contenido de la ficha técnica aprobada mediante la Resolución Jefatural N.º 000034-2022-PERÚ COMPRAS.

14. Ahora bien, centrándonos en la controversia del asunto, se evidencia que las partes tienen una interpretación distinta de lo que establecen las bases sobre el envase y/o embalado del "filete de bonito refrigerado".

Por un lado, el Impugnante considera que las bases solicitan que el producto necesariamente contengan envase y, por ende, ofrece dos razones por las que la oferta del Adjudicatario no cumple con lo requerido [(i) porque el folio 73 de su oferta detalla que no es envasado y (ii) porque hay incongruencia entre el folio 73 y 84 de su oferta], mientras que el Adjudicatario interpreta que las bases permiten que el producto se presente únicamente con embalado y no empaque primario y que, bajo ese entender, su propuesta cumpliría con lo previsto en las bases y sería congruente.

15. Considerando esa diferencia en el entendimiento de este extremo de las bases, resulta imprescindible acudir a estas, a efectos de determinar cuál es el alcance de las reglas previstas para la presentación del producto "filete de bonito refrigerado".

16. Al respecto, se aprecia que, en el numeral 2.2 de la ficha técnica, que recoge las bases para el producto "filete de bonito refrigerado", se indica que las cajas, contenedores u otros recipientes utilizados para el transporte y despacho del filete de pescado deben ser de materiales resistentes a la corrosión, lisos, no absorbentes y fáciles de identificar, limpiar y desinfectar.

17. En cuanto a este punto, tanto la Entidad como el Adjudicatario aluden que, al ser el título de dicho numeral 2.2, "Envase y/o embalaje", se permite que el alimento puede presentarse de tres formas: (i) únicamente envasado, (ii) embalado o (iii) contar con envasado y embalado.

Ahora bien, es pertinente tener en cuenta que, en la Norma Técnica Peruana N.º 900.080:2015 "Envase y embalajes. Requisitos de los envases y embalajes. Programa de ensayo y criterios de evaluación de biodegrabilidad"[4], se expresan las siguientes definiciones:

[4] INDECOPI (2015*). Norma Técnico Peruana Nº 900.080:2015. Envases y embalajes. Requisitos de los envases y embalajes. Programa de ensayo y criterios de evaluación de biodegrabilidad*. Recuperado de: http://www.biodegradable.com.pe/documentos/Doc-2020/06-INDECOPI-NTP_900_080_2015_ENVASES_Y_EMBALAJE.pdf.

> ***4. TÉRMINOS Y DEFINICIONES***
>
> ***4.1 Envase:*** *Se entiende por el material que contiene o guarda a un producto y que forma parte integral del mismo; sirve para proteger la mercancía y distinguirla de otros artículos. En forma más estricta, el envase es cualquier recipiente, lata, caja o envoltura propia para contener alguna materia o artículo. También se le conoce como "Embalaje Primario".*
>
> ***4.2 Empaque:*** *Es cualquier material que encierra o protege un artículo con o sin envase con el fin de preservarlo y facilitar su entrega al consumidor. También se le conoce como "Embalaje Secundario".*
>
> ***4.3 Embalaje:*** *Son todos los materiales, procedimientos y métodos que sirven para acondicionar, presentar, manipular, almacenar, conservar y transportar una mercancía.*
>
> *El embalaje en su expresión más breve es la caja o envoltura con que se protegen las mercancías para su transporte y almacenamiento. Es conocido también como "Embalaje Terciario o re-embalaje". La película stretch es el embalaje por excelencia. Sirve para transportar la mercancía de un lugar a otro sin problemas.*

Según el texto mencionado, el envase o embalaje primario es aquel recipiente que se encuentra en contacto con el producto; por su parte, el empaque o embalaje secundario es el material que encierra o protege un artículo con o sin envase con el fin de preservarlo, facilitar su entrega al consumidor; en ese sentido, este puede contener varios artículos con envase primario; mientras que el embalaje en sentido estricto es la caja o envoltura con que se protegen las mercancías para su transporte y almacenamiento.

En el caso concreto, la Central de Compras Perú Compras, en atención a la consulta efectuada por este Tribunal, manifestó que el término "envase" precisado en la ficha técnica del producto "filete de bonito refrigerado", viene de la acepción recogida en el Códex Alimentarius, el cual indica que el envase es cualquier recipiente que contiene los alimentos para su entrega como un producto único, que los cubre total o parcialmente y que incluye los embalajes y envolturas.

Visto ello, al leer el numeral 2.2 de la ficha técnica en mención, se hace mención de tipos de presentación como cajas, contenedores u otros recipientes utilizados para el transporte y despacho del filete de pescado, lo cual da cuenta que se refiere al embalaje del producto y no necesariamente a un empaque o envase.

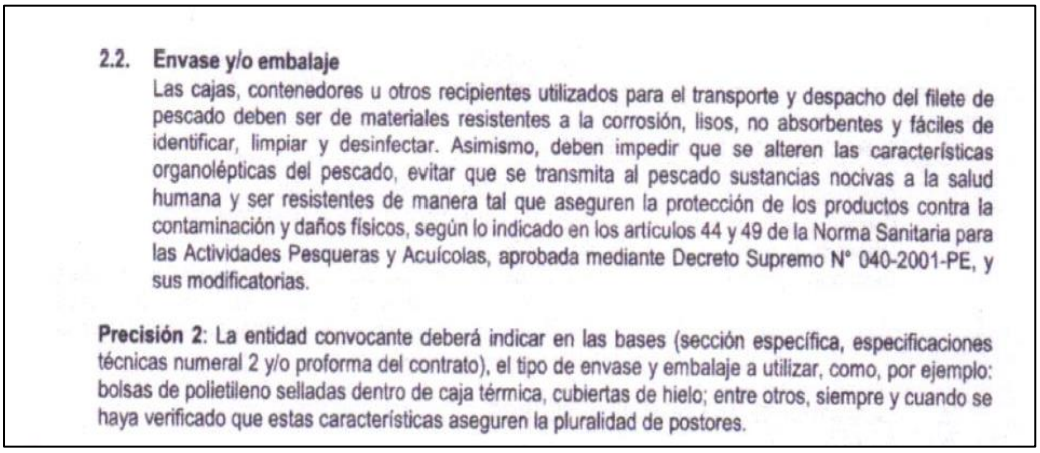
Es más, sin nos remitimos al Documento de Información Complementaria aprobado por la Resolución Jefatural N.º 000154-2022-PERÚ COMPRAS, aprobados por Perú Compras, se advierte que requieren un documento mínimo adicional cuando los filetes se encuentran envasados, tal como se muestra:

N°	BIEN	REQUISITOS DOCUMENTARIOS MÍNIMOS
FILETE DE PESCADO REFRIGERADO		
339.	Filete de Bonito refrigerado	Copia simple de la Habilitación Sanitaria de Planta de procesamiento Industrial de Productos Pesqueros y acuícolas vigente; O, Copia simple de la Habilitación Sanitaria de Planta de Procesamiento Primario o Artesanal vigente, de ser el caso, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera – SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias. En caso de que los bienes hayan sido almacenados previamente a su comercialización: Copia simple de Habilitación Sanitaria del Almacén de Productos Pesqueros y Acuícolas vigente, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias. En el caso de que los filetes se encuentren envasados: copia Simple del Registro Sanitario de Productos Pesqueros y Acuícolas y sus Aditivos Alimentarios vigente, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera – SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE, para cada bien a contratar. Copia simple del Protocolo Técnico de Habilitación Sanitaria de Transporte Terrestre de Productos Pesqueros y Acuícolas (vehículos isotérmicos, refrigerados y/o congelados) vigente, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE y sus modificatorias, y del Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE.
340.	Filete de Cojinova refrigerado	
341.	Filete de Corvina refrigerado	
342.	Filete de Jurel refrigerado	
343.	Filete de Lisa refrigerado	
344.	Filete de Merluza refrigerado	
345.	Filete de Perico refrigerado	
346.	Filete de Reineta refrigerado	
347.	Filete de Tilapia refrigerado	
348.	Filete de Tollo refrigerado	
349.	Filete de Trucha refrigerado	

Ello permite colegir que los documentos aprobados por Perú Compras permiten que el filete de bonito sea no envasado, de acuerdo a las necesidades de la entidad convocantes.

En relación con ello, en el mismo numeral 2.2 de la ficha técnica aprobada por Perú Compras, la Precisión 2 señala que la entidad convocante debe indicar en las bases (sección específica, especificaciones técnicas numeral 2 y/o proforma del contrato), el tipo de envase y/o embalaje a utilizar; no obstante, las bases del procedimiento, al acoger la información de la ficha técnica, la copian

íntegramente, tal es así que recogen el mismo tenor de la citada precisión, según se puede ver:



2.2. Envase y/o embalaje

Las cajas, contenedores u otros recipientes utilizados para el transporte y despacho del filete de pescado deben ser de materiales resistentes a la corrosión, lisos, no absorbentes y fáciles de identificar, limpiar y desinfectar. Asimismo, deben impedir que se alteren las características organolépticas del pescado, evitar que se transmita al pescado sustancias nocivas a la salud humana y ser resistentes de manera tal que aseguren la protección de los productos contra la contaminación y daños físicos, según lo indicado en los artículos 44 y 49 de la Norma Sanitaria para las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobada mediante Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias.

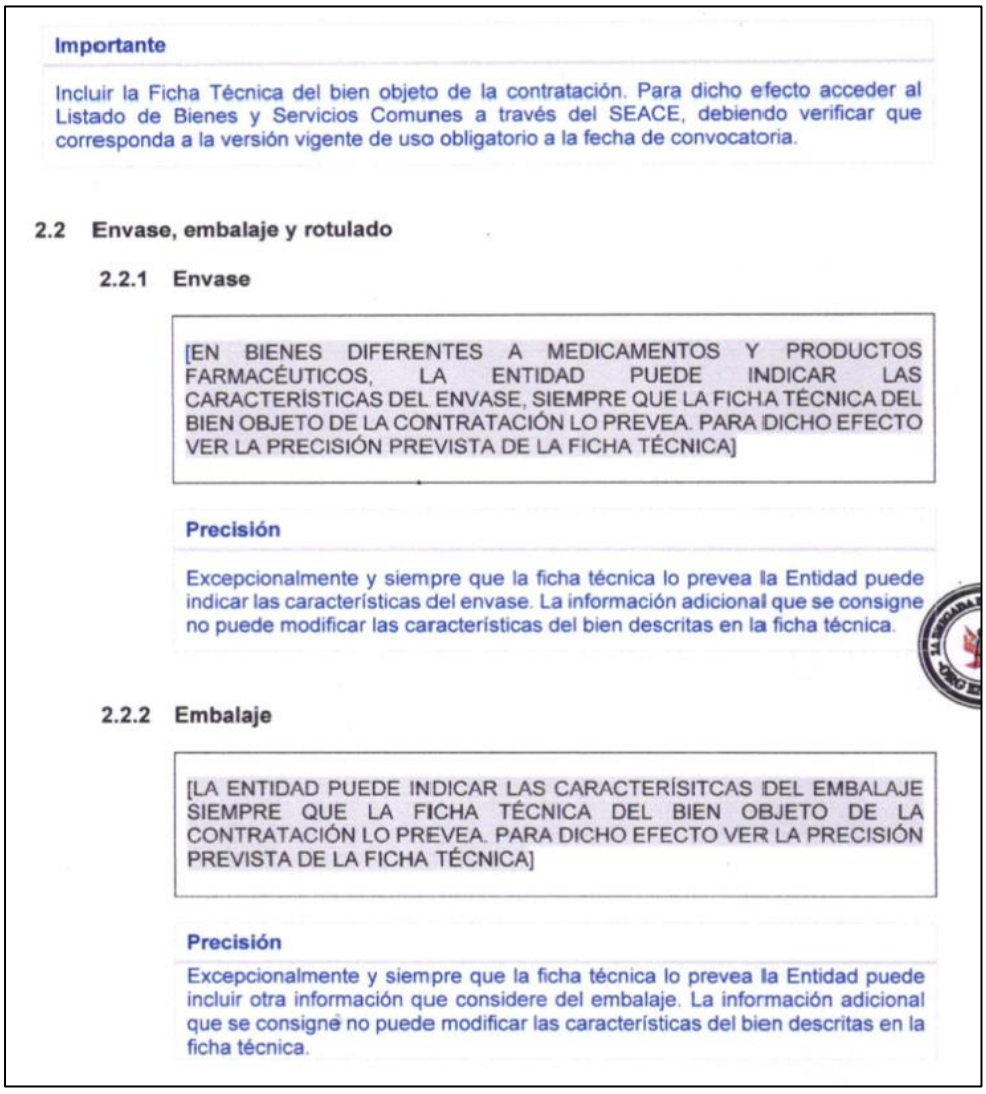
Precisión 2: La entidad convocante deberá indicar en las bases (sección específica, especificaciones técnicas numeral 2 y/o proforma del contrato), el tipo de envase y embalaje a utilizar, como, por ejemplo: bolsas de polietileno selladas dentro de caja térmica, cubiertas de hielo; entre otros, siempre y cuando se haya verificado que estas características aseguren la pluralidad de postores.

* Extraído de la página 86 de las bases

Por ende, en la ficha técnica de las bases no se tiene en claro si el filete de bonito refrigerado debe o no tener envase.

Asimismo, en el numeral 2.2 de las especificaciones técnicas, tampoco se hace precisión de si el producto debía tener envase o si solo basta el embalado para el transporte, pues se copian textualmente las indicaciones de las Bases estándar de subasta inversa electrónica para la contratación de bienes o suministro de bienes[5], sin ninguna indicación del tipo de presentación que se requiere, según se observa:

[5] Bases estándar de Subasta Inversa Electrónica para la contratación de bienes o suministro de bienes, contenidas en la Directiva sobre el contenido de las Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley Nº 30225, aprobada con la Resolución Nº 013-2019-OSCE/PRE, modificada mediante Resoluciones Nº 057-2019-OSCE/PRE, Nº 098-2019-OSCE/PRE, Nº 111-2019-OSCE/PRE, Nº 185-2019-OSCE/PRE, Nº 235-2019-OSCE/PRE, N° 092-2020-OSCE/PRE, N° 120-2020-OSCE/PRE, N° 100-2021-OSCE/PRE, Nº 137-2021-OSCE/PRE, N° 193-2021-OSCE/PRE, N° 004-2022-OSCE/PRE, N° 086-2022-OSCE/PRE, N° 112-2022-OSCE/PRE y N° 210-2022-OSCE/PRE, publicadas en el Diario oficial El Peruano el 3 de abril de 2019, 29 de mayo de 2019, 14 de junio de 2019, 21 de octubre de 2019, 31 de diciembre de 2019, 14 de julio de 2020, 4 de setiembre de 2020, 11 de julio de 2021, 25 de agosto de 2021, 30 de noviembre de 2021, 10 de enero de 2022, 19 de mayo de 2022, 14 de junio de 2022 y 27 de octubre de 2022, respectivamente.



Importante

Incluir la Ficha Técnica del bien objeto de la contratación. Para dicho efecto acceder al Listado de Bienes y Servicios Comunes a través del SEACE, debiendo verificar que corresponda a la versión vigente de uso obligatorio a la fecha de convocatoria.

2.2 Envase, embalaje y rotulado

2.2.1 Envase

[EN BIENES DIFERENTES A MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, LA ENTIDAD PUEDE INDICAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL ENVASE, SIEMPRE QUE LA FICHA TÉCNICA DEL BIEN OBJETO DE LA CONTRATACIÓN LO PREVEA. PARA DICHO EFECTO VER LA PRECISIÓN PREVISTA DE LA FICHA TÉCNICA]

Precisión

Excepcionalmente y siempre que la ficha técnica lo prevea la Entidad puede indicar las características del envase. La información adicional que se consigne no puede modificar las características del bien descritas en la ficha técnica.

2.2.2 Embalaje

[LA ENTIDAD PUEDE INDICAR LAS CARACTERÍSITCAS DEL EMBALAJE SIEMPRE QUE LA FICHA TÉCNICA DEL BIEN OBJETO DE LA CONTRATACIÓN LO PREVEA. PARA DICHO EFECTO VER LA PRECISIÓN PREVISTA DE LA FICHA TÉCNICA]

Precisión

Excepcionalmente y siempre que la ficha técnica lo prevea la Entidad puede incluir otra información que considere del embalaje. La información adicional que se consigne no puede modificar las características del bien descritas en la ficha técnica.

* Extraído de la página 92 de las bases

18. Lo mismo sucede con el rotulado, pues en el numeral 2.3 de la ficha técnica aprobada por Perú Compras, se indica que los envases del filete de bonito refrigerado deben llevar una etiqueta donde se declare la información descrita en los artículos 150 y 151 de la Norma Sanitaria para las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobada mediante Decreto Supremo N.º 040-2001-PE y sus modificatorias, así como lo indicado en la Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados (NMP 001:2019).

Cabe mencionar que la Norma General para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados define al envase al que se refiere el numeral 2.3 como el Decreto

Supremo N.º 040-2001-PE, como cualquier recipiente que contiene alimentos para su entrega como un producto único, que los cubre total o parcialmente, y que incluye los embalajes y envolturas; así, un envase puede contener varias unidades o tipos de alimentos preenvasados cuando se ofrece al consumidor.

En ese sentido, cuando en el numeral 2.3 describe que el envase debe encontrarse rotulado, no queda claro si al referirse al "envase" se entiende que este debe ser el empaque primario, secundario o terciario del producto. Por ende, a partir de lo señalado en dicho acápite no se puede colegir que las bases exigen que el producto contenga un envase o empaque primario.

Es más, mediante el Informe N.º 000001-2023-PERÚCOMPRAS-DES-CSI-CAG, Perú Compras señaló que el término "envase" indicado en el numeral 2.3 de la ficha técnica del bien en mención, se refiere al recipiente que contiene el producto final.

Por ende, para determinar si en un caso concreto la Entidad convocante necesitaba que el producto se encuentre envasado o, en otras palabras, contenga un envase primario que protega directamente el insumo, las bases de la contratación debían especificarlo al incorporar la ficha técnica o en el numeral 2.2 del capítulo III, correspondiente a la sección específica; sin embargo, como se ha sustentado anteriormente, la Entidad ha omitido precisar tal información.

19. Al mayor abundamiento, a través del Informe N.º 000001-2023-PERÚCOMPRAS-DES-CSI-CAG, Perú Compras aludió que si bien era posible que en el mercado se encuentre autorizado para comercializar el filete de bonito envasado o no, dado que para cada caso existen requisitos documentarios mínimos establecidos por este ente rector, no le era posible emitir opinión respecto a si el producto ofertado por el Adjudicatario cumple o no con las reglas previstas en la ficha técnica de las bases, debido a que la Entidad no estableció la presentación del producto de manera precisa en el requerimiento consignado en las bases del procedimiento de selección, al no cumplir con lo solicitado en la Precisión 2 y Precisión 3.

Asimismo, la citada institución destacó que la Entidad no ha consignado los requisitos de habilitación en el capítulo IV de la sección específica de las bases, las cuales debían concordar con lo descrito en las precisiones aludidas anteriormente.

Para mayor detalle, se muestra su respuesta:

Con relación a lo solicitado por el Tribunal de Contrataciones del Estado

2.5 Mediante el documento de la referencia, la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, en atención al recurso de apelación interpuesto por el postor: "INVERSIONES JR PERÚ E.I.R.L." contra el "*EJÉRCITO PERUANO*", relacionado al procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica Nº 007-2022-EP/UO 0826 - Primera convocatoria, para la contratación de bienes: "Contratación de suministro de alimentos para el personal de OO, TCOS y SSOO de la IV División del Ejército y 2ª Brigada de Infantería para AF 2023 ¿ PP135", solicita a PERÚ COMPRAS absolver las siguientes consultas.

Consulta:

a) *Si bien en la ficha técnica del filete de bonito refrigerado aprobada mediante la Resolución Jefatural Nº 000034-2022 PERÚ COMPRAS-JEFATURA del 5 de mayo de 2022, se indica que la entidad contratante debe efectuar mayor detalle respecto al envase/embalaje y el rotulado del bien, la Entidad ha copiado tal cual el contenido de tal ficha en las bases, sin realizar anotaciones adicionales a las que se refiere la precisión 2 de la ficha técnica.*

En ese sentido, sírvase señalar si la formulación de la ficha técnica consignada en las bases del procedimiento de selección, referente al envase y/o embalado, así como el rotulado, resulta válida o, por el contrario, hay indeterminación en la precisión del producto que se requiere.

Absolución de consulta:

Al respecto, se precisa en relación con el envase y embalaje que, según se indica en la Precisión 2 de la Ficha Técnica del bien Filete de bonito refrigerado en consulta, la Entidad debió precisar en las bases (sección específica, especificaciones técnicas numeral 2 y/o proforma del contrato) el tipo de envase y embalaje que los proveedores deben utilizar, siempre y cuando se haya verificado la pluralidad de oferta.

De otro lado, con relación al rotulado del envase se precisa que, en la Precisión 3 de referida la Ficha Técnica se señala que la Entidad convocante debe indicar en las bases la información que considere deba estar rotulada en el envase, sin que esta modifique las características del bien descrito en la Ficha Técnica.

De la revisión de las bases de la SIE 007-2022-EP/UO 0826 - Primera convocatoria adjuntas al documento de la referencia, se advierte que la Entidad no ha consignado ninguna precisión relacionada con el envase y/o embalaje y el rotulado; en ese sentido, la Entidad no ha establecido con precisión en las bases del procedimiento la presentación del bien requerido.

Consulta:

d) Finalmente, señalar si el hecho de que el producto que oferta no cuente con envase, en su acepción de empaque primario, implica que incumple las reglas previstas en la ficha técnica.

Absolución de consulta:

Al respecto indicamos que, el bien materia de consulta es un alimento que está bajo la competencia, en materia de inocuidad, del Organismo Nacional de Sanidad Pesquera (Sanipes), quien ha establecido los requisitos documentarios mínimos obligatorios para su comercialización; los que han sido recogidos en el Documento de Información Complementaria (DIC) del rubro *Alimentos, bebidas y productos de tabaco* del Listado de Bienes y Servicios Comunes (LBSC). El DIC versión 18 estuvo vigente cuando el Ejército Peruano realizó la convocatoria de la SIE 007-2022-EP/UO 0826-Primera convocatoria. Estos requisitos de presentan en la tabla Nº 1 a continuación.

Tabla Nº 1 – Requisitos Documentarios Mínimos del bien materia de pronunciamiento (DIC ver 18)

Copia simple de la Habilitación Sanitaria de Planta de procesamiento industrial de productos Pesqueros y acuícolas vigente; O; Copia simple de la Habilitación Sanitaria de Planta de Procesamiento Primario o Artesanal vigente, de ser el caso, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera – SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012- 2013-PRODUCE, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias. En caso de que los bienes hayan sido almacenados previamente a su comercialización: Copia simple de Habilitación Sanitaria del Almacén de Productos Pesqueros y Acuícolas vigente, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE, y sus modificatorias. En el caso de que los filetes se encuentren envasados: copia Simple del Registro Sanitario de Productos Pesqueros y Acuícolas y sus Aditivos Alimentarios vigente, otorgada por el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera – SANIPES, según el Decreto Supremo N° 012- 2013-PRODUCE, para cada bien a contratar. Copia simple del Protocolo Técnico de Habilitación Sanitaria de Transporte Terrestre de Productos Pesqueros y Acuícolas (vehículos isotérmicos, refrigerados y/o congelados) vigente, en cumplimiento del Decreto Supremo N° 040-2001-PE y sus modificatorias, y del Decreto Supremo N° 012-2013-PRODUCE.

> Como se puede observar en la tabla precedente, según lo indicado por el Sanipes, es posible que en el mercado se encuentre autorizado para comercializar el filete de bonito envasado o no, dado que para cada caso existen requisitos documentarios mínimos establecidos por este ente rector.
>
> En tal sentido se indica, que no es posible emitir opinión respecto a la consulta, debido a que la Entidad no estableció la presentación del producto de manera precisa en el requerimiento consignado en las bases de la SIE 007-2022-EP/UO 0826, al no cumplir con lo solicitado en la Precisión 2 y Precisión 3; asimismo, no ha consignado los requisitos de habilitación que deberían concordar con lo descrito en dichas precisiones.
>
> **III. CONCLUSIÓN**
> Del análisis del presente informe, se concluye que la Entidad no ha cumplido con precisar en las bases de la SIE 007-2022-EP/UO 0826 – Primera convocatoria, la información necesaria, según las indicaciones establecidas en la Precisión 2 y Precisión 3 de la Ficha Técnica del bien Filete de bonito refrigerado.

20. Teniendo en cuenta lo advertido, mediante decreto del 6 de febrero de 2023, se efectúo traslado del vicio a las partes, a efectos de que se pronuncien sobre este.

21. Al respecto, mediante Escrito N.º 3, presentado el 13 de febrero de 2023, la Entidad admite que no ha modificado ningún término de las bases estándar. Asimismo, advierte que en el capítulo III, se encuentra el requerimiento y sus fichas técnicas presentadas por la unidad usuaria.

En lo referente al envasado y/o embalado, manifiesta que las bases solicitaron la presentación del protocolo técnico para la habilitación sanitaria de procesamiento industrial de productos pesqueros y acuícolas. En cuanto a ello, indica que en la página 75 de la oferta del Adjudicatario, se encuentra el producto solicitado y en la página 76, se detalla que el envasado/sellado al vacío consiste solo en la eliminación y que no aplica para producto refrigerado.

Por su parte, respecto al rotulado, detalla que la ficha técnica del producto "filete de bonito refrigerado", indica que este debe llevar una etiqueta donde se declare el cumplimiento de los artículos 150 y 151 de la Norma Sanitaria para las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobada mediante Decreto Supremo N.º 040-2001-PE y sus modificatorias, así como lo indicado en la NMP 001:2019, Requisitos para el etiquetado de preenvases (Norma General para el etiquetado de los alimentos preenvasados).

22. Por su parte, el Adjudicatario señaló que, previo a los apartados titulados como Precisión 2 y Precisión 3, se verifica la existencia de los apartados denominados "2.2. Envase y/o embalaje" y "2.3. Rotulado", donde se efectúan las precisiones y directivas respecto a los envases y/o embalajes del producto objeto de proceso, así como el contenido del rotulado, lo cual sin necesidad de efectuar interpretaciones o aclaraciones, permite dar a conocer las características básicas del producto a ofertar.

Alude que, si bien en la Precisión 2 de la ficha técnica aprobada por Perú Compras, se indicó que la entidad convocante deberá de indicar en las bases el tipo de envase y embalaje a utilizar, en la parte final de dicho párrafo se señala ello se verificará siempre y cuando se haya verificado que estas características aseguren la pluralidad de postores; lo cual conlleva a asumir que la precisión a realizar no constituye una obligación indispensable que la entidad tenga que efectuar, pues la precisión estará supeditada a que no se limite la pluralidad de postores.

De igual manera, alude que en la precisión 3 de la ficha técnica no expresa una obligación ineludible de especificar información que contendrá la etiqueta, en tanto ya es especificada en dicho apartado.

Advierte, además, que no es necesario declarar la nulidad del procedimiento de selección, puesto que no se ha descartado alguna oferta por el incumplimiento de los requisitos previstos en las precisiones 2 o 3.

Estima que es necesario aplicar el principio de trascendencia y conservar el acto administrativo, a efectos de no perjudicar a postor alguno.

23. En torno a lo precisado por la Entidad, es pertinente tener en cuenta que si bien la Ley y el Reglamento establece que para la subasta inversa electrónica se debe seguir el texto señalado en la ficha técnica, ello no implica solo copiar textualmente el tenor de la misma; pues, como en el presente caso, las precisiones que esta contiene obligan a que la Entidad especifique algunas cuestiones particulares de su requerimiento, como lo es el envasado del producto requerido, por ejemplo.

Por ende, el hecho que se haya mantenido integralmente el texto de la ficha técnica del filete de bonito refrigerado, implica el incumplimiento de las disposiciones recogidas en la propia ficha técnica, y en consecuencia, del artículo 27 de la Ley. De igual manera, la falta de precisión respecto al envasado del

referido producto en el numeral 2.2 del capítulo III de la sección específica de las bases integradas determina el incumplimiento de las instrucciones recogidas en las bases estándar aplicables al procedimiento de selección y, por tanto, del numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento.

24. Cabe tener en cuenta que el defecto en las bases no se limita a la omisión de especificar lo que corresponde al envase, sino también porque no se implementó los documentos de información complementaria, que establecen los requisitos de habilitación que deben cumplir los postores para cada ficha.

A ello cabe agregar que, si bien en el capítulo IV, se presenta el link que remite a los documentos de información complementaria del rubro alimentos, bebidas y productos de tabaco (https://www.perucompras.gob.pe/userfiles/misc/documento-orientacion-aprobado-001-2016.pdf), actualmente direcciona a la versión 19, la cual fue publicada recién el 30 de diciembre de 2022, esto es, con posterioridad a la convocatoria. Esta, a diferencia de la versión 18, no contiene más la metodología a emplear para la comprobación de la calidad respectiva para el filete de bonito refrigerado.

Al respecto, se desconoce si durante el registro y presentación de ofertas, el referido enlace remitía a la versión 18 de los documentos de información complementaria del rubro alimentos, bebidas y productos de tabaco; por ello era importante que la Entidad traslade el texto de dicho documento a las bases.

A mayor abundamiento, se supone que las bases contienen el texto que los postores deben tener en cuenta para su postulación; por lo cual es necesario que la Entidad implemente en ellas debidamente las instrucciones recogidas en la ficha técnica, así como contemple los requisitos de habilitación previstos en los documentos de orientación aplicables, a fin de que haya claridad respecto a todos los extremos del requerimiento y de los documentos que eran necesarios presentar.

25. Frente a la omisión aludida, el Adjudicatario plantea que se conserve dicho defecto, puesto que no se ha descartado alguna oferta por el incumplimiento de los requisitos previstos en las precisiones 2 o 3.

No obstante, cabe recordar que, precisamente uno de los cuestionamientos del Impugnante en contra de la oferta del Adjudicatario está relacionado con el envase del producto, pues el Impugnante interpreta que las bases sí establecen

como obligatoria la presentación del envase, por lo cual estima que el Adjudicatario no cumpliría con dicho requisito y que además su oferta tiene incongruencias en cuanto a tal aspecto.

Asimismo, el propio Adjudicatario ha considerado otra interpretación del tenor de las bases, pues estima que no es necesario que el producto se encuentre envasado, y por ello cumple con las bases.

En ese sentido, la falta de especificación respecto a si el filete de bonito refrigerado en cuanto al envase (esto es, si contiene o no, así como la forma de presentación respectiva), además de contravenir el tenor de la ficha técnica aprobada, el artículo 27 de la Ley, las bases estándar aplicables y el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, contradice el principio de transparencia.

La referida directriz, recogida en el literal c) del artículo 2 de la Ley, establece que las entidades públicas, y el comité de selección en particular, durante el proceso de contratación, deben respetar el principio de transparencia, en virtud del cual las entidades están obligadas a 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.

En relación con ello, el principio de libertad de concurrencia, previsto en el literal a) del referido artículo, obliga a las Entidades a promover 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.

A su vez, el principio de igualdad de trato establece que todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

En el caso concreto, se aprecia que la falta de precisión en las bases ha ocasionado que no haya claridad sobre si el producto debía contener envase o no, es decir,

afecta el entendimiento de las partes de la presente controversia. En ese sentido, este Colegiado se ve limitado a emitir pronunciamiento sobre el fondo en este extremo, en tanto la falta de especificación, atribuible a la Entidad, no permite entender si era exigible o no que el filete esté envasado.

Por su parte, en cuanto a la omisión en el capítulo IV de precisar los requisitos de habilitación, si bien no ha impedido que los postores hayan presentado la documentación necesaria, el defecto mencionado constituye una potencial barrera para que otros participantes pudieran entender lo que se solicitaba para el procedimiento de selección. En el caso concreto, se han registrado ocho participantes, de los cuales únicamente efectuaron lances la mitad, lo cual puede ser un indicativo de que estos se vieron desincentivados a postular por la oscuridad en las bases en los extremos advertidos.

26. Frente a un escenario como el descrito, la normativa prevé la posibilidad de corregir actos contrarios a sus disposiciones. Al respecto, la nulidad constituye una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades una herramienta lícita que permita sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones.

Por lo expuesto, debe advertirse que el numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, establece que en los casos que conozca el Tribunal declarará nulos los actos administrativos emitidos por las Entidades, cuando hayan sido expedidos por órgano incompetente, contravengan normas legales, contengan un imposible jurídico, o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiéndose expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

En el mismo sentido, el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento prescribe que, al ejercer su potestad resolutiva, cuando el Tribunal verifique alguno de los supuestos del numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley, ya sea en virtud de un recurso interpuesto o de oficio, declara la nulidad de los actos que correspondan, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotrae el procedimiento de selección, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.

27. En el caso concreto, el vicio de nulidad no resulta conservable, en tanto impide que se emita una opinión de fondo respecto al cuestionamiento del Impugnante, ya que a partir de lo expuesto en las bases, no se puede determinar si la Entidad

requería que el filete de bonito refrigerado se encuentre envasado o no, habiendo asumido las partes en el presente procedimiento dos interpretaciones distintas respecto a dicho punto.

Asimismo, se evidencia que no se siguieron las instrucciones previstas en las bases estándar respecto a señalar en el capítulo IV de la sección específica los requisitos de habilitación de los productos correspondientes, los cuales tampoco se consignaron en ningún otro extremo de las bases. Ello afecta el entendimiento y claridad de lo que se requiere en el procedimiento y constituye una barrera para la postulación de más proveedores.

En ese sentido, se evidencia que la Entidad ha contravenido la ficha técnica aprobada por Perú Compras, el artículo 27 de la Ley, las bases estándar aplicables y el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, así como los principios de transparencia, libertad de concurrencia e igualdad de trato.

28. Por lo expuesto, este Colegiado concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, concordante con lo dispuesto en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del Reglamento, **corresponde declarar de oficio la nulidad del procedimiento de selección, retrotrayéndose el mismo a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases,** a efectos de que se especifique la información a la que se refiere las precisiones 2 y 3 de la ficha técnica del filete de bonito refrigerado (en lo concerniente a si debe llevar envase o no y la forma de presentación de este, de ser el caso), así como para que se completen las instrucciones previstas en las bases estándar aplicables, referidos al envase, rotulado y se consigne expresamente la información de los requisitos de habilitación, conforme a lo fundamentado anteriormente.

La nulidad declarada, evidentemente, deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario.

29. Adicionalmente, en atención a lo dispuesto por el numeral 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG, este Colegiado considera que debe ponerse en conocimiento del Titular de la Entidad la presente Resolución, a fin de que conozca el vicio advertido y realicen las acciones que correspondan conforme a sus atribuciones, así como para que exhorte al comité de selección y a las áreas que intervengan en la elaboración de los documentos que recogen las bases, que actúen de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar futuras nulidades que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado.

30. Asimismo, toda vez que se va a reformular el requerimiento y las bases, es necesario que la Entidad efectúe las siguientes acciones:

(i) Que verifique que en el requerimiento de todos los productos se sigan las disposiciones establecidas en las fichas técnicas y documentos de orientación, y se incorporen las precisiones que correspondan, de manera similar a la corrección del vicio que advertido para el producto "filete de bonito refrigerado".

(ii) Que se revise el criterio de agrupación para convocar en un solo ítem productos que solo tienen en común que son alimentos, pero que tienen marcadas diferencias. Así, algunos requieren el envase de manera obligatoria (aceite vegetal, fideos, etc.), otros depende de lo que se consigne en el requerimiento (filete de bonito refrigerado), y otros no requieren (plátano, limón, palta, etc.); algunos son perecibles y otros no; unos requieren registros de habilitación especiales (las carnes), otros no.

Esta situación podría afectar a la concurrencia y competencia, pues los postores deberían contar con la capacidad de abastecer todos y cada uno de estos productos diferentes.

31. Por último, en atención a lo dispuesto en el literal b) del numeral 132.2 del artículo 132 del Reglamento, y toda vez que este Tribunal declarará la nulidad de oficio del procedimiento de selección sin pronunciamiento sobre el petitorio del Impugnante, **corresponde disponer la devolución de la garantía otorgada por aquel**, para la interposición de su recurso de apelación.

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 Nº 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 de oficio la nulidad** de la Subasta Inversa Electrónica N.º 007-2022-EP/UO-0826 – Primera Convocatoria, **retrotrayéndose el mismo a la etapa de convocatoria previa reformulación de las bases**, conforme a lo señalado en los fundamentos 28 y 30.

2. Devolver la garantía presentada por la empresa "Inversiones JR Perú E.I.R.L.", para la interposición de su recurso de apelación.

3. Comunicar la presente resolución al Titular de la Entidad, conforme a lo señalado en el fundamento 29.

4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OSCE
Firmado digitalmente por HERRERA GUERRA Jorge Luis FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.02.2023 16:48:10 -05:00

JORGE HERRERA GUERRA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

OSCE
Firmado digitalmente por SAAVEDRA ALBURQUEQUE Paola FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.02.2023 16:41:36 -05:00

PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

OSCE
Firmado digitalmente por INGA HUAMAN Hector Marin FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.02.2023 17:43:20 -05:00

HECTOR MARÍN INGA HUAMÁN
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE