

PRONUNCIAMIENTO N° 225-2020/OSCE-DGR

Entidad : Ministerio de Economía y Finanzas

Referencia : Concurso Publico N° SM-12-2019-EF/43-1, convocada para la ejecución de la obra: “*Contratación del servicio de mensajería desde Lima para la distribución de correspondencia a nivel local y nacional*”

1. ANTECEDENTES

Mediante el formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamento correspondiente al Trámite Documento N° 2020-16472489-LIMA, recibido con fecha 6 de febrero de 2020, y subsanado mediante Trámite Documentario N° 2020-16485280-LIMA, de fecha 12 de febrero de 2020; a través de los cuales el primer miembro del Comité de Selección a cargo del procedimiento de selección de la referencia remitió al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) la solicitud de elevación de cuestionamiento al pliego absolutorio de Consultas y Observaciones y Bases integradas presentada por el participante **CA & PE CARGO S.A.C**, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, en adelante “Ley”, y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante “Reglamento” y sus modificatorias.

Cabe precisar que, para la emisión del presente pronunciamiento se utilizó el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio¹; y, los temas materia de cuestionamientos del mencionado participante, conforme el siguiente detalle:

- **Cuestionamiento N° 1:** Respecto a la absolución de la consulta u observación N° 5, referida a “*otras penalidades*”.
- **Cuestionamiento N° 2:** Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 7, referida a los “*términos de referencia*”.

2. CUESTIONAMIENTOS

Cuestionamiento N° 1:

Referido a “*otras penalidades*”.

El participante **CA & PE CARGO S.A.C** cuestionó la absolución de la consulta u observación N° 5, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos que “*discrepamos con la respuesta emitida por el comité de selección, pues el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, considera la aplicación de penalidad durante la ejecución del servicio, como la penalidad por mora a fin de desincentivar el*

¹ Para la emisión del presente Pronunciamento se utilizará la numeración establecida en el pliego absolutorio en versión PDF.

incumplimiento por parte del contratista del plazo de ejecución establecido en el contrato, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las pretensiones objeto del contrato le cause. Es decir, se aplica una penalización económica por día a cualquier retraso injustificado que incurra el contratista durante la ejecución de la prestación, para el caso que nos atañe sería por el cumplimiento en los plazos de notificación y/o por la devolución de los cargos de notificación en los plazos establecidos. Sin embargo, la penalidad que pretende aplicar la Entidad bajo el concepto de otras penalidades, hace referencia a la fórmula que contempla el artículo 162 para determinar la penalidad diaria por mora (...) situación que distorsiona la naturaleza de las penalidades por concepto de 'otras penalidades' distintas a la penalidad por mora en la prestación (...). De lo expuesto, se precia que la Entidad, pretende aplicar una doble penalidad por el mismo concepto durante la ejecución de la prestación, en clara desproporcionalidad y en contra lo establecido en el Reglamento de la LCE en sus artículos 162 y 163. Por lo que, finalmente solicitamos que esta penalidad sea suprimida en la integración definitiva de las Bases”.

Base legal

- Artículo 16 de la Ley: Requerimiento.
- Artículo 29 del Reglamento: Requerimiento.
- Bases Estándar objeto de la presente contratación.

Pronunciamiento

Al respecto, cabe señalar que, el artículo 162 del Reglamento, establece que, en toda contratación puede aplicarse la figura de "penalidad por mora", siempre que exista un retraso injustificado de la prestación o prestaciones objeto del contrato, debiendo aplicarse dicha penalidad de manera automática.

Así, la Opinión N° 198-2019/DTN , ha dispuesto que, la aplicación de la mencionada penalidad dependerá de la naturaleza del contrato, dado que, si el contrato es de ejecución única la penalidad se aplicará en atención al monto y plazo total del contrato vigente a ejecutarse; mientras que, si el contrato es de ejecución periódica o de ejecución única con entrega o ejecuciones parciales, el cálculo de penalidad se realizará en atención al plazo y monto de las prestaciones individuales materia de retraso.

Ahora bien, en el presente caso, en el literal b) “*Otras penalidades*” del numeral 11 “*Penalidades*” del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, la Entidad ha establecido lo siguiente:

N°	DESCRIPCIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
1	<i>Demora en la devolución de los cargos (Por la diferencia de días calendarios entre la fecha en que debieron devolverse los cargos y la fecha real de la devolución de los cargos)</i>	<i>Se aplicará la fórmula Penalidad diaria = $\frac{0.10 \times \text{costo del envío}}{F \times \text{plazo de devolución}}$ Donde: F= 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o; F= 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.</i>	<i>Informe de la Oficina de Gestión Documental y Atención al Usuario</i>

En relación con ello, mediante la consulta u observación N° 5 formulada por el participante CA & PE CARGO S.A.C solicitó “*La penalidad por demora en la devolución de los cargos está incluida en la penalidad indicada en el artículo 162 del reglamento de la ley de contrataciones, por lo que solicitamos que se suprima del cuadro de otras penalidades*”.

Ante lo cual, el comité de selección al absolver, indicó que “*(...) las otras penalidades señaladas en el numeral 11, están referidos a otro tipo de incumplimiento específico relacionado con el objeto de la convocatoria, y no al servicio de mensajería desde Lima para la distribución de correspondencia a nivel local y nacional, como objeto del contrato. En virtud a lo expuesto, no se acepta lo solicitado, debido a que la aplicación de la penalidad por mora indica en el numeral 11 literal a) corresponde a la demora en la entrega de los documentos. La penalidad considerada en el numeral 11 del literal b).1, corresponde a la penalidad en la demora en la devolución de los cargos de notificación*”.

Adicionalmente, en el Informe Técnico remitido con ocasión de solicitud de emisión de Pronunciamiento, la Entidad indicó “*(...) i) la aplicación de la penalidad por mora indicada en el numeral 11 literal a), corresponde a la demora en la entrega de los documentos y ii) la penalidad considerada en el numeral 11 del literal b).1, corresponde a la penalidad en la demora en la devolución de los cargos de notificación*”.

Ahora bien, en atención con lo cuestionado por el recurrente, corresponde señalar que, si bien la Entidad ha señalado tanto en el pliego absolutorio e Informe Técnico que la “*penalidad por mora*” correspondería a la demora en la entrega de los documentos, mientras que, las “*otras penalidades*” corresponderían a la demora en la devolución de los cargos de notificación; cierto es que, dicha prestación comprende en conjunto el total de la contratación², por lo cual, la demora en la devolución de los cargos, se encontraría comprendida en la penalidad obligatoria por “*mora*”, y por ende, se estaría duplicando la aplicación de dicha penalidad³.

En ese sentido toda vez que la demora en la devolución de cargos, se encontraría comprendida en la penalidad por mora, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER** el presente Cuestionamiento; por lo que, con ocasión de la integración definitiva de las Bases, se emitirá una (1) disposición al respecto:

- **Suprimir** del numeral 11 “*penalidades*” del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, la penalidad N° 1.

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

² En el numeral 4.2 “Actividades del servicio” del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, la Entidad ha establecido que el servicio comprende i) recoger la correspondencia; ii) entregar la correspondencia; iii) Registrar la información y iv) devolver los cargos.

³ A modo de ejemplo, se puede revisar los Pronunciamientos N° 4-2016/OSCE y Pronunciamiento N° 744-2019/OSCE-DGR.

Cuestionamiento N° 2:

Referido a los “términos de referencia”.

El participante **CA & PE CARGO S.A.C** cuestionó la absolución de la consulta u observación N° 7, indicando en su solicitud de elevación de cuestionamientos que *“estamos en desacuerdo con la respuesta del comité de selección pues consideramos que la exigencia sobre la toma de una (1) toma fotográfica continua siendo excesiva y desproporcional en la ejecución del servicio, puesto que esta condición ni siquiera está contemplada dentro de la Ley N° 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General, siendo esta actividad ‘extraordinaria’ que pone riesgo la integridad física del personal que se encarga de la ejecución de la prestación, más aun teniendo en cuenta el alto índice de robo en nuestra ciudad, por tal motivo solicitamos la supresión de esta condición. Adicionalmente, a lo argumentado, se debe tener en cuenta que de acuerdo a nuestra experiencia, los propietarios de los predios y/o vecinos reaccionan de manera agresiva cuando se pretenden tomar fotográfica es para reglarlos, etc. (...) se debe soslayar formalidades no esenciales con el fin de garantizar el interés público y mejorar las condiciones de vida de las personas. Precisamente este último alcance es contradictorio con lo requerido por la Entidad, pues no se deben requerir servicios en los cuales se puedan vulnerar la integridad del personal notificador y/o mensajero”.*

Base legal

- Artículo 16 de la Ley: Requerimiento.
- Artículo 29 del Reglamento: Requerimiento.
- Bases Estándar objeto de la presente contratación.

Pronunciamiento

De acuerdo con en el numeral 4.2 del Resumen Ejecutivo de las Actuaciones Preparatorias, se aprecia que la Entidad declaró que existiría pluralidad de proveedores con la capacidad de cumplir con el requerimiento, lo cual ha sido corroborado con el estudio de mercado remitido por la Entidad.

Al respecto, en el literal c) del numeral 4.3.3.2 *“Del reparto de la correspondencia”* del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

En caso de no ser posible entregarla directamente al titular (personas naturales), se deberá hacer entrega a la persona que se encuentre en la dirección indicada, la misma que deberá ser mayor de edad, consignándose en el cargo, los datos señalados en el literal a) del numeral 4.3.3.3. Asimismo, ante la ausencia constante del titular (dos visitas), se deberá dejar el documento bajo puerta en la segunda visita, siempre y cuando éste cuente con el Acta de Notificación Personal de Actos Administrativos, Acta de Notificación Bajo Puerta de Actos Administrativos y Aviso de Visita. Para mayor veracidad de las diligencias de notificación en la modalidad Bajo Puerta se deberá adjuntar fotografía del inmueble en donde se pueda visualizar la dirección del domicilio y sus características.

En relación con ello, mediante la consulta u observación N° 7, el participante CA & PE CARGO S.A.C, indicó que *“el solicitar que en el proceso de notificación se realice una*

toma fotográfica del inmueble en donde se pueda visualizar la dirección del domicilio y sus características en el que se realizó la notificación (para el caso de notificación en la modalidad bajo puerta), conforme a la Ley 27444, el acto de notificación de un documento no contempla ese tipo de requerimiento. Además por un tema de seguridad de los mensajeros, no se suele otorgar ese tipo de equipos a los notificadores. En tal sentido, solicitamos se sirva suprimir este requerimiento por no ser un requisito que establece la norma de procedimiento administrativo general”.

Ante lo cual, el comité de selección al absolver, decidió no acoger, indicando que “(...) debido a que para la Entidad, el objetivo de la toma de fotografías es darle veracidad a las diligencias de notificación, por ello se ratifica que el uso de fotografías son necesarias, sin perjuicio de que no se encuentra contemplado en la Ley 27444, este requerimiento es una condición que ha considerado la Entidad para la verificación y ejecución del servicio; toda vez que se han presentado casos en que los mensajeros encargados del reparto de la correspondencia no son diligentes en el proceso de notificación dejando el documento en direcciones erradas y consignando características diferentes a las del inmueble real, las cuales son muy difíciles de validar a menos que se esté in situ”.

Adicionalmente, en el Informe Técnico remitido con ocasión de solicitud de emisión de Pronunciamiento, la Entidad indicó “(...) el numeral 21.3 del artículo 21 del T.U.O. de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por D.S N° 4-2019-JUS, referido al Régimen de notificación personal, señala que ‘(...) En este caso la notificación dejará constancia de las características del lugar donde se ha notificado’. En atención a lo señalado en el párrafo precedente la Entidad ha estimado que el objetivo de la toma de fotografías se sustenta en la necesidad de reforzar la veracidad de las diligencias de notificación (dejándose constancia, a través de esta toma fotográfica, de las características del lugar donde se realiza la notificación), en ese sentido, su uso resulta necesario. Asimismo, este requerimiento es una condición que ha considerado la Entidad para la verificación y ejecución del servicio; toda vez que se han presentado casos en que los mensajeros encargados del reparto de la correspondencia no son diligentes en el proceso de notificación dejando el documento en direcciones erradas y consignando características diferentes a las del inmueble en el que debieron realizar el acto de notificación, las cuales son muy difíciles de validar a menos que se esté in situ (...)”.

De lo expuesto, se advierte que, en el pliego absolutorio como Informe Técnico, la Entidad ha ratificado su requerimiento, teniendo como argumento que, dichas tomas fotográficas se sustentaría en la necesidad de reforzar la veracidad de las diligencias de notificación, dejando constancia así del lugar en donde se realizó la notificación, por lo tanto, siendo responsabilidad de la Entidad determinar dicho aspecto como conocedora de las reales necesidades que pretendería satisfacer y en tanto ha declarado en el numeral 4.2 del resumen ejecutivo que existiría pluralidad de proveedores, en la capacidad de cumplir con dicha exigencia, lo cual fue corroborado con el estudio de mercado remitido por la entidad, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente Cuestionamiento.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación encargados de elaborar el requerimiento, estudio de mercado, el pliego absolutorio y el informe técnico,

así como la atención de los pedidos de información requeridos, en virtud a la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

3. ASPECTOS REVISADOS DE OFICIO

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

3.1. Reemplazante

En el numeral 7.2 “*Del personal encargo de la correspondencia*” del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases.

<p><i>“(…) El contratista lo comunicará a la Entidad tan pronto tenga conocimiento de la misma, debiendo presentar la información necesaria que permita demostrar que el reemplazante reúne como mínimo las mismas habilidades, competencias y experiencia que el reemplazado”.</i></p>

Al respecto, a fin de clarificar algunos de los aspectos relativos al “*reemplazo de personal*”, la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha emitido las Opiniones N° 252-2017/DTN y N°204-2018/DTN, indicando que, el contratista puede efectuar el reemplazo del personal, siempre y cuando, el reemplazo propuesto reúna iguales o superiores características a las **previstas en las Bases** para el personal a ser reemplazado.

De lo expuesto, se aprecia que, la Entidad señala que “*el nuevo profesional el cual deberá tener igual o mayor calificación profesional que el personal ofertado inicialmente*”, lo cual, no se condice con lo establecido por la Dirección Técnica Normativa en las Opiniones N° 252-2017/DTN y N° 201-2019/DNT, por lo que, se realizarán dos (2) disposiciones al respecto:

- **Se suprimirá** del numeral 9 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases integradas, el siguiente texto:

“el reemplazante reúne como mínimo las mismas habilidades, competencias y experiencia que el reemplazado”.

- **Se consignará** “*el reemplazante deberá cumplir con iguales o superiores características del personal consignado en las Bases*”.

3.2 “Habilitación”

En el literal A “*Habilitación*” del numeral 3.2 de los requisitos de calificación del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, se advierte lo siguiente:

A	CAPACIDAD LEGAL
	HABILITACIÓN
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p><i>El postor debe contar con contrato de concesión postal vigente en el ámbito de operación requerido (local y nacional) aprobado por la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o entidad competente.</i></p> <p><u>Acreditación:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Copia del contrato vigente de concesión para la prestación del servicio postal y de la Resolución Directoral aprobando la concesión postal expedida por la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o entidad competente.</i>

Al respecto de conformidad con lo establecido en el literal A “*Habilitación*” del numeral 3.2 de los requisitos de calificación del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Estándar aplicables al presente procedimiento de selección, indica:

A	CAPACIDAD LEGAL
	HABILITACIÓN
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p><i>El postor debe contar con:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Contrato de concesión postal vigente en el ámbito de operación requerido (local, regional, nacional o internacional) aprobado por la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o entidad competente.</i> <p><u>Acreditación:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Copia del contrato de concesión para la prestación del servicio postal y de la Resolución Directoral aprobando la concesión postal expedida por la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones o entidad competente.</i>

En relación con ello, se advierte que lo establecido por la Entidad no se condice con los lineamientos establecidos en las Bases Estándar; por lo que, con ocasión de la integración definitiva de las Bases, se emitirá una (1) disposición al respecto:

- **Se adecuará** el literal A “*Habilitación*” del numeral 3.2 de los requisitos de calificación del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de conformidad con las Bases Estándar.

4. CONCLUSIONES

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

- 4.1. **Se procederá** a la integración definitiva de las Bases a través del SEACE, en atención a lo establecido en el artículo 72 del Reglamento.

- 4.2. Es preciso indicar que contra el pronunciamiento emitido por el OSCE no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad y los proveedores que participan en el procedimiento de selección, asimismo, cabe señalar que, las disposiciones del Pronunciamiento priman sobre aquellas disposiciones emitidas en el pliego absolutorio y Bases integradas que versen sobre el mismo tema.
- 4.3. El comité de selección deberá **modificar** las fechas de registro de participantes, presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, para lo cual deberá tenerse presente que los proveedores deberán efectuar su registro en forma electrónica a través del SEACE hasta antes de la presentación de propuestas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 del Reglamento; asimismo, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento, entre la integración de Bases y la presentación de propuestas no podrá mediar menos de siete (7) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la publicación de las Bases integradas en el SEACE.
- 4.4. Finalmente, se recuerda al Titular de la Entidad que el presente pronunciamiento no convalida extremo alguno del procedimiento de selección.

Jesús María, 28 de febrero de 2020