



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

Sumilla: *“(…) se debe tener en cuenta que, el presente procedimiento administrativo sancionador tiene por objeto determinar la responsabilidad del Adjudicatario por no haber cumplido con su obligación de perfeccionar el contrato al incumplir las condiciones previstas en las bases integradas, las cuales fueron aceptadas por el Adjudicatario en su oferta, mas no absolver cuestionamientos contra las bases integradas o verificar la idoneidad de su requerimiento, el cual, por su naturaleza técnica, le corresponde ser definido por el área usuaria de la Entidad”.*

Lima, 4 de setiembre de 2024.

VISTO en sesión de fecha 4 de setiembre de 2024, de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 4684/2021.TCE**, el procedimiento administrativo sancionador instaurado contra el proveedor **FERNANDO ENRIQUE CABRERA NUÑEZ E.I.R.L.**, por su supuesta responsabilidad al Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato, en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 8-2021-MTC/10-Primera Convocatoria, convocada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF; y, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información obrante en el SEACE, el 14 de abril de 2021, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante **la Entidad**, convocó la Adjudicación Simplificada N° 8-2021-MTC/10-Primera Convocatoria, para la contratación del *“Servicio para la realización de pruebas tipo antígenos para el descarte del covid-19 a los trabajadores del ministerio de transportes y comunicaciones en el marco del estado de emergencia sanitaria, así como la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19”*, con un valor estimado de S/ 87,500.00 (ochenta y siete mil quinientos con 00/100 soles), en adelante el **procedimiento de selección**.

Dicho procedimiento fue convocado bajo el marco de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias, en adelante el **Reglamento**.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

El 23 de abril de 2021 se llevó a cabo la presentación electrónica de las ofertas, mientras que el 26 del mismo mes y año se publicó en el SEACE el otorgamiento de la buena pro a favor de la empresa DIRECCIÓN Y GESTIÓN EN SALUD S.A.C., por el monto de su oferta ascendente a S/ 53,750.00 (cincuenta y tres mil setecientos cincuenta con 00/100 soles). El 4 de mayo de 2021 se registró en el SEACE el consentimiento de la buena pro.

Mediante Informe N° 0132-2021-MTC/10.02.02 del 14 de mayo de 2021, publicado en el SEACE, la Entidad recomienda comunicar la pérdida automática de la buena pro del procedimiento de selección, del postor DIRECCION Y GESTION EN SALUD S.A.C., y derivar el expediente al Equipo de procesos de selección para que efectué el registro en el SEACE de la pérdida automática de la buena pro de la empresa DIRECCION Y GESTION EN SALUD S.A.C.; así como, realice el registro del segundo postor FERNANDO ENRIQUE CABRERA NUÑEZ E.I.R.L.

Con Oficio N° 0936 -2021-MTC/10.02 del 14 de mayo de 2021, publicado en el SEACE en el mismo día; la Entidad declaró la pérdida automática de la buena pro otorgada a la empresa DIRECCION Y GESTION EN SALUD S.A.C; por no haber presentado el Certificación FDA de las pruebas de antígeno (hisopado nasofaríngeo).

Mediante Oficio N° 0951-2021-MTC/10.02 de fecha 19 de mayo de 2021¹ la Entidad comunicó al proveedor FERNANDO ENRIQUE CABRERA NUÑEZ E.I.R.L, en lo sucesivo **el Adjudicatario**, que (...) *cumpla con presentar toda la documentación según lo establecido en el literal a) del artículo 141 del Reglamento, dicha documentación deberá ser remitida a través de la Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental del MTC, sito en Jr. Zorritos N° 1203 - Cercado de Lima, en el horario de 8:45 horas a 17:00 horas, previa reservas de citas en línea a través de: <https://citas.mtc.gob.pe>, conforme a lo establecido en el numeral 2.5 de las Bases Integradas del procedimiento de selección (...)*".

¹ Obrante a folio 131 al 132 del expediente administrativo en PDF.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

A través de Oficio N° 013-2021/GGSEMCN, del 24 de mayo de 2021² y presentado ante la Entidad el 26 del mismo mes y año, el Adjudicatario presentó la documentación requerida para el perfeccionamiento del contrato.

Mediante correo electrónico institucional de fecha 26 de mayo de 2021³ la Entidad comunicó al Adjudicatario que deberá cumplir con remitir la documentación observada en el plazo máximo de dos (2) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación del correo electrónico.

Con Oficio N° 014-2021/GGSEMCN de fecha 28 de mayo de 2021⁴, el Adjudicatario presentó la subsanación de las observaciones, sin embargo, mediante Informe 147-2021-MTC/10.02.02 del 1 de junio de 2021⁵, la Entidad indicó que el Adjudicatario no cumplió con subsanar las observaciones respecto al “*Domicilio para efectos de la notificación durante la ejecución del contrato, Estructura de Costos y la Certificación FDA de las pruebas de antígeno (hisopado nasofaríngeo)*”, requisitos establecidos en los literales e), f) y g), del numeral 2.4 de la Sección Específica de las Bases Integradas del procedimiento de selección, por tanto, el Adjudicatario perdió automáticamente la buena pro.

A través de correo electrónico institucional del 1 de junio de 2021⁶, la Entidad comunicó al Adjudicatario la pérdida de la buena pro del procedimiento de selección.

2. Mediante Oficio N° 1540 -2021-MTC/10.02 del 21 de julio de 2021⁷, presentado el 2 de agosto del mismo año ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, la Entidad puso en conocimiento que el Adjudicatario habría incurrido en infracción al no haber subsanado las observaciones para el perfeccionamiento del contrato derivado del procedimiento de selección.

² Obrante a folio 133 al 141 del expediente administrativo en PDF.

³ Obrante en folios 142 al 143 del expediente administrativo en PDF.

⁴ Obrante en folio 144 del expediente administrativo en PDF.

⁵ Obrante en folio 154 al 168 del expediente administrativo en PDF.

⁶ Obrante a folio 169 del expediente administrativo en PDF.

⁷ Obrante a folios 2 al 3 del expediente administrativo en PDF.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

Para sustentar lo señalado, adjuntó, entre otros, el Informe N° 2021-2021-MTC/10.02.02⁸ del 21 de julio de 2021, en el cual detalló, principalmente, lo siguiente:

- El 26 de abril de 2021, la Entidad adjudicó la buena pro a favor del postor DIRECCIÓN Y GESTIÓN EN SALUD S.A.C; mientras que, el 4 de mayo de 2021 fue registrado en el SEACE el consentimiento de la buena pro.
- Mediante Oficio N° 0936 -2021-MTC/10.02 del 14 de mayo de 2021, la Entidad comunicó a la empresa DIRECCIÓN Y GESTIÓN EN SALUD S.A.C la pérdida de la buena pro otorgada a su favor, por tanto, a través el SEACE en el mismo día, mes y año, se comunicó al proveedor Fernando Enrique Cabrera Nuñez EIRL el otorgamiento de buena pro y el consentimiento de esta se registró el 24 de mayo de 2021.
- Mediante Oficio N° 0951-2021-MTC/10.02 de fecha 19 de mayo de 2021, comunicó al Adjudicatario cumpla con presentar la documentación para el perfeccionamiento de contrato.
- A través de Oficio N° 13-2021-GGSEMENCN de fecha 26 de mayo de 2021, el Adjudicatario presentó la documentación requerida para la suscripción del contrato derivado del procedimiento de selección.
- Con correo electrónico institucional del 26 de mayo de 2021, la Entidad comunicó al Adjudicatario las observaciones realizadas a la documentación presentada, otorgando el plazo de dos (2) días hábiles para su subsanación.
- Con Oficio N° 014-2021/GGSEMENCN del 28 de mayo de 2021, el Adjudicatario presentó subsanación de observaciones.
- Mediante Informe 0147-2021-MTC/10.02.02 del 1 de junio de 2021 la Entidad concluyó que el Adjudicatario *“no cumplió con subsanar las observaciones respecto al Domicilio para efectos de la notificación durante la ejecución del contrato, Estructura de Costos y la Certificación FDA de las pruebas de antígeno (hisopado nasofaríngeo), requisitos establecidos en el*

⁸ Obrante a folios 7 al 17 del expediente administrativo en PDF.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

literal e), f) y g), del numeral 2.4 de la Sección Específica de las Bases Integradas del procedimiento de selección”.

- A través de Oficio N° 1105-2021-MTC/10.02 del 1 de junio de 2021, la Entidad informa a través del SEACE la pérdida de la buena pro y comunicó al Adjudicatario el mismo día, mes y año mediante correo institucional.
 - El Adjudicatario incurrió en la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.
3. Con Decreto del 24 de noviembre de 2023⁹, la Secretaría del Tribunal dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Adjudicatario, por su supuesta responsabilidad al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato, infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

En virtud de ello, otorgó al Adjudicatario el plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

4. Mediante Carta N° 0013-2023¹⁰, presentado el 14 de diciembre de 2023 ante el Tribunal, el Adjudicatario presentó sus descargos, para lo cual manifestó, principalmente, lo siguiente:
- En el procedimiento de selección se solicitó la presentación de la certificación FDA para las pruebas de antígeno (hisopado nasofaríngeo), aunque en ese momento no existía en el mercado ningún reactivo que cumpliera con dicho requisito, lo que hizo imposible su presentación.
 - Precisó que ninguna empresa postora cumplía con la presentación del mencionado certificado, por lo que la entidad debió proceder con la anulación del procedimiento de selección.

⁹ Obrante a folios 175 al 178 del expediente administrativo del PDF.

¹⁰ Obrante a folio 192 del expediente administrativo en PDF.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

- Indicó que se informó a la Entidad sobre la inexistencia del certificado; sin embargo, esta continuó con el procedimiento, haciendo caso omiso.
 - Además, señaló que en una segunda convocatoria no se solicitó la exigencia del certificado.
 - Solicitó que se tenga en cuenta lo expuesto y que se anule el procedimiento administrativo sancionador.
5. Con decreto del 11 de abril de 2024, la Secretaría del Tribunal dejó constancia sobre la notificación del decreto de inicio al Adjudicatario, asimismo, dejó constancia que el Adjudicatario se apersonó y presentó sus descargos y dispuso remitir el expediente a la Cuarta Sala para que resuelva.
6. El 12 de julio de 2024 en atención a lo señalado en la Resolución N° 000103-2024-OSCE/PRE del 2 de julio del 2024, el cual formaliza el Acuerdo de Consejo Directivo que aprueba la reconfiguración de Salas del Tribunal, se remitió el expediente a la Quinta Sala del Tribunal, para que resuelva, siendo recibido por el vocal ponente el 12 de julio.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador determinar la responsabilidad del Adjudicatario por incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, normativa vigente al momento en que ocurrieron los hechos imputados.

Naturaleza de la infracción

2. Sobre el particular, el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley establece como infracción lo siguiente:

“Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas y en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

(...)

b) Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco."

[El subrayado es agregado]

3. Tal como se puede apreciar, la infracción en comentario regula dos supuestos de hecho distintos y tipificados como sancionables: **i)** Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato; y, **ii)** Incumplir injustificadamente con su obligación de formalizar Acuerdos Marco.
4. En esa línea, se aprecia que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, que incumplan con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco.
5. En ese sentido, es pertinente precisar, a fin de realizar el análisis respectivo que, en el presente caso, el supuesto de hecho imputado corresponde a incumplir injustificadamente con la obligación de perfeccionar el contrato.
6. Al respecto, debe tenerse presente que, para la configuración del tipo infractor materia de análisis, debe acreditarse la existencia de los siguientes elementos constitutivos: **i)** que el contrato no se haya formalizado por el incumplimiento de la obligación por parte del proveedor adjudicado; y, **ii)** que dicha conducta sea injustificada.
7. En relación con el primer elemento constitutivo, cabe destacar que el no perfeccionamiento del contrato no solo se genera por la omisión de firmar el documento que lo contiene, sino que también se configura con la no realización de los actos que preceden al perfeccionamiento del mismo, como es la no presentación de los documentos exigidos en las bases integradas, toda vez que esto constituye un requisito indispensable para concretar y viabilizar la suscripción de aquél. Por tanto, una vez consentida la buena pro de un procedimiento de selección, por disposición de la normativa, todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para la suscripción de aquel,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3007-2024 -TCE-S5

pues lo contrario, al materializar el incumplimiento de su obligación, puede generarle la aplicación de las sanciones correspondientes, salvo situaciones de excepción debidamente justificadas.

8. Al respecto, el numeral 136.1 del artículo 136 del Reglamento establece que *“Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar”*.
9. Por su parte, el numeral 136.3 de dicho artículo dispone que *“En caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal”*.
10. En relación con ello, debe tenerse presente que el procedimiento para perfeccionar el contrato está previsto en el artículo 141 del Reglamento, el cual dispone que, dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, el postor ganador de la buena pro presenta los requisitos para perfeccionar el contrato. En un plazo que no puede exceder de los dos (2) días hábiles siguientes de presentados los documentos la Entidad suscribe el contrato o notifica la orden de compra o de servicio, según corresponda, u otorga un plazo adicional para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cuatro (4) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad. A los dos (2) días hábiles como máximo de subsanadas las observaciones se suscribe el contrato.

Por su parte, el literal c) del artículo 141 del Reglamento establece que, cuando no se perfeccione el contrato, por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro. Las referidas disposiciones, obligan al postor beneficiado con la buena pro, a presentar la documentación requerida en las Bases, a fin de viabilizar la suscripción del contrato, siendo, en estricto, su responsabilidad garantizar que la documentación se encuentre conforme a lo dispuesto en tales Bases y de acuerdo a las exigencias establecidas por las normas antes glosadas.

11. En ese sentido, el no perfeccionamiento del contrato no solo se genera con la omisión de firmar el documento que lo contiene, sino también con la no realización de los actos que preceden a su perfeccionamiento, como es la no

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3007-2024 -TCE-S5

presentación de los requisitos exigidos en las bases, toda vez que esto último constituye un requisito indispensable para concretar y viabilizar su suscripción. Por tanto, una vez consentida la buena pro de un procedimiento de selección, por disposición de la normativa en contrataciones, todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para la suscripción del contrato, pues lo contrario puede generarle la aplicación de la sanción correspondiente.

- 12.** En este orden de ideas, para el cómputo del plazo para la suscripción del contrato, cabe traer a colación lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento, en virtud del cual el otorgamiento de la buena pro se publica y se entiende notificado a través del SEACE, el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, debiendo incluir el acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación.
- 13.** Asimismo, el artículo 64 del Reglamento señala que, cuando se hayan presentado dos (2) o más ofertas, el consentimiento de la buena pro se produce a los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación.
- 14.** Por su parte, en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles. En el caso de Subasta Inversa Electrónica, el consentimiento de la buena pro se produce a los cinco (5) días hábiles de la notificación de su otorgamiento, salvo que su valor estimado corresponda al de una Licitación Pública o Concurso Público, en cuyo caso se produce a los ocho (8) días hábiles de la notificación de dicho otorgamiento.
- 15.** Conforme a lo expuesto, la normativa de contratación pública ha previsto el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato, al cual deben sujetarse tanto la Entidad como el postor adjudicado, toda vez que dicho procedimiento constituye una garantía para los derechos y obligaciones de ambas partes.
- 16.** Por otro lado, en relación al segundo elemento constitutivo del tipo infractor, es decir, que la conducta omisiva del postor adjudicado sea injustificada, es pertinente resaltar que corresponde al Tribunal determinar si se ha configurado el primer elemento de la conducta típica establecida en el literal b) del numeral 50.1

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

del artículo 50 de la Ley, mientras que corresponde al postor adjudicado probar, fehacientemente, que: **i)** concurren circunstancias que le hicieron imposible física o jurídicamente la suscripción del contrato con la Entidad; o, **ii)** no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible suscribir el contrato respectivo debido a factores ajenos a su voluntad.

17. Bajo dicho contexto, corresponde a este Colegiado analizar la supuesta responsabilidad administrativa del Adjudicatario por no cumplir con su obligación de perfeccionar el contrato; infracción prevista en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, de acuerdo a las disposiciones normativas precitadas que regulan la convocatoria, debiendo precisarse que dicho análisis está destinado a verificar que la omisión del presunto infractor se haya producido, sin concurrir alguna circunstancia o motivo que justifique su conducta.

Configuración de la infracción

Incumplimiento de la obligación de suscribir contrato

18. En ese orden de ideas, y a efectos de analizar la eventual configuración de la infracción por parte del Adjudicatario, en el presente caso, corresponde determinar el plazo con el que aquél contaba para perfeccionar el contrato derivado del procedimiento de selección, **en el cual debía presentar la totalidad de la documentación prevista en las bases**; y, de ser el caso, la Entidad solicitar la subsanación de la documentación presentada y el proveedor ganador subsanar las observaciones formuladas por aquella, en el plazo otorgado.
19. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 141 del Reglamento, el Adjudicatario contaba con ocho (8) días hábiles a partir del registro en el SEACE del consentimiento de la pérdida de la buena pro (**24 de mayo de 2021**) para presentar la documentación necesaria para el perfeccionamiento del contrato; esto es, hasta el **3 de junio de 2021**.
20. Al respecto, obra en el expediente el Oficio N° 13-2021-GGSEMCN del 26 de mayo de 2021¹¹, mediante el cual el Adjudicatario presentó los documentos para la suscripción del contrato.

¹¹ Obrante a folios 133 al 141 y siguientes del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

21. Sin embargo, mediante correo del 26 de mayo de 2021¹², enviado a la dirección electrónica (cabrebanunez@gmail.com)¹³, la Entidad comunicó al Adjudicatario las observaciones advertidas a los documentos presentados para la suscripción del contrato, para lo cual precisó que no presentó los siguientes documentos:
- Documento de Código de cuenta Interbancario (CCI), que consigne la nomenclatura correcta del procedimiento de selección.
 - Copia de la vigencia poder del representante legal de la empresa que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato.
 - Domicilio para efectos de la notificación durante la ejecución del contrato.
 - Estructura de costos.
 - Certificación FDA de las pruebas de antígeno (hisopado nasofaríngeo).

Asimismo, le otorgó el plazo de 2 días hábiles para su subsanación (plazo que venció el **28 de mayo de 2021**).

22. Ante dicha observación, con Oficio N° 014-2021/GGSEMCN del 28 de mayo de 2021, el Adjudicatario indicó que subsanó los documentos, de acuerdo con lo siguiente:

¹² Obrante a folios 142 del expediente administrativo.

¹³ Cabe precisar que, dichos correos electrónicos fueron autorizados por el Adjudicatario en el Anexo N° 1 de su oferta (folio 80 del expediente administrativo).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

Lima, 28 de Mayo del 2021

OFICIO N° 014-2021/GGSEM CN

Srta. BLANCA ROJAS JARAMILLO

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

PRESENTE

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

E-157263-2021

FECHA Y HORA: 2021/05/28 12:42:31

REGISTRADOR: CARMEN DEL ROSARIO FERNANDEZ TALISO

Revise los términos en nuestro <https://tce.mtc.gob.pe/>

ASUNTO: "Adjudicación de la Buena Pro derivada de la Adjudicación Simplificada N° 008-2021-MTC/10-PRIMERA CONVOCATORIA, para la contratación del "Servicio para la realización de pruebas tipo antígenos para el descarte del COVID-19 a los trabajadores del Ministerio de Transporte y Comunicaciones en el marco del Estado de Emergencia Sanitaria, así como la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19 según la normativa vigente"

Me es grato dirigirme al Despacho de su digno cargo a fin de adjuntar documentación de subsanación de las observaciones efectuadas a nuestra presentación:

- a) Código de cuenta interbancaria (CCI), .
- b) Copia de la vigencia del poder del representante legal de la empresa que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, adjuntamos copia del tiket de tramite ante RRPP que lo entregara en el lapso hábiles.
- c) Cuadros de costos
- d) Domicilio para efectos de la notificación durante la ejecución del contrato.
- e) Certificación FDA de las pruebas de antígeno (hisopado nasofaríngeo), adjuntamos documento equivalente del estado de California.

Agradeciendo la atención a la presente, aprovecho la oportunidad para expresarle mi respeto personal.

Atentamente,

FERNANDO CHACÓN
GERENTE GENERAL

23. Sin embargo, con Oficio N° 1105-2021-MTC/10.02 del 1 de junio de 2021, publicado en el SEACE en la misma fecha, la Entidad declaró la pérdida automática de la buena pro otorgada al Adjudicatario por no haber cumplido con lo siguiente: (i) Domicilio para efectos de la notificación durante la ejecución del contrato, (ii) estructura de costos y (iii) el Certificación FDA de las pruebas de antígeno (hisopado nasofaríngeo). En esa medida, en el Informe N° 0147-2021-MTC/10.02.02, obrante a folio 154 del expediente administrativo, remitido al



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3007-2024 -TCE-S5

Adjudicatario por correo electrónico, se señala que los incumplimientos consistieron en lo siguiente:

- En relación con el domicilio para efectos de la notificación de la ejecución contractual, indicó que el postor no cumplió con presentar adecuadamente el documento requerido, toda vez que adjuntó la “Declaración Jurada de Datos del postor”, sin contar con la firma correspondiente en señal de asentimiento.
- El postor no cumplió con presentar la “Estructura de Costos” conforme a lo solicitado, toda vez que el rubro “saldo a favor” debe estar subsumido dentro del costo del “Servicio para la realización de pruebas tipo antígenos para el descarte del COVID-19”, así como, no cuenta con la firma correspondiente en señal de asentimiento.
- En relación a la Certificación FDA de las pruebas de antígeno, se precisa que el postor no cumplió con presentar el documento requerido, toda vez que presentó el “Certificado de Exportación / Venta Gratis - Dispositivo Médico” suscrito por “Notario Público”, y no presentó la Certificación Food and Drug Administration (FDA).

- 24.** En esa medida, de acuerdo con lo señalado por la Entidad, el Adjudicatario no cumplió con su obligación de perfeccionar el contrato, toda vez que no subsanó los documentos para el perfeccionamiento del contrato dentro del plazo otorgado.

En este punto cabe resaltar que, de la revisión del SEACE no se aprecia que la pérdida de la buena pro hubiese sido objeto de impugnación.

- 25.** Ahora bien, conviene recalcar que la infracción imputada al Adjudicatario se configura, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevinida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, lo que será evaluado en el siguiente acápite con base a los descargos presentados por el Adjudicatario.

Respecto de la justificación

- 26.** Es pertinente resaltar que, para acreditar la existencia de una causal de justificación, debe probarse fehacientemente que concurrieron circunstancias que

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3007-2024 -TCE-S5

hicieron imposible física o jurídicamente el perfeccionamiento contractual con la Entidad o que, no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible al Adjudicatario perfeccionar el mismo debido a factores ajenos a su voluntad.

27. En este punto, es preciso indicar que el Tribunal ha reconocido en reiteradas resoluciones que la justificación de la conducta infractora imputada está referida a la acreditación de la imposibilidad física o jurídica para el cumplimiento de la obligación. La **imposibilidad física** del postor adjudicado se encuentra referida a un obstáculo temporal o permanente que lo inhabilite o imposibilite, irremediable e involuntariamente, a cumplir con su obligación de perfeccionar la relación contractual; mientras que la **imposibilidad jurídica** consiste en la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona natural o jurídica para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues de hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados. Asimismo, corresponde al Adjudicatario probar que se verificó una imposibilidad física o jurídica que impidió el perfeccionamiento del contrato.
28. En tal sentido, en sus descargos, el Adjudicatario manifestó que la certificación FDA, requerida por las bases integradas, no existía en el mercado en ese momento, por lo que ninguno de los postores pudo cumplir con dicho requisito. Además, precisó que este hecho fue comunicado a la entidad, pero a pesar de ello, se continuó con el procedimiento de selección, precisa que debió haberse anulado el procedimiento.

Asimismo, solicitó la anulación del procedimiento administrativo sancionador considerando que en una segunda convocatoria no se requirió el Certificado FDA.

29. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, desde el momento de la convocatoria del procedimiento de selección, el Adjudicatario tenía pleno conocimiento que, en el numeral 2.4 del Capítulo II de la Sección Especifica de las bases integradas y en el numeral IX de los términos de referencia consignado en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Especifica de las citadas bases, la Entidad requirió, como requisito para la suscripción del contrato, entre otros, la Certificación FDA de las pruebas de antígeno (hisopado nasofaríngeo), condición que fue aceptada por el Adjudicatario, debido a que no formuló ninguna observación sustentando que dicha certificación no podría obtenerse.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

Asimismo, de la revisión de la oferta el Adjudicatario, se aprecia que suscribió el Anexo N° 2 - Declaración Jurada (Art. 52 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 23 de abril de 2021¹⁴, mediante el cual declaró, entre otros aspectos, *“conocer, aceptar y someterse a las bases, condiciones y reglas del procedimiento de selección”*, lo cual incluía presentar, entre otros, la Certificación FDA como requisito indispensable para la formalización de la relación contractual.

- 30.** Ahora bien, ante esta instancia, el Adjudicatario manifestó que en el momento del procedimiento de selección no existía en el mercado reactivo que cumpliera con el Certificado FDA, motivo por el cual ninguno de los postores pudo cumplir con dicho requisito.

Como se puede apreciar, lo manifestado por el Adjudicatario evidencia su falta de diligencia, toda vez que, de forma previa a la presentación de su oferta debió corroborar que existiera en el mercado un producto que contara con la citada certificación, de manera documentada, además, del documento de subsanación del Adjudicatario se verifica que presentó *“documento equivalente al Certificado FDA”*, ello permite corroborar que el Adjudicatario ofertó un producto que contaba con otro tipo de certificación y no con la requerida por la Entidad.

Así también, el postor no ha esbozado justificación respecto a los otros documentos que habría incumplido con adjuntar para el perfeccionamiento del contrato, tales como el domicilio para efectos de la notificación durante la ejecución del contrato y la estructura de costos.

- 31.** Es así que, el Adjudicatario, ante la imposibilidad de cumplir con su obligación de presentar la Certificación FDA para el producto ofertado, debido a su falta de diligencia de comprobar si en el mercado existía producto que contara con dicha certificación antes de realizar su oferta, ante esta instancia, formuló que el proceso debía anularse, al solicitar un requerimiento que no existe, más aún si el primer postulante perdió la buena pro por no presentar el mencionado certificado.

¹⁴ Obrante a folio 80 del expediente administrativo en PDF.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

No obstante, se debe tener en cuenta que, el presente procedimiento administrativo sancionador tiene por objeto determinar la responsabilidad del Adjudicatario por no haber cumplido con su obligación de perfeccionar el contrato al incumplir las condiciones previstas en las bases integradas, las cuales fueron aceptadas por el Adjudicatario en su oferta, mas no absolver cuestionamientos contra las bases integradas o verificar la idoneidad de su requerimiento, el cual, por su naturaleza técnica, le corresponde ser definido por el área usuaria de la Entidad.

Es importante reiterar que corresponde al adjudicatario probar la existencia de una imposibilidad física o jurídica. No obstante, en el descargo remitido por el adjudicatario no se evidencia tal imposibilidad. Por el contrario, los descargos solo indican que el certificado FDA no existía en el mercado al momento del procedimiento de selección y que el requisito se habría suprimido en una segunda convocatoria, sin adjuntar ningún medio probatorio que sustente la alegada imposibilidad de que el producto cuente con el certificado FDA, así tampoco cuestionó las observaciones referidas a la no presentación del domicilio para efectos de la notificación durante la ejecución del contrato y la estructura de costos.

32. En este escenario, el hecho que en una segunda convocatoria se haya suprimido la referida certificación de los documentos de suscripción, no implica la imposibilidad física o jurídica del Adjudicatario de incumplir con la presentación de la certificación FDA que se comprometió en su oferta a entregar para la suscripción del contrato.
33. Bajo dichas consideraciones, no se aprecia la existencia de alguna imposibilidad física o jurídica que haya impedido al Adjudicatario cumplir con su obligación de formalizar el contrato derivado del procedimiento de selección, conforme a los fundamentos precedentes. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, la evaluación que debe efectuar este colegiado es al momento de la presentación de ofertas, no evidenciándose la imposibilidad de acreditar dichas exigencias, sino que, por el contrario, esta Sala advirtió que el Adjudicatario consideró que el certificado no existía en el mercado, sin embargo, no logra demostrar dicha afirmación.

Cabe recalcar que el presente procedimiento tiene por objeto determinar el incumplimiento de suscripción del contrato, lo que ha quedado corroborado, evidenciándose una falta de diligencia del Adjudicatario, que ofertó

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

indebidamente un producto sin antes corroborar, de manera documental, si este contaba con la certificación FDA, razón por la que esta Sala corrobora su responsabilidad en la no suscripción del contrato, aspecto que no puede justificarse alegando que las bases no debieron solicitar dicha documentación, tal como se ha desarrollado en fundamentos previos.

34. En consecuencia, habiéndose acreditado que el Adjudicatario no cumplió con formalizar el contrato derivado del procedimiento de selección, y no habiéndose verificado la existencia de alguna situación de imposibilidad jurídica o física para dicha conducta, se ha acreditado la responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Respecto de la fecha de comisión de la infracción

35. Al respecto, conforme se expresó en párrafos precedentes, para que proceda la suscripción del contrato, resultaba necesario que el Adjudicatario presente los documentos exigidos en las bases para tal fin.
36. En esta línea, resulta pertinente mencionar que, el Acuerdo de Sala Plena N° 006-2021/TCE del 11 de junio de 2021, publicado el 16 de julio de 2021 en el Diario Oficial El Peruano, concluye que la infracción consistente en incumplir injustificadamente la obligación de perfeccionar el contrato o formalizar Acuerdos Marco, **se configura en el momento en que el postor adjudicado incumple con alguna de sus obligaciones que impiden el perfeccionamiento del contrato.**
37. Es así que, en el presente caso, el hecho de no haber presentado todos los documentos para el perfeccionamiento del contrato hasta el **28 de mayo de 2021**, fecha en que vencía el plazo para tal fin, constituye un incumplimiento que deriva en la imposibilidad de perfeccionar el contrato; consecuentemente, se ha configurado la causal de infracción en dicha oportunidad.

Graduación de la sanción

38. El literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley prevé, como sanción para la infracción analizada, la aplicación de una multa a ser pagada a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la cual no puede ser menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la oferta económica o del contrato, según corresponda, **y que no puede ser inferior a una**

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3007-2024 -TCE-S5

(1) UIT. Asimismo, se prevé que, ante la imposibilidad de determinar el monto de la oferta económica o del contrato se impondrá una multa entre cinco (5) y quince (15) UIT; y, como medida cautelar, la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto la multa no sea pagada por el infractor, **por un plazo no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses**, la cual además no computa para el plazo de inhabilitación definitiva.

39. Sobre la base de las consideraciones expuestas, se aprecia que el monto ofertado por el Adjudicatario asciende a S/ 54,000.00 (cincuenta y cuatro mil con 00/100 soles) en relación con el procedimiento de selección.

En ese sentido, la multa a imponer no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) de dicho monto (S/ 2,700.00) ni mayor al quince por ciento (15%) del mismo (S/ 8,100.50). Cabe precisar que, dicha multa no podrá ser inferior a una (1) UIT, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 del TUO de la Ley; en ese sentido, en el caso concreto, la multa no puede ser inferior a S/ 5,150.00 (cinco mil ciento cincuenta con 00/100 soles).

40. Bajo esa premisa, corresponde imponer al Adjudicatario la sanción de multa prevista en la Ley, para lo cual deben considerarse los criterios de graduación previstos en el artículo 264 del Reglamento.

Sobre el tema, cabe traer a colación lo dispuesto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, respecto al *principio de razonabilidad*, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido, criterio que también debe tomarse en cuenta al momento de fijar la sanción.

41. En tal sentido, se deben considerar los siguientes criterios de graduación:
- a) **Naturaleza de la infracción:** desde el momento en que el Adjudicatario presentó su oferta, quedó obligado a cumplir con las disposiciones previstas en la normativa de contratación pública y en las bases, resultando una de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

estas la de perfeccionar la relación contractual derivada del procedimiento de selección, en el plazo establecido en el artículo 141 del Reglamento.

- b) **Ausencia de intencionalidad del infractor:** de los elementos obrantes en el expediente, no es posible determinar si hubo intencionalidad del Adjudicatario para cometer la infracción determinada.
- c) **La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad:** de la documentación obrante en el expediente no se aprecia que la Entidad hubiese acreditado algún daño, más allá de precisar los incumplimientos del Adjudicatario en la denuncia correspondiente.
- d) **El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada:** conforme a la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el que el Adjudicatario haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada.
- e) **Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal:** de acuerdo con la base de datos del Registro Nacional de Proveedores (RNP), el Adjudicatario no cuenta con antecedentes de sanción administrativa impuesta por el Tribunal.
- f) **Conducta procesal:** el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y presentó sus descargos.
- g) **La adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 50.10 del artículo 50 de la Ley:** de la documentación obrante en el expediente administrativo, no se advierte la adopción de ningún modelo de prevención que se encuentre certificado, por parte del Adjudicatario, conforme al numeral 50.10 del artículo 50 de la Ley.
- h) **La afectación de las actividades productivas o de abastecimiento en tiempos de crisis sanitarias¹⁵:** de la revisión de la documentación obrante en el

¹⁵ Criterio de graduación incorporado mediante la Ley N°31535, que modificó la Ley N° 30225, Ley que modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a fin de incorporar la causal de afectación de actividades

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

expediente no se aprecia que el Adjudicatario acredite el presente criterio de graduación.

42. Cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, por parte del Adjudicatario, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar el **28 de mayo de 2021** (fecha en la que venció el plazo para la subsanación de las observaciones).

Procedimiento y efectos del pago de la multa

43. Al respecto, el procedimiento establecido en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - “Lineamientos para la Ejecución de la Sanción de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado”, aprobada mediante Resolución N° 058-2019-OSCE/PRE, publicada el 3 de abril de 2019 en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE, es como sigue:

- El proveedor sancionado debe pagar el monto íntegro de la multa y comunicar al OSCE dicho pago, adjuntando el comprobante original respectivo. En caso no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la resolución sancionadora, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente.
- El pago se efectúa mediante Depósito en la Cuenta Corriente N° 0000-870803 del OSCE en el Banco de la Nación.
- La comunicación del pago se efectúa a través de la presentación del formulario denominado “Comunicación de Pago de Multa” únicamente en la Mesa de Partes Digital del OSCE¹⁶. El proveedor sancionado es responsable de consignar correctamente los datos que se precisan en el citado formulario.
- La obligación de pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE o del día siguiente al

productivas o de abastecimiento por crisis sanitarias, aplicable a las micro y pequeñas empresas (MYPE); publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 28 de julio de 2022.

¹⁶ Podrá acceder a través del portal web institucional www.gob.pe/osce, para dicho efecto puede consultar la guía disponible en el siguiente enlace <https://bit.ly/2G8XlTh>

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

término del período máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar.

- La condición de proveedor suspendido se genera el día siguiente al vencimiento del plazo de siete (7) días hábiles de haber quedado firme la resolución sancionadora sin que el proveedor sancionado efectúe y comunique el pago del monto íntegro de la multa, esta misma condición se genera el día siguiente a aquel en que la Unidad de Finanzas de la Oficina de Administración del OSCE verifique que la comunicación de pago del proveedor sancionado no ha sido efectiva.
- Cuando el proveedor comunique el pago de la multa con posterioridad a su suspensión, dicha suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber sido registrada en el SITCE la verificación del pago.

Asimismo, de no realizarse y comunicarse el pago de la multa por parte del proveedor suspendido, la suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber transcurrido el plazo máximo dispuesto por la medida cautelar contenida en la resolución sancionadora firme.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Christian Cesar Chocano Davis y la intervención de la Vocal Olga Evelyn Chávez Sueldo y del Vocal Roy Nick Álvarez Chuquillanqui y, atendiendo a la reconfirmación de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000103-2024-OSCE-PRE, del 1 de julio de 2024, publicada el 2 del mismo mes y año en el Diario Oficial "El Peruano", en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N°076-2016-EF del 7 de abril de 2016; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad:

LA SALA RESUELVE:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

1. **Sancionar** al proveedor **FERNANDO ENRIQUE CABRERA NUÑEZ E.I.R.L. (con R.U.C. N° 20603486952)**, con una multa ascendente a **S/ 5,150.00 (cinco mil ciento cincuenta con 00/100 soles)**, por su responsabilidad al haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato derivado de la Adjudicación Simplificada N° 8-2021-MTC/10-Primera Convocatoria. El procedimiento para la ejecución de la multa se iniciará luego de que haya quedado firme la presente resolución por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto el recurso de reconsideración contra aquella, o porque, habiéndose presentado el recurso, este fue desestimado.
2. **Disponer como medida cautelar**, la suspensión del proveedor **FERNANDO ENRIQUE CABRERA NUÑEZ E.I.R.L. (con R.U.C. N° 20603486952)** por el plazo de **tres (3) meses** para participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en caso la infractora no cancele la multa según el procedimiento establecido en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - *“Lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado”*.
3. Disponer que el pago de la multa impuesta se realice en la cuenta del OSCE N° 0000-870803 en el Banco de la Nación. En caso la administrada no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la presente resolución, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente. Una vez comunicado el pago efectuado, el OSCE tiene un plazo máximo de tres (3) días hábiles para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva. La obligación de pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE o del día siguiente al término del período máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar.
4. Disponer que, una vez que la presente resolución haya quedado administrativamente firme, se proceda conforme a las disposiciones contempladas en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - *“Lineamientos para la ejecución de la sanción de multa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado”*, aprobada mediante Resolución N° 058-2019-OSCE/PRE.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 3007-2024 -TCE-S5

5. Disponer que, una vez que la presente resolución haya quedado administrativamente firme la Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado debe registrar la sanción en el Sistema Informático del Tribunal de Contrataciones del Estado – SITCE.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OLGA EVELYN CHÁVEZ SUELDO
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

ROY NICK ALVAREZ CHUQUILLANQUI
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

SS.

Chocano Davis.
Chávez Sueldo
Álvarez Chuquillanqui