



Resolución Nº 2439-2017-TCE-S2

Sumilla: "(...) la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones (...)"

Lima, 07 NOV. 2017

VISTO en sesión de fecha 7 de noviembre de 2017 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente Nº 2507/2017.TCE, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C., contra la no admisión de su oferta y contra el otorgamiento de la buena pro de la Licitación Pública Nº 001-2016-HV - Primera Convocatoria, para la "Contratación de una (01) autoclave horizontal para el servicio de central de esterilización"; y, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

- El 26 de diciembre de 2016, el Gobierno Regional del Callao – Hospital de Ventanilla, en adelante **la Entidad**, convocó la Licitación Pública Nº 001-2016-HV - Primera Convocatoria, para la "Contratación de una (01) autoclave horizontal para el servicio de central de esterilización", con un valor estimado ascendente a S/ 423,000.00 (cuatrocientos veintitrés mil con 00/100 soles), en adelante **el procedimiento de selección**.

Cabe precisar que el procedimiento de selección fue convocado al amparo de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley Nº 30225, en adelante la Ley, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 350-2015-EF, en adelante el Reglamento.

Según la información registrada en el SEACE, el 7 de agosto de 2017 se llevó a cabo la presentación de ofertas y, el 10 del mismo mes y año, mediante Acta de evaluación y calificación y otorgamiento de la buena pro, se dispuso otorgar la buena pro al postor DDM MEDICAL S.A.C., en adelante el Adjudicatario, de acuerdo al siguiente detalle:

Postor	Etapas			Orden de prelación
	Admisión	Precio	Puntaje	
DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C.	NO	-----	-----	-----
DDM MEDICAL S.A.C.	SI	415,000.00	76.39	1

2. Mediante Formulario y Escrito N°1 presentados el 22 de agosto de 2017 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, subsanados el 24 del mismo mes y año, mediante Escrito N° 02¹, el postor DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C., en lo sucesivo **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta, solicitando que: i) se admita su oferta, ii) se tenga por no admitida la oferta del Adjudicatario, y iii) luego que su oferta sea admitida, se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

Como sustento de su petitorio, en los términos que se detallan a continuación, argumenta lo siguiente:

- i. Refiere que el Comité de Selección desestimó su oferta por no haber cumplido con acreditar la especificación técnica N° 37 referida a la "Temperatura del proceso 105° C hasta 135 °C con variación de grado en grado", lo cual a su criterio resulta ser incorrecto.

Al respecto, señala que en los folios 37, 43 y 46 de su oferta no sólo se acredita el cumplimiento de la especificación técnica N° 37, sino que también se evidencia que ésta ha sido superada.

Así, señala que:

- 
- En el folio 37 de su oferta, se indica que la temperatura se expresa en °C.
 - En el folio 43, se evidencia que el rango de temperatura es de 0 a 155° C.
 - En el folio 46 se corrobora el control de temperatura en °C por minuto.

Agrega que en los folios 27 y 39 de su oferta, se indica que el equipo ofertado cuenta con una interfaz de pantalla táctil a color de 9 pulgadas que permite una visualización de los parámetros del ciclo, y que el indicador "temperatura en proceso" muestra la temperatura en °C. En razón de ello, considera que su oferta debió ser admitida por el Comité de Selección.

- ii. De otro lado, indica que la oferta del Adjudicatario no cumple con acreditar la especificación técnica "bomba de vacío", razón por la cual su oferta debió ser desestimada.

Al respecto, sostiene que las Bases Integradas solicitaron una autoclave con bomba de vacío seca, conforme se aprecia a continuación:

*"SISTEMA DE VACÍO
46.- INTEGRADO AL EQUIPO (ESTERILIZADOR)
47.- BOMBA DE VACÍO SECA DE 3.0 cv Hz, CON EFECTIVIDAD DEL 70% A MAS DE AHORRO DE AGUA"*

Sin embargo, el Adjudicatario ha presentado una "bomba de vacío de anillo líquido" conforme se aprecia en el folio 14 de su oferta:

¹ Obrante a folios 9-16 del expediente administrativo.



Resolución N° 2439-2017-TCE-S2

"Bomba de vacío"

El vacío producido (pre-vacío, pulsados y secado) se lleva a cabo por una bomba de vacío de anillo líquido, lo que reduce el tiempo de ciclo y mejora el rendimiento del mismo".

En tal sentido, teniendo en cuenta que la oferta del Adjudicatario no cumple con acreditar las especificaciones técnicas solicitadas en las Bases Integradas, considera que su oferta no debió ser admitida.

- iii. Por otra parte, el Impugnante refiere que el Adjudicatario no habría cumplido con acreditar el requisito de calificación "Experiencia del postor", toda vez que algunas de sus facturas no corresponderían a la definición de bienes iguales y/o similares otorgado por la Entidad.

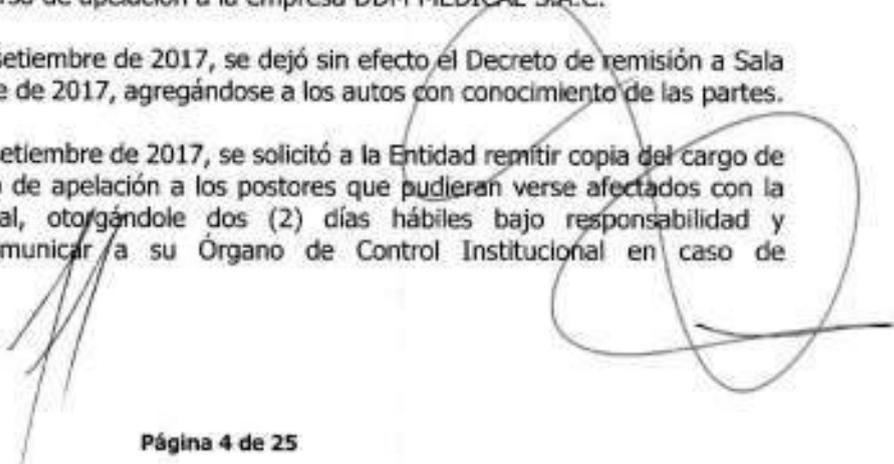
Al respecto, indica que en el Capítulo III de las Bases Integradas se exigió que los postores acrediten un monto facturado equivalente a S/ 1'269,000.00 soles, por la venta de autoclaves en general y esterilizadoras a vapor en general; sin embargo, el Adjudicatario no habría cumplido con acreditar dicho monto, pues las facturas N° 001-000558 y N° 001-000576, corresponden a la venta de un ecógrafo Doppler y un lavador ultrasónico, los cuales no son bienes iguales y/o similares al objeto de la convocatoria.

En tal sentido, indica que al restar los montos de las citadas facturas, se obtiene el valor de S/ 718,082.80 soles, el cual resulta ser insuficiente para sustentar la experiencia de S/ 1'269,000.00 soles requerida por las Bases.

Agrega que en la etapa de calificación de ofertas, se modificaron indebidamente las Bases Integradas, considerándose como bienes similares a los monitores multiparámetros en general, lo cual incluso no fue materia de ninguna consulta u observación.

- iv. En consecuencia, considera que la oferta del Adjudicatario debió ser descalificada.
- v. Solicitó el uso de la palabra.
3. Con Decreto del 25 de agosto de 2017, se admitió a trámite el recurso de apelación, corriéndose traslado a la Entidad, a efectos que remita los antecedentes administrativos completos, así como el Informe Técnico legal correspondiente. Para estos efectos se le otorgó un plazo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad y apéribimiento de resolver con la documentación obrante en autos y de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, en caso de incumplimiento.
4. Mediante Formulario y Oficio N° 003-2017-GRC/HV/UA presentado el 7 de setiembre de 2017 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió los antecedentes administrativos. Asimismo, adjuntó el Informe Técnico Legal N° 001-2017-GRC/HV/UA/OL² del 21 de agosto de 2017, donde indicó lo siguiente:

² Documento obrante a folios 62-63 del expediente administrativo.

- 
- i. Mediante Informe Técnico N° 009-2017-CS-LP001-2016-HV, el Comité de Selección indicó que si bien el producto ofertado por el Impugnante cuenta con una escala de temperatura de 0 a 155 °C, no se ha acreditado técnicamente que la citada temperatura corresponda a la temperatura del proceso de esterilización, y que a pesar que la lectura es en grados Celsius (°C) y que el aumento se encuentra expresado en °C por minuto, no se señalan ni se indican los márgenes de la temperatura del proceso.
 - ii. Por otro lado, respecto a que la oferta del Adjudicatario no cumpliría con las especificaciones técnicas de la "bomba de vacío seca", señala que ello no es correcto, pues la bomba de vacío ofertada, al ser de última generación, tiene la función de ahorro de agua para recircularla durante el ciclo de esterilización, reduciendo el tiempo del ciclo y generando un ahorro de energía en beneficio de la institución.
 - iii. Respecto a la acreditación de la experiencia del postor, indica que se consideraron para el cómputo de la experiencia, la venta del ecógrafo Doppler y el lavador ultrasónico debido a que se tratan de equipos médicos relacionados con las autoclaves en general y con los esterilizadores en general.
 - iv. En ese sentido, considera que el recurso presentado por el Impugnante debe ser declarado infundado.
5. Por Decreto del 7 de setiembre de 2017, atendiendo a que la Entidad remitió los antecedentes administrativos solicitados, se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal, a fin que evalúe la información que obra en el expediente y, de ser el caso, declare, dentro de cinco (5) días, listo para resolver.
 6. Mediante Escrito N° 01 presentado el 14 de setiembre de 2017 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la empresa DDM MEDICAL S.A.C. solicitó su apersonamiento al presente procedimiento en calidad de Tercero Administrado.
 7. Por Decreto del 18 de setiembre de 2017, se tomó conocimiento de lo expuesto por la empresa DDM MEDICAL S.A.C., agregándose a los autos con conocimiento de las partes.
 8. Mediante Memorando N° 79-2017, se solicitó dejar sin efecto el Decreto de remisión a Sala de fecha 7 de setiembre de 2017, toda vez que la Entidad no cumplió con remitir el cargo de notificación del recurso de apelación a la empresa DDM MEDICAL S.A.C.
 9. Por Decreto del 21 de setiembre de 2017, se dejó sin efecto el Decreto de remisión a Sala de fecha 7 de setiembre de 2017, agregándose a los autos con conocimiento de las partes.
 10. Por Decreto del 25 de setiembre de 2017, se solicitó a la Entidad remitir copia del cargo de notificación del recurso de apelación a los postores que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal, otorgándole dos (2) días hábiles bajo responsabilidad y apercibimiento de comunicar a su Órgano de Control Institucional en caso de incumplimiento.
- 



Resolución N° 2439-2017-TCE-S2

11. Mediante Oficio N° 004-2017-GRC/HV/UA, presentado el 29 de setiembre de 2017 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió la documentación solicitada.
12. Por Decreto del 2 de octubre de 2017, se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal, para que evalúe la información que obra en el expediente y, de ser el caso, declare, dentro de cinco (5) días, listo para resolver.
13. Por Decreto del 6 de octubre de 2017, se programó audiencia pública para el 13 de octubre de 2017.
14. El 13 de octubre de 2017, se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de los señores Victor Hugo Robert Chu Cerratto y Dery Ann Serrano Otoy, en representación del Impugnante.
15. Por Decreto del 13 de octubre de 2017, se dejó a consideración de la Sala los argumentos expuestos por el Impugnante.
16. Mediante Escrito N° 01, presentado el 13 de octubre de 2017 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la empresa DDM MEDICAL S.A.C. absolvió el traslado del recurso de apelación bajo los siguientes términos:
 - i. Refiere que debido a que la oferta del Impugnante fue declarada no admitida, éste no tiene legitimidad para cuestionar su oferta, por lo que el recurso debe ser declarado improcedente.
 - ii. Agrega que la bomba de vacío ofertada por su representada es de última generación y que la bomba de vacío líquido nunca sufre de altas temperaturas; además, señala que las bombas de vacío secas se dañan en poco tiempo, toda vez que no están preparadas para trabajar con vapor.
 - iii. Por tanto, considera que su oferta cumple con lo solicitado en las Bases y que el recurso interpuesto por el Impugnante debe ser declarado improcedente.
 - iv. Solicitó el uso de la palabra.
17. Por Decreto del 13 de octubre de 2017, se dejó tuvo por apersonada a la empresa DDM MEDICAL S.A.C. en calidad de Tercero Administrado.
18. Por Decreto del 16 de octubre de 2017, se solicitó información adicional conforme al siguiente detalle:

A LA ENTIDAD

En el marco del recurso de apelación interpuesto por la empresa DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección convocado en el marco de la Licitación Pública N° 001-2016-HV - Primera Convocatoria, para la Contratación de una (01) autoclave horizontal para el Servicio de Central de Esterilización - Código SNIP: 351373, convocada por el Hospital de Ventanilla, se le solicita lo siguiente:

- En el Anexo N° 01 Cuadro de Admisión de ofertas Licitación Pública Nro. 001-2016-HV, el Comité de Selección consignó la siguiente información respecto a la evaluación de las ofertas de los postores:

POSTOR 1
DIAGNOSTICA PERUANA
DOCUMENTOS PARA LA ADMISION DE LA OFERTA
(...)
ESTADO: NO ADMITIDO

"POSTOR DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. NO CUMPLE CON LAS EETT"

INDICADORES MÍNIMOS:

37 TEMPERATURAS DEL PROCESO 105°C HASTA 135°C CON VARIACION DE GRADO EN GRADO"

Conforme se aprecia, el Comité de Selección dispuso no admitir la oferta del postor DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. indicando literalmente que "no cumple con las EETT"; sin embargo, dicha indicación no precisa ni brinda mayor información respecto de los motivos por los cuales la documentación que presentó dicho postor no cumple con acreditar el requisito previsto en el numeral 37 del Requerimiento.

Adicionalmente, entre otros documentos requeridos, se aprecia que como parte de la documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta, se han requerido documentos que presentan diversas inconsistencias:



- En el literal e) del numeral 2.2.1.1, si bien se exige la presentación de una declaración jurada del postor donde se acredite que el soporte técnico cuenta con un ingeniero electrónico titulado, cabe indicar que en la aclaración efectuada durante la integración de Bases, se ha señalado que también se aceptará un ingeniero electromecánico con un mínimo de cinco (5) años de experiencia, lo cual resulta inconsistente, pues ello podría constituir un requisito de calificación.

Este hecho, como es evidente, podría constituir un vicio que ha lesionado el principio de transparencia de las decisiones de la Entidad y una indebida motivación de sus actos, razón por la cual, en el entendido que podría acarrear una posible declaración de nulidad del procedimiento de selección, al existir una contravención a la normativa en contrataciones públicas, se le solicita pronunciarse al respecto.

Para tal efecto, en virtud del artículo 106, numeral 106.2 del Reglamento, se requiere que, la información requerida sea remitida en el plazo de cinco (5) días hábiles, teniendo en consideración los plazos perentorios con los que cuenta el Tribunal para resolver, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.

AL IMPUGNANTE Y AL ADJUDICATARIO

En el marco del recurso de apelación interpuesto por la empresa DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección convocado en el marco de la Licitación Pública N° 001-2016-HV - Primera Convocatoria, para la Contratación de una (01) autoclave horizontal para el Servicio de Central de Esterilización - Código SNIP: 351373, convocada por el Hospital de Ventanilla, este Colegiado ha advertido vicios de nulidad del procedimiento de selección, tal como se expuso a la Entidad y que se reproduce a continuación:



Resolución Nº 2439-2017-TCE-S2

- En el Anexo Nº 01 Cuadro de Admisión de ofertas Licitación Pública Nro. 001-2016-HV, el Comité de Selección consignó la siguiente información respecto a la evaluación de las ofertas de los postores:

POSTOR 1
DIAGNOSTICA PERUANA
DOCUMENTOS PARA LA ADMISION DE LA OFERTA
(...)
ESTADO: NO ADMITIDO

"POSTOR DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. NO CUMPLE CON LAS EETT"

INDICADORES MÍNIMOS:

37 TEMPERATURAS DEL PROCESO 105°C HASTA 135°C CON VARIACION DE GRADO EN GRADO"

Conforme se aprecia, el Comité de Selección dispuso no admitir la oferta del postor DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. indicando literalmente que "no cumple con las EETT"; sin embargo, dicha indicación no precisa ni brinda mayor información respecto de los motivos por los cuales la documentación que presentó dicho postor no cumple con acreditar el requisito previsto en el numeral 37 del Requerimiento.

Adicionalmente, entre otros documentos requeridos, se aprecia que como parte de la documentación de presentación obligatoria para la admisión de la oferta, se han requerido documentos que presentan diversas inconsistencias:

- En el literal e) del numeral 2.2.1.1, si bien se exige la presentación de una declaración jurada del postor donde se acredite que el soporte técnico cuenta con un ingeniero electrónico titulado, cabe indicar que en la aclaración efectuada durante la integración de Bases, se ha señalado que también se aceptará un ingeniero electromecánico con un mínimo de cinco (5) años de experiencia, lo cual resulta inconsistente, pues ello podría constituir un requisito de calificación.

Conforme a lo indicado a la Entidad y que ha sido reproducido en líneas precedentes, este Colegiado requiere que su representada emita opinión sobre las eventuales causales de nulidad antes advertidas a efectos que sus alegaciones sean valoradas en el pronunciamiento final.

Para tal efecto, en virtud del artículo 106, numeral 106.2 del Reglamento, se requiere que, la información requerida sea remitida en el plazo de cinco (5) días hábiles, teniendo en consideración los plazos perentorios con los que cuenta el Tribunal para resolver, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.

19. El 23 de octubre de 2017, el Impugnante remitió la información solicitada.
20. Por Decreto del 23 de octubre de 2017, se reprogramó la audiencia pública para el 27 de octubre de 2017.
21. El 27 de octubre de 2017, se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de los representantes del Impugnante y del Adjudicatario.
22. Por Decreto del 30 de octubre de 2017, se declaró el expediente listo para resolver.

23. El 31 de octubre de 2017, el Impugnante presentó un escrito con argumentos para tener presente al momento de resolver.
24. Por Decreto del 31 de octubre de 2017 se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Impugnante.

II. FUNDAMENTACION:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por la empresa DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C., contra el otorgamiento de la buena pro de la Licitación Pública Nº 001-2016-HV - Primera Convocatoria, convocada bajo la vigencia de la Ley y su Reglamento, normas aplicables a la resolución del presente caso.

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

2. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.

3. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a las pretensiones planteadas a través del recurso, es decir, en la procedencia se inicia el análisis sustancial puesto que se hace una confrontación entre determinados aspectos de las pretensiones invocadas y los supuestos establecidos en la normativa para que dichas pretensiones sean evaluadas 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 101 del Reglamento, a fin de determinar si el presente recurso es procedente o por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

a) *La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezcan de competencia para resolverlo.*

4. El artículo 95 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 valor referencial sea superior a sesenta y cinco (65) UIT³ y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Bajo tal premisa normativa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto frente a una Licitación Pública, cuyo valor referencial asciende al monto de S/

³ Unidad Impositiva Tributaria.



Resolución N° 2439-2017-TCE-S2

423,000.00 (cuatrocientos veintitrés mil con 00/100 soles), resulta que dicho monto es superior a 65 UIT, por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

b) Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.

5. El artículo 96 ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como:
- Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones,
 - las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección,
 - los documentos del procedimiento de selección y/o su integración,
 - las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y
 - las contrataciones directas.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y contra el otorgamiento de la buena pro; por consiguiente, se advierte que el acto objeto de recurso no se encuentra comprendido en la lista de actos inimpugnables.

c) Sea interpuesto fuera del plazo.

6. El artículo 97 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. Asimismo, la apelación contra los actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar y, en el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles.

En aplicación a lo dispuesto en el citado artículo, el Impugnante contaba con un plazo de ocho (8) días hábiles para el interponer recurso de apelación, plazo que vencía el 22 de agosto de 2017, considerando que el otorgamiento de la buena pro se notificó a través del SEACE el 10 de agosto de 2017.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que mediante Formulario y Escrito N° 01, presentados el 22 de agosto de 2017 ante la Mesa de Partes del Tribunal, subsanados el 24 del mismo mes y año, mediante Escrito N° 2, el Impugnante interpuso recurso de apelación, por consiguiente éste ha sido interpuesto dentro del plazo estipulado en la normativa vigente.

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

7. De la revisión al recurso de apelación, se aprecia que éste aparece suscrito por la apoderada de la empresa DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C., señora Dery Ann Serrano Otoya.

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.

8. De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría evidenciarse que el Impugnante se encuentra inmerso en alguna causal de impedimento.
- f) *El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.*
9. De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte ningún elemento a partir del cual podría evidenciarse que el Impugnante se encuentra incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.
- g) *El impugnante carezca de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.*
10. El numeral 215.1 del artículo 215 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el TUO de la LPAG, establece la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto administrativo que supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante la interposición del recurso correspondiente que en materia de contrataciones del Estado es el recurso de apelación.

 Nótese que, en este caso, la decisión de la Entidad de no admitir la oferta del Impugnante, causa agravio en su interés legítimo como postor de acceder a la buena pro; por tanto, cuenta con legitimidad procesal. Asimismo, respecto de los cuestionamientos contra la oferta del Adjudicatario, cabe indicar que ello será analizado en el acápite correspondiente.

- h) *Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.*
11. En el caso concreto, el Impugnante no fue el ganador de la buena pro del procedimiento de selección, pues su oferta no fue admitida por el Comité de Selección.
- i) *No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.*
12. El Impugnante ha solicitado que se admita su oferta y, en consecuencia, se revoque el otorgamiento de la buena pro al Adjudicatario. En ese sentido, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que estos están orientados a sustentar su pretensión, no incurriéndose por tanto en la presente causal de improcedencia.
13. Por tanto, atendiendo a las consideraciones descritas, no se advierte la concurrencia de alguna de las causales de improcedencia previstas en el artículo 101 del Reglamento, por lo que corresponde proceder al análisis de los asuntos de fondo.

B. PRETENSIONES:

14. El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:
- Se revoque el acto que dispuso la no admisión de su oferta.



Resolución Nº 2439-2017-TCE-S2

- Se tenga por no admitida la oferta del Adjudicatario por no cumplir con las especificaciones técnicas.
- Se descalifique la oferta del Adjudicatario por no cumplir con el requisito de calificación "Experiencia del postor".
- Se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

En cuanto al Adjudicatario, solicita al Tribunal lo siguiente:

- i. Se declare infundado el recurso presentado por el Impugnante.
- ii. Se confirme la no admisión de la oferta del Impugnante.
- iii. Se confirme la buena pro otorgada a su favor.

C. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

15. 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.
16. Al respecto, es preciso tener en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 y numeral 2 del artículo 105 del Reglamento, que establece 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.

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.

Siendo así, en el presente caso, se advierte que la Entidad le notificó el 26 de setiembre de 2017, de manera personal al Adjudicatario el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, conforme obra en el folio 87 del expediente administrativo; no obstante, el Adjudicatario si bien cumplió con presentar la absolución del recurso de apelación el 13 de octubre de 2017, dicho escrito fue presentado con posterioridad al plazo establecido legalmente que venció el 3 de octubre de 2017, razón por la cual no resulta posible acoger sus cuestionamientos contra la oferta del Impugnante, toda vez que ello implicaría colocar en una situación de indefensión a la otra parte y vulnerar el ejercicio de su derecho de defensa. No obstante, se tomarán en cuenta los argumentos presentados para ejercer su derecho de defensa.

17. En el marco de lo indicado, los puntos controvertidos a dilucidar consisten en lo siguiente:

- i. Determinar si corresponde revocar la decisión del Comité de Selección de tener por no admitida la oferta del Impugnante y, en consecuencia, que se revoque la buena pro.
- ii. Determinar si corresponde tener por no admitida la oferta del Adjudicatario por no cumplir con las especificaciones técnicas.
- iii. Determinar si corresponde descalificar la oferta del Adjudicatario por no cumplir con el requisito de calificación "Experiencia del postor".
- iv. Determinar a quién corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección.

D. ANALISIS:

18. Con el propósito de dilucidar esta 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.

19. 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.

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 corresponde revocar la decisión del Comité de Selección de tener por no admitida la oferta del Impugnante y, en consecuencia, que se revoque la buena pro.

20. El Impugnante refiere que el Comité de Selección desestimó su oferta por no haber cumplido con acreditar la especificación técnica N° 37 referida a la "Temperatura del proceso 105° C hasta 135 °C con variación de grado en grado", lo cual a su criterio resulta ser incorrecto.



Resolución N° 2439-2017-TCE-S2

Al respecto, señala que en los folios 37, 43 y 46 de su oferta no sólo se acredita el cumplimiento de la especificación técnica N° 37, sino que también se evidencia que ésta ha sido superada.

Así, señala que:

- En el folio 37 de su oferta, se indica que la temperatura se expresa en °C.
- En el folio 43, se evidencia que el rango de temperatura es de 0 a 155° C.
- En el folio 46 se corrobora el control de temperatura en °C por minuto.

Agrega que en los folios 27 y 39 de su oferta, se aprecia que el equipo ofertado cuenta con una interfaz de pantalla táctil a color de 9 pulgadas que permite una visualización de los parámetros del ciclo, y que el indicador "temperatura en proceso" muestra la temperatura en °C. En razón de ello, considera que su oferta debió ser admitida por el Comité de Selección.

21. Por su parte, mediante Informe Técnico Legal N° 001-2017-GRC/HV/UA/OL del 21 de agosto de 2017, la Entidad ha señalado que si bien el producto ofertado por el Impugnante cuenta con una escala de temperatura de 0 a 155 °C, no se ha acreditado técnicamente que la citada temperatura corresponda a la del proceso de esterilización, por lo que no se tiene certeza al respecto. Asimismo, manifiesta que a pesar que la lectura se muestra en grados Celsius (°C) y que el aumento se encuentra expresado en °C por minuto, no se señalan ni se indican los márgenes de la temperatura del referido proceso de esterilización. En tal sentido, considera que la oferta del Impugnante debe mantenerse como no admitida.
22. De otro lado, el Adjudicatario ha indicado que la oferta del Impugnante fue correctamente desestimada por el Comité de Selección y que debido a ello, este no tiene legitimidad para cuestionar su oferta.
23. Sobre el particular, considerando que el presente punto controvertido tiene su origen en la no admisión de la oferta del Impugnante, corresponde remitirnos a lo consignado por el Comité de Selección en el "Anexo N° 01 Cuadro de Admisión de ofertas Licitación Pública Nro. 001-2016-HV", en el cual señaló lo siguiente:

"POSTOR 1
DIAGNOSTICA PERUANA
DOCUMENTOS PARA LA ADMISION DE LA OFERTA
(...)
ESTADO: NO ADMITIDO

POSTOR DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C. NO CUMPLE CON LAS EETT

INDICADORES MÍNIMOS:

37 TEMPERATURAS DEL PROCESO 105°C HASTA 135°C CON VARIACION DE GRADO EN GRADO"

(el subrayado es agregado)

24. Conforme se desprende del citado anexo, el Comité de Selección dispuso no admitir la oferta del Impugnante, indicando textualmente que "no cumple con las EETT"; sin

embargo, dicha indicación no precisa ni brinda mayor información respecto de los motivos por los cuales la documentación que presentó dicho postor no cumple con acreditar el requisito previsto en el numeral 37 del Requerimiento.

25. Este hecho, como es evidente, implica que el Impugnante no pudo conocer con precisión ni claridad en qué aspectos su oferta no cumplía con las especificaciones técnicas, obligándolo a presumir e interpretar la decisión del Comité de Selección y en consecuencia a "suponer" y "asumir" una posición en relación a la no admisión de su oferta, y en base a ello plantear el recurso de apelación ante el Tribunal.
26. En efecto, se puede advertir que la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta del Impugnante, no contaba con adecuada motivación como correspondía según lo establecido en el artículo 45⁴ del Reglamento, pues no motivó ni precisó todos los aspectos que supuestamente no habría cumplido la oferta del Impugnante para acreditar las especificaciones técnicas; situación que, incluso, no le permitió conocer ni cuestionar los aspectos necesarios para hacer valer sus derechos eventualmente ante la instancia correspondiente para su adecuada evaluación, causándole indefensión y obligándolo a asumir tesis particulares a efectos de cuestionar la decisión adoptada por el Comité de Selección ante el Tribunal.
27. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las decisiones adoptadas por la Entidad, deben encontrarse debidamente motivadas y sustentadas, y ser accesibles a todos los postores en virtud del principio de **transparencia**, regulado en el literal c) del artículo 2 de la Ley, *"Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad (...)".*

En base a dicho principio, la administración pública debe ejercer el poder que le ha sido otorgado, respetando el derecho de los postores de tener pleno acceso a la información relativa al procedimiento de selección, para lo cual resulta imperativo que exponga las razones o justificaciones objetivas que la llevaron a adoptar una determinada decisión, de tal modo que los administrados se encuentren en la posibilidad de acceder y/o **conocer** directamente el sustento preciso y suficiente de la no admisión o descalificación de sus ofertas en el marco de un procedimiento de selección.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el principio en mención, se encuentra vinculado, entre otros, al requisito de validez del acto administrativo denominado **motivación**, previsto en el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG, en virtud del cual el acto emitido por la autoridad pública, debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

28. En relación a ello, complementariamente resulta necesario indicar que el acto de admisión, evaluación y calificación de ofertas conlleva una declaración que la Entidad realiza en el marco de normas de derecho público —la normativa de contratación pública—, que produce efectos jurídicos sobre determinados administrados (los postores), ya sea de

⁴ **Artículo 45.- Publicidad de las actuaciones**

La evaluación, calificación y el otorgamiento de la buena pro deben constar en **actas debidamente motivadas**, las mismas que deben ser publicadas en el SEACE en la oportunidad del otorgamiento de la buena pro.



Resolución N° 2439-2017-TCE-S2

admitir, no admitir o descalificar sus ofertas y, de ser el caso, otorgar la buena pro a aquella que haya obtenido el mejor puntaje y cumpla con todos los requisitos de calificación, en el desarrollo de un procedimiento administrativo especial denominado "procedimiento de selección". Por tanto, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1⁵ del TUO de la LPAG, la admisión, evaluación, calificación y otorgamiento de la buena pro constituyen actos administrativos.

Siendo esto así, la admisión, evaluación y calificación de ofertas realizada por el Comité de Selección, en su calidad de acto administrativo, debe cumplir con requisitos de validez tales como: **i)** ser emitido por el órgano competente, en este caso, el órgano encargado de las contrataciones; **ii)** tener un objeto o contenido específico, referido a otorgar la opción de contratar a la oferta que haya obtenido la mejor calificación; **iii)** adecuarse a una finalidad pública, a saber la contratación de bienes, obras y servicios en las mejores condiciones técnicas al más bajo costo posible; **iv)** haber sido emitido en el marco de un procedimiento regular, entiéndase el proceso de selección, cuyas reglas han sido previamente establecidas en las bases y; **v)** contener una **motivación debida**.

29. Así tenemos que, la motivación también se encuentra implícita en el principio de transparencia, cuya relevancia resulta innegable para la realización plena de un Estado Democrático, en el que el poder público se encuentra sometido al marco jurídico, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la administración da cuenta tanto de los hechos que sirven de base a su evaluación, así como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado en cada una de sus decisiones.
30. La relevancia de la motivación, como elemento de validez de un acto administrativo, se explica por su estrecha vinculación con el derecho de defensa y el derecho al debido proceso, pues solo una decisión motivada permitirá al administrado tomar conocimiento claro y real de los alcances del pronunciamiento que lo vincula, así como contar con la posibilidad efectiva de cuestionar las razones concretas que lo fundamentan, en ejercicio de su derecho de defensa o contradicción⁶.

Por cierto, no se debe confundir el deber de motivación con la exigencia de una argumentación extensa y pormenorizada por parte del órgano decisor. Sin embargo, cumplir con ese deber siempre implicará que los destinatarios de la decisión puedan comprender las razones concretas y las valoraciones esenciales que justifican el sentido de esa decisión. En palabras de García de Enterría y Fernández⁷, *"la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. La motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional. Tampoco se cumple con la mera expresión de la conclusión"*.

⁵ **Artículo 1.- Concepto de acto administrativo.**

1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (...).

⁶ Como es de conocimiento, el recurso de apelación constituye una de las manifestaciones de lo que se denomina el derecho de contradicción, toda vez que los administrados pueden cuestionar, mediante dicho mecanismo, las decisiones de las autoridades administrativas, cuando el ordenamiento prevea dicha posibilidad.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Civitas Ediciones. Duodécima Edición. Madrid, 2004.

31. Debe recordarse además que la motivación se constituye en un derecho de todo administrado, conforme al numeral 1.2⁸ del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, de acuerdo al cual los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitas al debido procedimiento administrativo, tales como a exponer argumentos, a ofrecer y a producir pruebas; y a obtener **una decisión motivada**, fundada en derecho. Así, al ser un requisito de validez del acto administrativo, **la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la LPAG⁹.**
32. Cabe agregar que el contenido de la motivación se respeta, *prima facie*, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación del caso se encuentre o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.
33. Específicamente en lo relativo al ámbito jurídico que nos ocupa, la normativa sobre contratación estatal ha establecido que los acuerdos que adopte el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, con su respectiva fundamentación, debe consignarse en acta. En ese sentido, si **el Comité de Selección o el órgano encargado de las contrataciones decidiera no admitir o descalificar determinada oferta, el cumplimiento del deber de motivación exige que cuando menos se expresen las razones concretas que conllevaron a adoptar dicha decisión**; lo que a su vez ameritará tomar como referencia los requisitos establecidos en las Bases Integradas del procedimiento de selección.
34. En el presente caso, las razones concretas que motivaron a la descalificación de la oferta del Impugnante no fueron adecuadamente puestas en su conocimiento, y es tan evidente la imprecisión incurrida, que la Entidad sólo se limitó a transcribir el contenido de la característica prevista en el numeral 37 del Requerimiento sin brindar ninguna otra información adicional.
35. Por lo expuesto, a criterio de este Colegiado, la Entidad ha quebrantado el requisito de validez del acto administrativo contemplado en el artículo 3 del TUO de la LPAG,

⁸ **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo más no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener **una decisión motivada**, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

(...)

⁹ STC 00091-2005-PA/TC, F.J. 9, párrafos 3, 5 a 8, criterio reiterado en las SSTC 294-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC, entre otras.



Resolución N° 2439-2017-TCE-S2

vulnerando, a su vez, el principio de transparencia previsto en el artículo 2 de la Ley y el deber al que se contrae la disposición contenida en el artículo 45 del Reglamento, lo cual contraviene el derecho al debido procedimiento en sede administrativa, ya que ha ocasionado afectación en el Impugnante, en su derecho de contradicción y defensa, al no permitirle conocer con precisión y suficiencia las razones concretas de la no admisión de su oferta, conforme a lo antes expuesto.

36. Además del vicio detectado en la admisión de las ofertas ampliamente analizado en párrafos precedentes, resulta pertinente resaltar que, adicionalmente a lo ya expuesto, se advierten otras deficiencias en el procedimiento de selección materia de impugnación, esta vez, respecto a las Bases Integradas, las que no pueden pasar inadvertidas por el Colegiado.

En ese sentido, de la revisión al Capítulo II – Del Procedimiento de Selección de la Sección Específica de las Bases Integradas, respecto de la Documentación de presentación obligatoria, se tiene que la Entidad estableció lo siguiente:

2.2.1 Documentación de presentación obligatoria

2.2.1.1 Documentos para la admisión de la oferta

- a) Declaración jurada de datos del postor.
Cuando se trate de consorcio, esta declaración jurada debe ser presentada por cada uno de los integrantes del consorcio. (Anexo N° 1)
- b) Declaración jurada de acuerdo con el numeral 1 del artículo 31 del Reglamento. (Anexo N° 2)
En el caso de consorcios, cada integrante debe presentar esta declaración jurada, salvo que sea presentada por el representante común del consorcio.
- c) Declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas contenidas en el numeral 3.1 del Capítulo III de la presente sección. (Anexo N° 3).
- d) Sustento de Cumplimiento de Especificaciones Técnicas, debidamente foliados a través de catálogos, manuales, folletos y datasheet del fabricante o dueño de la marca relativos al equipo que se está ofertando (en fotocopias), que demuestren fehacientemente que los bienes ofertados cumplen con las especificaciones técnicas mínimas solicitadas. (Anexo N° 8).
- e) Declaración Jurada acreditando a su personal de Soporte Técnico cuenta con un (01) Ing. Electrónico Titulado, colegiado y habilitado, debidamente capacitado en el uso y mantenimiento del equipo objeto de la convocatoria. (Anexo N° 9).
- f) Declaración jurada de plazo de entrega. (Anexo N° 4)¹⁰
- g) Declaración Jurada indicando los precios de repuestos, consumibles y accesorios con sus correspondientes números de partes de acuerdo a los manuales del equipo. (Anexo N° 10).

¹⁰ En caso de considerar como factor de evaluación la mejora del plazo de entrega, el plazo ofertado en dicho anexo servirá también para acreditar este factor.

- h) *Declaración Jurada de Mantenimiento Preventivo y Correctivo, realizado por el profesional calificado, por el periodo de la garantía, contabilizado a partir de la fecha del acta de recepción, instalado y prueba operativa del equipo (el mantenimiento preventivo no podrá ser inferior a dos (02) veces por cada año de garantía). Asimismo, se deberá incluir un cronograma de actividades indicando que repuestos e insumos se incluirán. (Formato N° 1).*
- i) *Declaración Jurada de Capacitación en el manejo y uso del equipo al personal del área usuaria; con un mínimo de diez horas, el cual deberá brindarse dentro del primer mes posterior a la conformidad.*
- j) *Declaración de Capacitación Técnica del Mantenimiento y reparación del equipo mínimo diez horas dirigido al personal de Mantenimiento, dictado por personal certificado por el fabricante.*
- k) *Declaración Jurada de Garantía del Equipo, por un periodo mínimo de 03 años, emitido por el postor y firmado por el Representante Legal de la Empresa.*
- l) *Declaración Jurada de Garantía de Compromiso de Canje y/o Reposición por defectos o vicios ocultos de fabricación. (Anexo N° 11).*
- m) *Declaración Jurada indicando que la fecha de fabricación del equipo debe ser menor a un año contado de la fecha de presentación de la Oferta.*
- n) *El precio de la oferta en Soles y el detalle de precios unitarios. (Anexo N° 5)
El precio total de la oferta y los subtotales que lo componen deben ser expresados con dos decimales. Los precios unitarios pueden ser expresados con más de dos decimales.*
- o) *Registro Sanitario o Certificado de Registro Sanitario de los Bienes ofertados, vigentes a la fecha de presentación de propuestas, expedido por la DIGEMID a nombre del postor o de terceros, que describa literalmente el producto ofertado. En caso que el producto no se encuentre en el Listado de Productos de la Clasificación de Insumos, Instrumental y Equipo de uso Médico, Quirúrgico u Odontológico, contenida en el Decreto Supremo 016-2011-SA, el postor deberá presentar copia simple de la Certificación de DIGEMID realizada a través de la web, que sustente que no requiere de registro sanitario y donde se describa al producto o dispositivo con una denominación que no debe inducir a error en cuanto a la composición, indicaciones o propiedades que posee el producto o dispositivo, tanto sobre sí mismo como respecto de otros productos o dispositivos. Asimismo, se aceptará la presentación del Listado de los Productos que no requieren de Registro Sanitario publicado en el portal web oficial de la DIGEMID.*
- d) LA PRESENTACION DEL DATASHEET DEL FABRICANTE ES OPCIONAL PERO SI ES DE MANERA OBLIGATORIA LA PRESENTACION DE CATALOGOS MANUALES Y FOLLETOS QUE DEMUESTREN FEHACIENTEMENTE QUE LOS BIENES OFERTADOS CUMPLEN CON LAS ESPECIFICACIONES TECNICAS MINIMAS. ASIMISMO SE ACOGE DE MANERA OPCIONAL LA PRESENTACION DE CARTAS DE FABRICANTES QUE INDIQUEN QUE EL BIEN CUMPLE CON LOS REQUERIMIENTOS TECNICOS MINIMOS.
- e) TAMBIEN SE ACEPTARA (01) ING. ELECTROMECANICO PARA EL SOPORTE TECNICO, QUE SE ENCUENTRE TITULADO, COLEGIADO Y HABILITADO, CON UN MINIMO DE 5 AÑOS DE EXPERIENCIA EN MANTENIMIENTO DE AUTOCLAVES A VAPOR.

(El subrayado es nuestro)



Resolución Nº 2439-2017-TCE-S2

37. Conforme se aprecia, a pesar que en el literal d) del numeral 2.2.1.1 se señaló que, adicionalmente a la presentación de la declaración jurada de cumplimiento de las especificaciones técnicas, los postores debían adjuntar obligatoriamente copia de los catálogos, manuales, folletos, y datasheet del fabricante o dueño de la marca del equipo ofertado, se advierte que durante la integración de Bases, dicha condición fue modificada por el Comité de Selección, en la medida que la presentación del "datasheet" ha sido considerado como un requisito opcional.

Al respecto, resulta pertinente señalar que el hecho de considerar la presentación del "datasheet" tanto como un requisito obligatorio como uno opcional, en dos extremos de las mismas Bases, genera una evidente contradicción en cuanto a la documentación que deberá ser presentada para la admisión de las ofertas, lo cual conlleva inevitablemente a que se formule incertidumbre en las exigencias solicitadas por la Entidad.

En efecto, tal situación evidencia que las Bases Integradas no denotan coherencia en la documentación que deberá ser requerida a los postores, pues por un lado se considera al "datasheet" como un requisito obligatorio, mientras que en otro extremo se le considera como un requisito opcional. En tal sentido, se concluye que dicha situación revela una notable inconsistencia sobre este aspecto de las Bases.

38. De otro lado, respecto al requisito previsto en el literal e) del numeral 2.2.1.1, referido a la presentación de una declaración jurada que acredite que el soporte técnico cuenta con un ingeniero electrónico titulado, debe indicarse que de la revisión del Requerimiento, no se advierte que dicha exigencia, haya sido solicitada por el área usuaria de la Entidad, lo cual constituye una vulneración a la normativa de contrataciones del Estado.

En efecto, de la revisión del requerimiento formulado por el área usuaria, no se advierte que se haya consignado en algún extremo, la exigencia referida al ingeniero electrónico, lo cual evidencia que los bienes solicitados no requerían de alguna exigencia adicional, contrariamente a lo que ha establecido el Comité de Selección en los documentos de presentación obligatoria para la admisión de la oferta.

En tal sentido, considerando que los documentos del procedimiento de selección son elaborados utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE, así como la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado (lo cual incluye al requerimiento), se advierte que la exigencia contenida en el literal e) del numeral 2.2.1.1 del Capítulo II de las Bases Integradas, fue incorporada a discrecionalidad del Comité de Selección sin tener en cuenta que ésta no formaba parte del Requerimiento. En consecuencia, respecto a este extremo de las Bases también se advierte la existencia de un vicio que afecta la continuidad del procedimiento de selección.

39. No solo ello, además de advertirse que el requisito previsto en el literal e) del numeral 2.2.1.1 del Capítulo II de las Bases Integradas no ha formado parte del Requerimiento formulado por el área usuaria, es necesario resaltar que incluso si éste hubiera sido considerado como parte del Requerimiento, aun así se advierte la existencia de otra deficiencia sobre este extremo de las Bases, específicamente, en cuanto a la aclaración de

la consulta referida a la aceptación del ingeniero electromecánico titulado, colegiado y habilitado, con 5 años de experiencia en mantenimiento de autoclaves a vapor.

Al respecto, debe indicarse que la aclaración efectuada por el Comité de Selección, tuvo su origen durante la etapa de absolución de consultas y observaciones, conforme se aprecia del "Formato de pliego de absolución de consultas y observaciones" publicado en el SEACE el 17 de mayo de 2017, que señala lo siguiente:

12	DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C	<p>e) Declaración Jurada acreditando a su personal de Soporte Técnico cuente con un (01) Ing. Electrónico Titulado, colegiado y habilitado, debidamente capacitado en el uso y mantenimiento del equipo objeto de la convocatoria (Anexo N° 9)</p> <p>Consulta: Entendemos que el personal de Soporte Técnico, deberá estar capacitado para el equipo ofertado. En ese sentido, solicitamos al Comité de Selección sirva indicar si nuestro entender es correcto. (sic)</p>	<p>RESPUESTA:</p> <p>TAMBIÉN SE ACEPTARÁ 01 ING. ELECTROMECAÁNICO PARA EL SOPORTE TÉCNICO TITULADO, COLEGIADO Y HABILITADO, CON UN MÍNIMO DE 5 AÑOS DE EXPERIENCIA EN MANTENIMIENTO DE AUTOCLAVE A VAPOR. (sic)</p>
----	---------------------------	---	---

(Extracto obtenido del Anexo N° 2 - Formato de pliego de absolución de consultas y observaciones)

22	ESTERILIZA S.A	<p>Por lo solicitado</p> <p>e) Declaración Jurada acreditando a su personal de Soporte Técnico cuente con un (01) Ing. Electrónico Titulado, colegiado y habilitado, debidamente capacitado en el uso y mantenimiento del equipo objeto de la convocatoria (Anexo N° 9)</p> <p>En lo solicitado su personal de Soporte Técnico cuente con un (01) Ing. Electrónico Titulado, colegiado y habilitado y teniendo en cuenta que la autoclave es un equipo electromecánico por sus funciones y componentes tanto eléctricos como mecánicas se solicite un profesional que garantice en soporte técnico (Ing Electromecánico) con mínimo 5 años de experiencia en mantenimiento de autoclaves a vapor.</p> <p>Aceptará el comité especial, 01 Ing. Electromecánico para el soporte técnico Titulado, colegiado y habilitado, con un mínimo de 5 años de experiencia en mantenimiento de autoclave a vapor. (sic)</p>	<p>RESPUESTA:</p> <p>TAMBIÉN SE ACEPTARÁ 01 ING. ELECTROMECAÁNICO PARA EL SOPORTE TÉCNICO TITULADO, COLEGIADO Y HABILITADO, CON UN MÍNIMO DE 5 AÑOS DE EXPERIENCIA EN MANTENIMIENTO DE AUTOCLAVE A VAPOR. (sic)</p>
----	----------------	---	---

(Extracto obtenido del Anexo N° 2 - Formato de pliego de absolución de consultas y observaciones)



Resolución Nº 2439-2017-TCE-S2

De lo expuesto, puede apreciarse que al momento de absolver las consultas y observaciones formuladas por los participantes, el Comité de Selección no sólo incluyó de forma unilateral una nueva exigencia para la admisión de las ofertas (Ingeniero electromecánico titulado, colegiado y habilitado, con 5 años de experiencia en mantenimiento de autoclaves a vapor), sino que dicha inclusión fue realizada, además, sin la autorización del área usuaria.

En efecto, se aprecia que la modificación realizada por el Comité de Selección tiene como premisa "calificar" la experiencia del profesional en ingeniería propuesto por los postores, lo cual no resulta congruente con las disposiciones contenidas en las Bases Estándar aprobadas por el OSCE, en la medida que dicha exigencia sólo podría constituir un requisito de calificación¹¹, y no una condición para la admisión de las ofertas como lo ha señalado erróneamente el Comité de Selección en las Bases Integradas.

40. Cabe precisar que el Impugnante, en respuesta a la comunicación de este Colegiado, respecto a la posible existencia de vicios que podrían acarrear la nulidad del procedimiento de selección, ha solicitado que se aplique la conservación del acto administrativo, pues considera que éste hubiera tenido el mismo resultado. En relación a ello, alega que la exigencia referida al profesional con 5 años de experiencia en mantenimiento de autoclaves a vapor, ha sido cumplida satisfactoriamente por todos los postores del procedimiento de selección, y que incluso si ésta hubiera sido solicitada como un requisito de calificación, ello no implica la no admisión o descalificación de la oferta de los postores.

A Cabe precisar que la Entidad no se ha pronunciado respecto de los vicios de nulidad advertidos por este Tribunal. Por su parte, tenemos que el Impugnante considera que los vicios advertidos no son trascendentes, por lo que son pasibles de conservación.

41. Sobre el particular, si bien es cierto que el criterio de conservación del acto administrativo se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico vigente, cabe señalar que, respecto de las causales de nulidad advertidas por este Tribunal, no resulta aplicable ninguno de los supuestos de conservación del acto administrativo previstos en el artículo 14 del TUO de la LPAG, por cuanto los vicios de nulidad advertidos afectan directamente a la documentación de presentación obligatoria, los cuales necesariamente influyen en el resultado del procedimiento de selección, ya que a través de ellos se determina qué ofertas deben ser admitidas en el procedimiento de selección.

¹¹ Conforme a las Bases Estándar vigentes al momento de la convocatoria del procedimiento de selección (disposición que por cierto, con las Bases Estándar vigentes actualmente, se mantiene) se dispuso que: "(...) caso que el objeto de la convocatoria sea la adquisición de bienes bajo la modalidad de ejecución llave en mano, cuando se requiera personal para la instalación y puesta en funcionamiento, se puede consignar el **personal** necesario para la ejecución de dicha prestación, debiendo detallarse su perfil mínimo y las actividades a desarrollar, así como clasificar al personal clave. En el caso del personal clave, la experiencia requerida debe acreditarse documentalmente, por lo que de haberse previsto esta, **debe incluirse obligatoriamente como requisito de calificación** en el literal C.1 del presente Capítulo." Evidentemente para ello, debe evaluarse y determinarse en el requerimiento efectuado por el área usuaria, que el objeto de la convocatoria, por su naturaleza, debe ser adquirido bajo la modalidad llave en mano.

Al respecto, es preciso señalar que la inclusión de documentación no prevista en el requerimiento formulado por el área usuaria, así como la determinación de exigencias orientadas a calificar la experiencia de ciertos profesionales para la admisión de las ofertas, afecta la mayor participación de potenciales postores en un procedimiento de selección, quienes al conocer el contenido de las Bases con dichas disposiciones, pueden considerar que al no cumplir con tales requisitos verán limitada la posibilidad de que sus ofertas sean admitidas.

En el caso concreto, se advierte además que, contrariamente a lo manifestado por el Impugnante, las condiciones exigidas de forma unilateral por parte del Comité de Selección, no sólo afectan a otros potenciales participantes, sino también a los actuales postores del citado procedimiento, toda vez que uno de los cuestionamientos formulados por el Adjudicatario se encuentra orientado justamente a que se desestime la oferta del Impugnante por no acreditar adecuadamente el requisito referido a la experiencia del ingeniero electromecánico.

En tal sentido, este Colegiado considera que el resultado del procedimiento no sería el mismo de conservarse el acto, pues éste sí se vería afectado por lo antes expuesto. En consecuencia, no corresponde amparar la solicitud formulada por el Impugnante.

 42. Hasta aquí lo expuesto, es posible apreciar que la Entidad no sólo no ha cumplido con determinar claramente cuáles serían las causales que motivaron la no admisión de la oferta del Impugnante, por lo que corresponde revocar la decisión del Comité de Selección así como la buena pro otorgada al Adjudicatario, sino que también se ha evidenciado la existencia de vicios que influyen en la viabilidad del procedimiento de selección.

43. En ese orden de ideas, este Colegiado advierte que las Bases Integradas adolecen de diversos defectos que las vician con nulidad, pues su contenido contraviene claramente los principios de transparencia y libertad de concurrencia, recogidos en los literales a) y c) del artículo 2 de la Ley, así como lo indicado en los artículos 8 y 26 del Reglamento y lo dispuesto en la Directiva N° 001-2016-OSCE/CD "Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N° 30225", aprobada con Resolución N° 304-2016-OSCE/PRE de fecha 19 de agosto de 2016, lo cual se constituye en un vicio que, a criterio de este Colegiado, no resulta ser conservable.

En este punto, cabe traer a colación, lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, conforme al cual, el Tribunal, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos si advierte que los mismos han sido expedidos por un órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento.

Al respecto, cabe precisar que la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías



Resolución Nº 2439-2017-TCE-S2

previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la administración.

En ese sentido que el legislador establece los supuestos de "gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional"¹² (subrayado agregado). Ello obedece a que en principio, todos los actos administrativos se presumen válidos y por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.

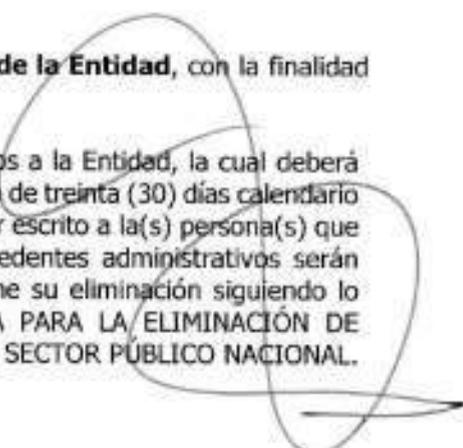
44. En esa línea, debe indicarse que los vicios incurridos no sólo se encuentran estrechamente vinculados y además resultan trascendentes, por tanto no es posible conservar el acto viciado de nulidad, al haberse contravenido la normativa de contratación pública; ello en vista que la actuación del Comité de Selección, debe enmarcarse en la normativa vigente y su contravención justifica plenamente a que la Administración disponga la nulidad del procedimiento de selección, conforme a las consideraciones ya expuestas.
45. En vista de lo expuesto, resulta plenamente justificable que el Tribunal disponga la nulidad del procedimiento de selección y lo retrotraiga a la etapa de la convocatoria, previa reformulación de las Bases.
46. En adición a lo expuesto, debe señalarse que la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el cual constituye antecedente necesario para cualquier interés público de su actuación, por ello, la posibilidad de la nulidad de oficio implica una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo, debiendo tenerse en cuenta que las autoridades no pueden pretender sobrepasar los límites legales o actuar al margen de ella. En el caso en concreto, se aprecia que el "Anexo Nº 01 Cuadro de Admisión de ofertas Licitación Pública Nro. 001-2016-HV", no fue debidamente motivado, lo cual impidió al Impugnante conocer adecuadamente las razones que ocasionaron la no admisión de su oferta y en consecuencia, corresponde revocar la buena pro; y, además, se puede apreciar que las Bases contienen requisitos que no fueron solicitados por el área usuaria de la Entidad, lo cual conlleva a que éstas se encuentren viciadas.
47. Por lo tanto, considerando que corresponde declarar la nulidad del procedimiento de selección, resulta irrelevante pronunciarse sobre los restantes puntos controvertidos, correspondiendo dejar sin efecto el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario.
48. En consecuencia, este Colegiado concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley, concordante con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 106 del Reglamento, corresponde declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección, debiendo retrotraerse el mismo a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las Bases.

¹² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Torres Ramón; Curso de Derecho Administrativo; Civitas, Madrid, 1986, Torno I; p. 566.

49. Finalmente, corresponde exhortar al área usuaria y al Comité de Selección de la Entidad que actúen de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones públicas, a fin de evitar irregularidades y/o circunstancias que originen confusión en los postores, las que, en el supuesto de presentarse, no coadyuvarían a la satisfacción oportuna de los intereses del Estado, en perjuicio de la finalidad que implica el enfoque actual de gestión por resultados.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal ponente Paola Saavedra Alburquerque y la intervención de los Vocales Jorge Luis Herrera Guerra y Mario Arteaga Zegarra, quien reemplaza a la Vocal Mariela Sifuentes Huamán, según rol de turnos de Presidentes de Sala vigente, atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 498-2016-OSCE/PRE del 29 de diciembre de 2016, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341 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 la **nulidad** de la Licitación Pública N° 001-2016-HV - Primera Convocatoria, para la *"Contratación de una (01) autoclave horizontal para el servicio de central de esterilización"* , la cual deberá retrotraerse hasta la etapa de la convocatoria, previa reformulación de las Bases, por los fundamentos expuestos; en consecuencia corresponde:
 - 1.1 **Revocar** la buena pro otorgada a la empresa DDM MEDICAL S.A.C. en la Licitación Pública N° 001-2016-HV - Primera Convocatoria.
 - 1.2 **Devolver** la garantía presentada por la empresa DIAGNOSTICA PERUANA S.A.C., para la interposición del recurso de apelación.
 2. Poner la presente Resolución en conocimiento del **Titular de la Entidad** , con la finalidad de que adopte las acciones que correspondan.
 3. **Disponer** la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad, la cual deberá recabarlos en la Mesa de Partes del Tribunal dentro del plazo de treinta (30) días calendario de notificada la presente Resolución, debiendo autorizar por escrito a la(s) persona(s) que realizará(n) dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central del OSCE para que se gestione su eliminación siguiendo lo dispuesto en la Directiva N° 006/86-AGN-DGAI "NORMA PARA LA ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS EN LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL".
- 
- 



Resolución N° 2439-2017-TCE-S2

4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



PRESIDENTE



VOCAL



VOCAL

ss.
Arteaga Zegarra.
Saavedra Alburquerque.
Herrera Guerra.



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03.10.12"

