

San Borja, 06 de Agosto de 2020

VISTOS:

El Expediente **SFAR-S20200000142** sobre Nulidad de oficio - Licitación Pública N° 001-2020-INSNSB “Adquisición Bianual de Tubo de Aspiración No Conductivo”, y;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 06 de marzo de 2020, se publicó en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) la convocatoria del procedimiento de selección Licitación Pública N° 001-2020-INSNSB “Adquisición Bianual de Tubo de Aspiración No Conductivo” (en adelante, el procedimiento de selección);

Que, con fecha 22 de mayo de 2020, se registró en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) el Otorgamiento de la Buena Pro a favor de la empresa JIREH MEDICAL IMPORT S.A.C. por el monto equivalente a S/ 362,400.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Cuatrocientos Con 00/100 Soles);

Que, mediante Expediente N° 01036-2020-TCE, el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, corre traslado al Instituto Nacional de Salud del Niño San Borja, el recurso de apelación interpuesto por el postor Q-Medical S.A.C., derivado del procedimiento de selección; suspendiéndose el desarrollo del procedimiento conforme a ley;

Que, mediante Resolución N° 01545-2020-TCE-S3 de fecha 27 de julio de 2020, el Tribunal de Contrataciones del Estado, declara infundado el recurso de apelación y dispone que el Titular de la Entidad evalúe la procedencia de la nulidad de oficio al advertirse vicios de nulidad en las bases del procedimiento de selección;

Que, mediante Informe N° 004552-2020-EL-UAD-INSNSB, de fecha 04 de agosto de 2020, el Equipo de Logística, traslada los documentos que sustentan la posición del área usuaria en atención a los posibles vicios de nulidad advertidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado; asimismo, señala que la facultad de declarar la nulidad de oficio de los actos derivados del procedimiento de selección es exclusiva del Titular de la Entidad, no requiriendo informe técnico del Equipo de Logística (Órgano Encargado de las Contrataciones);

Que, es preciso señalar, que la Nulidad en los Procedimientos de Selección se realiza al advertir vicios contemplados en la normativa de contrataciones. Esta figura la podemos definir como la declaración de la autoridad sobre la invalidez de un acto previamente realizado;

Que, en atención a ello, lo dispuesto en el numeral 44.1 del artículo 44 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley), el Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, cuando: (i) hayan sido dictados por órgano incompetente, (ii) contravengan las normas legales, (iii) contengan un imposible jurídico o (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable;

Que, por lo antes señalado, la Entidad se encuentra facultada para declarar la nulidad de oficio, cuando detecta los supuestos antes descritos sin que medie impugnación alguna. La facultad de declarar la nulidad de oficio sólo se puede ejercer, en líneas generales, hasta antes de la suscripción del contrato. Se debe acotar no obstante que esta facultad se perdería si el Tribunal se ha pronunciado por la validez del proceso en una Resolución, vale decir que la Entidad, en ese caso, ya no podría declarar la nulidad del proceso de selección;



Que, en atención a lo expuesto, la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, que tuvo a cargo el pronunciamiento del recurso de apelación interpuesto en la Licitación Pública N° 001-2020-INSNSB – Adquisición Bianual de Tubo de Aspiración No Conductor mediante Resolución N° 01545-2020-TCE-S3, advirtió en el contenido de la referida resolución la existencia de vicios de nulidad en las bases del procedimiento de selección, conforme a continuación lo reproducimos expresamente:

"Sobre los presuntos vicios de nulidad advertidos en las bases del procedimiento de selección:

28. Sin perjuicio de lo determinado, es preciso anotar que en el análisis del presente expediente este Colegiado ha advertido la existencia de vicios de nulidad en las bases del procedimiento de selección.
29. Sobre el particular, se debe indicar que, acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, las contrataciones se llevan a cabo conforme a la Ley, su Reglamento y las directivas que elabore el OSCE. Asimismo, según el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento, el OSCE aprueba los documentos estándar que debe utilizar obligatoriamente el órgano a cargo del procedimiento de selección (comité de selección u OEC) en los procedimientos que lleven a cabo las entidades.
30. En tal sentido, se tiene que, a través de la Directiva N° 001-2019-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, el OSCE aprobó, entre otros, las Bases estándar de licitación pública para la contratación de bienes, en adelante las Bases Estándar, las cuales constituyen un instrumento de utilización obligatoria a ser empleado por los órganos a cargo del procedimiento de selección (comité de selección u órgano encargado de las contrataciones - OEC) en la elaboración de las bases para los procedimientos de licitación pública que tengan por objeto la contratación de bienes.

Al respecto, de acuerdo a la nota "Importante" del Capítulo III de las Bases Estándar, se establece que, de conformidad con el numeral 29.8 del artículo 29 del Reglamento, el área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación, siendo que, de acuerdo al "Anexo N° 1 - Definiciones" del Reglamento, por "**Requerimiento**" se entiende a la solicitud del bien, servicio en general, consultoría u obra formulada por el área usuaria de la Entidad, que comprende las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, respectivamente, pudiendo incluir además los requisitos de calificación que se considere necesario. Asimismo, dicho anexo establece que las "**Especificaciones técnicas**" son la "Descripción de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado". Incluye las cantidades, calidades y las condiciones bajo las que se ejecutan las obligaciones".

En dicha línea, en cuanto a la formulación del requerimiento, en la página 21 de las Bases Estándar se dispone que, para la contratación de bienes, en el numeral "3.1. Especificaciones técnicas" del "Capítulo III – Requerimiento" de la Sección Específica de las bases del procedimiento de selección se debe establecer la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que se ejecuta, en estricta concordancia con el requerimiento del área usuaria. Asimismo, establece que en dicho numeral se puede optar por incluir el requerimiento del área usuaria escaneado, en cuyo caso se debe cautelar que sea completamente legible.

Por otra parte, en las páginas 15 al 17 de las Bases Estándar se ha establecido que, en el numeral "2.2.1.1. Documentos para la admisión de la oferta" del Capítulo II de la Sección Específica de las bases del procedimiento de selección, se debe requerir la siguiente documentación para la admisión de las ofertas de los postores: i) el Anexo N° 1 - Declaración jurada de datos del postor; ii) el documento que acredite la representación de quien suscribe la oferta (copia del certificado de vigencia de poder en caso que el postor sea persona jurídica o del documento nacional de identidad en caso que el postor sea personas natural); iii) el Anexo N° 2 - Declaración jurada de acuerdo con el literal b) del artículo 52 del Reglamento; iv) el Anexo N° 3

- Declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas contenidas en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las bases; v) el Anexo N° 4 - Declaración jurada de plazo de entrega; vi) el Anexo N° 5 - Promesa de consorcio (con firmas legalizadas), de ser el caso; y, vii) el Anexo N° 6 - Precio de la oferta.



"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

Del mismo modo, de acuerdo a las instrucciones consignadas en la nota "Importante para la Entidad" de la página 16 y la nota "Importante" de la página 43 de las Bases Estándar, se ha establecido que en caso se determine que, adicionalmente al Anexo N° 3 - Declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, el postor deba presentar algún otro documento para acreditar las especificaciones técnicas (tales como autorizaciones del producto, folletos, instructivos, catálogos o similares), tal documento debe ser requerido como parte de la documentación de presentación obligatoria de las bases (numeral 2.2.1.1. del Capítulo II de la Sección Específica de las bases), debiendo detallarse además qué aspecto de las características técnicas y/o requisitos funcionales específicos del bien (previstos en las especificaciones técnicas) serán acreditados con su presentación.

Asimismo, en la referida nota de la página 16 de las Bases Estándar se precisa que no debe requerirse, como parte de la documentación de presentación obligatoria, declaraciones juradas adicionales cuyo alcance se encuentre comprendido en el Anexo N° 3 - Declaración Jurada de Cumplimiento de Especificaciones Técnicas y que, por ende, no aporten información adicional a dicho documento.

Finalmente, en la nota "Importante" de la página 17 de las Bases Estándar se dispone que el comité de selección debe verificar la presentación de los documentos requeridos en el listado de "Documentos para la admisión de la oferta", los cuales, de no cumplir con lo requerido, ocasionan la no admisión de la oferta. Asimismo, en la nota "advertencia" de la misma página se establece que el comité de selección no podrá exigir al postor la presentación de documentos que no hayan sido indicados en los acápites "Documentos para la admisión de la oferta", "Requisitos de calificación" y "Factores de evaluación".

31. *En tal sentido, se tiene que en las Bases Estándar se han definido las exigencias que el órgano a cargo del procedimiento de selección (comité de selección u órgano encargado de las contrataciones) debe considerar en las bases en caso que, para la acreditación de las especificaciones técnicas, se requiera documentación adicional al Anexo N° 3, las cuales son de obligatorio cumplimiento en la elaboración de las bases para que tal documentación pueda ser solicitada a los postores como parte de los documentos de presentación obligatoria para la admisión de sus ofertas.*
32. *Ahora bien, según fluye del Anexo N° 3 que forma parte del Capítulo III de la Sección Específica de las bases (páginas 38 y 39), se advierte que el área usuaria estableció las especificaciones técnicas de los bienes requeridos.:*

En dicha línea, en el numeral "2.2.1.1. Documentos para la admisión de la oferta" del numeral "2.2.1. Documentos de presentación obligatoria" del Capítulo II de la Sección Específica de las bases, se aprecia que, adicionalmente al Anexo N° 3 - Declaración Jurada de Cumplimiento de Especificaciones Técnicas, el comité de selección requirió a los postores, como documento de presentación obligatoria para la admisión de sus ofertas, la "Folletería/Manual de Instrucciones de Uso o Inserto (original o copia simple)" (sic), tal como se aprecia a continuación (página 18 de las bases):

Folletería /Manual de Instrucciones de Uso o Inserto (original o copia simple)
La folletería contiene literatura y/o gráficos relacionados con el dispositivo médico.
El manual de instrucciones de uso o inserto debe cumplir con el Artículo 140° del DS-016-2011-SA, sobre la información que debe contener, cuando corresponda.

33. *Conforme se aprecia de las bases, el comité de selección requirió la presentación de la "Folletería/manual de instrucciones de uso o inserto" (sic); sin embargo, dicho órgano no señaló qué aspecto de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien serán acreditados con la presentación de tales documentos, pues únicamente se limita a señalar que la folletería debe contener la literatura y los gráficos relacionados al dispositivos médicos y que el manual de instrucciones de uso o inserto debe cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 140 del Decreto Supremo N° 016-2011-SA, respecto de la información que debe verificarse en estos últimos documentos.*

Cabe añadir que la necesidad de identificar cuáles son las características técnicas y requisitos funcionales del bien a ser acreditados, tiene por finalidad que los postores conozcan plenamente los componentes de las especificaciones técnicas que serán objeto de acreditación documental por su parte y, como es evidente, lo que deberá ser evaluado y exigido por el comité de selección a efectos de la admisión de las ofertas y, eventualmente, revisado por este Colegiado vía recurso de apelación.



34. En ese contexto, se tiene que en el marco del procedimiento de selección el comité de selección ha incumplido con las directrices de observancia obligatoria para la elaboración de las bases recogidas en las Bases Estándar, transgrediendo lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento, que establece la obligación del órgano a cargo del procedimiento de selección de elaborar las bases de acuerdo a lo dispuesto en las Bases Estándar aprobadas por el OSCE.

Por lo tanto, en el presente procedimiento se ha incurrido en vicios, los cuales no han podido ser objeto de pronunciamiento en esta instancia por parte de este Tribunal en el análisis de los puntos controvertidos pertinentes, toda vez que el Impugnante no revirtió su condición de postor no admitido en el procedimiento de selección. (el subrayado es agregado)

35. En dicho escenario, considerando los vicios advertidos en las bases del procedimiento de selección, corresponde disponer que el Titular de la Entidad, antes de que culmine el plazo para la suscripción del contrato con el Adjudicatario, evalúe los vicios de nulidad advertidos por esta Sala y, de estimarlo pertinente, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 44 de la Ley, declare la nulidad del procedimiento de selección retro trayéndolo a la etapa de convocatoria, previa reformulación de bases, bajo responsabilidad”.

Que, se debe tener en consideración que el Tribunal de Contrataciones solicitó al Instituto y los postores Q-Medical S.A.C., Jireh Medical Import S.A.C. y Macatt Medica Peruana S.A.C. emitir sus descargos sobre los presuntos vicios de nulidad advertidos en las bases del procedimiento de selección, los mismos que fueron absueltos por:

- Postor JIREH MEDICAL IMPORT S.A.C: con Oficio N° 032-2020-JIREH-MEDICAL de fecha 17 de julio de 2020, remitió la carta del proveedor del bien que oferta en la cual, según indica, cumple con la característica técnica relativa al tipo de embudo. Asimismo, adjunta documento que contiene el procedimiento de análisis y el reporte final de la metodología de análisis.
- Q-Medical S.A.C.: con escrito de fecha 20 de julio de 2020, “refiere que las exigencias observadas por el Tribunal relativa a la “folletería/manual de instrucciones de uso o inserto” no están relacionadas con los supuestos requerimientos que habría incumplido en su oferta, según lo señalado en las actas, y los requerimientos incumplidos por parte del Adjudicatario y del postor MACATT, a los que se alude en el recurso de apelación; por lo que, a su parecer, “resulta innecesario realizar la verificación del cumplimiento de dicho requerimiento, en tanto no ha sido materia de cuestionamiento y a su vez, dicha observación no cambiaría el contenido del acto administrativo cuestionado”.

En ese sentido, resulta innecesario realizar la verificación del cumplimiento de dicho requerimiento, en tanto no ha sido materia de cuestionamiento y a su vez, dicha observación no cambiaría el contenido del acto administrativo cuestionado.

En ese orden de ideas, al tratarse de un posible vicio que resulta intrascendente, toda vez que, el literal h) - folletería/manual de instrucciones de uso o inserto (original o copia simple)-, no tiene incidencia directa con la descalificación de alguno de los postores y/o argumento en las pretensiones planteadas en la apelación, corresponde la conservación del acto administrativo de conformidad con el artículo 14 del TUO de la LPAG, en tanto el procedimiento de selección no adolece de vicios trascendentes”.

Por otra parte, sostiene que el comité de selección sí ha cumplido con especificar las características y/o requisitos funcionales del bien que serán acreditados con los documentos requeridos, vale decir con la presentación de “folletería/manual de instrucciones de uso o inserto”.

De esta manera, en el requerimiento de presentación de “folletería/manual de instrucciones de uso o inserto” recogido en el literal h) del numeral 4.2 del numeral “3.1 – Especificaciones técnicas” del Capítulo III de la Sección Específica de las bases, se remite a lo establecido en el artículo 140 del Decreto Supremo N° 016-2011-SA, norma en la cual se especifica qué características y/o requisitos funcionales del bien se acreditan con dicha documentación, lo cual, ha sido cumplido por su representada.

- Con Informe N° 001434-2020-SUST-USDT-INSNSB de fecha 20 de julio de 2020, la Sub Unidad de Soporte al Tratamiento (Área usuaria) manifiesta que de la revisión del literal h) del numeral 4.2 del numeral “3.1 – Especificaciones técnicas” del Capítulo III de la Sección Específica de las bases se aprecia que la “folletería/ manual de instrucciones de uso o inserto” no es de presentación obligatoria para todos los casos, ya que la documentación únicamente debe presentarse en caso corresponda.



- Asimismo, refiere que en las bases se estableció que la folletería, manual de instrucciones o inserto debe cumplir con el artículo 140 del Decreto Supremo N° 016-2011-SA, norma que detalla la información que deben contener tales documentos, “misma que está referida a establecer algunas de las características y/o requisitos funcionales específicos del bien que pretenden ser acreditados con su presentación. Entre estos se pueden precisar: las instrucciones especiales para operación y/o uso de dispositivos médicos, cualquier advertencia y/o precaución que deba adoptarse, su uso pediátrico de corresponder, la información útil para evitar riesgos relacionados con la implementación del dispositivo, el grado de precisión atribuida a los dispositivos médicos, entre otros”.
- Añade que, no obstante lo anterior, las características técnicas del bien propiamente se acreditarán mediante la presentación de la ficha técnica del producto conforme se estableció en las bases, quedando claro que no existe transgresión alguna a la disposiciones de las bases estándar por no adolecer de ningún vicio.

Que, efectuadas las precisiones anteriores, se observa que el comité de selección requirió la presentación de la “Folletería/manual de instrucciones de uso o inserto” (sic); empero, no señaló qué aspecto de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien serán acreditados con la presentación de tales documentos, limitándose a señalar que la folletería debe contener la literatura y los gráficos relacionados al dispositivos médicos y que el manual de instrucciones de uso o inserto debe cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 140 del Decreto Supremo N° 016-2011-SA, respecto de la información que debe verificarse en estos últimos documentos. Sin considerar que la necesidad de identificar cuáles son las características técnicas y requisitos funcionales del bien a ser acreditados, tiene por finalidad que los postores conozcan plenamente los componentes de las especificaciones técnicas que serán objeto de acreditación documental por su parte y, como es evidente, lo que deberá ser evaluado y exigido por el comité de selección a efectos de la admisión de las ofertas;

Que, conforme a lo advertido por la Tercera Sala del Tribunal, el comité de selección incumplió con las directrices de observancia obligatoria para la elaboración de las Bases estándar de licitación pública para la contratación de bienes, recogidas en la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD - Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar; las cuales constituyen un instrumento de utilización obligatoria a ser empleado, en el presente caso, por el comité de selección, transgrediendo lo dispuesto en el artículo 47 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento), que establece la obligación de elaborar las bases de acuerdo a lo dispuesto en las Bases Estándar aprobadas por el OSCE;

Que, se observa que durante el desarrollo del procedimiento de selección existió contravención de las normas legales, actuación que podrá ser saneada con la declaración de nulidad, por ser una herramienta lícita que permite al Titular de la Entidad sanear el procedimiento de selección cuando, durante su tramitación, se haya verificado algún incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que determine la invalidez del acto realizado y de los actos y/o etapas posteriores a éste, permitiéndole revertir el incumplimiento y continuar válidamente con la tramitación del procedimiento de selección; sin perjuicio de disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierte ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico, en aplicación del numeral 11.3 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la LPAG);

Que, la declaración de la nulidad trae como consecuencia la inexistencia de los actos dictados desde la configuración del vicio de nulidad y los que se deriven de aquél, constituyéndose en actos nulos y por ello son incapaces de producir efectos;



Que, se debe tener en consideración el artículo 9 de la Ley, señala las responsabilidades esenciales de los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2 de la referida Ley;

Que, el Informe Legal N° 000181-2020-UAJ-INSN-SB, concluye la viabilidad para declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección de la Licitación Pública N° 001-2020-INSNSB “Adquisición Bianual de Tubo de Aspiración No Conductor”, en atención a los hechos advertidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante Resolución N° 01545-2020-TCE-S3, en aplicación del artículo 44 de la Ley, por contravención de las normas legales; debiéndose retrotraer el procedimiento de selección hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases;

Con el visto bueno del Director Adjunto, del Director Ejecutivo de la Unidad de Administración, y del Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica;

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado; con el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado; y, con la Resolución Viceministerial N° 027-2020-SA/DVM-PAS;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- DECLARAR de oficio la nulidad del procedimiento de selección Licitación Pública N° 001-2020-INSNSB “Adquisición Bianual de Tubo de Aspiración No Conductor”, por contravenir las normas legales; debiéndose retrotraer el procedimiento de selección hasta la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- DISPONER que la Unidad de Administración remita copia de la presente Resolución y de los respectivos antecedentes a la Secretaría Técnica del INSNSB, a fin de que adopte las acciones necesarias para el deslinde de las responsabilidades, de corresponder.

ARTÍCULO 3°.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la Página Web de la Entidad, y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado -SEACE, a cargo del Equipo de Logística de la Unidad de Administración, de conformidad con las normas de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y normativa de contrataciones.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE

ELIZABETH ZULEMA TOMAS GONZALES
Directora General
Instituto Nacional de Salud del Niño – San Borja

EZTG/RRG
Cc.
DA
UA
USDT
UAJ
UTI

