Resolución Nº 0876-2018-TCE-S1

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

Lima, 10 MAYO 2018

VISTO en sesión de fecha 10 de mayo de 2018 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° **875/2018.TCE**, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA E.I.R.L. contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 018-2017-EO-L - Primera Convocatoria; oído el informe oral y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Según la ficha publicada[1] en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 20 de febrero de 2018, **la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE S.A. – ELECTRO ORIENTE S.A.**, en adelante **la Entidad**, convocó la **Adjudicación Simplificada N° 018-2017-EO-L - Primera Convocatoria**, para la contratación del suministro de bienes: *"Adquisición de conectores bimétricos tipo morseto"*, con un valor referencial de **S/ 272,650.00** (Doscientos setenta y dos mil seiscientos cincuenta 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 Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, en adelante **la Ley**; y, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante **el Reglamento**.

2. El 2 de marzo de 2018 se llevó a cabo la presentación de ofertas, el 6 de marzo de 2018 su evaluación y calificación, y el 7 de marzo de 2018 se publicó en el SEACE el otorgamiento de la buena pro a favor de la señora **ROSALINDA CLAUDIA GAVIRIA ÁVAREZ**, en adelante **el Adjudicatario**, por el monto de su oferta económica equivalente a **S/ 246,050** (Doscientos cuarenta y seis mil cincuenta con 00/100 soles). Los resultados fueron los siguientes:

Postor	Etapas			Resultado
	Admisión	Evaluación de orden de prelación	Precio ofertado (S/.)	
GAVIRIA ALVAREZ ROSALINDA CLAUDIA	Admitida	1° lugar	246,050.00	**Adjudicado**
REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L.	No Admitida	-	229.425.00	-
ING. Y SERV VALLADARES S Y HNOS S.A.	No Admitida	-	219,450.00	-
CONSORCIO POWER PERÚ	No Admitida	-	212,017.24	-
MATERIALES GROUP S.A.C.	No Admitida	-	196,175.00	-

[1] Obrante a folios 23 del expediente administrativo.

Al respecto, de acuerdo con el *"Acta de Presentación de ofertas, Evaluación y Calificación de las ofertas y Otorgamiento de la buena pro"* publicado en el SEACE, el comité de selección no admitió la oferta presentada por la empresa REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L., atendiendo a lo siguiente:

> *"NO SE ADMITE LA OFERTA DEL POSTOR REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L., DEBIDO A QUE,* ***PRESENTA UNA CARTA DE REPRESENTACIÓN O DISTRIBUCIÓN DEL FABRICANTE DEL PRODUCTO*** *QUE LA ENTIDAD SOLICITA A FIN DE GARANTIZAR LA CALIDAD DEL BIEN REQUERIDO, LA MISMA* ***QUE NO CUMPLE, PUESTO QUE LA EMPRESA MEGA ELECTRIC S.A.C., NO ES RECONOCIDO COMO FABRICANTE DE LA MARCA INTELLI SOLO SE LIMITAN A LA DISTRIBUCIÓN,*** *LA MISMA QUE LOS FABRICANTES DE LA MARCA NO AUTORIZAN DIRECTAMENTE AL POSTOR COMO SU REPRESENTANTE O DISTRIBUIDOR, RAZÓN POR LA CUAL* ***LA ENTIDAD NO TENDRÍA LA INFORMACIÓN PRECISA DEL LOTE FABRICADO.***
>
> *SIN EMBARGO* ***REPRESENTACIONES PEÑA PRESENTA UNA CARTA DE AUTORIZACIÓN DE INTELLI A LA EMPRESA MEGA ELECTRIC S.A.C., COMO SU DISTRIBUIDOR EN EL PERÚ,*** *LA MISMA QUE* ***NO PRESENTA TRADUCCIÓN SIMPLE.****"*(Sic.).

3. Mediante escrito N° 1 presentado el 14 de marzo de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, subsanado mediante *Formulario de interposición de recurso impugnativo* y escrito N° 2 presentados el 16 de marzo de 2018, la empresa **REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L.**, en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta, y el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección a favor del Adjudicatario solicitando que ésta se adjudique ésta a su favor.

Con la finalidad de sustentar su petitorio, señaló lo siguiente:

Respecto a que la Carta de Autorización del fabricante emitida a favor del distribuidor y no del postor

3.1. El comité de selección, según alegó, declaró como no admitida su oferta de forma errónea, considerando que el fabricante de la marca no habría autorizado a su representada directamente como su distribuidor en el Perú, y como consecuencia de ello, no podía garantizarse la calidad de los bienes ofertados.

Al respecto, precisó que las bases no requerían de forma expresa que la carta del fabricante debía ser emitida a favor del postor, tampoco se solicitó que el postor tenga la condición de representante o distribuidor del fabricante para participar en el procedimiento de selección. La Entidad se limitó a solicitar la presentación de una carta de representación y/o distribución del fabricante en relación al producto ofertado.

3.2. Agregó que la carta del fabricante tenía por finalidad acreditar la calidad del bien, siendo indistinto e irrelevante si el postor tiene la calidad de representante o distribuidor directo del fabricante, pues lo relevante es que el producto cuente con la autorización necesaria para ser comercializado en el Perú.

En el caso de su representada dicha finalidad se cumple a cabalidad considerando que presentó como parte de su oferta: (i) la carta de representación emitida por el fabricante INTELLI a la favor de la empresa MEGA ELECTRIC S.A.C., con la cual autoriza a esta última para representarlos en Perú; y (ii) la carta de autorización expedida por el representante peruano MEGA

Resolución Nº 0876-2018-TCE-S1

ELECTRIC S.A.C. a favor de su representada, con la cual lo autoriza para suministrar los bienes objeto del procedimiento de selección a favor de la Entidad.

3.3. En ese sentido, contrariamente a lo indicado por el comité de selección, no era necesario que su empresa tenga la condición de representante o distribuidor directo del fabricante, lo cual implicaría que solo podrían presentarse al procedimiento de selección aquellos postores que cuenten con la representación de una empresa extranjera. Esto último, según sostiene, está prohibido conforme se indica en la *"Resolución del Tribunal 064-2008, que los procesos públicos no pueden ser exclusivos para los distribuidores autorizados"* (Sic.).

Respecto a la traducción de la Carta de Autorización del fabricante

3.4. Asimismo, refirió que el comité de selección cometió un error al indicar que su representada no presentó la traducción de la carta de autorización del fabricante, debido a que dicho documento fue emitido por el fabricante brasilero en idioma español.

4. Por decreto del 20 de marzo de 2018, se admitió a trámite el recurso de apelación.

5. El 21 de marzo de 2018 se notificó mediante el SEACE el recurso de apelación, a efectos que la Entidad remita los antecedentes correspondientes[2] y, de ser el caso, postores distintos al Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal, absuelvan aquel[3].

6. Mediante *Formulario de trámite y/o impulso de expediente administrativo* presentado el 26 de marzo de 2018, subsanado mediante *Formulario de trámite y/o impulso de expediente administrativo* presentado el 2 de abril de 2018 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Iquitos, ingresados el 4 de abril de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal, **la Entidad** remitió, entre otros, el **Informe Técnico Legal del 28 de marzo de 2018**, en el que señaló lo siguiente:

6.1. En relación a que las bases integradas no requerían de forma expresa que la carta del fabricante fuese emitida a favor del postor, ni que este tuviera la condición de representante o distribuidor autorizado del fabricante, señaló que *"resulta nada razonable aceptar la pretensión del impugnante al señalar que la condición de representante y/o distribuidor versa sobre el producto y no sobre el postor. Precisamente la finalidad de dicha exigencia radica en demostrar el nexo (o vinculación directa) que existe entre el fabricante (productor) y el oferente (postor) a fin de garantizar la calidad del producto ofertado y con ello disminuir o anular el riesgo de posibles productos adulterados (conocidos*

---

2 De conformidad con el inciso 2 del artículo 104 del Reglamento, se otorgó a la Entidad un plazo no mayor a 3 días hábiles, contado a partir del día siguiente de haber sido notificada a través del SEACE, para que remita el expediente de contratación completo [que incluya la oferta ganadora y todas las ofertas cuestionadas por el Impugnante] y un informe técnico legal en el cual indique expresamente su posición respecto de los fundamentos del recurso interpuesto.

3 De conformidad con el inciso 4 del artículo 104 del Reglamento, postores distintos al Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal debían absolver el traslado del recurso en un plazo máximo de 5 días hábiles, contados a partir del día siguiente de haber sido notificados a través del SEACE.

coloquialmente como "bambas") que atentaría alcanzar la finalidad pública de la contratación realizada" (Sic.).

Agregó que, en su oportunidad el Impugnante debió formular consultas y observaciones a las bases, considerando que en las bases se establecieron exigencias y condiciones orientadas a asegurar la calidad de los productos a ser adquiridos, *"quedando consagrada la exigencia de Representación Directa (Fabricante – Postor) y no se Representación Indirecta (Fabricante – Representante o Distribuidor Nacional – Postor), como lo ostenta el impugnante y sobre lo cual tampoco reparó oportunamente"* (Sic.).

6.2. En relación a la no presentación de la traducción de la carta de representación del fabricante, precisó que *"en su contenido de identifica claramente partes que corresponden a otro idioma que se supone es portugués, idioma del fabricante (...) sobre el particular el Art. 38.1 del Reglamento (...) no establece una suerte de grado de transcripción y/o comprensión del documento emitido en idioma distinto al castellano, sino que cumpliendo la formalidad establecida, corresponde la traducción integral de su contenido, salvo aspectos accesorios o no relevantes como fecha, direcciones, logotipos y/o encabezados, etc. (Resolución N° 2163-2016-TCE-S1, Resolución N° 4021-2012-TCE-S1)"* (Sic.).

6.3. Asimismo, indicó que la falta de diligencia del Impugnante se corrobora con falta de traducción de los certificados ISO presentados en idioma portugués y castellano, y la ficha técnica del producto que se encuentra en idioma portugués.

7. Mediante escrito presentado el 2 de abril de 2018 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Iquitos, ingresado el 4 de abril de 2018 ante el Tribunal, **el Adjudicatario**, absolvió el traslado del recurso de apelación señalando lo siguiente:

7.1. El Impugnante se ha valido de un tercero, la empresa MEGA ELECTRIC S.A.C., para acreditar ser representante o distribuidor del fabricante INTELLI, cuando en realidad no tiene tal calidad.

Al respecto, señaló que no es una práctica de mercado que una empresa represente un producto en particular, sino a un fabricante, su marca y toda su línea de productos.

7.2. El Impugnante se ampara en el Pronunciamiento N° 489-2013, pretendiendo con ello demostrar que la representación del fabricante es respecto al producto que se ofrece, no obstante el caso analizado en dicho pronunciamiento, corresponde a la contratación de un servicio, el cual se prestaría en centros de atención autorizados por el fabricante o dueño de la marca, supuesto que no se corresponde con el del presente caso. Sin perjuicio de lo expuesto, dicho pronunciamiento tiene por objeto, al igual que en el presente caso, asegurar la calidad de la adquisición [que no se adquieran productos adulterados].

En su caso, si el Impugnante consideraba que la exigencia de las bases no guardaba concordancia con el Pronunciamiento N° 489-2013, debió formular la consulta u observación respectiva, y no pretender en esta etapa cambiar las

reglas establecidas en las bases. Por tanto, en virtud del principio de igualdad de trato, solicitó aplicar las mismas reglas a todos los postores.

7.3. Por otro lado, sostuvo que el Impugnante tampoco cumplió con presentar la traducción de la carta del fabricante, y solicitó verificar si en el caso del certificado ISO también se cumplía con dicha exigencia.

8. Por decreto del 5 de abril de 2018, habiéndose verificado que la Entidad presentó la información que le fuera solicitada, se dispuso remitir el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que evalúe la información que obra en autos y, de ser el caso, lo declare listo para resolver, siendo recibido el 10 de abril de 2018.

9. Por decreto del 5 de abril de 2018, se tuvo por apersonado al Adjudicatario al presente procedimiento en calidad de tercero administrado y se dejó a consideración de la Sala su absolución al traslado del recurso de apelación.

10. Con decreto del 12 de abril de 2018, se programó audiencia pública para el 19 de abril de 2018 a horas 16:30 pm.

11. El 19 de abril de 2018 se llevó a cabo la audiencia pública con el representante del Impugnante[4].

12. Mediante escrito presentado el 19 de abril de 2018 ante el Tribunal, **el Impugnante** informó lo siguiente:

12.1. Mediante la carta del 16 de abril de 2018 [la cual ofreció como medio probatorio], el fabricante INTELLI manifestó conocer sobre su participación en el procedimiento de selección, ello en virtud de la autorización emitida por la empresa MEGA ELECTRICS S.A. a favor de su representada.

En este sentido, sostuvo que el fabricante tiene conocimiento y brinda su aprobación para que su representada, en calidad de postor, pueda ofertar sus productos, los cuales serían adquiridos por intermedio de su representante comercial en el Perú, garantizándose así que los bienes gozarán de todas las certificaciones y garantías que fueron declaradas en su oferta. Por tanto, cumplió con presentar la *Carta de Representación o Distribución del Fabricante del producto que se ofrece*, conforme a lo previsto en las bases integradas.

12.2. Asimismo, el fabricante precisó que la documentación expedida por él, que fuera presentada al procedimiento de selección como parte de la oferta de su representada, fue redactada en idioma español, siendo que cualquier error en la redacción se debe a un error de tipeo.

12.3. Por otro lado, reiteró sus argumentos en relación a que lo solicitado en las bases era simplemente una *Carta de Representación y/o Distribución del fabricante en relación al producto que se oferta*, y que si la finalidad de dicho requisito era demostrar el nexo entre el fabricante y el postor. Ello queda

[4] En representación del Impugnante participó el señor Christian Alberto Reátegui Orihuela.

acreditado con las cartas presentadas en su oferta del fabricante a la empresa Mega Electric S.A.C. y de dicha empresa a favor de su representada.

En este punto, precisó que no se formularon consultas ni observaciones a las bases en relación a la carta de representación solicitada, por cuanto, según señaló, aquellas eran claras, siendo que su redacción permite que el *"postor pueda presentarse al proceso con otras alternativas y/o con una documentación como la que nosotros hemos anexado, siempre que se demuestre que el fabricante garantiza y certifica la calidad del producto y que este podrá ser comercializado por el postor en caso de suscribir el Contrato"* (Sic.).

Agregó, además que si la finalidad de solicitar la referida carta de representación era garantizar la calidad del bien, era indistinto e irrelevante si el postor tiene la calidad de representante o distribuidor directo del fabricante, pues lo razonable es que la Entidad cuente con la certeza de que el producto será suministrado con la garantía del caso, lo cual se acredita con el nexo entre el fabricante y el postor.

12.4. Por último en relación a lo indicado por el Adjudicatario respecto a que de acuerdo a las bases integradas el postor debía tener la condición de representante o distribuidor del fabricante, señaló que dicha posición resulta contraria a los principios de libre concurrencia e igualdad de trato, en tanto, ello supondría que solo pueden ser postores los fabricantes y aquellos que cuenten con su representación.

13. Por decreto del 20 de abril de 2018 se tuvo presentada la información remitida por el Impugnante.

14. Por decreto del 20 de abril de 2018 a efectos de que el Tribunal cuente con mayores elementos de juicio al momento de resolver se solicitó la siguiente información adicional:

*"**A LA ENTIDAD (EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE)** (...)*

*Considerando que de acuerdo con el **Acta de Presentación de Ofertas, Evaluación y Calificación de ofertas y Otorgamiento de la Buena Pro** del 6 de marzo de 2018, cinco postores presentaron sus ofertas al procedimiento de selección: (i) Rosalina Claudia Gaviria Álvarez, (ii) Consorcio Power Perú, (iii) Ing. y Serv. Valladares S. y Hnos. S.A., (iv) Materiales Group S.A.C., y (v) Representaciones y Distribuciones Peña S.R.L., no obstante, en la información publicada en el SEACE y en los antecedentes administrativos remitidos por la Entidad solo se aprecia el monto de las ofertas económicas de la señora Rosalina Claudia Gaviria Álvarez [Adjudicatario] y de la empresa Representaciones y Distribuciones Peña S.R.L. [Impugnante].*

- ***Indique** cuál es el monto de las ofertas económicas presentadas por los postores: (i) **Consorcio Power Perú**, (ii) **Ing. y Serv. Valladares S. y Hnos. S.A.**, y (iii) **Materiales Group S.A.C.**".*

Resolución Nº 0876-2018-TCE-S1

15. Mediante escrito presentado el 24 de abril de 2018 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Iquitos, e ingresado el 25 de abril de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal la Entidad atendió el pedido de información que le fuera cursado, remitiendo copias de las ofertas económicas presentadas por los postores participantes en el procedimiento de selección.

16. Por decreto del 24 de abril de 2018 a efectos de que el Tribunal cuente con mayores elementos de juicio al momento de resolver se solicitó la siguiente información adicional:

> *"**A LA ENTIDAD/ AL IMPUGNANTE / AL ADJUDICATARIO:** (...)*
>
> *En el literal e) del numeral 2.2.1.1 del Capítulo II de la Sección Específica de las bases integradas, se aprecia que entre los documentos de presentación obligatoria, para la admisión de las ofertas, se requirió: "e) Adjuntar copia simple de la **Carta de Representación o Distribución del Fabricante del producto** que se ofrece a fin de garantizar la calidad del bien requerido".*
>
> *De acuerdo al Acta de Presentación, Evaluación y Calificación de ofertas y Otorgamiento de la Buena Pro del 6 de marzo de 2018, el comité de selección no admitió las ofertas presentadas por cuatro (4) empresas, atendiendo a los siguientes motivos: (...)*
>
> - *En tanto el comité de selección descalificó las ofertas de cuatro (4) postores en el procedimiento de selección, quienes no presentaron la Carta de Representación o Distribución del Fabricante del producto a nombre de sus representantes [representación directa], cuando en relación a dicho requisito de admisión las bases integradas solo establecieron: "Carta de Representación o Distribución del Fabricante del producto", sin aludir a que los postores debían ostentar directamente la representación del producto ofertado. **Indique** si advierte la existencia de un vicio de nulidad en el acto de evaluación realizado por el comité de selección en relación a la presentación de la Carta de Representación o Distribución del Fabricante del producto ofertado, conforme a lo solicitado en el literal e) del numeral 2.2.1.1 del Capítulo II de1 la Sección Específica de las bases integradas".*

17. Mediante escrito presentado el 30 de abril de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal, el Impugnante absolvió el requerimiento de información que le fuera cursado señalando lo siguiente:

17.1. En relación a la no admisión de las ofertas de los otros postores participantes en el procedimiento de selección, según indicó, se desconoce cuál es su situación: (i) pudieron no haber presentado la carta del fabricante, (ii) se limitaron a adjuntar la carta del distribuidor peruano más no del fabricante, (iii) solo presentaron la carta del fabricante y no el documento que acredita el nexo con el representante en Perú que autoriza al postor.

Agregó que, el hecho de que las demás empresas hayan sido descalificadas por la misma causal que su representada, no significa que los documentos o escenarios sean iguales al suyo.

En su caso, según sostuvo, sí se presentó la carta del fabricante y la carta de su distribuidor en el Perú a su favor, demostrando el nexo que existe entre su representada y el fabricante, *"puede ser que los demás postores no haya demostrado ese nexo"* (Sic.).

Sin perjuicio de lo expuesto, resaltó que más allá de las razones que motivaron la descalificación de los demás postores, lo cierto es que aquellos no impugnaron la decisión del comité, de tal manera que dejaron consentir su descalificación, existiendo con ello una aceptación tácita. *"Por ese motivo no consideramos que sea viable que en esta vía de impugnación se pretenda declarar la nulidad del proceso bajo la mirada de que los demás postores han sufrido una supuesta injusticia o una incorrecta evaluación, cuando ni siquiera se han revisado las ofertas de dichos postores, siendo todo una especulación, más aún cuando los propios descalificados no ejercieron su derecho a impugnar, decidiendo en calidad de empresas privadas aceptar la decisión del comité"* (Sic.).

17.2. En relación a que en las bases integradas solo se solicitó la presentación de la *Carta del Fabricante* sin aludir a que los postores debían ostentar directamente la representación del producto ofertado, indicó que el hecho que *"el comité de selección haya tenido como sentimiento el deseo que la carta del fabricante este dirigida al postor no significa que exista un vicio en las bases. Que el comité hubiese sido olvidadizo al no consignar que la Carta debe estar dirigida al postor, tampoco es un vicio que acarree la nulidad, más aún cuando es imposible probar los supuestos deseos de los miembros del comité. Esto es subjetivo (...)"* (Sic.).

En este sentido, sostuvo que las bases son claras y expresas, ya que solicitan que se presente una carta del fabricante del producto, y no consignan como requisito que el postor tenga una representación directa, de tal manera que al no existir ninguna limitación lo que corresponde es que el comité de selección realice la calificación conforme a lo consignado en las bases.

"(...) no advertimos ningún vicio concreto, expreso, redactado u objetivo en las bases, Solo estamos ante una calificación incorrecta del comité, quiénes a través de una interpretación bastante particular exigen que la Carta del Fabricante este dirigida al postor, siendo evidente que descalificar a un postor por un criterio diferente no es posible, (...) la calificación, la cual debe ceñirse solo y exclusivamente a lo redactado en las Bases" (Sic.).

18. Por decreto[5] del 3 de mayo de 2018 se declaró el expediente listo para resolver.

19. Mediante Oficio CS N° 099-2018 presentado el 3 de mayo de 2018 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Iquitos, e ingresado el 7 de mayo de 2018 a la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad atendió el requerimiento de información que le fuera cursado, indicando que los miembros del comité de selección, no advierten ningún vicio de nulidad en procedimiento de selección.

PROCEDENCIA DEL RECURSO:

Debe tenerse en cuenta que la Adjudicación Simplificada N° 018-2017-EO-L – Primera Convocatoria, fue convocada el 20 de febrero de 2018, bajo el ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento, normas que resultan aplicables al presente caso.

5 Decreto N° 321778.

Resolución Nº 0876-2018-TCE-S1

Ahora bien, cabe señalar que el numeral 216.1 del artículo 216 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante la LPAG, establece la facultad de contradicción administrativa que señala que 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.

Téngase en cuenta que el numeral 41.3 del artículo 41 de la Ley establece que el recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor referencial sea superior a cincuenta (50) UIT y de procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco. Los actos que declaren la nulidad de oficio y otros actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuidad del procedimiento de selección, distintos de aquellos que resuelven los recursos de apelación, solo pueden impugnarse ante el Tribunal.

Por otro lado, el numeral 97.1 del artículo 97 del Reglamento ha establecido 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. En el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precio, el plazo es de cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro.

La disposición reseñada resulta concordante con lo establecido en el Acuerdo de Sala Plena N° 003/2017, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 9 de junio de 2017.

En ese sentido, en aplicación a lo dispuesto en los artículos citados, el Impugnante contaban con un plazo de cinco (5) días para interponer su recurso de apelación, plazo que vencía el 14 de marzo de 2018, considerando que el *Acta de Presentación de ofertas, Evaluación y Calificación de ofertas y Otorgamiento de la buena pro*, se notificó el 7 de marzo de 2018, mediante publicación en el SEACE. Al respecto, fluye de los antecedentes administrativos que el recurso de apelación fue presentado precisamente el 14 de marzo de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal, y subsanado el 16 del mismo mes y año vale decir, dentro del plazo estipulado en la normativa vigente.

Por lo tanto, habiéndose determinado que los recursos de apelación fueron interpuestos dentro del plazo legal establecido para dicho efecto y que no se enmarcan en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 101 del Reglamento, el Colegiado considera que se cumplen los requisitos exigidos para declararse su procedencia, por lo que corresponde avocarse a los asuntos de fondo propuestos.

PETITORIO:

El Impugnante solicitó a este Tribunal lo siguiente:

- Se revoque la decisión del comité de selección respecto a la no admisión de su oferta en el marco del procedimiento de selección.
- Se revoque el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección a favor del Adjudicatario.
- Se otorgue la buena pro del procedimiento de selección a favor de su representada.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado de forma precedente, corresponde efectuar su análisis de fondo, para lo cual resulta necesario fijar los puntos controvertidos del presente recurso.

Es preciso tener en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 del Reglamento, que establece:

> *"Las partes deben formular sus pretensiones y ofrecer los medios probatorios 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. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento"* (Sic.).

Ello también ha sido abordado en el Acuerdo de Sala Plena N° 002-2012 del 5 de junio de 2012.

Cabe señalar que lo antes citado, tiene como premisa que, al momento de analizar eñ recurso de apelación, se garantice el derecho al debido procedimiento 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.

Por otra parte, en cuanto a la absolución del traslado del recurso de apelación por parte del Adjudicatario, debe tenerse presente que el numeral 4 del artículo 104 del Reglamento establece que el postor o postores emplazados deben absolver el traslado del recurso de apelación en un plazo no mayor de cinco (5) día hábiles contados desde el día siguiente de haber sido notificados sobre el respectivo recurso a través del SEACE[6].

En el presente caso, el **21 de marzo de 2018** se notificó al Adjudicatario, a través del SEACE, la interposición del recurso, a fin que pueda absolverlo.

---

6 Al respecto, desde el 28 de agosto de 2017 se encuentra disponible la funcionalidad que permite notificar de forma electrónica la presentación de los recursos de apelación a través del SEACE.

En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto por el tercer párrafo del numeral 4 del artículo 104 del Reglamento, el Adjudicatario debía absolver el traslado del recurso de apelación hasta el **28 de marzo de 2018**, como fecha límite. Entonces, considerando que, recién, mediante el escrito presentado ante Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Iquitos el 2 de abril de 2018, aquel se apersonó como tercero administrado y presentó la respectiva absolución, ésta resulta ser extemporánea.

En ese sentido, únicamente pueden ser materia de pronunciamiento, por parte de este Colegiado, en el presente caso los puntos controvertidos que devienen de los argumentos expresados en el escrito del recurso de apelación. Asimismo, no serán considerados por este Tribunal, para la fijación de los puntos controvertidos, los cuestionamientos que el Adjudicatario hubiese formulado de manera extemporánea.

Por lo tanto, corresponde determinar como puntos controvertidos, aquellos planteados por el Impugnante en sus recursos de apelación:

- Determinar si corresponde revocar la no admisión de la oferta del Impugnante, y en consecuencia, dejar sin efecto el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario en el procedimiento de selección.
- Determinar si corresponde otorgar la buena pro del procedimiento de selección a favor del Impugnante.

FUNDAMENTACIÓN:

20. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante contra la no admisión de su oferta, así como contra el otorgamiento de la buena pro del procedimiento de selección.

21. En primer lugar, resulta relevante señalar que, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Dicho artículo, adicionalmente, establece que los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad.

Asimismo, prescribe que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación, sin la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo.

22. A su vez, en el segundo párrafo del artículo 26 del Reglamento, se establece que el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado.

23. En adición a lo expresado, cabe 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. Garantizan ello, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.

24. También, es oportuno acotar que los documentos del procedimiento de selección, y para el presente caso, las bases, constituyen las reglas definitivas de aquél y es en función de ellas que debe efectuarse la admisión, evaluación y calificación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones.

25. Es preciso también recalcar 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, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que dichas contrataciones se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley.

26. Por ello, las decisiones que se adopten en materia de contrataciones del Estado deben responder al equilibrio armónico que debe existir entre los derechos de los postores y su connotación en función del bien común e interés general, a efectos de fomentar la mayor participación de postores, con el propósito de seleccionar la mejor oferta.

27. Hechas estas precisiones, corresponde analizar los puntos controvertidos fijados en el presente procedimiento.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE REVOCAR LA NO ADMISIÓN DE LA OFERTA DEL IMPUGNANTE, Y EN CONSECUENCIA, DEJAR SIN EFECTO EL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO A FAVOR DEL ADJUDICATARIO.

28. De la revisión del *"Acta de Presentación de ofertas, Evaluación y Calificación de ofertas y Otorgamiento de la buena pro"* publicada en el SEACE el 7 de marzo de 2018, este Colegiado aprecia que el comité de selección declaró no admitida de la oferta del Impugnante, en atención los siguientes motivos:

> *"(...)*
> *(****) NO SE ADMITE LA OFERTA DEL POSTOR **REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L.**, DEBIDO A QUE, PRESENTA UNA **CARTA DE REPRESENTACIÓN O DISTRIBUCIÓN DEL FABRICANTE DEL PRODUCTO QUE LA ENTIDAD SOLICITA A FIN DE GARANTIZAR LA CALIDAD DEL BIEN REQUERIDO**, LA MISMA **QUE NO CUMPLE, PUESTO QUE LA EMPRESA MEGA ELECTRIC S.A.C., NO ES RECONOCIDO COMO FABRICANTE DE LA MARCA INTELLI SOLO SE LIMITAN A LA DISTRIBUCIÓN**, LA MISMA QUE LOS FABRICANTES DE LA MARCA NO AUTORIZAN DIRECTAMENTE AL POSTOR COMO SU REPRESENTANTE O DISTRIBUIDOR, RAZÓN POR LA CUAL **LA ENTIDAD NO TENDRÍA LA INFORMACIÓN PRECISA DEL LOTE FABRICADO.***
>
> *SIN EMBARGO REPRESENTACIONES PEÑA PRESENTA UNA CARTA DE AUTORIZACIÓN DE INTELLI A LA EMPRESA MEGA ELECTRIC S.A.C., COMO SUS DISTRIBUIDOR EN EL PERÚ, LA MISMA QUE NO PRESENTE TRADUCCIÓN SIMPLE" (Sic.)* (El resaltado es agregado).

Resolución Nº 0876-2018-TCE-S1

Nótese que en la referida acta, el comité de selección declaró no admitida la oferta presentada por el Impugnante en el procedimiento de selección **al considerar que no cumplió con presentar la *Carta de Representación o Distribución del Fabricante* conforme a lo requerido en las bases integradas**.

Dicha decisión, entre otros motivos, se sustentó en que la carta no fue emitida por el fabricante de la marca INTELLI, de modo que el fabricante no autorizó directamente al Impugnante como su representante o distribuidor, lo que lo llevó a concluir que la Entidad no tendría la información precisa del lote fabricado.

29. Al respecto, el Impugnante cuestionó la actuación del comité de selección al no admitir su oferta, pese a que cumplió con presentar la *Carta de Representación o Distribución del Fabricante*, considerando que en las bases integradas se solicitó su presentación sin señalarse que el representante o distribuidor autorizado por el fabricante tenía que ser, necesariamente, el mismo postor.

Agregó que la finalidad de dicha carta era garantizar la calidad del bien, siendo irrelevante si el postor tiene la calidad de representante o distribuidor directo del fabricante, *"lo que importa es que el producto cuente con la autorización necesaria para ser comercializado en el Perú, y es por eso que la Entidad solicita un documento del fabricante que le permita tener esa seguridad"* (Sic.). Sostiene que en el caso de su representada esa condición se cumple a cabalidad, pues en su oferta presentó los siguientes documentos:

(i) La **Carta de Representación** emitida el 27 de febrero de 2018 por el fabricante brasilero INTELLI a favor de la empresa peruana MEGA ELECTRIC S.A.C., autorizando a ésta última a representarla en el Perú [incluso en procedimientos de selección].

(ii) La **Carta de Autorización** emitida por la empresa MEGA ELECTRIC S.A.C. a favor de su representada, autorizándola a participar en el procedimiento de selección con el producto de su marca autorizada.

En consecuencia, alegó que *"el argumento del comité de selección corresponde a una lectura equivocada de lo que está consignado en las bases, ya que se rechaza nuestra oferta aduciendo que debemos tener la condición de Representante o Distribuidor directo del fabricante, lo cual es un criterio equivocado e incluso que infringiría la normativa de contrataciones, ya que bajo ese pensamiento sólo podrían presentarse al proceso aquellos que cuenten con una representación de una empresa extranjera, excluyendo a las empresas nacionales que pueden adquirir un producto del distribuidor autorizado en el Perú"* (Sic.).

30. En este extremo, la Entidad mediante Informe Técnico, reiteró su posición respecto a la no admisión de la oferta del Impugnante, precisando para ello que la exigencia de la *Carta de Representación o Distribución del Fabricante"* fue solicitada con la finalidad de demostrar el nexo que existe entre el fabricante y el postor, y con ello garantizar la calidad del producto ofertado y disminuir el riesgo de productos adulterados.

Así, según indicó, *"en las Bases Integradas quedó consagrada la exigencia de Representación Directa (Fabricante – Postor) y no de Representación Indirecta (Fabricante – Representante o Distribuidor Nacional – Postor), como lo ostenta el Impugnante y sobre lo cual tampoco reparó oportunamente. (...) (/) (...) el impugnante no puede irrogarse la condición de cuestionar y/o presumir cualquier extremo de las Bases Integradas con ocasión de la presentación de su oferta, debiendo únicamente sujetarse a las disposiciones allí contempladas"* (Sic.).

31. En este contexto, con el objeto de resolver la controversia planteada, resulta necesario remitirnos a lo establecido en las bases integradas respecto a los requisitos para la admisión de las ofertas, toda vez que ello tiene incidencia en el análisis del cuestionamiento planteado por el Impugnante.

Para ello, debe considerarse que, en reiteradas oportunidades, este Colegiado ha enfatizado que las bases constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la admisión, calificación y evaluación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones.

32. Bajo esta línea de análisis, se aprecia que en la Sección Específica de las bases integradas del procedimiento de selección se estableció lo siguiente:

- En el **Capítulo I**, se señala que el objeto de la presente convocatoria es la *"Adquisición de conectores bimetálicos tipo morseto"*.

- En el **Capítulo III**, se precisó en relación a dicha contratación que:

  - Finalidad Pública: *"El presente documento establece las especificaciones técnicas mínimas que deben cumplir los **conectores tipo morseto que se utilizarán en la concesión de la Empresa Electro Oriente S.A. para la atención de solicitudes de conexiones nuevas y el mantenimiento de la conexión eléctrica**"*.
  - Antecedentes: *"El presente año se tiene previsto la captación de clientes por independización de bloques colectivos, proyectos diversos y por crecimiento vegetativo, donde **se requerirá la instalación de nuevos suministros, asimismo se tiene programado el mantenimiento de las redes de Baja Tensión**, en ese sentido es necesario el traslado de acometidas de redes convencionales a redes autoportantes"*.
  - Objetivo de la Contratación: *"El objetivo es de contar con **dicho material que será de gran necesidad, con el fin de suministrar energía eléctrica** a nuevos clientes y nuevos clientes"*.

- En el **Capítulo II**, en relación a la documentación de presentación obligatoria para la admisión de las ofertas, entre otros, se solicitó lo siguiente:

> *"(...)*
> ***2.2.1. <u>Documentación de presentación obligatoria</u>***
> ***2.2.1.1. Documentos para la admisión de la oferta***
> *(...)*

Resolución Nº 0876-2018-TCE-S1

> ***e)*** *Adjuntar copia simple de* ***Carta de Representación o Distribución del Fabricante del producto que se ofrece*** *con el fin de garantizar la calidad del bien requerido.*
>
> ***f)*** *Adjuntar* ***Carta del Fabricante del producto donde compromete a entregar información a Electro Oriente S.A. sobre el lote producido para la entrega del bien****, ello con la finalidad de poder determinar su procedencia".*
>
> (La negrita es agregada).

Como se aprecia, entre otros documentos, para la admisión de las ofertas, los postores debían presentar:

(i) Una ***Carta de Representación o Distribución del Fabricante*** del producto ofertado, con la finalidad de **garantizar la calidad del bien** requerido [requisito establecido en el literal e) del numeral 2.2.1.1].

Cabe precisar, que de acuerdo con el comité de selección, su decisión de no admitir la oferta del Impugnante atendió a que éste no habría cumplido con presentar esta *Carta de Representación o Distribución del Fabricante* conforme fue requerida en las bases.

(ii) Una ***Carta del Fabricante*** del producto ofertado, en la que el propio fabricante se ofrece a entregar a la Entidad **información sobre el lote producido**, con la finalidad de **garantizar su procedencia** [requisito establecido en el literal f) del numeral 2.2.1.1].

33. Sobre el particular, de la revisión del Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones registrado en el SEACE el 26 de febrero de 2018, se aprecia que mediante la Consulta N° 2 la empresa INGENIERÍA Y SERVICIOS VALLADARES SANTIVAÑEZ HERMANOS S.A. solicitó al comité de selección que aclare cuál era la información que el fabricante debía otorgar a la Entidad en la ***Carta del Fabricante del producto*** a que se alude en el **literal f) del numeral 2.2.1.1** citado.

Ante tal consulta, el comité de selección a cargo de la conducción del procedimiento se pronunció señalando:

> *"Que,* ***en el mercado nacional no se fabrica el bien requerido, y se ha tenido experiencia que en años anteriores los productos han sido adulterados*** *en algunas oportunidades y no se pudo lograr la trazabilidad del mismo.* ***Es por ello que en la Carta a presentar se requiere*** *por lo menos el* ***número telefónico, correo electrónico y nombre del representante*** *donde se podrá* ***consultar*** *a criterio de la entidad* ***la procedencia de los bienes ofrecidos****"* (Sic.).
>
> (La negrita es agregada).

En este punto, resulta relevante indicar que en su Informe Técnico Legal, considerando los argumentos expuestos en el recurso de apelación respecto a la presentación de la *Carta de Representación o Distribución del Fabricante* [requerida en la literal e) del numeral 2.2.1.1], la Entidad indicó lo siguiente:

"(...)
Debe notarse que, ante la supuesta falta de claridad, según lo señalado por el impugnante "Las Bases Integradas no requerían en forma expresa y objetiva que la Carta del Fabricante tenía que estar dirigida a favor del postor", éste debió formular oportunamente la consulta respectiva, en ejercicio y uso de su derecho amparado en el Art. 51 del Reglamento. No obstante, ***el impugnante no formuló consulta y/u observación alguna, a diferencia del Participante INGENIERÍA Y SERVICIOS VALLADARES SANTIVAÑEZ HERMANOS S.A.*** *que* ***consultó sobre un aspecto relacionado*** *y cuya absolución fue: "... se precisar que: Que en el mercado nacional no se fabrica el bien requerido, y se ha tenido la experiencia que en años anteriores los productos han sido adulterados en alguna oportunidades y no se pudo lograr la trazabilidad del mismo. Es por ello que en la Carta a presentar se requiere por lo menos el número telefónico, correo electrónico y nombre del representante donde se podrá consultar a criterio de la entidad la procedencia de los bienes ofrecidos".*

Como puede advertirse claramente, en las Bases se establecieron exigencias y condiciones orientas a asegurar la calidad de los productos a adquirir, delimitados no sólo en las Especificaciones Técnicas sino también supeditado a determinadas condiciones del postor y su vinculación con el fabricante del producto ofertado.
(...)"(Sic.).

(La negrita es agregada).

34. En el marco de lo expuesto, de la revisión de la oferta del Impugnante, este Colegiado aprecia la siguiente documentación, presentada **para acreditar el requisito previsto en el literal e) del numeral 2.2.1.1** del Capítulo II de la Sección Específica de las bases integradas:

(i) La **Carta emitida el 27 de febrero de 2018 por la empresa MEGA ELECTRIC S.A.C.**, obrante a folios 62 del expediente administrativo, en la que dicha empresa indicó lo siguiente:

"Lima, Febero 27 del 2018

Señores:
ELECTRO ORIENTE S.A.
Presente.-

Ref. Adjudicación Simplificada No. 018-2018-EO-L
ADQUISICION DE MORSETOS

Estimados señores:

Por medio de la presente, nos es grato saludarlos y a la vez, como Representantes en el Perú de INTELLI – INDUSTRIA DE TERMINAIS ELECTRICOS, LTDA, de Brasil, carta de Representación adjunta, ***autorizamos a la compañía:***

REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L.
RUC 20552385536

A cotizar los 66,500 Conectores CDP-70 de Brasil para la Adjudicación N° 018-2018-EO-L, contando con la Calidad y Garantía de INTELLI de Brasil, *con más de 30 años de presencia en todo el Perú.*
(...)"(Sic.).

(La negrita es agregada).

Resolución Nº 0876-2018-TCE-S1

(ii) La **Carta de Representación emitida el 27 de febrero de 2018 por la empresa INTELLI**, obrante a folios 63 del expediente administrativo, en la que dicha empresa indicó lo siguiente:

> *"**CARTA DE REPRESENTACIÓN***
>
> *A quien corresponda:*
>
> ***INTELLI – Industria de Terminais Eléctricos Ltda**, ubicada en la Avenida Marginal, 680 – Centro, Orlandia, SP – Brasil – CEP 14620-000, **autoriza a la empresa Mega Electric S.A.C.**, ubicada en la Calle Uno #177 Cuadra 4 Av. La Paz – San Miguel, Perú, em la persona del Sr. Santos Buleje Mezones, a **representar nuestra empresa em el Perú, podendo participar de licitaciones.***
>
> *Esta autorización es válida por 1 año, podendo ser renovada posteriormente.*
>
> *Orlandia, SP – Brasil – Febrero 27,2018.*
> *(...)"*(Sic.).
>
> (La negrita es agregada).

Por otro lado, cabe precisar que, el Impugnante, para cumplir con el requisito establecido en el literal f) del numeral 2.2.1.1 aludido, referido a la *Carta del Fabricante*, presentó la carta [sin fecha] emitida por el representante legal de la empresa fabricante INTELLI, señor Vicenzo Antonio Spedicato, mediante la cual éste indicó lo siguiente: *"Por la presente, INTELLI (...), se compromete a otorgar información a ELECTRO ORIENTE S.A. sobre el lote del producto producido para la entrega de los Conectores Morseto, en caso de ser favorecido en la presente Adjudicación Simpificada No. 018-2018-EO-L"*(Sic.).

35. Bajo el contexto antes señalado, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16.1 del artículo 16 de la Ley, *"El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad".*

Asimismo, el artículo 8 del Reglamento, señala expresamente que las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico, según corresponda, que integran el requerimiento, contienen 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 debe ejecutarse la contratación**. El requerimiento debe incluir, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.

Más adelante este mismo artículo precisa en su numeral 8.9 que 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.

De las disposiciones citadas, se advierte que corresponde al área usuaria, definir con precisión en los términos de referencia, especificaciones técnicas o expediente técnico,

las características, condiciones, cantidad y calidad de los que se requiere contratar, de tal manera que satisfagan su necesidad.

Además, precisar que de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento, el comité de selección es competente para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación.

36. A partir de lo expuesto, este Colegiado advierte en relación a la no admisión de la oferta del Impugnante lo siguiente:

(i) La Entidad indicó, entre los motivos de su no admisión, que dicha oferta no cumplió con lo establecido en el **literal e)** del numeral 2.2.1.1 del Capítulo II de la Sección Específica de las bases integradas del procedimiento de selección, en tanto:

- *"(...)* ***la empresa MEGA ELECTRIC S.A.C. no es reconocido como fabricante de la marca INTELLI*** *solo se limitan a la distribución"* (Sic.).
- *"(...) la misma que* ***los fabricantes de la marca no autorizan directamente al postor como su representante o distribuidor"*** (Sic.).
- *"(...) razón por la cual* ***la Entidad no tendría la información precisa del lote fabricado"*** (Sic.).

(ii) En el aludido literal e), <u>únicamente</u>, se estableció como requisito de admisión de las ofertas, la presentación de una *"copia simple de* ***Carta de Representación o Distribución del Fabricante del producto que se ofrece a fin de garantizar la calidad del bien requerido****"*.
De modo que, de la lectura del referido literal, se aprecia que en éste nunca se estableció, como indicó el comité de selección y ratificó la Entidad, que los postores debían ostentar la representación directa del fabricante del producto que oferten el procedimiento de selección.

(iii) Asimismo, de acuerdo con los literales e) y f) del numeral 2.2.1.1, respectivamente, la *Carta de Representación o Distribución del Fabricante* fue solicitada para garantizar la calidad del bien, mientras que la Carta de Fabricante fue solicitada para determinar su procedencia.

En tal sentido, no se aprecia coherencia cuando el comité se selección se equivoca cuando alude a que con la *Carta de Representación* a nombre de la empresa MEGA ELECTRIC S.A.C. [y no a nombre del postor] no se tendría información precisa sobre el lote ofertado, por cuando dicha información estaba coberturada con la carta requerida en el literal f) del numeral 2.2.1.1.

(iv) De acuerdo a las bases integradas del procedimiento de selección, los postores debían presentar una *"Carta de Representación o Distribución del Fabricante del producto"*, sin que, necesariamente, la misma deba haber sido emitida a favor

del postor, o que de aquella se desprenda que éste debía ostentar la representación o distribución directa del bien ofertado.

Lo anterior guarda coherencia con que a efectos de *"garantizar la calidad del bien requerido"*, en la bases también se había previsto, la Garantía de calidad técnica [numeral 5.1.2.2 del Capítulo III], según la cual: *"La garantía, entidad como la obligatoriedad de reposición de algún suministro por fallas atribuibles al proveedor, será de doce (12) meses, contados a partir del día siguiente de realizada la entrega en los almacenes de la Entidad. Para cada lote entregado, el Contratista deberá presentar un certificado de garantía el cual garantice que los conectores que conforman dicho lote, cumplen con todas las características técnicas ofertas para el presente suministro. La garantía cubrirá todos los aspectos técnicos del suministro. En tales casos, el Contratista efectuará el cambio de los mismos observados a la brevedad"*.

(v) Por último, no puede perderse de vista que otro de los motivos considerados para la no admisión de la oferta del Impugnante, fue que no presentó la traducción simple de la *Carta de Representación* emitida a favor de la empresa MEGA ELECTRIC S.A.C., sin embargo, como se puede apreciar del literal (ii) del fundamento 34, aquella se encuentra en idioma castellano y su contenido es claro, no precisándose la presentación de traducción alguna al respecto por los errores materiales que presenta, en tanto éstos no afectan su comprensión.

37. En consecuencia, en el presente caso, este Colegiado ha verificado que es la aplicación por parte del comité de selección de una regla no prevista en literal e) del numeral 2.2.1.1 del Capítulo II de la Sección Específica de las bases integradas, lo que ha ocasionado una deficiente evaluación durante la fase selectiva, pues contrariamente a lo indicado por la Entidad, de su lectura no se aprecia que en el referido literal: ***"quedó consagrada la exigencia de Representación Directa (Fabricante – Postor)"*** (Sic.).

Cabe precisar que, la regla creada por el comité de selección es contraria no solo a lo establecido en las bases, sino a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 22 del Reglamento, considerando que el comité no puede alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación [en tanto no se estableció que el postor debía contar con la representación directa del fabricante del producto ofertado].

38. En este sentido, se advierte que la no admisión de la oferta del Impugnante por parte del comité de selección no encuentra sustento en las previsiones contenidas en las bases integradas del procedimiento, motivo por el cual corresponde revocar dicha decisión, y por su efecto, revocar el otorgamiento de la buena pro.

39. Por tanto, este Colegiado considera que debe declararse **fundado** este extremo el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante.

<u>SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO</u>: DETERMINAR SI CORRESPONDE OTORGAR LA BUENA PRO A FAVOR DE DEL IMPUGNANTE

40. En atención a lo expuesto, en la medida que este Colegiado ha revocado la no admisión de la oferta del Impugnante y el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario, y, considerando que éste, a su vez, ha solicitado que se le adjudique la buena pro, debe determinarse si corresponde proceder en este sentido.

41. Al respecto, cabe señalar que, conforme a lo previsto en los artículos 54 al 56 del Reglamento, de forma previa a la evaluación de ofertas, el comité de selección debe determinar si aquellas responden, según corresponda, a las características y/o condiciones, o especificaciones establecidas en las bases, siendo que, en caso contrario, deben declararse como no admitidas.

Así, solo deben ser evaluadas aquellas ofertas que cumplan con dichas características, aplicándoles los factores de evaluación establecidos en las bases, a efectos de determinar cuál cuenta con el mayor puntaje para recién determinar su orden de prelación. Luego de culminada la evaluación, el comité de selección debe determinar si los postores que obtuvieron el primer y segundo lugar, según el orden de prelación, cumplen con los requisitos de calificación especificados en las bases. La oferta del postor que no cumpla con los requisitos de calificación debe ser descalificada.

42. En ese orden de ideas, cabe indicar que, de la revisión del acta del procedimiento de selección, se aprecia que el comité no admitió la oferta del Impugnante. En tal sentido, no la evaluó ni calificó, no contando la Sala con información al respecto que permita adjudicarle la buena pro; razón por la que corresponde ordenar al comité de selección que evalúe y califique la oferta de aquel, debiendo continuar con las demás etapas del referido procedimiento conducentes al otorgamiento de la buena pro, de corresponder.

43. En virtud de lo señalado, toda vez que aún no se ha evaluado ni calificado la oferta del Impugnante, no es posible ampara su pretensión referente a que se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección, por lo que debe declararse **infundado** su recurso de apelación en este extremo.

44. Finalmente, corresponde disponer la devolución de la garantía presentada por el Impugnante por la interposición de su recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 del Reglamento.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal ponente Gladys Cecilia Gil Candia y la intervención de los Vocales Víctor Manuel Villanueva Sandoval y Otto Eduardo Egúsquiza Roca, y, atendiendo a la conformación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 026-2018-OSCE/PRE del 7 de mayo de 2018, publicada el 9 de mayo de 2018 en el Diario Oficial El Peruano, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo Nº 76-2016-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

Resolución Nº 0876-2018-TCE-S1

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar la **FUNDADO** el recurso de apelación presentado por la empresa REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L. en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 018-2017-EO-L - Primera Convocatoria, convocada por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente S.A. para la contratación del suministro de bienes *"Adquisición de Conectores Bimetálicos Tipo Morseto"*, siendo **fundado** en el extremo referido a revocar la no admisión de su oferta dispuesta por el comité de selección y a revocar el otorgamiento de la buena pro; e **infundado** en el extremo referido al otorgamiento de la buena pro a su favor; por los fundamentos expuestos.

2. **REVOCAR** la no admisión de la oferta presentada por la empresa REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L. en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 018-2017-EO-L - Primera Convocatoria; por los fundamentos expuestos.

3. **REVOCAR** el otorgamiento de la buena pro a favor de la señora ROSALINDA CLAUDIA GAVIRIA ÁVAREZ en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 018-2017-EO-L - Primera Convocatoria; por los fundamentos expuestos.

4. **DEVOLVER** la garantía presentada por la empresa REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES PEÑA S.R.L., por la interposición de su recurso de apelación.

5. 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 de 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".

6. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL **VOCAL**

ss.
Villanueva Sandoval.
Egúsquiza Roca.
Gil Candia.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando Nº 687-2012/TCE, del 3.10.12."