Resolución Nº 0896-2018-TCE-S3

Sumilla: "En los procedimientos de selección cuyo objeto requiera la participación de empresas que realicen actividades reguladas, como la comercialización de medicamentos, entre otras, únicamente deben cumplir los requisitos que disponga la Ley de la materia, aquellos integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa de consorcio".

Lima, 14 MAYO 2018

VISTO, en sesión del 14 de mayo de 2018 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente Nº 1134/2018.TCE, sobre recurso de apelación interpuesto por el Consorcio integrado por las empresas Latin Dent S.A.C. y Tersem E.I.R.L., contra la no admisión de su oferta en el ítem 5 de la Licitación Pública Nº 4-2017-RED LEM – Primera Convocatoria, convocada por la Red de Salud Lima Este Metropolitana; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 20 de octubre de 2017[1], la Red de Salud Lima Este Metropolitana[2], en adelante la **Entidad**, convocó, por relación de ítems, la Licitación Pública Nº 4-2017-RED LEM – Primera Convocatoria, para la: *"Adquisición de instrumental médico quirúrgico para los establecimientos de salud"*, con un valor referencial ascendente a S/ 3'403,885.39 (Tres millones cuatrocientos tres mil ochocientos ochenta y cinco con 39/100 soles), en lo sucesivo el **procedimiento de selección**.

En el ítem 5 se requirió lo siguiente:

05	5.1	TAMBORES 10 X 8	UNIDAD	325	136,038.17
	5.2	TAMBORES 15 X 12	UNIDAD	289	
	5.3	TAMBORES 40 X 30	UNIDAD	206	

El 30 de noviembre de 2017 se llevó a cabo la presentación de las ofertas; el 6 de diciembre de 2017 se dio a conocer los resultados de la evaluación de las mismas, habiéndose otorgado la buena pro del ítem 5 al Consorcio integrado por las empresas Latin Dent S.A.C. – Tersem E.I.R.L.

1 Según la ficha del procedimiento de selección registrada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), obrante en el folio 20 del expediente administrativo.

2 Mediante Resolución Ministerial N° 522-2017/MINSA, la Red de Salud Lima Este Metropolitana (RED-LEM) ha sido absorbida por la Dirección de Redes Integradas de Lima Este (DIRIS-LE).

Con escrito presentado el 20 de diciembre de 2017, la empresa COMED E.I.R.L. interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro en el marco del procedimiento de selección. Dicho recurso se resolvió con Resolución N° 0298-2018-TCE-S1 de fecha 7 de febrero de 2018, a través de la cual se declaró la nulidad del Acta de fecha 6 de diciembre de 2017, en el extremo referido a la no admisión de la oferta de la empresa COMED E.I.R.L. en el ítem 5 del procedimiento de selección.

El 27 de marzo de 2018 se dio a conocer en el SEACE los resultados de una nueva admisión, evaluación y calificación de las ofertas, habiéndose otorgado la buena pro del ítem 5 a la empresa COMED E.I.R.L., en adelante el **Adjudicatario**, por el monto de su oferta ascendente a S/ 114,540.00 (Ciento catorce mil quinientos cuarenta con 00/100 soles), conforme se aprecia del siguiente detalle:

Postor	Admisión	Precio ofertado	Puntaje evaluación	Orden de prelación	Calificación
COMED E.I.R.L.	Admitido	S/ 114,540.00	100.00	1°	Calificado - Adjudicatario
CARDIOMED DEL PERÚ S.A.C.	Admitido	S/ 136,038.17	92.10	2°	Calificado
Consorcio Latin Dent S.A.C. – Tersem E.I.R.L.	No Admitido	S/ 159.500.00	-	-	-

Adicionalmente, conforme se consigna en el "Acta de evaluación de las ofertas y calificación: bienes", el Comité de Selección no admitió la oferta del Consorcio Latin Dent S.A.C. – Tersem E.I.R.L. por el siguiente motivo:

5	CONSORCIO TRERSEM E.I.R.L.-LATIN DENT S.A.C.	20600896777	No cumple con documentacion obligatoria para la admisión de la oferta
	El consorciado LATIN DENT S.A.C. no cumple con la Autorización de Funcionamiento como Establecimiento Farmacéutico expedida por los organismos del Ministerio de Salud (DIGEMID). Este documento es con carácter de obligatorio en todos los casos, para postores individuales o en consorcio, además debe detallar para el giro que se presenta, dispositivos médicos instrumental Médico.		

2. Mediante Formulario de interposición de recurso y escrito, presentados el 5 de abril de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el **Tribunal**, el Consorcio integrado por las empresas Latin Dent S.A.C. – Tersem E.I.R.L., en adelante el **Impugnante**, interpuso recurso de apelación contra la no admisión de su oferta en el ítem 5, solicitando que su oferta sea admitida, se deje sin efecto la buena pro y se otorgue la misma a su representada, en atención a los siguientes argumentos:

Sobre la no admisión de su oferta

i. Con el fin de comercializar el producto requerido, la empresa Tersem E.I.R.L. acreditó contar con la autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico, y el consorciado Latin Dent S.A.C. se obligó a ejecutar otras actividades, por lo que dichas empresas se presentan en conjunto y, por ende, deben ser consideradas como la parte vendedora que comercializa el producto y que cuenta con la mencionada autorización.

En tal sentido, el Comité de Selección incurre en error al exigir que todos los consorciados acrediten la aludida autorización, máxime si existen abundantes pronunciamientos del OSCE (véase Pronunciamientos N° 291-2013/DSU y N° 643-2013/DSU) que han señalado que las droguerías pueden encargar el servicio de almacenamiento y/o distribución a droguerías y almacenes especializados o laboratorios, debiendo asegurarse que estos cuentan con la autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico.

ii. Con Acta de fecha 6 de diciembre de 2017, el Comité de Selección otorgó la buena pro del ítem 5 a favor de su representada, determinando que su oferta fue debidamente evaluada, por lo que superaba dicha etapa.

Ahora bien, con Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, el Tribunal resolvió el recurso de apelación interpuesto el 20 de diciembre de 2017 en el procedimiento. En los considerandos de dicha resolución se observa que el Tribunal dispuso la nulidad del Acta de fecha 6 de diciembre de 2017, en el extremo referido a la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta del Adjudicatario y, por ende, según considera el Impugnante, se ratificó l contra la no admisión de su oferta en el ítem 5, solicitando que su oferta sea admitida, se deje sin efecto la buena pro y se otorgue la misma a su representada los demás extremos de dicha acta, entre estos, la admisión de su oferta.

En esa línea de razonamiento, en cumplimiento de un deber legal, afirma que el Comité de Selección debió otorgarle el puntaje respectivo, y proseguir con el acto de calificación y otorgamiento de la buena pro a favor de su representada; sin embargo, de forma arbitraria regresó a la etapa de evaluación de ofertas que ya se encontraba precluída, esto con la única finalidad de sustentar forzadamente la no admisión de su oferta.

Cuestionamientos a la oferta del Adjudicatario

iii. Destaca que a través de la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, el Tribunal dispuso en el fundamento 38 que el Comité de Selección sustente todos los

motivos por los cuales la oferta del actual Adjudicatario no fue admitida; sin embargo, los miembros del Comité de Selección no han cumplido con su función, en vista que la oferta de éste no cumple con las exigencias previstas en las bases, tales como:

- En folios 14 al 16, obra una hoja con la imagen del producto, pero en ésta no se aprecia la marca, procedencia, lugar y fecha de fabricación.

- En la hoja de presentación, se precisa que el producto ofertado está fabricado con acero quirúrgico inoxidable calidad 304 2B, de 1/32" de espesor, sin costuras con tapa del mismo material, sustentando el cumplimiento de sus especificaciones con el certificado de calidad que obra a folios 89 y 90. Sin embargo, en dicho certificado, no se resalta cuál de los aceros y medidas de espesor es el ofertado, teniéndose en cuenta que el certificado está detallado en milímetros.

- En la hoja de presentación, se hace referencia a que el producto tiene fundas laterales y corredizas; sin embargo, no se cumple con demostrar tales características, puesto que a folios 14 al 16 solo figura un dibujo de pensamiento con la palabra "funda corrediza".

- En la hoja de presentación, se menciona que el producto permite lavados con detergentes enzimáticos con PH neutro bacteriostático; sin embargo, no se cumple con demostrar tal característica, puesto que solo se consigna la palabra "SI" y se coloca un check en el tambor de medida 40 x 30.

- El Anexo N° 2 no contiene el numeral 4 previsto en las bases, el mismo que actualmente debe ser presentado de conformidad con la nueva Ley, en relación a no haber incurrido en actos de corrupción.

- Finalmente, el Adjudicatario presenta unos gráficos como catálogo, los mismos que no demuestran lo solicitado en el literal c) del acápite de documentos de obligatoria presentación, toda vez que el postor pretende sustentar el cumplimiento de algunas características con un certificado de calidad de una marca extranjera, a pesar que su producto es nacional.

iv. En consecuencia, la oferta del Adjudicatario debe ser descalificada, debiéndose otorgar la buena pro a su representada.

3. Con decreto del 6 de abril de 2018[3], se admitió a trámite el recurso de apelación y se corrió traslado a la Entidad, a efectos que remita los antecedentes administrativos

[3] Obrante en el folio 24 del expediente administrativo.

Resolución Nº 0896-2018-TCE-S3

completos, ordenados cronológicamente, foliados y con su respectivo índice, así como el informe técnico legal correspondiente, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y de poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional en caso incumpla con el requerimiento. Además, en dicha oportunidad, se notificó de la interposición del presente recurso a los postores distintos al Impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal.

4. Con decreto del 17 de abril de 2018, se remitió el expediente a la Tercera Sala para que resuelva.

5. Mediante escrito presentado el 18 de abril de 2018 ante el Tribunal, el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento, señalando lo siguiente:

Cuestionamientos a la oferta del Impugnante

i. El Impugnante no interpretó adecuadamente los pronunciamientos del OSCE aludidos en su recurso, pues estos versan sobre el certificado de buenas prácticas de almacenamiento, y en ambos casos, se detalla claramente que para poder obtener el CBPA se debe contar con la autorización sanitaria de funcionamiento. Es más, agrega que las actividades reguladas deben ser cumplidas por ambos miembros del consorcio, por lo que el Impugnante no puede pretender que se admita su oferta si no cuenta con las autorizaciones reguladas por Ley.

ii. La promesa formal de consorcio presentada por el Impugnante no cumple las disposiciones vertidas en la Directiva N° 006-017-OSCE/CD, específicamente los numerales 7.4.2, 7.5.1 y 7.5.2, toda vez que las actividades reguladas son de cumplimiento obligatorio para ambas empresas integrantes del Consorcio; es decir, ambas debían contar con la respectiva autorización sanitaria y con el certificado de buenas prácticas de almacenamiento, pues son establecimientos farmacéuticos obligados a ello, supuesto que no cumple el consorciado Latin Dent S.A.C.

iii. Por otro lado, a folio 96, el Impugnante sustenta el tipo de acero quirúrgico ofertado y el grosor de éste; sin embargo, lo ofertado no corresponde a lo exigido en las bases.

iv. A folio 98, se señala que el material de su producto cumple con la norma internacional ASTM A554-1; es decir, no se sabe en realidad cuál es el tipo de acero quirúrgico ofertado "AISI 304" o "ASTM A554-1", por lo que su oferta es incongruente.

Cuestionamientos a su oferta

v. La marca, procedencia, el lugar y la fecha de fabricación de su producto se han indicado en la hoja de presentación, conforme a lo exigido en las bases.

vi. A folios 89 y 90, se aprecia que el material de su producto es acero quirúrgico 304 2B y el espesor es de 0.8 mm, cuya equivalencia es 1/32.

vii. A folios 14 al 16, se aprecia claramente que las fundas son laterales y corredizas, por lo que el argumento es desproporcionado, pues se observa el cumplimiento del diseño.

viii. El error advertido en el Anexo N° 2 es subsanable.

ix. Respecto al certificado de calidad del material emitido en el extranjero, señala que todos los fabricantes a nivel nacional importan el acero quirúrgico inoxidable de otras partes del mundo, es por ello que se acredita la calidad con el certificado que emitió la empresa a la cual se adquirió el producto final; debiéndose descartar ese cuestionamiento, pues un documento similar presenta el Impugnante en su oferta.

x. Solicitó el uso de la palabra.

6. Mediante Formulario de presentación de antecedentes administrativos y Oficio N° 017-2018/DA-ABAST/DIRIS-LE/MINSA, presentados el 18 de abril de 2018 ante el Tribunal, la Entidad remitió los antecedentes administrativos solicitados, señalando que está pendiente de entrega el informe técnico.

7. Con decreto del 19 de abril de 2018, se programó audiencia pública para el 25 de abril del mismo año.

8. Con decreto del 20 de abril de 2018, se tuvo por apersonado al Adjudicatario y por absuelto el traslado del recurso de apelación.

9. Con decreto del 19 de abril de 2018, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por la Entidad.

10. Mediante escrito presentado el 24 de abril de 2018, el Impugnante se solicitó tener en consideración lo expuesto en la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, que declaró la nulidad de los ítems 5, 6 y 9 del procedimiento de selección, y en la Resolución N° 0697-2018-TCE-S4 (emitida en el marco de otro procedimiento).

Resolución Nº 0896-2018-TCE-S3

11. Con decreto del 25 de abril de 2018, se dejó a consideración de la Sala lo expuesto por el Impugnante.

12. El 25 de abril de 2018, en vista de la inasistencia de las partes, quedó frustrada la audiencia pública programada en el expediente.

13. Con decreto del 26 de abril de 2018, se requirió a la Entidad que remita un informe técnico legal en el cual indique expresamente su posición respecto de todos los fundamentos del recurso de apelación. Asimismo, el aludido informe a su vez debía consignar su posición en relación con los cuestionamientos formulados en la absolución del recurso.

14. Mediante Oficio N° 028-2018/DA/OA/DIRIS-LE/MINSA de fecha 26 de abril de 2018, presentado el 27 del mismo mes y año ante el Tribunal, la Entidad remitió el Informe Técnico N° 004-2018-ABAST-DIRIS LE/MINSA de fecha 26 de abril de 2018, a través del cual la Oficina de Abastecimiento expresó su posición en relación al recurso de apelación, conforme a lo siguiente:

Respecto a la no admisión de la oferta del Impugnante

i. No se presentó en la oferta la autorización como establecimiento farmacéutico que corresponde a la empresa LATIN DENT S.A.C., documento que conforme a las bases era de obligatorio cumplimiento para postores ya sea que se hubiesen presentado en forma individual o en consorcio; asimismo, indica haber constatado en la página web del Registro Nacional de Establecimientos Farmacéuticos de la DIGEMID que la empresa LATIN DENT S.A.C. no cuenta con la aludida autorización.

ii. El Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-2011-SA, establece en sus artículos 1 y 17 que toda empresa que se dedica a la comercialización de dispositivos médicos debe contar con autorización sanitaria. Es más, en el portal de la DIGEMID se define que uno de los tipos de dispositivos médicos es el instrumental médico.

iii. El Impugnante afirma en su recurso que no era obligación de la empresa LATIN DENT S.A.C. la comercialización de los bienes; sin embargo, en la promesa formal del consorcio presentada se indica que dicha empresa está encargada de realizar la facturación y cobranza. Al respecto, según el Decreto Ley N° 25632 – Ley Marco de Comprobantes de Pago, el comprobante de pago es un documento que acredita la transferencia de bienes, la entrega en uso o la prestación de servicios, siendo las facturas uno de estos documentos autorizados.

En ese sentido, se aprecia que la obligación de la empresa LATIN DENT S.A.C. contenida en la promesa formal de consorcio, se encuentra comprendida a la entrega de facturas, por ende, la emisión de guías y entrega de los productos; es decir, se dedica a actividades reguladas.

En tal supuesto, de acuerdo a la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, todas las actividades reguladas son de cumplimiento obligatorio; en consecuencia, dicha empresa se encontraba obligada a cumplir y acreditar la autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico a fin de cumplir con la admisión de la oferta. Afirma que lo antes expuesto no fue objeto de consulta u observación por parte de los postores; en esa línea de análisis, la no presentación de la antedicha autorización acarreaba la descalificación de la oferta.

iv. Adicionalmente, refiere que el Impugnante cita pronunciamientos que son ajenos a la materia de controversia tratando de confundir los hechos, toda vez que los mismos se refieren al certificado de buenas prácticas de almacenamiento, no teniendo por tanto similitud con la pretensión objeto de análisis.

v. En relación a las observaciones efectuadas al cumplimiento de la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, manifiesta que conforme a reiterados pronunciamientos del Tribunal, la nulidad es la figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las entidades una herramienta lícita para sanear el procedimiento de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación; vale decir, que su representada debía verificar que todos los documentos y actos que deriven del procedimiento se ciñan a la normativa.

Asimismo, en los considerandos de la parte resolutiva de la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, el Tribunal no restringió al Comité de Selección poder volver a revisar las ofertas presentadas, pues con ello se buscó evitar la interposición de un nuevo recurso de apelación por parte de los postores, tal como se indica en el fundamento 38 de dicho acto; por el contrario, propiciando el desarrollo de un procedimiento transparente, se observó que la empresa LATIN DENT S.A.C. no cumplía con la debida acreditación para su admisión.

Respecto a los cuestionamientos formulados contra la oferta del Adjudicatario

vi. Considerando lo requerido en el literal c) del numeral 3.1 del capítulo II de las bases, cuando en los catálogos o folletos no se consigne el detalle de todos los aspectos o características técnicas de los bienes, se puede adjuntar documentación complementaria como es el caso de las declaraciones juradas,

cuadros o listados detallando las especificaciones técnicas con que cuentan los bienes ofertados. Para ello, se tomó como referencia el criterio señalado en la Resolución N° 299-2010-TC-S2.

En esa línea, el Adjudicatario adjuntó, a fojas 34 y 35 de su oferta, la Hoja de Presentación de los Productos Ofertados, la misma que tiene carácter de declaración jurada y en la cual se describe el cumplimiento de la totalidad de las especificaciones técnicas mínimas; entre estos, la marca, modelo, procedencia, unidad, cantidad, características y/o especificaciones técnicas de cada sub ítem.

Revisada dicha documentación, contrariamente a lo expuesto por el Impugnante, se aprecia que la fecha de fabricación del producto no fue exigida en las bases integradas; igualmente, carece de validez los cuestionamientos formulados en relación al grosor del acero quirúrgico y a las fundas del tambores, toda vez que el cumplimiento de dichos requisitos se cumple con la presentación del formato denominado "Hoja de presentación".

En relación al contenido mínimo de la Declaración Jurada – Anexo N° 2, declara que conforme al fundamento 38 de la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, se solicitó al Adjudicatario subsanar su oferta al advertirse un error formal, lo cual se cumplió con Carta s/n de fecha 23 de febrero de 2018, conforme consta en el Acta N° 6 de otorgamiento de buena pro.

15. Con decreto del 7 de mayo de 2018 se declaró el expediente listo para resolver.

16. Mediante Oficio N° 026-2018/ABAST/DIRIS-LE/MINSA de fecha 11 de mayo de 2018, presentado en la misma fecha ante el Tribunal, la Entidad absolvió los cuestionamientos formulados por el Adjudicatario contra la oferta del Impugnante.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio LATIN DENT S.A.C. – TERSEM E.I.R.L., integrado por las empresas Latin Dent S.A.C. y Tersem E.I.R.L., contra la no admisión de su oferta en el ítem 5, solicitando que su oferta sea admitida y en consecuencia se deje sin efecto la buena pro en dicho ítem, la misma que debe ser otorgada a su representada; esto, en el marco de la Licitación Pública Nº 4-2017-RED LEM – Primera Convocatoria, convocada por la Red de Salud Lima Este Metropolitana[4], al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, en adelante la **Ley**, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-

[4] Mediante Resolución Ministerial N° 522-2017/MINSA, la Red de Salud Lima Este Metropolitana (RED-LEM) ha sido absorbida por la Dirección de Redes Integradas de Lima Este (DIRIS-LE).

2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante el **Reglamento**.

I. 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 establece 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 la pretensión planteada a través del recurso, es decir, el análisis de la procedencia implica la confrontación de determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutor.

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia de todo recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 101 del Reglamento, a fin de determinar si el recurso interpuesto 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.

El artículo 95 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que este será conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor referencial sea superior a cincuenta (50) UIT[5] y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Asimismo, detalla que en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor referencial total del procedimiento original determina ante quien se presenta el recurso de apelación.

---

5 La Unidad Impositiva Tributaria para el año 2017 asciende a S/ 4,050.

Bajo tal premisa normativa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto de una licitación pública, con un valor referencial ascendente a S/ 3'403,885.39 (Tres millones cuatrocientos tres mil ochocientos ochenta y cinco con 39/100 soles), resulta entonces que dicho monto es superior a 50 UIT (S/. 207,500.00), por lo que este Tribunal es competente para conocerlo.

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

El artículo 96 ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: i) Las actuaciones materiales relativas a la programación de los procedimientos de selección en el SEACE, ii) Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, iii) Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, iv) Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y v) Las contrataciones directas.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto su recurso de apelación contra la no admisión de su oferta en el ítem 5, solicitando que su oferta sea admitida y en consecuencia se deje sin efecto la buena pro en dicho ítem, la misma que debe ser otorgada a su representada; por consiguiente, se advierte que los actos objeto del recurso no se encuentran comprendidos en la relación de actos inimpugnables.

c) Sea interpuesto fuera del plazo.

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.

Adicionalmente, el Acuerdo de Sala Plena N° 03-2017/TCE ha precisado que en el caso de la licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales y comparación de precios, para contratar bienes, servicios en general y obras, el plazo para impugnar se debe computar a partir del día siguiente de la notificación de la buena pro a través del SEACE, aun cuando ésta pueda haberse efectuado en acto público; ello, en concordancia con el artículo 56 del Reglamento.

En ese sentido, de acuerdo a la información obrante en el SEACE, el otorgamiento de la buena pro se publicó el 27 de marzo de 2018, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el precitado artículo, al tratarse de una licitación pública el plazo para interponer el recurso de apelación venció a los ocho (8) días hábiles siguientes de dicha publicación, esto es, hasta el 10 de abril de 2018.

Al respecto, se aprecia que mediante escrito presentado el 5 de abril de 2018 ante el Tribunal, el Impugnante interpuso recurso de apelación; por consiguiente, se advierte que 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.

De la revisión del recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, se aprecia que éste aparece suscrito por el representante común del Consorcio, el señor Enver Teodomiro Aguilar Huamani.

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.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte algún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentra inmerso en alguna causal de impedimento.

f) El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte algún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentra incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

g) El impugnante carezca de interés para obrar o legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.

El numeral 215.1 del artículo 215 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y sus respectivas modificatorias, en adelante la LPAG, establece la facultad de contradicción, 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.

En el presente caso, el Impugnante cuenta con *interés para obrar*, debido a que la decisión del Comité de Selección de no admitir su oferta y otorgar la buena pro del

procedimiento de selección al Adjudicatario, afecta su interés de acceder a la buena pro del mismo.

De igual manera, el Impugnante cuenta con *legitimidad procesal* para cuestionar la decisión del Comité de Selección referida al otorgamiento de la buena, debido a que lo hace en su condición de postor en el procedimiento de selección.

h) Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.

En el caso concreto, la oferta del Impugnante no fue admitida.

i) No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

El Impugnante ha cuestionado la no admisión de su oferta, así como el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario, solicitando que la misma se otorgue a su representada; en ese sentido, de la revisión a los fundamentos de hecho del recurso de apelación, se aprecia que estos están orientados a sustentar sus pretensiones, no incurriéndose en la presente causal de improcedencia.

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 emitir pronunciamiento sobre los asuntos de fondo propuestos.

II. PETITORIO:

4. El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

i. Se revoque la decisión del Comité de Selección de no admitir su oferta.
ii. Se revoque el otorgamiento de la buena pro.
iii. Se declare la no admisión de la oferta del Adjudicatario.
iv. Se otorgue la buena pro a su representada.

A. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

5. Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado, y considerando el petitorio señalado de manera precedente, corresponde efectuar el análisis de fondo, para lo cual cabe fijar los puntos controvertidos del presente caso. En tal sentido, debe tenerse en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual *"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".

Asimismo, debe considerarse el numeral 4 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual *"(...) el postor o postores emplazados deben absolver el traslado del recurso en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de haber sido notificados con el recurso de apelación. La absolución del traslado es presentado a la Mesa de Partes del Tribunal o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda"* (subrayado nuestro).

Dicha posición resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 105 del Reglamento, en virtud del cual la resolución expedida por el Tribunal que se pronuncie sobre el recurso de apelación deberá contener, entre otra información, *"la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el Impugnante mediante su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver el traslado del recurso de apelación".*

Por lo expuesto, todo cuestionamiento que no haya sido formulado oportunamente en el recurso de apelación y en el escrito de absolución respectivamente, no amerita ser considerado para efectos de determinar los puntos controvertidos materia de análisis.

En el marco de lo indicado, considerando lo expuesto en el recurso de apelación y en la absolución al mismo, los puntos controvertidos a dilucidar consisten en:

i. Determinar si la oferta del Impugnante cumple con el requisito de admisión referido a *"la Resolución Directoral de Autorización de Funcionamiento como Establecimiento Farmacéutico"*, de conformidad con las bases del procedimiento.

ii. Determinar si el producto ofertado por el Adjudicatario cumple las especificaciones técnicas requerida en las bases.

B. ANÁLISIS:

Consideraciones previas.

6. 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. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento

Resolución Nº 0896-2018-TCE-S3

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.

Así también, cabe recordar que de acuerdo al segundo párrafo del artículo 26 del Reglamento, 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; contemplando, además, el contenido mínimo de los documentos del procedimiento señalado en el numeral 1 del artículo 27 del Reglamento, referido al contenido de las Bases del procedimiento de selección.

7. 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 este orden, resulta importante mencionar que por el principio de transparencia, 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; este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico; mientras que en virtud del principio de libertad de concurrencia, las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procedimiento de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias; así en atención al principio de competencia, los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la oferta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

8. También, es oportuno acotar que, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha enfatizado que las Bases constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y que es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones.

A partir de lo expuesto, tenemos que las Bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones y los factores de evaluación, cuya finalidad se encuentra orientada a elegir la mejor oferta sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica.

9. Ahora bien, 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 éstas 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.

Bajo esta premisa, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado.

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 la oferta del Impugnante cumple con el requisito de admisión referido a "la Resolución Directoral de Autorización de Funcionamiento como Establecimiento Farmacéutico", de conformidad con las bases del procedimiento.

10. De conformidad con lo expuesto en el Acta de evaluación de las ofertas y calificación: bienes, el Comité de Selección no admitió la oferta del Consorcio Latin Dent S.A.C. – Tersem E.I.R.L. por el siguiente motivo:

Resolución Nº 0896-2018-TCE-S3

5	CONSORCIO TRERSEM E.I.R.L.-LATIN DENT S.A.C.	20600896777	No cumple con documentacion obligatoria para la admisión de la oferta
	El consorciado LATIN DENT S.A.C. no cumple con la Autorización de Funcionamiento como Establecimiento Farmacéutico expedida por los organismos del Ministerio de Salud (DIGEMID). Este documento es con carácter de obligatorio en todos los casos, para postores individuales o en consorcio, además debe detallar para el giro que se presenta, dispositivos médicos Instrumental Médico.		

11. El Impugnante señala en su recurso que el Comité de Selección incurre en error al exigir a todos los consorciados la autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico, sustentándose en una interpretación sesgada de las bases, máxime si al respecto existen abundantes pronunciamientos del OSCE (véase Pronunciamientos N° 291-2013/DSU y N° 643-2013/DSU). En su caso, la empresa Tersem E.I.R.L. acreditó que cuenta con la autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico, y el consorciado Latin Dent S.A.C. se obligó a ejecutar otras actividades.

Sostiene que con Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, el Tribunal resolvió el recurso de apelación interpuesto el 20 de diciembre de 2017 en el procedimiento. De los considerandos de dicha resolución, observa que el Tribunal dispuso la nulidad del Acta de fecha 6 de diciembre de 2017, en el extremo referido a la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta del Adjudicatario y, por ende, según considera el Impugnante, se ratificó los demás extremos de dicha acta, entre estos, la admisión de su oferta. En esa línea de razonamiento, en cumplimiento de un deber legal, afirma que el Comité de Selección debió otorgarle el puntaje respectivo, y proseguir con el acto de calificación y otorgamiento de la buena pro a favor de su representada; no obstante, de forma arbitraria regresó a la etapa de evaluación de ofertas que ya se encontraba precluída, esto con la única finalidad de sustentar forzadamente la no admisión de su oferta.

12. Al respecto, el Adjudicatario manifestó que el Impugnante no interpretó adecuadamente los pronunciamientos del OSCE aludidos en su recurso, pues estos versan sobre el certificado de buenas prácticas de almacenamiento, y en ambos casos, se detalla claramente que para poder obtener el CBPA se debe contar con la autorización sanitaria de funcionamiento. Agrega que las actividades reguladas deben ser cumplidas por ambos miembros del consorcio, por lo que el Impugnante no puede pretender que se admita su oferta si no cuenta con las autorizaciones reguladas por Ley.

Asimismo, indicó que el Impugnante presentó una promesa formal de consorcio que no cumple las disposiciones previstas en la Directiva N° 006-017-OSCE/CD, específicamente en lo concerniente a los numerales 7.4.2, 7.5.1 y 7.5.2, toda vez que las actividades reguladas son de cumplimiento obligatorio para ambas empresas integrantes del Consorcio; es decir, ambas debían contar con la respectiva autorización sanitaria y con el certificado de buenas prácticas de almacenamiento,

pues son establecimientos farmacéuticos obligados a ello, supuesto que no cumple el consorciado Latin Dent S.A.C.

13. Por su parte, con Informe Técnico N° 004-2018-ABAST-DIRIS LE/MINSA de fecha 26 de abril de 2018, la Oficina de Abastecimiento de la Entidad comunicó que el Impugnante no presentó en su oferta la autorización como establecimiento farmacéutico que corresponde a la empresa LATIN DENT S.A.C., documento de obligatorio cumplimiento para los postores ya sea que se hubiesen presentado en forma individual o en consorcio; asimismo, indica haber constatado en la página web del Registro Nacional de Establecimientos Farmacéuticos de la DIGEMID que la empresa LATIN DENT S.A.C. no cuenta con la aludida autorización.

Sobre ello, destaca que el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-2011-SA, establece en sus artículos 1 y 17 que toda empresa que se dedica a la comercialización de dispositivos médicos debe contar con autorización sanitaria para su funcionamiento. En esa línea de análisis, señala que en la promesa formal del consorcio presentada por el Impugnante en su oferta se indica que la empresa LATIN DENT S.A.C. está encargada de realizar la facturación y cobranza; es decir, la obligación asumida por dicha empresa es una actividad regulada. En tal supuesto, de acuerdo a la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, todas las actividades reguladas son de obligatorio cumplimiento; en consecuencia, dicha empresa se encontraba obligada a cumplir y acreditar la autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico para la admisión de la oferta del Impugnante.

Adicionalmente, refiere que el Impugnante cita pronunciamientos que son ajenos al objeto de la controversia, toda vez que los mismos se refieren al certificado de buenas prácticas de almacenamiento.

Por último, respecto al supuesto incumplimiento a la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, precisa que la nulidad es la figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las entidades una herramienta lícita para sanear el procedimiento de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación; asimismo, en los considerandos de la parte resolutiva de la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, el Tribunal no restringió al Comité de Selección poder volver a revisar las ofertas presentadas, pues con ello se pretendió evitar la interposición de un nuevo recurso de apelación por parte de los postores, tal como se indica en el fundamento 38 de dicho acto.

14. Considerando lo antes señalado, en primer lugar, corresponde emitir pronunciamiento en relación a la supuesta nueva evaluación efectuada por el Comité de Selección a la oferta del Impugnante.

Resolución Nº 0896-2018-TCE-S3

Al respecto, se aprecia que con Acta de evaluación de las ofertas y calificación: bienes del 22 de marzo de 2018, el Comité de Selección efectuó una nueva evaluación de las ofertas admitidas, evaluadas y calificadas en el marco de los ítems 5, 6 y 9. Para el ítem 5 se dispuso la no admisión de la oferta del Impugnante, así como el otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario.

Ahora bien, de los considerandos de la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1 de fecha 7 de febrero de 2018, se aprecia que el Tribunal dispuso declarar la nulidad del Acta de fecha 6 de diciembre de 2017, en el extremo referido a la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta de la empresa COMED E.I.R.L. (actual Adjudicatario) en los ítems 5, 6 y 9 del procedimiento de selección, no emitiendo ningún pronunciamiento en relación a los otros puntos controvertidos que fueron determinados en dicha resolución.

Es más, en el fundamento 41 de la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1 se indicó que el Colegiado no podía emitir pronunciamiento respecto a los cuestionamientos formulados por la empresa COMED E.I.R.L. (actual Adjudicatario) contra la oferta del Consorcio Latin Dent S.A.C. y Tersem E.I.R.L. (actual Impugnante), al no conocerse en dicho estadío si éste ostentaba legitimidad procesal para ello, siendo necesario para ello que el Comité de Selección sustente debidamente los motivos por los cuales se consideró inicialmente como no admitida la oferta de la empresa COMED E.I.R.L. (actual Adjudicatario).

Incluso en el fundamento 2 de los antecedentes de la referida resolución, se aprecia que la empresa COMED E.I.R.L. (actual Adjudicatario) formuló en aquella ocasión los mismos cuestionamientos que presenta en la absolución del presente recurso de apelación, entre estos, aquel referido a que la promesa formal de consorcio presentada por el Consorcio Latin Dent S.A.C. y Tersem E.I.R.L. (actual Impugnante), no cumple con lo señalado en la directiva, debido a que las actividades reguladas son de obligatorio cumplimiento para ambos consorciados, por lo que debían contar con la respectiva autorización sanitaria y el certificado de buenas prácticas de almacenamiento.

En tal sentido, la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1 solo dispuso la nulidad de dicho acto en el extremo referido a la oferta de la empresa COMED E.I.R.L.; sin embargo, lo cierto es que el motivo por el cual el Comité de Selección declaró como no admitida la oferta del Impugnante y que ha generado el presente procedimiento, sí fue objeto de cuestionamiento en el procedimiento de apelación que se resolvió con la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1; por lo tanto, se advierte que la admisión de la oferta del Impugnante no quedó consentida, existiendo legitimidad en este estadío para evaluar si éste cumple el aludido requisito de admisión.

Asimismo, corresponde destacar que no es cierto que con la Resolución N° 0298-2018-TCE-S1, el Tribunal haya ratificado la admisión y la evaluación efectuadas a la oferta del Impugnante en el Acta de fecha 6 de diciembre de 2017, como éste alega en su recurso; puesto que la admisión, evaluación y calificación de su oferta no llegó a ser objeto de análisis en dicho pronunciamiento, en vista que no se tenía certeza si existía legitimidad para que el Colegiado se pronuncie sobre el presunto incumplimiento a los requisitos de admisión de su oferta, como sí se advierte en el presente caso.

15. En este punto cabe recordar que las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección, y es en función a ellas que debe efectuarse la admisión, evaluación y calificación de las ofertas. Por lo tanto, a fin de evaluar la pretensión del Impugnante, se advierte que en el literal f) del numeral 2.2.1 - Documentos de presentación obligatoria del Capítulo II de la Sección Específica de las bases del procedimiento de selección, se requirió lo siguiente:

> *"(...)*
> *f) Resolución Directoral de Autorización de Funcionamiento como Establecimiento Farmacéutico (copia simple).- Expedida por los organismos del Ministerio de Salud (DIGEMID). Este documento es con carácter de obligatorio en todos los casos, para postores individuales o en consorcio, además debe detallar para el giro que se presenta, dispositivos médicos instrumental Médico.*
> *Además, deberá presentar el Reporte de la página web del DIGEMID, de establecimiento farmacéutico en calidad de ACTIVO (...)" (sic.)*

Conforme a las bases del procedimiento, la resolución de autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico era un documento de carácter obligatorio exigido a todos los postores para la admisión de las ofertas, ya sea que se hubiesen presentado en forma individual o en consorcio; asimismo, como adjunto a dicho documento, se debía presentar el reporte de la página web de la DIGEMID, en el cual debía constar la calidad de "Activo" del establecimiento farmacéutico.

16. Sobre el particular, debe tenerse en consideración que de acuerdo al artículo 21 de la Ley N° 29459 – Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios, y a los artículos 1 y 17 del Decreto Supremo N° 014-2011-SA, que aprueba el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos, todos los establecimientos comprendidos en el artículo 4 del Reglamento, entre estos, droguerías, almacenes especializados y laboratorios de producto farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, dedicados a la fabricación, importación, exportación, **almacenamiento, comercialización, distribución**, dispensación, expendio de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, requieren de la Autorización Sanitaria para su funcionamiento; constituyendo, por tanto, actividades reguladas.

Resolución Nº 0896-2018-TCE-S3

17. En este punto es pertinente traer a colación que de acuerdo al numeral 7.5.1 de la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, en los procedimientos de selección cuyo objeto requiera la participación de empresas que realicen actividades reguladas, como la comercialización de medicamentos, entre otras, únicamente deben cumplir los requisitos que disponga la Ley de la materia, aquellos integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa de consorcio.

En tal sentido, considerando que en el procedimiento de selección se exigió la presentación de la Resolución de autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico, se tiene que solo la empresa o empresas que se hubieran obligado a ejecutar la actividad regulada tendrían que acreditar el cumplimiento de dicho requisito. Para tal fin, conforme a lo previsto en la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, se exige que en la promesa formal de consorcio se especifique cuál o cuáles de las empresas se encargaran de la actividad regulada, entre estas, aquella referida a la comercialización, por lo que cualquier omisión al respecto constituye un incumplimiento a dicha directiva.

Además de ello, debe recordarse que en principio la responsabilidad entre los integrantes del consorcio durante la ejecución del contrato es de carácter solidaria, a excepción de aquellas obligaciones respecto a las que, de acuerdo a la promesa formal de consorcio, resulte posible la individualización de dichas responsabilidades. En ese sentido, aquellas obligaciones que no se encuentren clara y expresamente individualizadas en la promesa formal de consorcio, se entenderán asumidas solidariamente por todos los integrantes del consorcio.

Para determinar ello, debe tenerse en consideración que de acuerdo al numeral 7.4.2 de la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, en la promesa formal de consorcio los integrantes consignan las obligaciones a las que se comprometen en la ejecución del objeto de la contratación, estén o no vinculadas directamente a dicho objeto, pudiendo estar relacionadas a otros aspectos, como administrativos, económicos, financieros, entre otros, debiendo aplicar en el caso de bienes lo previsto en el acápite 4 del numeral 7.5.2.

En tal supuesto, para efectos de resolver el cuestionamiento referido a la no admisión de la oferta del Impugnante, corresponderá atender al contenido de la promesa formal de consorcio.

18. En relación con ello, a folio 25 de su oferta, el Impugnante presentó el Anexo N° 6 – Promesa Formal de Consorcio de fecha 30 de noviembre de 2017, en el cual consignó las siguientes obligaciones para cada integrante:

"d) Las obligaciones que corresponde a cada uno de los integrantes del consorcio son

las siguientes:

OBLIGACIONES DE LATIN DENT S.A.C.	*CONSORCIADO 1*	*90%*

Entrega de facturas
Cobranza
Garantía Comercial
Funcionamiento y capacitación de los instrumentales odontológicos
Responsabilidad por vicios ocultos
Mantenimiento de los instrumentales

TERSEM E.I.R.L.	*CONSORCIADO 2*	*10%*

Almacenamiento de los bienes y despacho de mercadería
BPA
Autorización Sanitaria de Funcionamiento

TOTAL DE OBLIGACIONES	*100%*

Lima, 30 de noviembre de 2017"

Conforme al marco normativo antes referido, se advierte que la promesa formal de consorcio presentada por el Impugnante ha incumplido con una exigencia expresa de la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD, en tanto no específica si uno o los dos integrantes del Impugnante se encargaran de la actividad regulada referida a la comercialización. Lejos de ello, se aprecia que se ha previsto en dicha promesa para ambos integrantes, obligaciones vinculadas a la comercialización de los dispositivos médicos objeto del procedimiento de selección, razón por la cual no podría concluirse en base a dicho instrumento que solo la empresa TERSEM E.I.R.L. es la única responsable de la comercialización.

En vista que la actividad de comercialización es una actividad regulada acorde a la Ley de la materia (Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios y el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos), y que en la promesa formal de consorcio no se precisó que solo uno de los postores se encargaría de dicha actividad, ambos integrantes del Impugnante debieron acreditar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el ejercicio de tal actividad, entre estos, contar con la autorización sanitaria de funcionamiento como establecimiento farmacéutico.

Sin embargo, se tiene que a folios 12 al 15 de su oferta, el Impugnante solo presentó la copia de la Resolución Administrativa de fecha 9 de junio de 2014, emitida por la Dirección Regional de Salud del Callao, así como el reporte de la página web de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, los cuales acreditan que la empresa TERSEM E.I.R.L. (integrante del Impugnante) cuenta con la respectiva

autorización para el funcionamiento como establecimiento farmacéutico, situación que no se ha sido acreditada respecto de la empresa Latin Dent S.A.C.

Sobre el particular, el Impugnante ha indicado en su recurso que solo el consorciado Tersem E.I.R.L. cuenta, en efecto, con la autorización de funcionamiento como establecimiento farmacéutico; situación que, a su vez, ha sido confirmada por la Entidad.

Por lo tanto, de la promesa formal de consorcio presentada en la oferta del Impugnante, se advierte que ambos integrantes se han comprometido a ejecutar conjuntamente las obligaciones vinculadas directamente al objeto materia de la contratación; es decir, la venta de dispositivos médicos objeto el procedimiento de selección, cuya ejecución constituye una actividad regulada; sin embargo, solo uno de ellos acreditó el cumplimiento de los requisitos necesarios para dicha actividad, conforme a lo exigido en las bases del procedimiento y en la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD.

En mérito a ello, resulta errado el postulado del Impugnante referido a que la empresa Latin Dent S.A.C. no debía acreditar contar con la autorización para el funcionamiento como establecimiento farmacéutico, al haberse "comprometido a otras actividades", toda vez que conforme a la promesa formal de consorcio, dicha empresa asumió obligaciones referidas a la comercialización de los dispositivos médicos objeto del procedimiento, y por tanto, debía cumplir los requisitos exigidos para dicha actividad regulada.

19. En consecuencia, este Colegiado considera que la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta del Impugnante, ha sido adoptada de conformidad con lo establecido en las bases integradas y en la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD; razón por la cual, en atención a lo establecido en el numeral 1 del artículo 106 del Reglamento, corresponde declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante.

20. Asimismo, habiéndose determinado que corresponde confirmar la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta del Impugnante, resulta que este no ha logrado reincorporarse al procedimiento de selección para efectos de adquirir la condición de postor que lo legitimaría a formular cuestionamientos relacionados a la oferta del Adjudicatario y al otorgamiento de la buena pro. Siendo ello así, no corresponde que este Colegiado se avoque a dichos cuestionamientos, por cuanto el Impugnante carece de legitimidad para cuestionar aspectos de la oferta presentada por el Adjudicatario.

21. Sin perjuicio de ello, en relación al cuestionamiento referido al Anexo N° 2 – Declaración Jurada de la oferta del Adjudicatario, el Comité de Selección, en

cumplimiento del fundamento 38 de la Resolución N° 298-2018-TCE-S1, requirió al Adjudicatario la subsanación la corrección de los impedimentos consignados en dicha declaración, con Carta s/n de fecha 23 de febrero de 2018, el Impugnante cumplió con subsanar lo requerido; por lo tanto, dicha deficiencia se debe considerar superada.

Por otro lado, en relación a los demás cuestionamientos formulados por el Impugnante, con Informe Técnico N° 004-2018-ABAST-DIRIS LE/MINSA de fecha 26 de abril de 2018, la Oficina de Logística de la Entidad comunicó que la oferta de éste cumple las especificaciones técnicas del producto. En tal sentido, corresponde que la Entidad resguarde el cabal cumplimiento tanto de las especificaciones técnicas de acuerdo al requerimiento establecido en las bases, siendo de su exclusiva responsabilidad cautelar que las necesidades del área usuaria sean atendidas en las condiciones requeridas, bajo responsabilidad, debiéndose poner la presente resolución en conocimiento del órgano de control institucional y el Titular de la Entidad para el resguardo de los intereses institucionales.

22. Finalmente, en virtud de lo establecido en el artículo 110 del Reglamento, corresponde ejecutar la garantía presentada por el Impugnante por la interposición de su recurso.

Por estos fundamentos, con el informe del Vocal Ponente Mario Arteaga Zegarra, y la intervención de los Vocales Antonio Corrales Gonzales y Peter Palomino Figueroa; atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 026-2018-OSCE/PRE del 7 de mayo de 2018, así como en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 50 y 59 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, así como 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 **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el CONSORCIO LATIN DENT S.A.C. – TERSEM E.I.R.L. contra la no admisión de su oferta y el otorgamiento de la buena pro en el marco de la Licitación Pública N° 4-2017-RED LEM – Primera Convocatoria - ítem 5, convocada por la Red de Salud Lima Este Metropolitana[6], conforme a los fundamentos expuestos; en consecuencia, corresponde:

[6] Mediante Resolución Ministerial N° 522-2017/MINSA, la Red de Salud Lima Este Metropolitana (RED-LEM) ha sido absorbida por la Dirección de Redes Integradas de Lima Este (DIRIS-LE).

Resolución Nº 0896-2018-TCE-S3

1.1. Confirmar la decisión del Comité de Selección de no admitir la oferta presentada por el CONSORCIO LATIN DENT S.A.C. – TERSEM E.I.R.L. en el ítem N° 5.

1.2. Ejecutar la garantía presentada por el CONSORCIO LATIN DENT S.A.C. – TERSEM E.I.R.L. para la interposición de su recurso de apelación.

2. Poner la presente resolución en conocimiento del Titular y del órgano de control institucional de la Entidad, conforme a lo indicado en el fundamento **21**.

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 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".

4. Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

ss.
Arteaga Zegarra
Corrales Gonzales
Palomino Figueroa

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando Nº 687-2012/TCE, del 03.10.12