

PRONUNCIAMIENTO N° 275-2020/OSCE-DGR

Entidad: Instituto Nacional de Radio, Televisión del Perú

Referencia: Concurso Público N° 3-2019-IRTP-1, convocada para el "Servicio de telefonía móvil".

1. ANTECEDENTES:

Mediante el formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamiento¹, recibido el 22 de enero de 2020, y subsanado el 6² y el 25³ de febrero de 2020, la presidenta del comité de selección a cargo del procedimiento de selección de la referencia remitió al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) las solicitudes de elevación de cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones presentadas por los participantes ENTEL PERU S.A. y TELEFONICA DEL PERU S.A.A., en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante "el TUO de la Ley", aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante "el Reglamento"; y sus modificatorias.

Resulta necesario indicar que, antes de la emisión del presente pronunciamiento, se procedió a registrar en la ficha del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) la notificación electrónica de fecha 17 de febrero de 2020, a fin que la Entidad amplíe algunos aspectos relativos a la citada solicitud de elevación de cuestionamientos y Bases Integradas "no definitivas", siendo que, la Entidad mediante comunicación⁴ de fecha 19 de febrero de 2020, atendió el mencionado pedido de información, lo cual tiene carácter de declaración jurada.

Así, cabe precisar que para la emisión del presente pronunciamiento se utilizará el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio⁵; en ese sentido, considerando los temas materia de cuestionamiento de los mencionados participantes, este Organismo Técnico Especializado procederá a pronunciarse de la siguiente manera:

- **Cuestionamiento N° 1:** Respecto de la absolución de la consulta y/u observación N° 24, referidas a la "*Suspensión del servicio*".
- **Cuestionamiento N° 2:** Respecto de la absolución de las consultas y/u observaciones N° 40 y N° 63, referidas a las "*Características de los equipos de comunicación*".

¹ Trámite Documentario N° 2020-16320497-LIMA.

² Trámite Documentario N° 2020-16471399-LIMA.

³ Trámite Documentario N° 2020-16515575-LIMA.

⁴ Trámite Documentario N° 2020-16501254-LIMA.

⁵ Para la emisión del presente Pronunciamiento se utilizará la numeración establecida en el pliego absolutorio en versión PDF.

- **Cuestionamiento N° 3:** Respecto de la absolución de la consulta y/u observación N° 72, referida a la “*Condiciones Generales del Servicio*”.
- **Cuestionamiento N° 4:** Respecto de la absolución de la consulta y/u observación N° 77, referidas a la “*Penalidad por mora*”.

Por otro lado, de la revisión de la solicitud de elevación del participante ENTEL PERU S.A., se aprecia que al objetar la absolución de las consultas y/u observaciones N° 45, N° 56 y N° 72, solicitó lo siguiente:

- **Respecto a la consulta y/u observación N° 45:**

“Se observa la absolución de la consulta N° 45 del participante América Móvil Perú S.A.C., debido a que el comité de selección no responde si el detalle de la facturación será a través de un CD o de un aplicativo vía web o vía correo electrónico, por lo que solicitamos que el Comité de Selección precise si el detalle de la facturación será a través de un CD o de un aplicativo vía web o vía correo electrónico, a fin de que todos los participantes tengan claro este punto” (El resaltado y subrayado son agregados).

- **Respecto a las consultas y/u observaciones N° 56 y N° 72:**

“Se observa la absolución de la consulta N° 72 del participante Telefónica del Perú S.A.A., y la absolución de la Consulta N° 56 del participantes Entel Perú S.A., debido a que el párrafo siguiente: “El servicio deberá asegurar una comunicación nítida sin cortes ni interferencias en las sedes principales del IRTP (Sede Central, Sede Administrativa y Sede de Radio Nacional), el contratista podrá realizar trabajos de mejora de señal para asegurar la comunicación con señal nítida en forma paralela durante, el cual tendrá un plazo de diseño no mayor a quince (15) días de iniciado el servicio, y de instalación no mayor a treinta (30) días de aprobado el diseño por parte de la Entidad” no formó parte de la indagación de mercado enviado a los postores, por lo que el Comité de Selección debió suprimir este párrafo de las Bases” (El resaltado y subrayado son agregados).

No obstante, cabe señalar que dichas peticiones no fueron abordadas en las referidas consultas y/u observaciones; por lo que, al tratarse de pretensiones adicionales que debieron ser presentadas en la etapa pertinente, devienen en extemporáneas; razón por la cual, **este Organismo Técnico Especializado no se pronunciará al respecto.**

2. CUESTIONAMIENTOS:

Cuestionamiento N° 1

Respecto a la “Suspensión del servicio”.

El participante ENTEL PERU S.A. cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 24, toda vez que, según refiere:

“Se observa la absolución de la consulta N° 24 del participante América Móvil Perú S.A.C. debido a que el Comité de Selección no confirma la cantidad de meses que pueden transcurrir sin que la entidad haya cancelado la contraprestación mensual para que el contratista se encuentre facultado a suspender el servicio o iniciar el trámite de resolución de contrato (...) solicitamos que el Comité de Selección precise la cantidad de meses a manera de respuesta para que todos los participantes lo tengan debidamente establecido. Nuestra observación se basa en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado (...)” (El resaltado y subrayado son agregados).

Base Legal

1. Artículo 164 del Reglamento: “Causales de resolución”.

2. Artículo 165 del Reglamento: “Procedimiento de resolución de contrato”.

Pronunciamiento

Al respecto, el numeral 164.2 del artículo 164 del Reglamento, establece que el contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo.

Así, en el artículo 165 del Reglamento, se señala que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato; dependiendo del monto contractual y la complejidad la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días; si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato de forma total o parcial, comunicándolo mediante carta notarial, el cual quedará resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

En el presente caso, el participante AMERICA MOVIL PERU S.A.C. mediante la consulta y/u observación N° 24, solicitó al comité de selección confirmar si *“luego de transcurridos 03 meses sin que la entidad haya cancelado la contraprestación mensual correspondiente al servicio prestado por el contratista (...) el operador de telecomunicaciones podrá suspender el servicio por falta de pago”* de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 71° del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y sus modificatorias.

Ante lo cual, la entidad precisó que ello *“será evaluado durante la etapa de ejecución contractual en estricto cumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que la Ley de Contrataciones tiene primacía sobre la Resolución de Consejo Directivo N° 96-2018-CD/OSIPTTEL”*.

En relación con ello, mediante el Informe Técnico⁶ remitido con ocasión de la elevación de cuestionamientos, la Entidad indicó lo siguiente:

“(...) debemos entender que las obligaciones contractuales que se generen producto de un procedimiento de selección enmarcado en la Ley de Contrataciones del Estado, se sujetan a lo dispuesto en dicha normativa, de conformidad a lo establecido en la primera disposición complementaria final:

“La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables”

Por tal motivo, debemos precisar nuevamente que, en el marco de la normativa de contrataciones pública, existen mecanismos que las partes deben seguir, si alguna de las partes falta al cumplimiento injustificado de sus obligaciones, lo que podría resultar en la resolución del contrato” (El subrayado y resaltado es agregado).

En ese sentido, considerando el tenor de lo cuestionado por el recurrente, y en la medida que el Reglamento ha establecido el procedimiento a seguir en el caso que alguna de las partes incumpla con sus obligaciones en el marco de las Contrataciones del Estado, lo cual fue señalado por la Entidad en la absolución de la consulta y/u

⁶ Informe Técnico N° 001-2020-IRTP/CP-003-2019-IRTP de fecha 22 de enero de 2020.

observación N° 24; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente extremo del cuestionamiento.

Cuestionamiento N° 2

Respecto a las “Características de los equipos de comunicación”.

Los participantes ENTEL PERU S.A. y TELEFONICA DEL PERU S.A.A. cuestionaron las absoluciones de las consultas y/u observaciones N° 40 y N° 63, respectivamente, toda vez que, según refieren:

- Respecto a la consulta y/u observación N° 40:

“Se observa la absolución de la consulta N° 40 del participante América Móvil Perú S.A.C., debido a que el requerimiento: “los cuales deben contar para las categorías (A) y (B), con flip cover color negro para los equipos y para la categoría (c), con cover color negro para los equipos”, no formó parte de los términos de referencia remitido a los postores en la etapa de indagación de mercado, por lo que se debió suprimir este requerimiento de las bases” (El resaltado y subrayado son agregados).

- Respecto a la consulta y/u observación N° 63:

“(…) el participante Telefónica del Perú S.A.A. solicita eliminar el requerimiento de la referencia, siendo que la entidad mantiene el requerimiento de reposición o cambio de equipos por presentar defectos de fábrica en más del 25% por cada tipo, señalando que tiene como finalidad garantizar la calidad del servicio.

Al respecto, debemos señalar que, al mantener dicho requerimiento, la entidad da lugar a (...) interpretaciones que podrían darse durante la ejecución contractual, lo que podría llevar a controversias entre la Entidad y el contratista (...) debemos tener en cuenta que en las Bases ya establecen una obligación para los postores de reemplazo de equipo, en tanto estos hayan sido reparados por el mismo motivo más de 2 veces, lo que esto ya asegura la calidad del servicio.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos se acepte nuestra observación y se elimine el requerimiento de la referencia, sustentamos nuestro pedido en el Principio de Eficacia y Eficiencia establecido en la normativa de contrataciones vigente” (El resaltado y subrayado son agregados).

Base Legal

1. Artículo 16 del TUO de la Ley: “Requerimiento”.
2. Artículo 29 del Reglamento: “Requerimiento”.
3. Bases Estándar objeto de la presente convocatoria.

Pronunciamiento

De manera previa, resulta necesario precisar que, en el numeral 4.2 del Resumen Ejecutivo de las Actuaciones Preparatorias, la Entidad habría declarado que existiría pluralidad de proveedores en capacidad de cumplir con el requerimiento.

En el presente caso, de la revisión del numeral 4.3 “Características de los equipos de comunicación” correspondiente a los términos de referencia consignados en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“4.3 “Características de los equipos de comunicación”

(...) todos los equipos deberán contar con accesorios originales de acuerdo al pack de fabricante, **los cuales deben contar para las categorías (A) y (B), con Flip Cover color negro para los equipos y para la categoría (C), con cover color negro para los equipos.**

(...) De los equipos celulares

(...) Los equipos móviles **en caso de presentar defectos de fábrica en más del 25% del total de los equipos por cada tipo, el contratista deberá reponer o cambiar todo el lote en un plazo no mayor de 7 días hábiles de comunicada dicha situación**” (El subrayado y resaltado son agregados).

Razón por la cual los participantes AMERICA MOVIL PERU S.A.C. y TELEFONICA DEL PERU S.A.A., mediante las consultas y/u observaciones N° 40 y N° 63, respectivamente, solicitaron al comité de selección lo siguiente:

Consulta y/u observación	Absolución
<p>Consulta y/u observación N° 40:</p> <p>Solicitó <u>confirmar</u> que se aceptarán todos los accesorios originales de acuerdo al pack del fabricante, dado que “se puede evidenciar una contradicción ya que una parte del enunciado indica: Todos los equipos deberán contar con accesorios originales de acuerdo al pack de fabricante. y punto seguido agrega que dichos accesorios deben ser para la categoría (A) y (B), Flip cover color negro incluso y para la categoría (C) cover color negro; es decir que la entidad conoce de antemano que accesorios incluye el fabricante, entonces no serían los accesorios originales de acuerdo al pack del fabricante; adicionalmente este enunciado de accesorios no formó parte de los términos de referencia que se nos enviaron para la participación del estudio de mercado”.</p>	<p>Ante lo cual, el comité de selección confirmó que “los accesorios flip cover de la categoría (A) y (B) y el accesorio cover para la categoría (C) podrá ser genérico”.</p>
<p>Consulta y/u observación N° 63:</p> <p>Solicitó <u>suprimir</u> la exigencia de reemplazar la totalidad del lote de equipos entregados en el caso que los equipos móviles presenten defectos de fábrica en más del 25% del total de los equipos por cada tipo, dado que “resulta una condición poco razonable y desproporcional que generaría un incremento en las ofertas de los postores”, asimismo, señaló que “al haber una obligación del contratista de reemplazar los equipos que hayan sido reparados 2 veces por el mismo motivo, consideramos que es poco razonable que se requiera el cambio de la totalidad del lote de equipos entregados, puesto que en caso de falla el contratista deberá reemplazarlo de acuerdo a las condiciones finales de las bases integradas”.</p>	<p>Ante lo cual, el comité de selección decidió no acoger lo solicitado por el mencionado participante e indicó que “el requerimiento de reposición o cambio de equipos por presentar defectos de fábrica en más del 25% por cada tipo, tienen como finalidad garantizar la calidad del servicio”.</p>

Es así que, considerando que el presente cuestionamiento presenta dos (2) extremos, se procederá a abordarlo de la siguiente manera:

- Respecto a los accesorios de los equipos:

Mediante el Informe Técnico⁷ remitido con ocasión de la elevación de cuestionamientos, la Entidad indicó lo siguiente:

“(…) las empresas que participaron en la indagación de mercado para la determinación del valor estimado de la presente contratación fueron América Móvil Perú S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A.

Asimismo, considerando lo indicado por América Móvil Perú S.A.C. en la consulta realizada en la etapa de formulación de consultas y observaciones las bases, donde refiere que los accesorios en mención (flip cover y cover) tienen incidencia en el precio ofertado y que esta no habría sido considerada en la cotización presentada en la indagación de mercado realizada. A razón de ello, **el Área de Logística ha cursado un correo electrónico a la referida empresa para que evalúe el valor cotizado inicialmente considerando los términos de referencia de las Bases, resultando en la ratificación del monto de dicha cotización y por ende en la ratificación del valor estimado de la contratación**” (El subrayado y resaltado es agregado).

⁷ Informe Técnico N° 001-2020-IRTP/CP-003-2019-IRTP de fecha 22 de enero de 2020.

Ahora bien, en atención al tenor de lo cuestionado por el recurrente, cabe mencionar que, de la revisión de los documentos remitidos por la Entidad con ocasión de la elevación de cuestionamientos, se aprecia que los términos de referencia anexados a los correos electrónicos enviados a los agentes de mercado durante la etapa de indagación de mercado, incluyen lo siguiente:

“4.3 Características de los equipos de comunicación

(...) Todos los equipos deberán contar con accesorios originales de acuerdo al pack de fabricante, los cuales deben contar para las categorías (A) y (B), con flip cover color negro para los equipos y para la categoría (C), con cover color negro para los equipos”.

En ese sentido, considerando que los términos de referencia remitidos por la Entidad como parte de la indagación de mercado incluyen las características de los equipos de comunicación cuestionadas por el recurrente; y en la medida que en la absolución de la consulta y/u observación N° 40, la Entidad amplió las posibilidades para que los postores puedan estructurar su ofertas al precisar que los accesorios requeridos para los equipos móviles podrían ser genéricos, máxime si existiría pluralidad de proveedores en capacidad de cumplir con dicha exigencia; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente extremo del cuestionamiento.

- Respecto a la reposición por defectos de fábrica:

Mediante el Informe Técnico⁸ remitido con ocasión de la elevación de cuestionamientos, la Entidad indicó lo siguiente:

“Al respecto se señala que la reposición de los equipos tiene como finalidad garantizar la calidad del servicio. En ese sentido es importante señalar que, en la indagación de mercado realizada para la presente contratación, se ha determinado la pluralidad de proveedores que cumplen con el requerimiento; por otro lado, la indagación de mercado se realizó en base a cotizaciones presentadas por AMERICA MOVIL PERU S.A.C. y TELEFONICA DEL PERU S.A.A., lo que implica que lo Términos de Referencia fueron aceptados como válidos por las empresas indicadas, ya que los mismos no fueron observados en su oportunidad”.

Cabe señalar que, mediante Informe Técnico⁹ remitido en respuesta a la Notificación Electrónica N° 2, la Entidad señaló lo siguiente:

“(…) se indica que la frase “todo el lote”, está referido al supuesto que de presentarse defectos de fábrica en más de un 25% del total de los equipos ofertados por cada tipo, el contratista deberá reponer o cambiar todo el lote; es decir si los equipos del tipo “A”, “B”, y “C” presentan defectos de fábrica en un total 25% del total por cada tipo deberán:

- A) Reponerse por cada tipo, que implica cambio de únicamente de los equipos que presentan defectos de fábrica, o*
- B) Ser cambiados en su totalidad del lote por cada tipo*

Siendo válidos las dos opciones indicadas” (El subrayado y resaltado son agregados).

En ese sentido, considerando el tenor de lo cuestionado por el recurrente, en tanto la Entidad señaló en la absolución de la consulta y/u observación N° 63, que el requerimiento de reposición o cambio de equipos por presentar defectos de

⁸ Informe Técnico N° 001-2020-IRTP/CP-003-2019-IRTP de fecha 22 de enero de 2020.

⁹ Informe Técnico N° 002-2020-IRTP/CP-003-2019-IRTP de fecha 18 de febrero de 2020.

fabrica en más del 25% por cada tipo, tiene como finalidad garantizar la calidad del servicio, y en la medida que existiría pluralidad de proveedores en capacidad de cumplir con dicha exigencia; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente extremo del cuestionamiento.

Sin perjuicio de ello, considerando las precisiones que la Entidad realizó mediante Informe Técnico de fecha 18 de febrero de 2020, se realizarán las siguientes disposiciones al respecto:

- **Se deberá tener en cuenta**¹⁰ que:

“(…) la frase “todo el lote”, está referido al supuesto que de presentarse defectos de fábrica en más de un 25% del total de los equipos ofertados por cada tipo, el contratista deberá reponer o cambiar todo el lote; es decir si los equipos del tipo “A”, “B”, y “C” presentan defectos de fábrica en un total 25% del total por cada tipo deberán:

- A) Reponerse por cada tipo, que implica cambio de únicamente de los equipos que presentan defectos de fábrica, o*
- B) Ser cambiados en su totalidad del lote por cada tipo*

Siendo válidos las dos opciones indicadas”.

Cabe señalar que, se deberá **dejar sin efecto** toda disposición de las Bases y del pliego absolutorio que se oponga a la presente disposición.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 del TUO de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación encargados de elaborar el requerimiento, indagación de mercado, el pliego absolutorio y el informe técnico, así como la atención de los pedidos de información requeridos, en virtud a la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

Cuestionamiento N° 3

Respecto a la “Condiciones Generales del Servicio”.

El participante TELEFONICA DEL PERU S.A.A. cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 72, toda vez que, según refiere:

“(…) el participante Telefónica del Perú S.A.A. solicita se considere válido la solución del tipo WIFI para mitigar los problemas de comunicación, en tanto que esta solución permite mitigar los problemas de voz dentro de las sedes del cliente, sin embargo, la entidad mantiene el requerimiento de cobertura INDOOR.

*Al respecto debemos precisar que **las características de la solución WIFI no son las mismas que el INDOOR, sin embargo, sí tienen la misma finalidad de asegurar la comunicación de voz** con diferentes parámetros, según los estándares internacionales IEEE 802 11n, IEE 802 11b y IEEE 802 11g, lo cual es acorde con el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...).*

Como es conocido, el servicio de telefonía móvil puede brindarse sin inconveniente siempre que no existan obstáculos que interfieran la comunicación. Al respecto, existen indicadores de calidad que todos los operadores deben respetar y que además son establecidos y supervisados por OSIPTEL. En consecuencia, garantizar la señal al interior de las instalaciones es una exigencia que podría implicar sobrecostos en la propuesta y que además no es usual, por los altos costos de implementación

¹⁰ La presente disposición deberá ser tomada en cuenta para la etapa pertinente, no correspondiendo su inclusión en las Bases Integradas “definitivas”.

involucrados, los cuales no podrían ser cubiertos considerando el valor estimado del presente proceso; por tanto, las bases no deberían establecer condiciones que encarezcan el servicio porque se atendería contra el Principio de eficacia y eficiencia.

Es por ello, que mediante nuestra consulta solicitamos se considere una solución tipo WIFI que cumpla con el objetivo de mejorar la comunicación de voz, y además también mejora la cobertura de los datos. Es importante mencionar que este tipo de soluciones podrían ser brindadas por diferentes operadores, por lo que, de aceptar nuestra consulta, se fomentaría una mayor pluralidad de postores.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos se acepte nuestra consulta y se considere también como mejora de señal a la solución del tipo WIFI” (El resaltado y subrayado son agregados).

Base Legal

1. Artículo 16 del TUO de la Ley: “Requerimiento”.
2. Artículo 29 del Reglamento: “Requerimiento”.
3. Bases Estándar objeto de la presente convocatoria.

Pronunciamiento

En el presente caso, de la revisión del numeral 4.2 “Condiciones Generales del Servicio” correspondiente a los términos de referencia consignados en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“4.2 “Condiciones Generales del Servicio”

(...) El servicio deberá asegurar una comunicación nítida sin cortes ni interferencias en las sedes principales del IRTP (Sede Central, Sede Administrativa y Sede de Radio Nacional), el contratista podrá realizar trabajos de mejora de señal para asegurar la comunicación con señal nítida en forma paralela durante, el cual tendrá un plazo de diseño no mayor a quince (15) días de iniciado el servicio, y de instalación no mayor a treinta (30) días de aprobado el diseño por parte de la entidad” (El subrayado y resaltado son agregados).

Razón por la cual el participante TELEFONICA DEL PERU S.A.A. mediante la consulta y/u observación N° 72, solicitó al comité de selección confirmar “*que el postor tendrá la opción de mitigar los problemas de comunicación a través de la implementación de equipos para la cobertura INDOOR o con soluciones del tipo WIFI*” en caso existan ambientes dentro de la sede de la Entidad con mala cobertura.

En relación con ello, mediante el Informe Técnico¹¹ remitido con ocasión de la elevación de cuestionamientos, la Entidad indicó lo siguiente:

“La solución propuesta por el contratista debe ser de tipo INDOOR, a razón de que la Entidad requiere que el servicio asegure una comunicación nítida sin cortes ni interferencias en las sedes principales del IRTP (Sede Central, Sede Administrativa y Sede de Radio Nacional). La solución de tipo INDOOR permite una comunicación fluida en los espacios donde la señal es limitada, ya que el posicionamiento INDOOR es exclusivo para la expansión del reconocimiento de ubicación de informática móvil en interiores; por otro lado la solución de tipo WIFI no asegura tener una comunicación fluida, ya que la frecuencia puede llegar a saturarse debido al uso de otros dispositivos inalámbricos (teclados, mouse, equipos bluetooth, laptops) con el cual la entidad no garantizaría tener una comunicación nítida” (El subrayado y resaltado es agregado).

Adicionalmente, mediante comunicación de fecha 25 de febrero¹², la Entidad remitió la siguiente información:

¹¹ Informe Técnico N° 001-2020-IRTP/CP-003-2019-IRTP de fecha 22 de enero de 2020.

¹² Trámite Documentario N° 2020-16515575-LIMA.

- Mediante correo de fecha 21 de febrero de 2020, la Srta. Rebecca Tipe Córdova del área de Logística de la Entidad, remite un correo a las empresas cotizantes que participaron de la indagación de mercado (TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A. y AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.), en el cual señala lo siguiente:

“(…) considerando que participaron durante la etapa de indagación de mercado para la contratación, se solicita verificar si la cotización presentada durante dicha etapa corresponde al valor cotizado teniendo en consideración la solución de tipo INDOOR con la finalidad de cumplir con lo establecido en el punto 4.2 Condiciones Generales del Servicio de los Términos de referencia (...) para tal efecto agradeceré confirmar si la cotización presentada durante la etapa de indagación de mercado corresponde al valor cotizado considerando la solución tipo INDOOR, con la finalidad de ratificar la determinación del valor estimado para la presente contratación (...).”

- Mediante correo de fecha 24 de febrero de 2020, el Sr. Carlos Rosales de la Gerencia de Administración Pública de la Dirección Comercial de TELEFONICA DEL PERU S.A.A., indicó lo siguiente:

“En relación a la cotización enviada confirmamos que nuestra oferta considera el servicio con cobertura para la comunicación móvil de la entidad”.

- Mediante correo de fecha 25 de febrero de 2020, el Sr. Israel Suasnabar, Consultor de Grandes Cuentas del Sector Gobierno de AMERICA MOVIL PERU S.A.C., indicó lo siguiente:

“Luego de realizar la evaluación respectiva a la luz de la absolucón de las consultas presentadas ratificamos el valor de la cotización enviada como parte de la etapa de indagación de mercado realizada por su representada”.

En ese sentido, considerando el tenor de lo cuestionado por el recurrente, en tanto el comité de selección, a través del Informe Técnico, precisó los argumentos por los cuales resultaría necesario contar con una solución tipo INDOOR para la presente contratación, y en la medida que existiría pluralidad de proveedores en capacidad de cumplir con dicha exigencia; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 del TUO de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación encargados de elaborar el requerimiento, indagación de mercado, el pliego absolutorio y el informe técnico, así como la atención de los pedidos de información requeridos, en virtud a la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

Cuestionamiento N° 4

Respecto a la “Penalidad por mora”.

El participante TELEFONICA DEL PERU S.A.A. cuestionó la absolucón de la consulta y/u observación N° 77, toda vez que, según refiere:

“La referida observación tenía por finalidad que la Entidad, a través del Comité de Selección, eliminase la penalidad establecida en este apartado de las bases, toda vez que, al constituir una penalidad por “mora en la ejecución de la prestación”, debía de cumplir con la fórmula prevista en el artículo 162 del Reglamento.

No obstante, pese a la evidente contravención de la normativa, el Comité de Selección absolvió indicando que no acogería nuestra observación, debido a que la penalidad de 1/8 de la UIT por día ante el “retraso en la entrega y configuración de equipos” era, supuestamente, una penalidad distinta a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, por lo que calificaría como “otras penalidades”, de conformidad con el artículo 163 del Reglamento

Al respecto debemos señalar que la absolución del Comité de Selección resulta contraria a la normativa sobre Contrataciones del Estado, debido a que está validando una penalidad que ha sido establecida de forma ilegal, en la medida que se estaría estableciendo, bajo el concepto de “otras penalidades”, una penalidad cuyo supuesto de hecho penalizado está comprendido dentro del alcance la penalidad por “mora en la ejecución de la prestación”, regulada en el artículo 162 del mencionado cuerpo normativo. En otras palabras, el Comité de Selección habría contravenido la prohibición prevista en el numeral 163.1 del artículo 163 del Reglamento (...).

En el presente caso, no cabe duda de que la prestación consistente en la “entrega y configuración de equipos” constituye una obligación cuyo cumplimiento incide de forma directa en el inicio de la prestación del servicio, por lo que el retraso en el cumplimiento de dicha prestación debería ser sancionado con la aplicación de la penalidad prevista en el artículo 162 del Reglamento, mas no con una penalidad considerada como “Otras penalidades”, puesto que ello implicaría la aplicación de una doble penalidad a un mismo puesto de trabajo” (El resaltado y subrayado son agregados).

Base Legal

1. Artículo 162 del Reglamento: “Penalidad por mora en la ejecución de la prestación”.
2. Artículo 163 del Reglamento: “Otras penalidades”.
3. Bases Estándar objeto de la presente convocatoria.

Pronunciamiento

Al respecto, cabe señalar que, el artículo 161 del Reglamento, establece que, las “penalidades” se aplican al contratista por incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, siendo que, las Bases Estándar prevén una penalidad por mora y otras penalidades distintas a la mora.

Así, el artículo 162 del Reglamento, establece que, en el caso de la penalidad por mora, ésta podrá aplicarse al monto del contrato, ítems o a las obligaciones periódicas o parciales que fueron materia de retraso, siempre que estas sean cuantificables¹³.

En tal sentido, corresponde señalar que, solo puede ser materia de penalidad por mora, el retraso de la prestación objeto del contrato o de las actividades que por su naturaleza podrían ser deducibles, cuantificables y, por ende, constituyan “prestaciones parciales”, por lo que, en dicho caso resultaría penalizable por su monto y plazo.

No obstante, cuando la prestación parcial no resulta cuantificable, el retraso de la misma, no podría constituirse mora, siendo que, la Entidad podría determinar que su incumplimiento sea castigado en calidad de otra penalidad distinta a la mora.

¹³ Según el numeral 162.3 del Reglamento: “En caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, la Entidad puede establecer en los documentos del procedimiento de selección la penalidad a aplicarse”.

En el presente caso, de la revisión del numeral 10.1 “Otras penalidades” correspondiente a los términos de referencia consignados en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“10.1 OTRAS PENALIDADES:

De acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Artículo 163, numeral 163.1).

<i>Incumplimientos de la empresa</i>	<i>Calculo Penalidad</i>	<i>Procedimiento de verificación</i>
<i>Retraso en la entrega y/o configuración de los equipos móviles</i>	<i>1/8 UIT vigente x días de retraso</i>	<i>Informe y/o acta de conformidad</i>

* (El subrayado y resaltado son agregados).

Razón por la cual el participante TELEFONICA DEL PERU S.A.A. mediante la consulta y/u observación N° 77, solicitó al comité de selección suprimir la penalidad prevista en los términos de referencia, toda vez que estaría vulnerado lo establecido en el artículo 162 del Reglamento; ante lo cual, dicho colegiado decidió no acoger lo solicitado por el mencionado participante y señaló que *“la penalidad por retraso en la entrega y configuración de los equipos móviles (...) se ha establecido de conformidad al artículo 163 de Reglamento de la Ley de Contrataciones, toda vez que es una penalidad distinta a la penalidad por mora”*.

En relación con ello, mediante el Informe Técnico¹⁴ remitido con ocasión de la elevación de cuestionamientos, la Entidad indicó lo siguiente:

“(...) la penalidad por retraso en la entrega de los equipos y/o configuración de equipos móviles – 8 UIT vigente por día de atraso, se ha establecido de conformidad al artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, toda vez que es una penalidad distinta a la penalidad por mora, ya que los mismos están relacionados con el cumplimiento de la entrega al 100% de los equipos móviles por parte del contratista y/o configuración de los equipos móviles.

Es importante señalar que, la entrega de los equipos móviles está referido a la provisión de los equipos solicitados, es decir a la entrega de la totalidad de equipos solicitados 463 unidades (20 equipos tipo “A”, 88 equipos tipo “B” y 355 equipos tipo “C”), los mismos, que están sujetos a plazos de entrega. De igual forma, la configuración de los equipos móviles está relacionado con la operatividad de los equipos” (El subrayado y resaltado es agregado).

De lo expuesto, se desprendería que, la forma de cálculo de penalidad señalada por la Entidad se condeciría con lo establecido en el numeral 162.3 del mencionado artículo, toda vez que en caso no sea posible cuantificar el monto de la prestación materia de retraso, no podría constituirse mora, y la Entidad estaría facultada a determinar la penalidad distinta a la mora que deberá aplicarse.

En ese sentido, considerando el tenor de lo cuestionado por el recurrente, y en tanto el comité de selección señaló que la penalidad en cuestión resultaría *“distinta a la penalidad por mora”*; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 del TUO de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación

¹⁴ Informe Técnico N° 02-2020-IRTP/CP-003-2019-IRTP de fecha 18 de febrero de 2020.

encargados de elaborar el requerimiento, indagación de mercado, el pliego absolutorio y el informe técnico, así como la atención de los pedidos de información requeridos, en virtud a la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

3. **ASPECTOS REVISADOS DE OFICIO:**

Si bien el procesamiento de la solicitud de pronunciamiento, por norma, versa sobre los supuestos cuestionamientos derivados de la absolución de consultas y/u observaciones, y no representa la convalidación de ningún extremo de las Bases, este Organismo Técnico Especializado ha visto por conveniente hacer indicaciones puntuales a partir de la revisión de oficio, según el siguiente detalle:

3.1 **Respecto a la documentación adicional solicitada para afianzar la acreditación de las especificaciones técnicas**

Mediante la Resolución N° 2034-2018-TCE-S1, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado que “no es posible acreditar la totalidad de especificaciones técnicas del bien ofertado con hojas técnicas, catálogos, brochures y manuales de fabricante, ello atendiendo a que la información requerida por las entidades no es homogénea y obedece a las particularidades de su necesidad”.

Así, cabe señalar que, en las Bases Estándar objeto de la presente convocatoria se ha establecido que las especificaciones técnicas se acreditan con la “Declaración Jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas” (Anexo N° 3), siendo que, se podría **afianzar** la acreditación de algunas especificaciones técnicas del requerimiento a través de la presentación adicional folletos, instructivos, catálogos o similares, para lo cual la entidad debe especificar con claridad qué aspecto de las características y/o requisitos funcionales serán acreditados con la documentación requerida.

Ahora bien, de la revisión del literal e) correspondiente a los “Documentos para la Admisión de la oferta” consignados en el Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Integradas “no definitivas”, se estaría requiriendo lo siguiente:

“e) El postor deberá presentar un modelo por cada tipo de equipo. Adicionalmente, este será acompañada del catálogo y/o ficha técnica y/o data sheet del fabricante para verificación del cumplimiento de las características de los equipos requeridos”.

De lo expuesto se desprendería que, en el citado párrafo, no se habría precisado con claridad que aspecto puntual de las características y/o requisitos funcionales se acreditará con los catálogos y otros documentos similares, lo cual no resultaría acorde a lo establecido en la citada Resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado.

En relación con ello, el comité de selección mediante comunicación¹⁵ de fecha 26 de febrero de 2020, señaló lo siguiente:

¹⁵ Mediante correo electrónico de la Srta. Rebeca Tipe, del área de Logística de la Entidad.

“(…) se remiten las siguientes características puntuales que deben ser considerados por los postores en el presente proceso:

CARACTERISTICAS	TIPO A	TIPO B	TIPO C
Resolución de pantalla	3040 x 1440 (Quad HD+)	FHD - 2340 x 1080	HD -1520 x 720
Cámara de fotos principal	Resolución: Triple 16 MP + 12 MP + 12MP	Triple, 25 MP + 5 MP + 8 MP	Resolución: 13 MP
Resolución para grabar video (Cámara de video)	Resolución UHD 4k (3840 x 2160) @60fps	Resolución: 1080p	Resolución: 1080p
Sistema Operativo	Android	Android	Android
Memoria RAM	8 GB	4 GB	2GB
Memoria Interna de almacenamiento del teléfono	128 GB	64 GB	32 GB

Cabe precisar que, las consultas fueron evaluados por el área técnica especializada, por lo que determinaron que los mismos son indispensables (…)”.

En ese sentido, se realizará la siguiente disposición al respecto:

- **Se incluirá** en el literal e) correspondiente a los “Documentos para la Admisión de la oferta” consignados en el Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Integradas “definitivas”, las precisiones realizadas por el comité de selección en la citada comunicación.

Cabe precisar que, deberá **dejarse sin efecto** toda disposición de las Bases o del Pliego Absolutorio que se oponga a lo establecido en la presente disposición.

3.2 Respecto a los requisitos para el perfeccionamiento del contrato

De la revisión de los términos de referencia consignados en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, se aprecia, entre otros, lo siguiente:

“(…) 4.2 Condiciones generales del servicio

(…) el precio de los equipos ofertados por cada categoría, será indicado mediante documento presentado por el postor ganador de la buena pro **para la suscripción del contrato.**

(…) el contratista designará a un ejecutivo (a) de cuenta para el contacto constante y fluido con el representante designado por el IRTP, a fin de realizar las coordinaciones por el servicio y/o los equipos móviles, indicando su número de teléfono fijo, móvil y correo electrónico, dicha información será presentada por el postor ganador de la buena pro **para la firma de contrato.**

(…)

4.3 Características de los equipos de comunicación

(…) El costo del servicio incluye el alquiler y mantenimiento de los equipos móviles (referido en caso el usuario haya reportado una avería o desperfecto de fábrica), la reposición sin costo alguno de los equipos móviles entregados en modalidad de alquiler que presente fallas de fábrica u origen en los equipos móviles, el postor ganador de la buena pro deberá indicar el procedimiento de reposición por pérdida o robo **para la suscripción de contrato.**

El postor deberá presentar un cuadro de penalidad de los equipos y/o accesorios por pérdida o robo o daño irreparable no imputable al contratista. La escala de la penalidad para ambos casos deberá estar en función al tiempo de uso (decremento) del bien, precisándose que la penalidad se aplica sólo para los equipos o accesorios entregados en alquiler. Los que deberán ser preferenciales y facturarse a través de nota de débito de forma separada al recibo de la prestación del servicio mensual” (El subrayado y resaltado son agregados).

De lo expuesto, se desprendería que, se estaría solicitando documentación al postor ganador de la buena pro para la suscripción del contrato; no obstante, se habría omitido precisar dichos documentos en el numeral 2.3 “Requisitos para el perfeccionamiento del contrato” correspondiente al Capítulo II de la Sección Específica de las Bases.

En ese sentido, se realizará la siguiente disposición al respecto:

- **Se incluirá** en el numeral 2.3 “Requisitos para el perfeccionamiento del contrato” correspondiente al Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Integradas “definitivas”, el siguiente texto:
 - Documento en el que se indique el precio de los equipos ofertados por cada categoría.
 - Número de teléfono fijo, móvil y correo electrónico del ejecutivo (a) de cuenta que designe el contratista para el contacto constante y fluido con el representante designado por el IRTP, a fin de realizar las coordinaciones por el servicio y/o los equipos móviles.
 - Procedimiento de reposición por pérdida o robo.

Adicionalmente, se está solicitando la presentación de un “cuadro de penalidad de los equipos y/o accesorios por pérdida o robo o daño irreparable no imputable al contratista” al postor; no obstante, dicha información resultaría relevante a ser presentada por el postor adjudicado para la suscripción del contrato.

En ese sentido, se realizarán las siguientes disposiciones al respecto:

- **Se modificará** el numeral 4.3 de los términos de referencia consignados en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas “definitivas”, de la siguiente manera:

*“4.3 Características de los equipos de comunicación
(...) El postor **adjudicado** deberá presentar un cuadro de penalidad de los equipos y/o accesorios por pérdida o robo o daño irreparable no imputable al contratista. La escala de la penalidad para ambos casos deberá estar en función al tiempo de uso (decremento) del bien, precisándose que la penalidad se aplica sólo para los equipos o accesorios entregados en alquiler. Los que deberán ser preferenciales y facturarse a través de nota de débito de forma separada al recibo de la prestación del servicio mensual”.*

- **Se incluirá** en el numeral 2.3 “Requisitos para el perfeccionamiento del contrato” correspondiente al Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Integradas “definitivas”, el siguiente texto:

“Cuadro de penalidad de los equipos y/o accesorios por pérdida o robo o daño irreparable no imputable al contratista. La escala de la penalidad para ambos casos deberá estar en función al tiempo de uso (decremento) del bien, precisándose que la penalidad se aplica sólo para los equipos o accesorios entregados en alquiler”.

Cabe precisar que, deberá **dejarse sin efecto** toda disposición de las Bases o del Pliego Absolutorio que se oponga a lo establecido en la presente disposición.

3.3 Integración de las Bases

Al respecto, cabe señalar que, el Principio de Transparencia, consignado en el literal c) del artículo 2 de la Ley establece que la Entidad debe proporcionar

información clara y coherente con el fin que esta sea comprendida por todos los potenciales proveedores; es así que, en la Directiva N° 23-2016-OSCE/CD se dispone que al absolver las consultas y/u observaciones, el comité de selección deberá detallar de manera **clara y motivada** la respuesta a la solicitud formulada por el participante y el análisis del mismo.

En tal sentido, el Principio de Transparencia contempla el derecho a la información en la compra pública, el cual tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la Entidad convocante; para lo cual, se exige que todas las condiciones del procedimiento estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en las Bases o en las respuestas brindadas en el pliego absolutorio, con el fin de que, por una parte, todos los postores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la Entidad convocante pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los postores responden a los criterios aplicables al contrato.

En razón de ello, cabe indicar que, si bien no existe un método exacto para integrar las Bases; cierto es que, dicha integración deberá permitir que los potenciales postores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender el alcance exacto de las mismas, conforme al Principio de Transparencia que regula toda contratación Estatal.

En ese sentido, considerando que la Bases Integradas publicadas en el SEACE el 10 de enero de 2020 podrían conllevar la confusión de los potenciales postores, se emitirán dos (2) disposiciones al respecto:

- i. **Se modificará** la forma de implementación realizada por el comité de selección en las Bases Integradas, a fin que, la información obrante en esta pueda ser comprendida por los potenciales postores.
- ii. Corresponderá al Titular de la Entidad **implementar** las directrices pertinentes en futuros procedimientos de selección, a fin que el comité de selección cumpla con Integrar las Bases de forma clara y precisa, conforme a lo dispuesto en el Principio de Transparencia que regula toda contratación Estatal.

4. CONCLUSIONES:

En virtud de lo expuesto, este Organismo Técnico Especializado ha dispuesto:

- 4.1** Se **procederá** a la integración definitiva de las Bases a través del SEACE, en atención a lo establecido en el artículo 72 del Reglamento.

Es preciso indicar que contra el pronunciamiento emitido por el OSCE no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad y los proveedores que participan en el procedimiento de selección.

- 4.2 Cabe precisar que las disposiciones vertidas en el pliego absolutorio que generen aclaraciones, modificaciones y/o precisiones, priman sobre los aspectos relacionados con las Bases Integradas, salvo aquellos que fueron materia del presente pronunciamiento.
- 4.3 El comité de selección deberá **modificar** las fechas de registro de participantes, presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, para lo cual deberá tenerse presente que los proveedores deberán efectuar su registro en forma electrónica a través del SEACE hasta antes de la presentación de propuestas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 del Reglamento; asimismo, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento, entre la integración de Bases y la presentación de propuestas no podrá mediar menos de siete (7) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la publicación de las Bases Integradas en el SEACE.
- 4.4 Finalmente, se recuerda al Titular de la Entidad que el presente pronunciamiento no convalida extremo alguno del procedimiento de selección.

Jesús María, 13 de marzo de 2020