

PRONUNCIAMIENTO N° 473-2023/OSCE-DGR

Entidad : Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.

Referencia : Concurso Público N° 5-2023-SEAL-1, convocado para la contratación del “*Servicio de inspección y normalización de grandes clientes*”

1. ANTECEDENTES

Mediante el formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamiento, recibido el 3¹ de octubre de 2023 y subsanado con fecha 11² de octubre de 2023, el presidente 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 presentada por el participante **ARCE S.R.L.**, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la “Ley”, y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el “Reglamento”.

Ahora bien, cabe indicar que en la emisión del presente pronunciamiento se empleó la información remitida por la Entidad, en fecha 13 de octubre de 2023³, mediante la Mesa de Partes de este Organismo Técnico Especializado, la cual tiene carácter de declaración jurada.

Asimismo, cabe precisar que en la emisión del presente pronunciamiento se utilizó el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio⁴, y los temas materia de cuestionamientos del mencionado participante, conforme al siguiente detalle.

- **Cuestionamiento N°1:** Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 20, referida al “*nivel mínimo remunerativo del personal del servicio*”.
- **Cuestionamiento N°2:** Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 21, referida a la “*Carta fianza por accidentes*”.
- **Cuestionamiento N°3:** Respecto a las absoluciones de las consultas y/u observaciones N° 22 y N° 25, referidas a las “*Otras Penalidades*”.

¹ Trámite Documentario N° 2023-25459501-AREQUIPA y N° 2023-25459648-AREQUIPA.

² Trámite Documentario N° 2023-25478564-AREQUIPA.

³ Trámite Documentario N° 2023-25482812-AREQUIPA

⁴ Para la emisión del presente Pronunciamiento se utilizará la numeración establecida en el pliego absolutorio en versión PDF.

2. CUESTIONAMIENTOS

Cuestionamiento N° 1

Respecto al “nivel mínimo remunerativo del personal del servicio”

El participante **ARCE S.R.L.**, cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 20, toda vez que, según refiere:

“Al respecto, precisamos: Que, de acuerdo con la LEY N° 29245 LEY QUE REGULA LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN:

Artículo 2-Definición

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y nesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Por lo que al imponer el pago de determinados salarios, se estaría desnaturalizando la tercería del servicio y convirtiendo el presente contrato en uno de intermediación laboral.

Se solicita que, se efectúe un análisis legal respecto a este punto, debido a que la Entidad requiere al postor a considerar montos sobrevalorados respecto a remuneraciones, no acorde a la realidad y lo que ofrece el mercado laboral quebrantando la libertad de contratación de la empresa privada, al exigirle que dentro de su estructura de costos defina precios y remuneraciones que son propios de un contrato de intermediación laboral; es decir, la Entidad consigna e impone monto a los sueldos del personal. desnaturalizando la norma que regula la tercerización de actividades, que en resumen trata que el futuro contratista, asuma la actividad a costo y riesgo propio, por tanto, aceptar esta intromisión de cómo debe contratar y que montos remunerativos debe consignar en su oferta, quebranta derechos constitucionales, que requerimos sean materia de pronunciamiento por OSCE” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Pronunciamiento

Al respecto, de la revisión del numeral 13.4 “Equipamiento mínimo del personal”, del numeral 3.1 del Capítulo III perteneciente a la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“13.4 EQUIPAMIENTO MÍNIMO DEL PERSONAL

Las labores de coordinación y toma de decisiones sobre las actividades contratadas, serán ejecutadas a través del Coordinador-Supervisor que designe EL CONTRATISTA para el efecto.

A efectos de obtener un óptimo nivel de calidad en el servicio requerido, se establecen los siguientes niveles mínimos remunerativos básicos:

Cargo	Base S/
-------	---------

<u>Jefe de Unidad Operativa</u>	<u>2,700.00</u>
<u>Personal Técnico</u>	<u>2,200.00</u>
<u>Chofer - ayudante</u>	<u>2,000.00</u>

(*) No incluyen derechos y Beneficios Sociales

EL CONTRATISTA debe tener en cuenta que el servicio será prestado bajo un contrato de tercerización externa, asumiendo la prestación del servicio contratado por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos económicos, financieros, técnicos y/o materiales, estando sus trabajadores bajo su exclusiva responsabilidad y que además deberá cumplir con todas las condiciones legislativas en materia laboral y las especificaciones técnicas establecidas en las bases” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Así, mediante la consulta y/u observación N° 20, el participante ARCE S.R.L., solicitó el retiro de la obligación de pagar un monto determinado al personal, toda vez que, según refiere, transgrede la ley de tercerización y contradeciría lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR y sus modificatorias.

Ante lo cual, el Comité de Selección en la absolución de la consulta y/u observación en cuestión, señaló que la Entidad buscaría garantizar la correcta ejecución del servicio por parte del Contratista mediante el personal operativo idóneo y que cuente con una remuneración adecuada para el desarrollo de sus actividades; asimismo, el nivel remunerativo indicado estaría acorde al mercado laboral actual existente para el sector eléctrico industrial y no representaría un sobre costo para el Contratista.

Es así que, mediante Informe N° 002-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL, de fecha 11 de octubre de 2023, la Entidad señaló que: “*el presente requisito no restringe la participación de postores en el presente procedimiento de selección*”.

Asimismo, mediante Informe N° 003-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL, de fecha 13 de octubre de 2023, la Entidad señaló lo siguiente:

“Se precisa que la Entidad al fijar estos salarios, busca garantizar la correcta ejecución del servicio, y de alguna forma la tranquilidad de los trabajadores y de sus familias. Además, se debe tener en cuenta que realizan un trabajo especializado, que difícilmente se encuentra en nuestra localidad.”.

Al respecto, cabe señalar que, el artículo 16 de la Ley y el artículo 29 del Reglamento, establecen que el área usuaria es la responsable de la elaboración del requerimiento (los términos de referencia en caso de servicios), debiendo estos contener la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación.

De manera previa, cabe indicar que, el OSCE no ostenta calidad de perito técnico dirimente respecto a las posiciones de determinadas características técnicas, conforme a lo descrito en el Comunicado N° 011-2013-OSCE/PRE.

Ahora bien, en atención a lo señalado por el recurrente, corresponde señalar que la Entidad, mediante el citado informe técnico, y en atención al mejor conocimiento de la necesidad que desea satisfacer, ratificó los sueldos del personal, señalando que la actividad requerida por la Entidad en el presente procedimiento de selección es de carácter especializado, por lo cual, resultaría difícil ubicarlo dentro de la localidad; asimismo, con la remuneración establecida se buscaría garantizar la correcta ejecución del presente servicio considerando el bienestar de los trabajadores.

Asimismo, cabe señalar que, en el numeral 4.2 del formato de “Resumen Ejecutivo de Actuaciones Preparatorias”, considerando que dicho contenido tiene carácter de declaración jurada, se declaró que existiría pluralidad de proveedores con capacidad de cumplir con el requerimiento, el cual incluiría, los niveles mínimos remunerativos básicos para el personal del servicio.

En ese sentido, considerando lo señalado precedentemente y que la pretensión del recurrente estaría orientada a que necesariamente la Entidad no establezca las remuneraciones establecidas para el personal que realizará el servicio; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 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° 2

Respecto a la “Carta fianza por accidentes”

El participante **ARCE S.R.L.**, cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N°21, toda vez que, según refiere:

“Al respecto, precisamos: que las responsabilidades, faltas y delitos son personalísimos, por tanto, cualquier multa por responsabilidad de la contratista será impuesta a la contratista por el órgano competente SUNAFIL, además el "monto calculado por el administrador de contrato para constituir una carta Fianza Bancaria" es subjetivo debido a que el administrador de contrato no se encuentra capacitado para el análisis y cálculo de dicho monto. Es también observable que se pretenda solicitar una carta fianza que no se ajusta a ley ni Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sabiendo que cualquier incumplimiento de contrato está afianzado por la carta fianza de fiel cumplimiento.

Sobre lo mencionado, precisamos que las actividades que realiza la empresa, son a cuenta y riesgo, y los incidentes que puedan ocurrir dentro de la ejecución del contrato, son asumidos de manera independiente y según su participación, de acuerdo con las investigaciones implantadas por el Órgano Supervisor, por ejemplo: el contratista no podría asumir responsabilidad que exclusivamente le competente a la Entidad como propietarios de la concesión, así como la Entidad, no podría aceptar sanciones por faltas

laborales de nuestros trabajadores o por actos subestándar.

Aceptar estas nuevas figuras contractuales, desnaturaliza la Ley de Contrataciones con el Estado, que ha optado con regular algún incumplimiento futuro, después del otorgamiento de la conformidad del servicio y pago, como vicios ocultos y para el presente caso, se pretende que el contratista conserve garantías incluso después de la conformidad y pago de manera indeterminada.

A manera de ejemplo, la garantía de fiel cumplimiento, tiene por finalidad resarcir algún daño ocasionado por el contratista a la Entidad; de ser el caso, este daño puede ser sancionado por el órgano competente, OSINERGMIN o SUNAFIL, en consecuencia, del 10% del monto de contrato que ofrece el contratista en calidad de garantía de fiel cumplimiento, la Entidad puede resarcir el daño generado por incumplimiento del contrato. Es decir, la normativa ya reguló anticipadamente este hecho, por tanto, **no se puede exigir la entrega de nuevas cartas fianzas bancarias por accidentes mortales o accidentes incapacitantes.** considerando que este tema ya está regulado en el artículo 33 del TUO del LCE. Asimismo, téngase en cuenta, que los contratistas adquieren otro tipo de seguro contra todo riesgo en caso de accidentes mortales o incapacitantes, antes del inicio de actividades” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Pronunciamiento

Al respecto, de la revisión del literal a) del numeral 20.2 “Otras Penalidades”, de los términos de referencia del Capítulo III perteneciente a la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“20.2 OTRAS PENALIDADES (...) a) Penalidades genéricas (...)”			
Nº	Descripción	Forma de cálculo (por cada caso)	Adicional (a costo del CONTRATISTA)
12	ACCIDENTES DE TRABAJO		
	(...)		
12.03	<u>Por no constituir y entregar a SEAL, carta Fianza Bancaria por el monto calculado por el administrador de contrato,</u> considerando el máximo de la multa que luego del análisis, se impondría a SEAL, por Accidentes mortales y Accidentes incapacitantes.	5% del Monto de la garantía	La aplicación de esta penalidad no exonera o impide que LA CONTRATISTA, alcance la carta Fianza por la eventual multa que la(s) autoridad(es) administrativa(s) impondría(n) a SEAL por el accidente.
(...)			

Es obligación de EL CONTRATISTA, la constitución de una carta fianza por cada accidente que sufran sus trabajadores, a fin de garantizar el pago de la posible sanción económica (Multa), que la autoridad administrativa impondría a SEAL.

El monto de la garantía debe ser calculado por el administrador del contrato considerando el monto máximo que podría imponerse a SEAL, luego de la evaluación respectiva, de acuerdo a la escala de gradualidad de sanciones para el caso y de acuerdo a la institución que inicie el procedimiento administrativo sancionador.

El plazo para la entrega de la carta fianza por parte de EL CONTRATISTA a SEAL; deberá ser no mayor a 10 días calendario, de notificado formalmente con el monto por el cual deberá constituir la carta fianza; caso contrario, y de no presentarla dentro del plazo, será pasible de una penalidad; sin perjuicio de imputar incumplimiento de obligaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato. La carta fianza deberá mantenerse vigente hasta la conclusión del procedimiento administrativo (sea por agotamiento de la vía administrativa o porque el acto que impuso la sanción quedo consentido y, por tanto, firme). Es causal de ejecución de esta garantía por SEAL, la falta de renovación, si el procedimiento administrativo no ha concluido.

La carta fianza se ejecutará a solo requerimiento de SEAL, después de notificado el acto que agota la vía administrativa o si el acto que fija la multa, no ha sido impugnado y queda consentido y firme; salvo que EL CONTRATISTA cumpla con el pago de la multa impuesta por SEAL.

En el caso de ejecutarse la garantía a efecto de proceder con la cancelación de multa impuesta por el órgano administrativo sancionador y de existir un saldo, éste será devuelto al contratista y si la multa es mayor al monto por el que se constituyó la carta fianza, EL CONTRATISTA deberá pagar el monto faltante, en un plazo no mayor a 10 días hábiles de notificado por SEAL, para tal efecto.

La garantía debe tener las siguientes cualidades: incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática, sin beneficio de excusión, en el país al solo requerimiento, a favor de SEAL” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Mediante la consulta y/u observación N° 21, se solicitó suprimir la penalidad 12.03 de las bases, debido a que, las multas por responsabilidades o faltas detectadas por SUNAFIL, OSINERGMIN u otra autoridad administrativa serían impuestas directamente, además, la carta fianza solicitada no se ajustaría a la Ley de contrataciones ni a su reglamento y ante cualquier incumplimiento del contrato estaría afianzado por la carta fianza de fiel cumplimiento.

Ante lo cual, el Comité de Selección en la absolución de la consulta y/u observación en cuestión, señaló que i) la Entidad actuaría como tercero responsable al determinar la responsabilidad administrativa, y ii) la finalidad de determinar una carta fianza por cada accidente, es de garantizar el pago de la posible sanción económica, que la autoridad administrativa impondría a la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. por dicho accidente, cuando la responsabilidad sea atribuible al Contratista.

En relación con ello, mediante Informe N° 002-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL, de fecha 11 de octubre de 2023, la Entidad señaló lo siguiente:

“Es preciso indicar que el presente requisito no restringe la participación de postores en el presente procedimiento de selección.

(...)

*Conforme lo señalado por el área usuaria, se aclara que en el caso de un accidente que sufran los trabajadores del Contratista, la responsabilidad administrativa es determinada para la Entidad como tercero responsable, **la finalidad de determinar una carta fianza por cada accidente, es de garantizar el pago de la posible sanción económica (Multa), que la autoridad administrativa impondría a SEAL por dicho accidente, cuando la responsabilidad sea atribuible al Contratista**” (El subrayado y resaltado es nuestro).*

Asimismo, mediante Informe N° 003-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL, de fecha 13 de octubre de 2023, la Entidad señaló lo siguiente:

*“(...) **Con esta carta fianza, simplemente se busca garantizar el pago de una posible sanción económica que SEAL impondría a la contratista, cuando esta tenga responsabilidad,** si después de la investigaciones e indagaciones correspondientes se determina que la contratista no tiene responsabilidad, no se le impondrá ninguna penalidad. (...)”.*

Sobre el particular, en atención al tenor de lo cuestionado por el recurrente, cabe señalar que, el artículo 16 de la Ley y el artículo 29 del Reglamento, establecen que el área usuaria es la responsable de la elaboración del requerimiento (los términos de referencia en caso de servicios), debiendo estos contener la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación.

Por su parte, cabe señalar que, el artículo 163 del Reglamento, señala que los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre que sean **objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación**. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Ahora bien, en atención a lo señalado por el recurrente, corresponde señalar que la Entidad, como mejor conocedora de sus necesidades, ha ratificado la necesidad de requerir una “*carta fianza*” por cada accidente que sufran los trabajadores del contratista durante la ejecución del servicio, toda vez que, con ello se garantizaría que el contratista efectúe el pago de la multa que pueda imponer la autoridad administrativa competente a la Entidad, ello en su calidad de tercero. Asimismo, la Entidad refiere que, en caso se determine que el contratista no tiene responsabilidad en el accidente, no se impondría ninguna penalidad.

Asimismo, cabe señalar que, en el numeral 4.2 del formato de “Resumen Ejecutivo de Actuaciones Preparatorias”, considerando que dicho contenido tiene carácter de declaración jurada, se declaró que existiría pluralidad de proveedores con capacidad de cumplir con el requerimiento, el cual incluiría, la carta fianza por accidentes.

En ese sentido, considerando lo previsto en la normativa de contratación pública, que la Entidad brindado los argumentos por los cuales resultaría necesario para la prestación del servicio mantener la “carta fianza por accidentes de cada trabajador” y la penalidad relativa a su incumplimiento y que la pretensión del recurrente estaría orientada a que necesariamente se suprima dicha exigencia; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 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 “Otras Penalidades”

El participante **ARCE S.R.L**, cuestionó las absoluciones de las consultas y/u observaciones N°22 y N° 25, toda vez que, según refiere:

- Respecto a la consulta y/u observación N° 22:

“Al respecto, precisamos: Es incongruente penalizar al contratista que, habiendo cumplido con sus obligaciones de capacitación, inducción, formación e información como empleador sea penalizado por actos subestándar de sus trabajadores. Es decir, los empleadores somos diligentes en las capacitaciones que se realiza al personal; sin embargo, un acto subestandar del trabajador, no puede ser materia de penalización sin un debido proceso que deslinde responsabilidades” (El subrayado y resaltado es nuestro).

- Respecto a la consulta y/u observación N° 25:

“Al respecto, precisamos: Es desproporcionado e incongruente sancionar "Por no contestar llamadas telefónicas del personal de SEAL o personal autorizado por SEAL" debido que el tráfico de llamadas que corresponde a la coordinación del servicio es alto y la situación es altamente probable, sin embargo, subsanable con la devolución de la llamada perdida dentro de un periodo determinado. La penalidad es subjetiva y la no respuesta de una llamada puede valerse a muchos aspectos externos, técnicos, situacional, cobertura, etc. Se debe de implementar un debido procedimiento para la implementación de esta penalidad que resulta subjetiva.

OTRAS OBSERVACIONES

Se requiere que OSCE determine que los montos de las penalidades (10% UIT) son desproporcionales y abusivas, pues se tiene que el espíritu de la norma, en el caso de aplicación de penalidades, es desincentivar al incumplimiento de obligaciones del contratista, pero de las otras penalidades que pretende aplicar la Entidad, se verifica que estas penalidades específicas pueden generar un desequilibrio económico, considerando que son subjetivos, desproporcionales e irracionales. (...)” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Pronunciamiento

Al respecto, de la revisión del literal a) del numeral 20.2 “*Otras Penalidades*”, de los términos de referencia del Capítulo III perteneciente a la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

N°	Descripción	Forma de cálculo (por cada caso)	Adicional (a costo del CONTRATISTA)
(...)	(...)	(...)	(...)
9.02	<u>Por no contestar las llamadas telefónicas del personal de SEAL o personal autorizado por SEAL</u>	100% UIT por cada trabajador	
(...)	(...)	(...)	(...)
12	ACCIDENTES DE TRABAJO		
12.01	Por cada trabajador de LA CONTRATISTA, que sufra un accidente mortal o fatal, se aplicará esta penalidad si el trabajador en el momento del accidente no utilizó sus EPP's o no siguió los protocolos o procedimientos de trabajo seguro.	10% del monto contractual	Pago de la totalidad de la multa que se imponga a SEAL por parte de OSINERGMIN, SUNAFIL o autoridad administrativa competente, por el accidente.
12.02	Por cada trabajador de la CONTRATISTA, que sufra un accidente incapacitante, si el trabajador en el momento del accidente no utilizó sus EPP's o no siguió los protocolos o procedimientos de trabajo seguro	5% del monto contractual	Pago de la totalidad de la multa que se imponga a SEAL por parte de OSINERGMIN, SUNAFIL o autoridad administrativa competente, por el accidente.
	(...)		

Sobre el particular, cabe señalar que, el artículo 163 del Reglamento, señala que los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre que sean **objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación**. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que el objeto de una penalidad es disuadir al contratista del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las prestaciones a las que se comprometió al momento de presentar su oferta. Así, los supuestos bajo los cuales se configura su aplicación deben estar directamente relacionados con la prestación del contratista. En razón de ello, es potestad de la Entidad definir las “*otras penalidades*” – distintas a la penalidad por mora– que estime necesarias, siempre y cuando reúnan las siguientes características: objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación.

Ahora bien, en atención al tenor de lo cuestionado por el recurrente, corresponderá dividir el cuestionamiento en dos (2) extremos, bajo el detalle siguiente:

- **Respecto a la consulta y/u observación N° 22:**

Mediante la consulta y/u observación N° 22, se solicitó retirar las penalidades 12.01 y 12.02, debido a que se recibiría una sanción incongruente por el “acto subestándar” de su trabajador que se define como “toda acción o práctica incorrecta ejecutada por el trabajador que puede causar un accidente” y resultaría causal de excesiva onerosidad de la prestación, caso contrario, solicita se incluya dentro de dichas penalidades el término “*por causas atribuibles al contratista*”.

Ante lo cual, el Comité de Selección en la absolución de la consulta y/u observación en cuestión, no acogió lo solicitado señalando que el personal operativo no estaría expuesto a un accidente al cumplir con la dotación adecuada de EPPs, capacitación y el cumplimiento de los procedimientos de trabajo; asimismo, se aclara que el contratista podría ejercer su derecho de defensa a la imputación con la documentación objetiva. No obstante, señaló que se reduciría el monto de las penalidades, lo cual fue implementado en las Bases Integradas, conforme a lo siguiente:

N°	Descripción	Forma de cálculo (por cada caso)	(...)
(...)	(...)	(...)	(...)
12	ACCIDENTES DE TRABAJO		
12.01	Por cada trabajador de LA CONTRATISTA, que sufra un accidente mortal o fatal, se aplicará esta penalidad si el trabajador en el momento del accidente no utilizó sus EPP's o no siguió los protocolos o procedimientos de trabajo seguro.	5% del monto contractual 10% del monto contractual	(...)
12.02	Por cada trabajador de la CONTRATISTA, que sufra un accidente incapacitante, si el trabajador en el momento del accidente no utilizó sus EPP's o no siguió los protocolos o procedimientos de trabajo seguro	2.5% del monto contractual 5% del monto contractual	(...)

Asimismo, mediante Informe N° 003-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL, de fecha 13 de octubre de 2023⁵, la Entidad señaló lo siguiente:

“3.- Observación N°22

(...)

Se busca que los trabajadores tengan y utilicen todos sus EPP's, y también tengan una correcta supervisión por parte del contratista, así mismo se indica nuevamente que con esta carta fianza, simplemente se busca garantizar el pago de una posible sanción económica que SEAL impondría a la contratista, cuando esta tenga responsabilidad.”

Ahora bien, en atención a lo señalado por el recurrente, corresponde señalar que la Entidad, mediante el citado informe técnico, y en atención al mejor conocimiento de la necesidad que desea satisfacer, ratificó la necesidad de mantener la penalidad relativa a los accidentes mortales, fatal e incapacidad permanente, señalando que ello tendría por finalidad que la empresa contratista logre tener una correcta supervisión del uso de los “EPP’s” por parte de los trabajadores durante la ejecución del servicio, debido a que, la responsabilidad administrativa determinaría a la Entidad como tercero responsable.

Asimismo, cabe señalar que, en el numeral 4.2 del formato de “Resumen Ejecutivo de Actuaciones Preparatorias”, considerando que dicho contenido tiene carácter de declaración jurada, se declaró que existiría pluralidad de proveedores con capacidad de cumplir con el requerimiento, el cual incluiría, las cuestionadas penalidades.

En ese sentido, considerando lo señalado precedentemente y que la pretensión del recurrente estaría orientada a que necesariamente se supriman las penalidades 12.01 y 12.02; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

- **Respecto a la consulta y/u observación N° 25:**

Mediante la consulta y/u observación N° 25, solicitó i) la reducción al 10% de la UIT o el retiro de la citada penalidad 9.02 y ii) la reducción de todas las penalidades en proporción con el daño ocasionado por el Principio de Equidad.

Ante lo cual, el Comité de Selección señala que i) no acoge la reducción de todas las penalidades del procedimiento de selección, debido a que, están en base al grado de afectación a la Entidad, usuarios y los trabajos incumplidos o mal ejecutados; y, ii) acoge e integra en las Bases la reducción de la penalidad 9.02 al monto aplicable de 10% de la UIT.

No obstante, el recurrente cuestionó la absolución del colegiado alegando que la aplicación de dicha penalidad sería subjetiva debido a que no estaría considerando los aspectos externos técnicos, situación de cobertura, entre otros, además se debería considerar un debido procedimiento para su aplicación. Por otro lado, señala que el monto del 10% de la UIT respecto a las penalidades serían desproporcionales y

⁵ Remitido mediante Trámite Documentario N° 2023-25482812-AREQUIPA, de fecha 13 de octubre de 2023.

abusivas, y generarían desequilibrio económico debido a que son subjetivas e irracionales.

Es así que, mediante Informe N° 002-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL, de fecha 11 de octubre de 2023, la Entidad señaló que “(...) *la presente penalidad no restringe la participación de postores en el presente procedimiento de selección, al estar correctamente detallado y argumentada*”.

Asimismo, mediante Informe N° 003-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL, de fecha 13 de octubre de 2023, la Entidad señaló lo siguiente:

“Se debe tener en cuenta que esta área atiende las emergencias de nuestros clientes regulados y especialmente de los libres en Media Tensión, y es sumamente importante y urgente la atención, por lo que deben contestar el celular para coordinar esta atención.”

Ahora bien, en atención a lo señalado por el recurrente, corresponde señalar que la Entidad, como mejor conocedora de sus necesidades, mediante el citado informe técnico, ratificó las penalidades y los montos, bajo el argumento de que el área solicitante sería la encargada de atender las emergencias de los clientes, por lo que, se tendría la necesidad de mantener una comunicación constante para la atención de las emergencias siendo esta de carácter urgente.

Asimismo, cabe señalar que, en el numeral 4.2 del formato de “Resumen Ejecutivo de Actuaciones Preparatorias”, considerando que dicho contenido tiene carácter de declaración jurada, se declaró que existiría pluralidad de proveedores con capacidad de cumplir con el requerimiento, el cual incluiría, las penalidades y los montos cuestionados.

En ese sentido, considerando que la pretensión del recurrente estaría orientada a suprimir la penalidad 9.02 y que, en tanto, la Entidad, mediante su informe técnico ha ratificado ello, máxime si existiría pluralidad de proveedores en capacidad de cumplir con el íntegro del requerimiento; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento,

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 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.

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. Respetto a la Forma de Pago

De la revisión del numeral 2.5 del Capítulo II y del numeral 25 del Capítulo III ambos pertenecientes a la Sección Específica de las Bases Integradas, se aprecia lo siguiente:

<p>“2.5 FORMA DE PAGO <i>La Entidad realizará el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista PAGOS MENSUALES.</i></p> <p><i>Para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad debe contar con la siguiente documentación:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Informe del funcionario responsable del Equipo de la Gestión Técnica de la Gran Industria de la Gerencia de Comercialización emitiendo la conformidad de la prestación efectuada.</i> - <i>Comprobante de pago.</i> - <i><u>Copia simple del contrato de suministro de bienes incluidos adicionales y/o reducciones (legible y completo).</u></i> - <i><u>Pedido de compra con firma de la unidad de Logística.</u></i> <p><i>Dicha documentación se debe presentar en forma física en mesa de partes de SEAL, sito en la Calle Consuelo 310, Arequipa, o en forma virtual en el módulo comprobantes de Pago</i> <i>(http://aplicativo.seal.com.pe/MesaPVC/)”.</i></p>	<p>“25. FORMA DE PAGO: <i>SEAL realizará el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista en forma mensual, previa presentación de la siguiente documentación:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ● <i>Informe correspondiente al servicio prestado durante el mes correspondiente debidamente aprobado por el Equipo de la Gestión Técnica de la Gran Industria de la Gerencia de Comercialización.</i> ● <i>Comprobante de pago.</i> ● <i><u>Copia del pedido Marco emitido por la Unidad de Logística.</u></i> ● <i><u>Informe de las actividades realizadas con detalles de la valorización según formato establecido por SEAL.</u></i> <p><i>Dicha documentación se debe presentar en forma física en mesa de partes de SEAL, sito en la Calle Consuelo 310, Arequipa, o en forma virtual en el módulo comprobantes de Pago</i> <i>(http://aplicativo.seal.com.pe/MesaPVC/)”</i></p>
--	---

De lo expuesto, se advierte que, los requisitos del pago previstos en el Capítulo II difiere de lo consignado en los términos de referencia; por lo que, este despacho mediante notificación electrónica de fecha 6 de octubre de 2023, solicitó a la Entidad uniformizar lo advertido.

En respuesta a ello, mediante Informe N° 002-2023-OC/GI-CP-005-2023- SEAL, de fecha 11 de octubre de 2023, la Entidad señaló lo siguiente:

*“(…) Al respecto, se informa que la Forma de Pago debe ser la siguiente:
 “La Entidad realizará el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista en PAGOS MENSUALES.*

Para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad

debe contar con la siguiente documentación:

- *Informe del funcionario responsable del Equipo de la Gestión Técnica de la Gran Industria de la Gerencia de Comercialización emitiendo la conformidad de la prestación efectuada.*
- *Comprobante de pago.*
- *Copia del pedido Marco emitido por la Unidad de Logística*
- *Informe de las actividades realizadas con detalles de la valorización según formato establecido por SEAL.*

Dicha documentación se debe presentar en forma física en mesa de partes de SEAL, sito en la Calle Consuelo 310. Arequipa, o en forma virtual en el módulo comprobantes de Pago (<http://aplicativo.seal.com.pe/MesaPVC/>)”

De lo expuesto, se aprecia que la Entidad, mediante Informe Técnico posterior, habría uniformizado las incongruencias entre la forma de pago de los términos de referencia y los requisitos de calificación pertenecientes a las Bases Integradas no definitivas.

En ese sentido, con ocasión de la integración definitiva de las bases, se implementarán las siguientes disposiciones:

- **Se uniformizará** el numeral 2.5 del Capítulo II y del numeral 25 del Capítulo III ambos pertenecientes a la Sección Específica de las Bases Integradas Definitivas, conforme lo dispuesto en el Informe N° 002-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL.
- **Se dejará sin efecto** toda disposición de las Bases o del Pliego Absolutorio que se oponga a lo establecido en las presentes disposiciones.

3.2. Respecto a las otras penalidades

De la revisión del numeral 20.2) de los términos de referencia Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas, se aprecia lo siguiente:

N°	Descripción	Forma de cálculo (por cada caso)	Adicional (a costo del CONTRATISTA)
	(...)		
7.02	Infracción a las normas técnicas de electricidad (CNE, Ley de concesiones, RESESATE, <u>etc</u>)	100% UIT	(...)
	(...)		

De lo expuesto, se advierte que, la Entidad habría considerado el término genérico “etc”; por lo que, este despacho mediante notificación electrónica de fecha 6 de octubre de 2023, solicitó a la Entidad precisar lo advertido.

En respuesta a ello, mediante Informe N° 002-2023-OC/GI-CP-005-2023- SEAL, de fecha 11 de octubre de 2023⁶, la Entidad señaló lo siguiente:

“Se precisa lo siguiente:

*Al respecto, se informa que la palabra "etc" debe ser **suprimido** de la presente penalidad, quedando de la siguiente manera:*

7.02	<i>Infracción a las normas técnicas de electricidad (CNE, Ley de concesiones, RESESATE)</i>	<i>100% UIT</i>	<i>Reinducción de todo el personal.</i>
------	---	-----------------	---

(...)”.

De lo expuesto, se aprecia que la Entidad, mediante Informe Técnico posterior, habría suprimido el término “etc” pertenecientes a la penalidad 7.02 del Capítulo III de la Sección específica de las Bases Integradas no definitivas.

En ese sentido, con ocasión de la integración definitiva de Bases, se implementarán las disposiciones siguientes:

- **Se suprimirá** el término “etc” de la penalidad 7.02 del Capítulo III de la Sección específica de las Bases Integrada Definitivas, conforme lo dispuesto en el Informe N° 002-2023-OC/GI-CP-005-2023-SEAL.
- **Se dejará sin efecto** toda disposición de las Bases o del Pliego Absolutorio que se oponga a lo establecido en las presentes disposiciones.

3.3. Respecto a la Experiencia del postor en la Especialidad

Al respecto, de la revisión del numeral 15 de los términos de referencia del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas, se aprecia lo siguiente:

*“15. DE LA EXPERIENCIA DEL PROVEEDOR EN LA ESPECIALIDAD
El postor debe acreditar una experiencia conforme a lo establecido en el Numeral 27, Criterios de Calificación del Postor”.*

Por otro lado, de la revisión del literal c) de los requisitos de calificación del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas, se aprecia lo siguiente:

*“C. EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
Requisitos:
El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/ 2,600,000.00 (DOS) MILLONES SEISCIENTOS MIL Y 00/100 SOLES), por la*

⁶ Remitido mediante Trámite Documentario N° 2023-25478564-AREQUIPA, de fecha 11 de octubre de 2023.

contratación de servicios iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda”.

De lo expuesto, se advierte que, el requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad” previsto en los términos de referencia difiere de los requisitos de calificación, lo cual, podría generar confusión a los participantes al momento de elaborar sus ofertas.

En ese sentido, con ocasión de la integración definitiva de Bases, se implementarán las disposiciones siguientes:

- **Se adecuará** en requerimiento del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas definitivas, lo siguiente:

15. DE LA EXPERIENCIA DEL PROVEEDOR EN LA ESPECIALIDAD

~~*El postor debe acreditar una experiencia conforme a lo establecido en el Numeral 27, Criterios de Calificación del Postor*~~

El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/ 2,600,000.00 (DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL Y 00/100 SOLES), por la contratación de servicios iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas que se computarán desde la fecha de la conformidad o emisión del comprobante de pago, según corresponda.

- **Se dejará sin efecto** toda disposición de las Bases o del Pliego Absolutorio que se oponga a lo establecido en las presentes disposiciones.

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.
- 4.2** 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.

Adicionalmente, cabe señalar que, las disposiciones vertidas en el pliego absolutorio que generen aclaraciones, modificaciones o precisiones, priman sobre los aspectos relacionados con las Bases integradas, salvo aquellos que fueron materia del presente pronunciamiento.

- 4.3** Una vez emitido el pronunciamiento y registrada la integración de Bases definitivas por el OSCE, corresponderá al comité de selección **modificar** en el cronograma del

procedimiento, las fechas del registro de participantes, presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, teniendo en cuenta que, 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento.

- 4.4** Finalmente, se recuerda al Titular de la Entidad que el presente pronunciamiento no convalida extremo alguno del procedimiento de selección.

Jesús María, 27 de octubre de 2023

Código: 6.1 y 6.3.