

PRONUNCIAMIENTO N.º 455-2023/OSCE-DGR

Entidad : Seguro Social de Salud - ESSALUD

Referencia : Licitación Pública N.º 06-2023-ESSALUD/GCL-1, convocada para la “Adquisición de Equipamiento Electromecánico Analizador de Pureza de Oxígeno Medicinal para los Establecimientos de Salud a nivel nacional de EsSalud”

1. ANTECEDENTES

Mediante el Formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamiento, recibido el 2 de octubre de 2023¹, 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), la solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas u observaciones e integración de Bases presentada por el participante **DRAEGER PERU S.A.C.**, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, en adelante el Reglamento; y sus modificatorias.

Cabe indicar que en la emisión del presente pronunciamiento se empleó la información complementaria remitida por la Entidad el 11 de octubre de 2023², a través de 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 absolutorio; y, el tema materia de los cuestionamientos del mencionado participante, conforme al siguiente detalle:

Cuestionamiento único: Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N.º 8, referida a la “**definición de bienes similares**”

2. CUESTIONAMIENTO

Cuestionamiento Único: Respecto a la “**definición de bienes similares**”

El participante **DRAEGER PERU S.A.C.**, cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N.º 8, señalando lo siguiente:

¹ Trámite Documentario N.º 2023-25455363-LIMA.





² Trámite Documentario N.º 2023-25476647-LIMA.

“Solicitamos que se proceda a lo peticionado y, por ende, remitido al OSCE, debido a que no fue acogida la Consulta No. 8 del Pliego de Absolución del Pliego de Absolución mencionado en la referencia A), lo cual contraviene las disposiciones dadas en la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento. La contravención se colige en los FUNDAMENTOS DE HECHO desarrollados a continuación; puesto que, **el Comité de Selección no procedió a absolver la Consulta No. 8, de forma clara y diáfana.** En ese sentido, procedemos a sustentar nuestra solicitud, conforme los siguientes fundamentos:

1. **El analizador de oxígeno y el detector de gas (en conjunto, serán denominados "los equipos de Draeger") son considerados funcionalmente equivalentes en términos de su capacidad para medir la concentración de oxígeno de manera precisa y cuantitativa. Por ello, la respuesta de la Entidad en nuestra Consulta No. 8, no analiza que los equipos propuestos no solo son iguales y/o equivalentes, sino que dan un valor agregado. Por lo que su respuesta vulnera la posibilidad de que muchos proveedores puedan participar en el presente proceso de selección.**

(...)

2. **Es importante precisar que, los equipos de Draeger utilizan principios de detección química; puesto que, existen analizadores de oxígeno (Cuadro No.1) que utilizan la tecnología electroquímica para la medición del oxígeno, misma tecnología que utiliza los detectores de gases (Cuadro No.2):**

EQUIPOS DRAEGER				
	Oxytest 2000	X-AM 2500	X-AM 5000	X-AM 5600
				
Tecnología para medir O2	Eletroquímica	Eletroquímica	Eletroquímica	Eletroquímica
Rango de Sensor O2	De 0 a 100 % Vol	De 0 a 25 % Vol o 0 a 100% Vol	De 0 a 25 % Vol o 0 a 100% Vol	De 0 a 25 % Vol o 0 a 100% Vol
Protección frente a agua y polvo	IP 67	IP 67	IP 67	IP 67
Capacidad	Para 1 Gas	Hasta 4 Gases	Hasta 5 Gases	Hasta 6 Gases

Cuadro No. 2: Detectores de gases

	EQUIPOS DRAEGER				
	Oxytest 2000 (X-AM 5000)	Oxytest 2000 (X-AM 5000)	Oxytest 2000 (X-AM 5000)	X-AM 5600	OTRA MARCA
MEDICIÓN DE EQUIPOS					
	MEDICIÓN DE BALONES DE OXIGENO	MEDICIÓN EN PLANTAS	MEDICIÓN EN TOMAS DISS	MEDICIÓN EN AMBIENTE	
LECTURA DE SENSOR DE O ₂	97 % Vol	92,5 % Vol	99% Vol	20,9% Vol	20,9% Vol

- Los equipos de Draeger listados en el cuadro No. 2 precedente cuentan con capacidad para cubrir el objetivo y finalidad del proceso de selección. Por ende, estos tienen un software que permite realizar el análisis de tendencias de la pureza de los gases, específicamente, oxígeno. Por lo que, los equipos de Draeger del cuadro No. 2 cumplen con las especificaciones técnicas primigenias planteadas en el proceso de selección.
- Finalmente, a pesar de las diferencias externas (carcasas) de los equipos de Draeger listados en los Cuadros No. 1 y No. 2 precedentes, se asemejan en la parte esencial de los mismos (parte electrónica/corazón). Como ejemplo, hacemos referencia a la gráfica interna que posee un Oxytest 2000, en la cual se observa que su parte electrónica consta en un X-am5000, lo cual evidencia que los equipos de Draeger listados en el Cuadro No.2 cumple con la función de análisis y medición de gases, tales como el oxígeno.

Vista general del producto

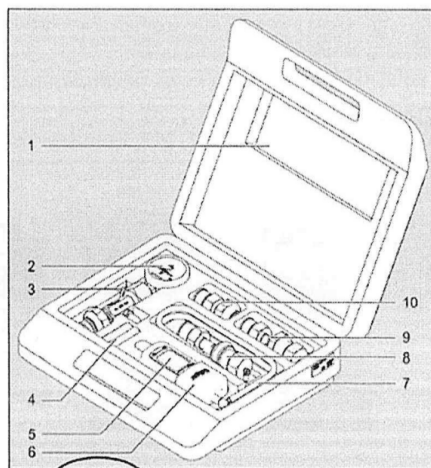


Fig. 1 OxyTest 2000

Pos.	Denominación
1	Compartimento para las instrucciones de uso
2	Dosificador de gas de medición (conexión G $\frac{1}{4}$ "
3	Válvula de ventilación del dosificador de gas de medición
4	Compartimento para baterías de recambio
5	X-am® 5000
6	Adaptador para bomba manual
7	Tubo de conexión
8	Conexión CGA-540 (opcional)
9	Conexión M24x2 (opcional)
10	Conexión W21.8x1/14" (opcional)

(...)” (El resaltado y subrayado es agregado).

Pronunciamiento

Al respecto, cabe señalar que en el literal A “Experiencia del postor en la especialidad” del numeral 3.2. “Requisitos de calificación” del numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, se aprecia lo siguiente:

“(…)

Se consideran bienes similares a los siguientes:

- *Experiencia en la comercialización de equipos analizadores de oxígeno medicinal y/o plantas de generación de oxígeno medicinal y/o equipos analizadores de gases y/o instrumentos de medición de gases medicinales.*

(...)” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Es así que, mediante la consulta u observación N.º 8, se solicitó **incluir** como definición de bienes similares a los “detectores de gases” y “equipos o dispositivos médicos”; ante lo cual, el Comité de Selección no acogió lo solicitado bajo el argumento de que, los analizadores incluyen sensores y circuitos para el análisis de la muestra, mientras que el detector de gases no cuenta con dicha capacidad.

Dicho lo anterior, el recurrente cuestionó la absolución de la referida consulta u observación, alegando que no habrían sido clara y debidamente motivadas y solicitó considerar a los “detectores de gases” como parte de la definición de bienes similares.

En virtud al aspecto cuestionado, la Entidad emitió el MEMORANDO N.º 313 -SGECC-GEP-ESSALUD-2023, señalando lo siguiente:

*“Sobre el particular, el participante Draeger Perú S.A.C., señala literalmente: "El analizador de oxígeno y el detector de gas (en conjunto, serán denominados "los equipos de Draeger") son considerados funcionalmente equivalentes"; sin embargo, **dicha determinación de "funcionalmente equivalentes" corresponde a un diseño particular de la empresa Draeger en su calidad de fabricante, al incorporar las mismas características (según lo indica el participante) a sus equipos detectores y analizadores.***

*La respuesta elaborada por esta área técnica detalló la principal diferencia entre un equipo "detector" y un "analizador" no solo por el significado expreso de su uso, sino porque principalmente **un equipo detector sólo indica la presencia o existencia de un elemento, a través de cualquier medio (pantalla, sonido, led, etc.), mientras que un equipo analizador, no solo detecta la presencia del elemento sino***

que lo cuantifica, analiza y registra a través de una escala medible.

Dichas diferencias fueron comunicadas al Comité de Selección, en base a la siguiente bibliografía, que es de dominio público:

1)<https://es.gvda-instrument.com/info/difference-between-gas-analyzer-and-gas-detect-77643085.html>

2)<https://www.rockallsafety.co.uk/difference-between-gas-detectors-gas-analysers/>

3)<https://www.ato.com/difference-between-gas-analyzer-and-gas-detector>

4)<https://www.quora.com/What-is-the-difference-between-a-gas-analyzer-and-a-gas-detector>

(...)

Sin embargo, a pesar de ser clara nuestra respuesta, basada en la información presentada inicialmente por el participante, dicho participante señala: "la respuesta de la entidad en nuestra Consulta No. 8, no analiza que los equipos propuestos no solo son iguales y/o equivalentes, sino que dan un valor agregado". Ante ello, debemos precisar que, no era posible determinar las similitudes o equivalencias de los equipos propuestos por la empresa DRAEGER, ya que en la etapa de "Formulación de Consultas y Observaciones" dicho participante no presentó información técnica de sus equipos.

Asimismo, debemos señalar que la formulación de nuestra respuesta no corresponde a o sustituye la etapa de evaluación técnica que deberá realizar el Comité de Selección a la información que presente cada postor en la etapa correspondiente del procedimiento de selección. Adicionalmente, precisamos que el Comité de Selección cuenta con un profesional con conocimiento técnico del objeto de contratación y con el criterio necesario para valorar la experiencia de los postores, considerando la información técnica que presenten las empresas en el proceso de selección.

En la solicitud de Elevación de Cuestionamientos al Pliego de Absolución de Observaciones a las Bases Integradas correspondiente a la LP-SM-6-2023-ESSALUD/GCL-1 presentada por la empresa Draeger Perú SAC, dicha empresa presenta mayor información respecto a sus equipos, información que no se encontraba contenida en la consulta inicial; y por tanto, no podía ser evaluada en la etapa de absolución de consultas.

Dicha información (como se puede ver a continuación) está referida la tecnología que utilizan los equipos detectores y los equipos analizadores que dicha empresa comercializa, siendo lógico que dicha tecnología o principio de detección sea el mismo, puesto que tanto los detectores o analizadores contienen una sonda que sirve para sensar el analito, gas u otro elemento, cuya presencia se requiere detectar

(para el caso de los detectores) o medir, analizar y detectar (para el caso de los analizadores).

(...)

Como se puede observar, la empresa Draeger Perú SAC indica que sus detectores de gases tendrían la capacidad de cumplir con el objeto y finalidad del proceso de selección; sin embargo, eso tendría que ser validado en la etapa de evaluación respectiva, por parte del Comité de Selección, según la documentación que presente dicho participante. No obstante, ello no implica que el área usuaria tenga que modificar los Requisitos de Calificación del requerimiento puesto que, como ya se ha demostrado, existen diferencias claramente establecidas y sustanciales entre equipos comerciales denominados analizador de gases y detector de gases” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Sobre el particular, cabe señalar que, este Organismo Supervisor ha indicado en diversas opiniones³ que la “experiencia” es la destreza adquirida por la reiteración de determinada conducta en el tiempo; es decir, por la habitual transacción del bien, servicio u obra que constituye el giro del negocio del proveedor en el mercado.

Así, en las Bases Estándar objeto de presente contratación se establece que, corresponde a la Entidad definir aquellos bienes similares al objeto de la contratación que los postores deben tener en cuenta a fin de acreditar el requisito de calificación “Experiencia del postor en la especialidad”.

Aunado a ello, cabe indicar que, la Dirección Técnica Normativa mediante la Opinión N° 001-2017/DTN, establece que “(...) *se entenderá como bienes “similares” a aquellos que guarden semejanza o parecido, es decir, que compartan ciertas características esenciales, referidas a su naturaleza, uso, función, entre otras; siendo susceptibles de contratarse en forma conjunta (...)*”.

En tal sentido, corresponde señalar que, la normativa de contrataciones del Estado dispone que la experiencia del postor en la contratación de bienes se mide a través de su facturación, la cual puede acreditarse mediante contratos u órdenes de compra, y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o comprobantes de pago, en **atención a bienes iguales o similares, siendo que, es responsabilidad de la Entidad determinar los contratos que tienen calidad de bienes similares**; es decir, contratos que compartan ciertas características esenciales con el objeto contractual.

De manera previa al análisis, cabe precisar que, el OSCE no tiene calidad de perito técnico para dirimir la pertinencia de las características del requerimiento; sin embargo, es posible requerir a la Entidad un informe respecto a su posición⁴.

³ Opiniones N° 105-2015/DTN, 032-2014/DTN, 082-2012/DTN, 068-2011/DTN, entre otras

⁴ De acuerdo a lo indicado en el Comunicado N°011-2013-OSCE/PRE

Ahora bien, en atención al tenor de lo cuestionado por el recurrente, corresponde señalar lo siguiente:

- Del Informe previamente mencionado, se aprecia que el Área usuaria de la Entidad ratificó los argumentos esgrimidos en la absolución de la consulta y observación N.º 8, respecto a no considerar a los “detectores de gases” como parte de la definición de bienes similares, brindando mayores alcances respecto a su negativa e indicando que se tomó en cuenta ciertos medios informativos que permitieron determinar en su momento que el equipo detector sólo indicaría la presencia o existencia de un elemento; mientras que, un analizador cuantifica, analiza y registra a través de una escala medible.
- Asimismo, agrega que si bien el participante afirma que entre los detectores de gases que ofrece y los analizadores existirían funciones equivalentes; ello sólo a un diseño ofrecido por el recurrente en su calidad de fabricante.

Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde señalar que, el Área Usuaria ratificó la absolución de la consulta y/u observación materia de análisis, lo cual, resultaría razonable en la medida que la Entidad como mejor conocedora de las necesidades que desea satisfacer habría determinado que el “detector de gases” no constituye un bien similar al objeto de la convocatoria.

Adicionalmente, cabe indicar que, de la revisión del “Formato de Resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias” se aprecia que la Entidad declaró la existencia de pluralidad de proveedores con capacidad de cumplir con el requerimiento, lo cual incluye la definición de bienes similares.

En ese sentido, considerando lo señalado en los párrafos precedentes; y en la medida que la pretensión del recurrente estaría referida a incluir al “detector de gases” como parte de los bienes similares considerados por la Entidad; 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. Respecto a los catálogos, folletos, data sheet, carta del fabricante

Al respecto, cabe precisar que, las Bases Estándar objeto de la presente convocatoria disponen que, en caso se determine que adicionalmente a la declaración jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, el postor deba presentar algún otro documento, debe consignar un literal, donde detalle la documentación adicional que el postor debe presentar tales como autorizaciones del producto, folletos, instructivos, catálogos o similares; **detallando con claridad las características y/o requisitos funcionales específicos del bien previstos en las especificaciones técnicas que deben ser acreditadas por el postor con la documentación requerida.**

Asimismo, las mismas Bases estándar disponen que, la Entidad no debe requerir declaraciones juradas adicionales cuyo alcance se encuentre comprendido en la declaración jurada de cumplimiento de especificaciones técnicas (Anexo N° 3) y que, por ende, no aporten información adicional a dicho documento.

Aunado a ello, cabe señalar que, en la Resolución No 2034-2018-TCE-S1, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha establecido lo siguiente: “(...) **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”.

Ahora bien, de la revisión del contenido del literal e) del acápite 2.2.1.1. del Capítulo II y el Capítulo III, de las Bases Integradas, se aprecia que la Entidad consignó el siguiente texto:

*“Para la presentación de ofertas, el proveedor deberá presentar obligatoriamente la **“Hoja de Presentación del Producto”** adjunta en el Anexo II, a efectos de acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los equipos, **el año de fabricación y su procedencia;** los proveedores deberán sustentar sus ofertas con información técnica (catálogos / folletos / data sheet / carta del fabricante), con el fin de acreditar las características técnicas respectivas. En caso de estar en idioma distinto al castellano deberán contar con la traducción simple con la indicación y suscripción de quien oficie de traductor debidamente identificado”.*

Asimismo, de la revisión de los anexos correspondientes a las Bases Integradas se aprecia el siguiente formato:

deberán ser acreditados con la presentación de los documentos mencionados en el párrafo anterior.

- Por otro lado, se advierte que, la Entidad exige la presentación de la “hoja de presentación del producto” para detallar las características, las cuales debería sustentarse mediante documento técnico; no obstante, se advertiría que no se ha precisado las características, por lo que, a efectos de evitar confusión deberá darse la aclaración en el mencionado formato.
- Adicionalmente, cabe indicar que, existe una contradicción entre lo descrito en el literal e) acápite 2.2.1.1. del Capítulo II y el numeral 5.2.2 del requerimiento del del Capítulo III, ambos de la Sección Específica de las Bases, toda vez que, en el primero se indica que se acreditará “año de fabricación” y “procedencia”; mientras que, en el segundo se indica “marca”, “modelo”, “procedencia” y “año de fabricación”. Por lo tanto, a efectos de **uniformizar** deberá añadirse el “marca” y “modelo” en el documento de admisión, así como en los demás extremos de las Bases que describen dicho aspecto.

En ese sentido, con ocasión a la integración definitiva de las Bases, se implementará la siguiente disposición:

- Se **adecuará** el Capítulo III y literal e) acápite 2.2.1.1. del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases integradas definitivas, lo siguiente:

*“e) Para la presentación de ofertas, el proveedor deberá presentar obligatoriamente la “Hoja de Presentación del Producto” adjunta en el Anexo II, a efectos de acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los equipos, **marca, modelo**, el año de fabricación y su procedencia, **las características de los equipos a acreditarse son: A01, A02, A03, B01, B02, B03, C01, C02, C03, C04, D01 y D02.** Los proveedores deberán sustentar sus ofertas con información técnica (catálogos / folletos / data sheet / carta del fabricante), con el fin de acreditar las características técnicas respectivas. En caso de estar en idioma distinto al castellano deberán contar con la traducción simple con la indicación y suscripción de quien oficie de traductor debidamente identificado*

- Se **agregará** en el formato “hoja de presentación del producto”, el texto siguiente: “Se acreditará: **las características de los equipos a acreditarse son: A01, A02, A03, B01, B02, B03, C01, C02, C03, C04, D01 y D02**” que serán materia de sustentación. Asimismo, se **agregará** que el sustento deriva no sólo de “folletería”, sino también catálogos, data heet y carta del fabricante.
- Se **deberá tener en cuenta**⁵ que *“independientemente de la denominación del documento técnico, lo importante es que el documento devenido del fabricante*

⁵ La presente disposición no requiere implementación en las Bases.

o distribuidor permita acreditar las características requeridas en la admisión de oferta”.

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. Experiencia del postor

De la revisión del numeral II -Requisitos de calificación- del requerimiento del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, se advierte que existiría una duplicidad respecto al requisito de calificación “Experiencia del postor en la especialidad”, máxime si en el extremo del requerimiento se ha consignado condiciones para la acreditación de la experiencia que no se condice con las Bases Estándar, tales como, en caso de consorcio “todo los integradas deberá contar la condición de micro y pequeña empresa”, entre otras.

Por lo tanto, se **suprimirá** el numeral II -Requisitos de calificación- del requerimiento del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases.

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. Adelantos

De la revisión del numeral 7.2 -Adelanto- del requerimiento del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, se advierte que el texto previsto para la garantía de los adelantos solo contempla a la “carta fianza” cuando también puede estar acompañada de “póliza de caución”. Por lo que, se **adecuará** a los lineamientos previstos por las Bases Estándar.

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.

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 Definitiva 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, 18 de octubre de 2023