

PRONUNCIAMIENTO N° 422-2020/OSCE-DGR

Entidad: FONDO MIVIVIENDA S.A

Referencia: Concurso Público N° 001-2020/FMV-1, convocado para la contratación del “Servicio de apoyo al control de calidad de software para los sistemas administrativos y financieros del FONDO MIVIVIENDA S.A.”

1. ANTECEDENTES

Mediante el Formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamiento, recibido el 12¹ de noviembre, subsanado el 24² y 27³ de noviembre del 2020, la 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 y Bases Integradas presentada por el participante DELAWARE CONSULTORIA PERU S.A.C, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N°082-2019-EF, en adelante el TUO de la Ley; y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF y Decreto Supremo N° 168-2020-EF, en adelante el Reglamento.

Al respecto, 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 cuestionamiento del mencionado participante, conforme al siguiente detalle:

- **Cuestionamiento Único:** Respecto a la absolución de la consulta u observación N° 9, referida a la “Definición de servicios similares”.

2. CUESTIONAMIENTO

Cuestionamiento Único	Respecto a la “Definición de servicios similares”.
------------------------------	---

El participante DELAWARE CONSULTORIA PERU S.A.C, cuestionó la absolución de la consulta u observación N° 9, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

*“...Dado que **el fin del servicio, la meta y objetivo de la entidad es el control de calidad de software**, el mismo que lo indica en el numeral 4.1 del capítulo III de las bases, y dado que las habilidades, conocimientos, técnicas y experiencia a nivel de servicio como de personas requeridas para **servicios de control de calidad de software son diferentes a servicio de Gestión de proyectos de sistemas, Asesoría, Consultorías, implementación, mantenimiento, y/o desarrollo de sistemas, software y/o soluciones**”*

¹ Mediante Trámite Documentario N° 2020-18034790-LIMA

² Mediante Trámite Documentario N° 2020-18057667-LIMA

³ Mediante Trámite Documentario N° 2020-18066989-LIMA

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

informáticas; se solicita se eleve la observación N° 9 ya que **se está vulnerando el numeral f del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado, al permitir la participación de empresas con experiencia en Gestión de proyectos de sistemas, Asesoría, Consultorías, implementación, mantenimiento, y/o desarrollo de sistemas, software y/o soluciones informáticas.**

Si bien, la Entidad en su respuesta referencia al trato justo e igualitario y no restringir la participación de postores, cabe mencionar que la participación de postores se puede garantizar sin ampliar la participación a postores que no ejecuten servicios de aseguramiento de calidad de software-objeto del presente servicio; más bien el vulnera el trato justo e igualitario para las empresas que si lo tienen.” (El resaltado y subrayado es nuestro).

Base legal

- Artículo 16 de la Ley: Requerimiento
- Artículo 29 del Reglamento: Requerimiento
- Artículo 49 del Reglamento: Requisitos de calificación
- Bases Estándar objeto de la presente convocatoria.

Pronunciamiento

De manera previa, es importante indicar que, este Organismo Técnico Especializado en diversos documentos⁵ ha señalado que la "**experiencia**" -que se acredita según las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado- **es la destreza adquirida por la reiteración de determinada conducta en el tiempo**; es decir, por la habitual ejecución de una prestación.

Al respecto, cabe precisar que, las Bases Estándar objeto de la presente contratación, establece, entre otros, el requisito de calificación “experiencia del postor en la especialidad”, el cual se acreditará mediante el monto facturado acumulado durante los ocho (8) años anteriores a la presentación de ofertas, siendo que, la Entidad deberá para ello precisa cuales son los servicios calificadas como “similares” para su acreditación”.

Así, en diversos Pronunciamientos, se ha precisado que “similar” comprende todo aquello que guarden semejanza o parecido, es decir, que compartan ciertas características esenciales, referidas a su naturaleza, uso, función, entre otras.

En tal sentido, corresponde señalar que, la Entidad tiene la potestad de determinar en calidad de requisito de calificación, a la “experiencia del postor en la especialidad”, para lo cual, deberá precisar los servicios que tengan naturaleza semejante a la que se desea contratar, en calidad de similares, a fin que los potenciales postores puedan estructurar adecuadamente el monto facturado acumulado; y se garantice la predictibilidad en la calificación de la ofertas por parte del comité de selección.

Ahora bien, en atención al tenor de lo cuestionado por el recurrente, corresponde señalar que, en el literal C “Experiencia del postor en la especialidad” del acápite 3.2. “Requisitos de calificación” del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

⁵ Opiniones N° 120-2017/DTN, 105-2015/DTN, 032-2014/DTN, 082-2012/DTN, 068-2011/DTN, entre otras.

C	“EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD
	<p><u>Requisitos:</u></p> <p><i>El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a S/ 300,000.00, 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.</i></p> <p><i>Se consideran <u>prestaciones similares a servicios en: Calidad de Software; Gestión de Proyectos de Sistemas; Asesoría, Consultorías, implementación, mantenimiento, y/o desarrollo de sistemas, software y/o soluciones informáticas</u>” (...) (El resaltado y subrayado es nuestro)</i></p>

Es así que, mediante la consulta u observación N° 9, el participante DELAWARE CONSULTORIA PERU S.A.C, precisó que, siendo el servicio de la Entidad el control de calidad de software, se debería de requerir experiencia específica solamente en calidad de software, ante lo cual, el comité de selección, no aceptó la petición del participante, precisando que, a fin de no vulnerar los principios de contrataciones, consideraría como servicios similares al objeto de la convocatoria los mencionados en las bases, indicando adicionalmente que, el servicio de calidad debería tener una visión holística al atender los requerimientos y proyectos.

Adicionalmente, la Entidad mediante Oficio N° 002-2020-FMV/CS de fecha 27 de noviembre de 2020, remitido con ocasión de la elevación de cuestionamientos, señaló lo siguiente:

“El motivo por el cual se exige la participación de empresas cuya experiencia no solo sea en calidad sino también en gestión de proyectos de Sistemas, Asesoría, Consultorías, Implementación, mantenimiento y/o desarrollo de sistemas, software y/o soluciones informáticas se debe a que como clientes necesitamos que estas empresas nos provean equipos de calidad más capacitados lo que les permitirá desarrollar el servicio de calidad de la mejor manera, puesto que tenemos una cartera amplia de requerimientos sobre mejoras a los procesos de negocio, aplicación de controles a solicitud de los órganos reguladores sobre nuestros sistemas administrativos y financieros” (El resaltado y subrayado es nuestro)

De lo expuesto, se desprende que, el comité de selección en el pliego absolutorio e Informe Técnico, decidió ratificar los servicios similares previstos en las Bases, señalando que, si bien el objeto de la convocatoria comprende el “servicio de control de calidad de software”; cierto es que, existen otras actividades, tales como, gestión de proyectos de Sistemas, Asesoría, Consultorías, Implementación, mantenimiento y/o desarrollo de sistemas, software y/o soluciones informáticas; las cuales constituyen experiencia necesarias para el desarrollo de la contratación, y por ende, resultarían similares.

Siendo que, la decisión de la Entidad, se estriba en la potestad otorgada por la normativa de contrataciones del Estado, la cual dispone que cada Entidad define cuales son los servicios que comparten ciertas características esenciales con el objeto de contratación, y en razón de ello, consignarse en las Bases en calidad de “similares” para acreditar la experiencia del postor, máxime si requerir experiencia en “servicio de control de calidad de software”, comprendería únicamente el ámbito relativo a experiencia igual a la convocatoria, lo cual desvirtuaría la definición de la Entidad y no se condice con el Principio de libertad de concurrencia⁶.

⁶ Literal a) del artículo 2 de la Ley.

Además, cabe señalar que, la Entidad en el numeral 4.2 del “Formato de Resumen Ejecutivo de las Actuaciones Preparatorias (Servicios)” de fecha 15 de octubre de 2020, declaró la existencia de pluralidad de proveedores con capacidad de cumplir con el requerimiento, lo cual incluye la definición de servicios similares, siendo que, dicha condición fue revalidada por el mercado en su oportunidad.

En ese sentido, considerando lo expuesto en los párrafos anteriores; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente extremo del 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, estudio 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

Al respecto cabe señalar que, este Organismo Técnico Especializado ha visto por conveniente hacer indicaciones puntuales a partir de la revisión de oficio, según el siguiente detalle:

3.1. La forma de pago

De la revisión del numeral 2.5 “Forma de pago” del Capítulo II, y del numeral 8. “Conformidad del servicio” de los términos de referencia del Capítulo III, ambos de la Sección Específica de las Bases integradas, se aprecia lo siguiente:

2.5 FORMA DE PAGO

La Entidad realizará el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista según las horas ejecutadas por cada mes, al término de cada mes calendario y previa presentación de los informes correspondientes.

Para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad debe contar con la siguiente documentación:

- **Conformidad** de la prestación efectuada emitida por la Oficina de Tecnología de la Información, la cual será emitida en un plazo que no superará los 10 días calendario de entregado los informes conforme el numeral 6 de los términos de referencia.
- Comprobante de pago.
- Consulta de Autorización de Comprobantes de pago.
- Copia de la orden de servicio.

(...)

8. CONFORMIDAD DEL SERVICIO

La Conformidad del Servicio será otorgada por el Jefe de la Oficina de Tecnologías de Información, la cual será emitida en un plazo que no superará los 07 días calendario de entregado los informes conforme en numeral 6. (El resaltado y subrayado es nuestro)

De lo señalado se observa lo siguiente:

- **Respecto a la consulta de autorización de comprobantes de pago.**

Se advierte que, la Entidad no habría precisado con claridad lo referido a la “consulta de autorización de comprobantes de pago”. Al respecto, la Entidad mediante el Oficio N° 001-2020-FMV/CS de fecha 23 de noviembre de 2020, precisó lo siguiente:

“Consulta de Autorización de Comprobantes de pago.

Lo indicado se refiere a la consulta de veracidad de Comprobante de pago presentado por el proveedor y se realiza a través del portal de la Sunat por la entidad.” (El resaltado y subrayado es nuestro)

En ese sentido, se emitirá una (1) disposición al respecto.

- Se **incluirá** en la “Consulta de Autorización de Comprobantes de pago” del numeral 2.5 “Forma de pago” del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases integradas definitivas, lo referido por la Entidad en el Oficio N° 001-2020-FMV/CS, según el siguiente detalle:

Lo indicado se refiere a la consulta de veracidad de Comprobante de pago presentado por el proveedor y se realiza a través del portal de la Sunat por la entidad.

- **Respecto al plazo para emitir la conformidad.**

De la información consignada por la Entidad, se advertiría que, el área usuaria en los términos de referencia ha previsto que la conformidad será emitida en un plazo no mayor a siete (7) días calendarios, sin embargo, en el numeral 2.5 “Forma de pago” del capítulo II de la Sección Específica de las Bases integradas, se ha indicado que dicho plazo será no mayor a diez (10) días calendarios.

Asimismo, cabe indicar que, en la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 168-2020-EF, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 30 de junio de 2020, se modificaron, entre otros artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los siguientes:

“Artículo 168. Recepción y conformidad

168.3. La conformidad se emite en un plazo máximo de siete (7) días de producida la recepción, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario que debe emitir la conformidad.

168.4. De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (08) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de quince (15) días. Subsanaadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades. (...)”

Al respecto, de la revisión de la información consignada por la Entidad, se advertiría que, la misma no se condice con lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF, por lo que, se emitirá una (1) disposición al respecto.

- **Se adecuará** en el numeral 2.5 del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Integradas, el plazo para emitir la conformidad según lo establecido en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF, según el siguiente detalle:

Conformidad de la prestación efectuada emitida por la Oficina de Tecnología de la Información, la cual será emitida en un plazo ~~que no superará los 10~~ máximo de siete (07) días calendario de entregado los informes conforme el numeral 6 de los términos de referencia, salvo que se requiera efectuar pruebas que permitan verificar el cumplimiento de la obligación, o si se trata de consultorías, en cuyo caso la conformidad se emite en un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad del funcionario que debe emitir la conformidad.

De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (08) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de quince (15) días. Subsanas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades

3.2. De los documentos para la admisión de la oferta

De la revisión del numeral 2.2.1.1. “Documentos para la admisión de la oferta” del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases integradas, se aprecia que se solicita entre otros documentos, el siguiente:

h) Acuerdo de Confidencialidad (Anexo N° 7).

Al respecto, cabe señalar que, lo solicitado por la Entidad, no resulta acorde con los lineamientos establecidos en las Bases Estándar aplicable al presente objeto de contratación, en tanto el referido documento no forma parte del listado de documentos de presentación obligatoria para la admisión de la oferta establecido en las mismas; no obstante, en tanto dicho documento resultaría relevante durante la ejecución de la prestación, su presentación deberá efectuarse para la suscripción del contrato, por lo que, se emitirá dos (2) disposición al respecto.

- **Se suprimirá** del acápite 2.2.1.1 del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases integradas, el literal h).
- **Se incluirá** en el acápite 2.3 “Requisitos para perfeccionar el contrato” del capítulo II de la Sección Específica de las Bases integradas, lo siguiente: *“Acuerdo de confidencialidad (Anexo N° 7)”*.

3.3. El plazo de prestación del servicio

De la revisión del numeral 3.1 “Términos de referencia” del Capítulo III de las Bases integradas, se aprecia lo siguiente:

4. DESCRIPCION DEL SERVICIO

4.4. ETAPAS DEL SERVICIO

Las etapas que conforman el servicio son las siguientes;



4.4.1. Etapa Pre-operativa

El servicio se dará inicio con la firma del acta de Kick off. Tendrá una duración de diez (10) días calendarios. En este plazo se realizarán todas las actividades previas requeridas para la operación del servicio...

(...)

4.4.2. FMV Etapa Operativa:

Tendrá una duración de 24 meses y/o hasta que se consuman las horas contratadas. Es la fase donde el Proveedor adjudicado atiende los requerimientos e incidentes que conforman la demanda del servicio.

(...)

7. PLAZO DE PRESTACIÓN

El servicio tendrá una duración de veinticuatro (24) meses y/o hasta agotar el total de horas contratadas, contados a partir del día siguiente de culminada la etapa pre-operativa.

Etapas Pre operativa: Tiene una duración de 10 días calendario contados a partir de la fecha que se establezca en el contrato, la cual será de acuerdo a las indicaciones del área usuaria. (El resaltado y subrayado es nuestro)

De la información consignada por la Entidad se aprecia lo siguiente:

- **Respecto al plazo de prestación del servicio**

Se aprecia que el servicio objeto de la presente contratación se ejecutaría en dos (2) etapas, esto es, la etapa preoperativa y operativa, para lo cual se estableció distintos plazos para cada etapa.

No obstante, el numeral 7. “Plazo de prestación”, precisa que, “*El servicio tendrá una duración de veinticuatro (24) meses y/o hasta agotar el total de horas contratadas, contados a partir del día siguiente de culminada la etapa pre-operativa.*”; siendo que, el término “servicio” haría referencia a los plazos que corresponderían a las dos etapas (pre-operativa y operativa). Sin embargo, la Entidad habría considerado como plazo del servicio únicamente al que correspondía a la etapa operativa, lo cual podría causar confusión entre los potenciales postores al momento de presentar su oferta.

- **Respecto al inicio del cómputo del plazo de la prestación del servicio en la etapa pre-operativa**

Respecto a la etapa pre-operativa, se aprecia que, la Entidad indicó que “*El servicio se dará inicio con la firma del acta de Kick off...*”, no obstante, en el numeral 7. “Plazo de prestación” precisa que, el inicio del cómputo del plazo se realizaría “*...contados a partir de la fecha que se establezca en el contrato, la cual será de acuerdo a las indicaciones del área usuaria*”, de lo antes expuesto se advertiría incongruencia entre la información consignada en ambos textos, respecto al inicio al inicio del cómputo del plazo de la prestación del servicio en la etapa pre-operativa, lo cual podría causar confusión entre los potenciales postores al momento de presentar su oferta.

En relación a ambos aspectos, con fecha 17 de noviembre de 2020, esta Dirección requirió información adicional a la Entidad, solicitando que, la Entidad precise de forma clara cuál sería el plazo de ejecución contractual, y a partir de cuándo se iniciaría el cómputo del plazo de la etapa pre-operativa, ante lo cual, la Entidad con fecha 24 de noviembre remitió el Informe Técnico N°006-2020-FMV/OTI, el cual precisó lo siguiente:

7. PLAZO DE PRESTACION

Etapas Pre Operativa: Esta etapa tiene una duración de 10 días calendario contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, en esta etapa se hacen coordinaciones, capacitaciones que servirán de base para la etapa Operativa, es por ello que no es facturable. Las actividades se detallan en el punto 4.4.1 de los Términos de Referencia y son adicionales a los veinticuatro (24) meses de duración del servicio (Etapas Operativa).

Etapas Operativa: Esta etapa se inicia al día siguiente de concluida la etapa Pre-Operativa y tendrá una duración de veinticuatro (24) meses y/o hasta agotar el total de horas contratadas y es la etapa donde se efectúa el servicio en si tal como se detallan en el punto 4.4.2 de los Términos de Referencia.

En ese sentido, se emitirá dos (2) disposiciones al respecto.

- **Se adecuará** el numeral 4.4.1 “Etapas pre-operativa” de los términos de referencia del Capítulo III de las Bases integradas, conforme a lo precisado por la Entidad en su Informe Técnico N°006-2020-FMV/OTI, según el siguiente detalle:

“4.4.1 Etapas Pre-operativa

El servicio se dará inicio a partir del día siguiente de suscrito el contrato ~~con la firma del acta de Kick off.~~
Tendrá una duración de diez (10) días calendarios. En este plazo se realizarán todas las actividades previas requeridas para la operación del servicio (...).

- **Se adecuará** el numeral 1.8 del Capítulo I, el numeral 7 del acápite 3.1 del Capítulo III, y la cláusula quinta de la proforma del contrato, del Capítulo V; todas de la Sección Específica de las Bases integradas, conforme a lo precisado por la Entidad en su Informe Técnico N°006-2020-FMV/OTI, según el siguiente detalle:

~~*El servicio tendrá una duración de veinticuatro (24) meses y/o hasta agotar el total de horas contratadas, contados a partir del día siguiente de culminada la etapa pre-operativa.*~~

~~*Etapas Pre operativa: Tiene una duración de 10 días calendario contados a partir de la fecha que se establezca en el contrato, la cual será de acuerdo a las indicaciones del área usuaria.*~~

Etapas Pre Operativa: Esta etapa tiene una duración de 10 días calendario contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, en esta etapa se hacen coordinaciones, capacitaciones que servirán de base para la etapa Operativa, es por ello que no es facturable. Las actividades se detallan en el punto 4.4.1 de los Términos de Referencia y son adicionales a los veinticuatro (24) meses de duración del servicio (Etapas Operativa).

Etapas Operativa: Esta etapa se inicia al día siguiente de concluida la etapa Pre-Operativa y tendrá una duración de veinticuatro (24) meses y/o hasta agotar el total de horas contratadas y es la etapa donde se efectúa el servicio en si tal como se detallan en el punto 4.4.2 de los Términos de Referencia.

3.4. Otras penalidades

El artículo 163 del Reglamento establece que en los documentos del procedimiento de selección se pueden establecer **penalidades distintas a la penalidad por mora,** siempre y cuando sean **objetivas, razonables, congruentes y proporcionales** con el objeto de la contratación.

De la revisión del acápite 4.5 del numeral 3.1 “Términos de referencia” del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases integradas, se aprecia lo siguiente:

4.5. ACUERDO DE NIVELES DE SERVICIO			
<i>La medición de los niveles de servicio se inicia en la etapa Operativa. En la siguiente tabla se muestran los niveles de servicio por indicador establecidos a razones imputables al proveedor, estos indicadores se medirán con frecuencia mensual.</i>			
Definición	Forma de medición	SLA	Penalidad
SLA-01 Número de devoluciones por requerimiento con errores	Cantidad de no aceptaciones realizadas a un mismo requerimiento Evolutivo producto de errores encontrados en producción	< = 2	20% total de horas que tomo atender el requerimiento evolutivo en pruebas de calidad
SLA-02 Impacto en Producción	Numero de requerimientos Evolutivos que presentan errores en el ambiente de producción en el mes en curso	< = 2	20% del total de horas que tomó atender el requerimiento evolutivo en pruebas de Calidad
SLA-03 Permisibilidad de requerimientos con errores	Cantidad de requerimientos Evolutivos entregados a producción con errores/Total de requerimientos Evolutivos entregados	<=10%	10% total de horas de la suma de requerimientos evolutivos entregados a producción con errores.
SLA-04 Permisibilidad sobre el cumplimiento de los procedimientos de FMV	Cantidad de requerimientos evolutivos entregados a Producción con incumplimiento de los procedimientos/Total de requerimientos evolutivos entregados.	<=10%	10% total de horas de la suma de requerimientos evolutivos entregados a producción con incumplimiento de los procedimientos.

Al respecto, cabe precisar que, la Entidad habría previsto penalidades distintas a la de mora, las cuales no se condicen con los lineamientos establecidos en las Bases Estándar correspondientes al presente procedimiento de selección, dado que, no se habría precisado de forma clara los supuesto de aplicación de penalidad, ni el procedimiento mediante el cual se verificará el supuesto a penalizar, tampoco la fórmula de cálculo aplicable a cada penalidad la (la cual debe ser razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación).

En relación a ello, con fecha 17 de noviembre de 2020, esta Dirección requirió información adicional, solicitando que, la Entidad precise de forma clara los supuestos de aplicación de penalidad, su forma de cálculo, procedimiento (forma de medición), conforme a lo establecido en las Bases Estándar, ante lo cual, la Entidad con fecha 24 de noviembre remitió el Informe Técnico N°006-2020-FMV/OTI, el cual precisó lo siguiente:

OTRAS PENALIDADES					
Num. SLA	Supuesto de aplicación	Forma de medición	SLA	Penalidad	Forma de cálculo de penalidad
SLA01	Devolución de requerimientos con errores en el periodo	Cantidad de NO aceptaciones realizadas a un mismo requerimiento Evolutivo producto de errores encontrados en producción	≤ 2	20% total de horas que tomo atender el requerimiento evolutivo en pruebas de calidad	20% (NH) (CH) NH = número de horas de atención del requerimiento evolutivo CH = costo hora hombre
SLA02	Impacto en Producción en el periodo	Numero de requerimientos Evolutivos que presentan errores en el ambiente de producción en el mes en curso	≤ 2	20% del total de horas que tomó atender los requerimientos evolutivos en pruebas de Calidad	20% (NH)(CH) NH = número de horas de atención de requerimientos evolutivos CH = costo hora hombre
SLA03	Permisibilidad de requerimientos con errores en el periodo	Cantidad de requerimientos Evolutivos entregados a producción con errores/Total de requerimientos Evolutivos entregados	≤ 1 0%	10% total de horas de la suma de requerimientos evolutivos entregados a producción con errores.	10% (TH)(CH) TH = número de horas de requerimientos evolutivos entregados a producción con errores CH = costo hora hombre
SLA04	Incumplimiento de los procedimientos de FMV en el periodo	Cantidad de requerimientos evolutivos entregados a Producción con incumplimiento de los procedimientos/Total de requerimientos evolutivos entregados.	≤ 1 0%	10% total de horas de la suma de requerimientos evolutivos entregados a producción con incumplimiento de los procedimientos.	10% (THI)(CH) THI = número de horas de requerimientos evolutivos entregados a producción con incumplimiento de los procedimientos CH = costo hora hombre

En relación a lo expuesto y considerando las precisiones realizadas por la entidad en su Informe Técnico N° 006-2020-FMV/OTI, se emitirá una (1) disposición al respecto:

- **Se adecuará** el numeral 4.5 del acápite 3.1 “Términos de referencia” del Capítulo III y la cláusula duodécima de la proforma del contrato, ambos de la Sección Específica de las Bases integradas, conforme a lo indicado por la Entidad en su Informe Técnico N° 006-2020-FMV/OTI.

3.5. La formación académica del personal clave

De la revisión del numeral 3.2 “Requisitos de calificación” del capítulo III de la Sección Específica de las Bases integradas (no definitivas), se aprecia lo siguiente:

B.3.1 FORMACIÓN ACADÉMICA

Se considerará a cuatro (04) profesionales como personal clave, los mismos que deben cumplir el siguiente perfil

Requisitos:

Grado de Bachiller o Titulado en las carreras de Ingeniería: en especialidades de Sistemas, Software, Computación, Informática y/o de Procesos

Acreditación:

El **[CONSIGNAR EL GRADO O TÍTULO PROFESIONAL REQUERIDO]** será verificado por el comité de selección en el Registro Nacional de Grados Académicos y Títulos Profesionales en el portal web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU a través del siguiente link: <https://enlinea.sunedu.gob.pe/> o en el Registro Nacional de Certificados, Grados y Títulos a cargo del Ministerio de Educación a través del siguiente link : <http://www.titulosinstitutos.pe/> según corresponda.

En caso **[CONSIGNAR EL GRADO O TÍTULO PROFESIONAL REQUERIDO]** no se encuentre inscrito en el referido registro, el postor debe presentar la copia del diploma respectivo a fin de acreditar la formación académica requerida. (El resaltado y subrayado es nuestro)

De lo señalado, se advierte que la Entidad como parte de la acreditación de la formación académica consignó el siguiente texto: “[CONSIGNAR EL GRADO O TÍTULO PROFESIONAL REQUERIDO]” - tal cual lo establecen las Bases Estándar -, lo cual podría generar confusión entre los potenciales postores, ya que, no se habría precisado de forma clara los documentos que acreditarían dicha formación académica.

Al respecto, la Entidad a través del Oficio N° 001-2020-FMV/CS de fecha 23 de noviembre de 2020, precisó lo siguiente:

Se precisa lo siguiente:

Dice: El [CONSIGNAR EL GRADO O TÍTULO PROFESIONAL REQUERIDO] será (...)

Debe decir: El GRADO DE BACHILLER O TÍTULO PROFESIONAL será (...)

En ese sentido, se emitirá una (1) disposición al respecto.

- **Se adecuará** en el acápite B.3.1“Formación académica” del numeral 3.2 “Requisitos de calificación” del capítulo III de la Sección Específica de las Bases integradas, lo indicado por la Entidad mediante el Oficio 001-2020-FMV/CS, según el siguiente detalle:

B.3.1 FORMACIÓN ACADÉMICA

Se considerará a cuatro (04) profesionales como personal clave, los mismos que deben cumplir el siguiente perfil

Requisitos:

Grado de Bachiller o Titulado en las carreras de Ingeniería: en especialidades de Sistemas, Software, Computación, Informática y/o de Procesos

Acreditación:

El ~~[CONSIGNAR EL GRADO O TÍTULO PROFESIONAL REQUERIDO]~~ **GRADO DE BACHILLER O TÍTULO PROFESIONAL** será verificado por el comité de selección en el Registro Nacional de Grados Académicos y Títulos Profesionales en el portal web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU a través del siguiente link: <https://enlinea.sunedu.gob.pe/> o en el Registro Nacional de Certificados, Grados y Títulos a cargo del Ministerio de Educación a través del siguiente link : <http://www.titulosinstitutos.pe/> según corresponda.

En caso ~~¡CONSIGNAR EL GRADO O TÍTULO PROFESIONAL REQUERIDO!~~ **EL GRADO DE BACHILLER O TÍTULO PROFESIONAL** no se encuentre inscrito en el referido registro, el postor debe presentar la copia del diploma respectivo a fin de acreditar la formación académica requerida.

3.6. La experiencia del personal clave

En relación a la experiencia del personal clave, de la revisión del acápite II “Consideraciones específicas – requisitos de calificación” del numeral 3.1 “Términos de referencia, y del acápite B.4 “Experiencia del personal clave” del numeral 3.2 “Requisitos de calificación”, ambos del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases integradas (no definitivas), se aprecia lo siguiente:

(...)

- *Acreditar una experiencia mínima dos (02) años en labores como Analista de desarrollo y/o mantenimientos de aplicaciones o soluciones informáticas.*
- *Experiencia específica mínima de dos (02) años en actividades de: Analista de Calidad de software, Analista de QA y/o Analista en tester de software.*

(...)

Al respecto, se advierte que la Entidad estaría requiriendo una doble experiencia al personal clave en contravención con los criterios vertidos en diversos pronunciamientos, por lo cual, este Organismo Técnico Especializado requirió su adecuación, siendo que, la Entidad en el Informe Técnico N° 006-2020-FMV/OTI de fecha 19 de noviembre de 2020, precisó lo siguiente:

(...)

- *Acreditar una experiencia mínima dos (02) años en labores como Analista de desarrollo y/o Analista de Calidad de software y/o Analista de QA y/o Analista en tester de software.*

En ese sentido, se emitirá una (1) disposición al respecto.

- **Se adecuará** en el acápite II “Consideraciones específicas – requisitos de calificación” del numeral 3.1 “Términos de referencia, y del acápite B.4 “Experiencia del personal clave” del numeral 3.2 “Requisitos de calificación”, ambos del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases integradas, lo precisado por la Entidad en el Informe Técnico N° 006-2020-FMV/OTI, según el siguiente detalle:

- ~~*Acreditar una experiencia mínima dos (02) años en labores como Analista de desarrollo y/o mantenimientos de aplicaciones o soluciones informáticas.*~~
- ~~*Experiencia específica mínima de dos (02) años en actividades de: Analista de Calidad de software, Analista de QA y/o Analista en tester de software.*~~
- *Acreditar una experiencia mínima dos (02) años en labores como Analista de desarrollo y/o Analista de Calidad de software y/o Analista de QA y/o Analista en tester de software.*

3.7. La proforma del contrato

De la revisión de la “cláusula décima sexta: anticorrupción de la proforma del contrato” del capítulo V de la sección Específica de las Bases integradas, se aprecia lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: ANTICORRUPCIÓN

EL CONTRATISTA/CONSULTOR/PROVEEDOR declara y garantiza lo siguiente:

- a) Que, para la negociación, preparación y/o celebración del presente contrato, no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ofrecido, negociado, efectuado, recibido o intentado realizar un pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal para obtener o influenciar en la obtención del presente contrato.
- b) Que, en la negociación, preparación, celebración y/o ejecución del presente contrato se ha conducido y conducirá en todo momento, con honestidad, probidad, veracidad, integridad, con apego a las normas legales y éticas, sin incurrir en actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, declarando incluso que si detecta un acto de conflicto de interés dará aviso al FONDO MIVIVIENDA S.A., para que se determine como proceder en esos casos, contando con un plazo de cinco días hábiles para dar aviso al FONDO MIVIVIENDA S.A. desde la fecha en que detectará la existencia de conflicto de interés.

EL CONTRATISTA/CONSULTOR/PROVEEDOR asume el compromiso a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y de adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente cláusula, durante la ejecución del contrato, da el derecho al FONDO MIVIVIENDA S.A. a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que el FONDO MIVIVIENDA S.A. remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.

Al respecto, se aprecia que la “cláusula décima sexta: anticorrupción” de la proforma del contrato del capítulo V de la Sección Específica de las Bases integradas (no definitivas) no se condice con los lineamientos establecidos en las Bases Estándar objeto de la presente convocatoria.

En ese sentido, se emitirá una (1) disposición al respecto.

- Se **adecuará** la “cláusula décima sexta: anticorrupción” de la proforma del contrato del Capítulo V de la Sección Específica de las Bases integradas, de acuerdo a los lineamientos establecidos en las Bases Estándar objeto de la presente convocatoria, conforme al siguiente detalle:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: ANTICORRUPCIÓN

EL CONTRATISTA/~~CONSULTOR/PROVEEDOR~~ declara y garantiza lo siguiente:

- ~~a) Que, para la negociación, preparación y/o celebración del presente contrato, no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ofrecido, negociado, efectuado, cualquier recibido o intentado realizar un pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al para obtener o influenciar en la obtención del presente contrato.~~
- b) Asimismo, el CONTRATISTA se obliga a conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato ~~Que, en la negociación, preparación, celebración y/o ejecución del presente contrato se ha conducido y conducirá en todo momento,~~ con honestidad, probidad, veracidad, e integridad, ~~con apego a las normas legales y éticas, sin incurrir en~~ y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios,

accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ~~declarando incluso que si detecta un acto de conflicto de interés dará aviso al FONDO MIVIVIENDA S.A., para que se determine como proceder en esos casos, contando con un plazo de cinco días hábiles para dar aviso al FONDO MIVIVIENDA S.A. desde la fecha en que detectará la existencia de conflicto de interés.~~

*Además, EL CONTRATISTA/~~CONSULTOR/PROVEEDOR~~ ~~asume el compromiso~~ *se compromete* a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y de adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.*

~~El incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente cláusula, durante la ejecución del contrato, da el derecho al FONDO MIVIVIENDA S.A. a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que el FONDO MIVIVIENDA S.A. remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.~~

3.8. Presentación de ofertas

En primer lugar se debe recordar que, en el artículo 72 del Reglamento establece que los participantes -en el plazo de tres (3) días hábiles siguientes a su publicación- tienen la posibilidad de elevar los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones e integración de bases, cuando estos contengan supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones, a los principios que rigen la contratación pública, u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación.

Por su parte, el literal c) del numeral 9.1.4 de la Directiva N° 007-2019-OSCE/CD “Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE”, establece que la Entidad tiene la obligación⁷ de registrar la elevación de cuestionamientos en el SEACE, en la fecha establecida en el cronograma del procedimiento.

Ahora bien, es conveniente señalar que con el mencionado registro el procedimiento de selección se suspende hasta la publicación del Pronunciamiento e Integración de Bases definitivas.

En el presente caso, se aprecia que el participante DELAWARE CONSULTORIA PERU S.A.C presentó con fecha **11 de noviembre de 2020**, ante la Entidad su solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones e integración de Bases; no obstante, de la revisión de la ficha del SEACE, se advierte que la Entidad, a la fecha, no ha registrado dicha información; pese a que, la etapa de presentación de ofertas estaba programada para el **23 de noviembre de 2020**.

En razón de ello, la omisión del registro de la elevación de cuestionamientos por parte del Entidad, conllevó a que el procedimiento de selección aún no se encontrará suspendido a la fecha de presentación de ofertas (**23 de noviembre de 2020**), lo cual ha permitido que los participantes registren su oferta mediante el SEACE, situación que contraviene la citada Directiva.

⁷ Cabe precisar que, la mencionada Directiva establece en el numeral III – Alcance- que las disposiciones que contienen son de cumplimiento “obligatorio” para las Entidades que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

Por lo tanto, la actuación de la Entidad habría vulnerado la mencionada directiva que regula el registro de información en el SEACE, así como los Principios de Libertad de Concurrencia y Competencia que se aplican transversalmente a toda contratación estatal.

En ese sentido, cabe señalar que, lo expuesto anteriormente revela un vicio que afecta la validez del procedimiento, por lo cual, el Titular de la Entidad **deberá declarar la nulidad**⁸ del procedimiento de selección, conforme a los alcances del artículo 44 de la Ley, de modo que aquél se retrotraiga a la etapa de presentación de ofertas.

Finalmente, cabe indicar que, si bien la presentación de ofertas constituye una etapa posterior a la emisión de Pronunciamiento y Bases Integradas Definitivas, es el caso que, al encontrarnos en el marco de un procedimiento electrónico y al haberse realizado dicha etapa en forma anticipada, resulta necesario que se declare la nulidad del procedimiento de selección a fin de que las etapas del mismo se lleven a cabo en el orden contemplado en la normativa de contratación pública.

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.

⁸ El Tribunal de Contrataciones del Estado en su Resolución N° 1142-2018-TCE-S2 señala que, “la nulidad es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el ámbito de la contratación pública, una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulación del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acción, positiva u omisiva, de la Administración o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuación afecte la decisión final tomada por la Administración”.

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

Jesús María, 10 de diciembre de 2020

Códigos: 6.5-22.1