

PRONUNCIAMIENTO N° 81-2024/OSCE-DGR

Entidad: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Referencia: Concurso Público N°4-2023-INDECOPI-1, convocado para contratación del “Servicio de seguridad y vigilancia integral a nivel nacional del Indecopi”

1. ANTECEDENTES

Mediante el Formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamiento recibido el 29¹ de enero y subsanado el 15² de febrero de 2024, 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 y bases integradas presentada por los participantes **SEGUROC SOCIEDAD ANÓNIMA** y **SERVIGENVIG SOCIEDAD ANONIMA CERRADA - SERVIGENVIG S.A.C.**, 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 mediante la Mesa de Partes de este Organismo Técnico Especializado, la cual tiene carácter de declaración jurada.

Al respecto, cabe precisar que en la emisión del presente pronunciamiento se utilizó el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio³; y, los temas materia de cuestionamientos del mencionado participante, conforme el siguiente detalle:

Cuestionamiento N° 1: Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 21, referida a la ***“Garantía de fiel cumplimiento”***.

Cuestionamiento N° 2: Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 34, referida al ***“Reemplazo de los agentes de vigilancia por fuerza mayor o caso fortuito”***.

Cuestionamiento N° 3: Respecto a la absolución de las consultas y/u observaciones N° 49, N° 50 y N° 76, referida a la ***“Cantidad de consorciados”***.

¹ Mediante el PROVEIDO N° D000335-2024-OSCE-SIRC.

² Mediante el PROVEIDO N° D000526-2024-OSCE-SIRC y PROVEIDO N° D000527-2024-OSCE-SIRC.

³ Para la emisión del presente Pronunciamiento se utilizará la numeración establecida en el pliego absolutorio en versión PDF.

Cuestionamiento N° 4: Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 67, referida a la “*Aplicación de las otras penalidades*”.

Cuestionamiento N° 5: Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 88, referida al “*Formato de estructura de costos*”.

2. CUESTIONAMIENTOS

Cuestionamiento N° 1: Respecto a la “*Garantía de fiel cumplimiento*”

El participante **SEGUROC SOCIEDAD ANÓNIMA** cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 21, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

“(…)

Conforme podemos advertir, la entidad tiene un evidente error, puesto que, la observación realizada por nuestra parte fue respecto del inciso a) del numeral 2.3 (Requisitos para Perfeccionar el Contrato) del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Estandarizadas del OSCE utilizadas por el INDECOPI.

En ese sentido, teniendo en consideración que la Sección Específica de las Bases Estandarizadas del OSCE si se puede modificar, solicitamos a su despacho que se incluya lo señalado por el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1553, instrumento legislativo que dispone la formalización de la garantía de fiel cumplimiento vinculada a los procedimientos de selección que convoquen en el 2023 y bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, por medio de la retención del monto total de la garantía que corresponda a prorrata sobre la facturación vinculada a las contraprestaciones de dicha relación contractual.

De esta manera, pedimos la aplicación de la normativa antes citada, en el presente procedimiento de selección convocado en el año 2023 a fin de afectar la facturación correspondiente en la proporción y porcentaje establecido por ley hasta completar el 10% (diez por ciento) del monto del contrato; ello en estricta sujeción a derecho para aquellas empresas que no tienen la condición de micro o pequeña empresa debidamente acreditadas en el REMYPE.” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Pronunciamiento

En el numeral 2.3 “Requisitos para perfeccionar el contrato” del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“2.3. REQUISITOS PARA PERFECCIONAR EL CONTRATO

El postor ganador de la buena pro debe presentar los siguientes documentos para perfeccionar el contrato:

a) *Garantía de fiel cumplimiento del contrato.*
(...)”.

Es así que, mediante la consulta y/u observación N° 21, en lo relativo a la garantía de fiel cumplimiento, el participante sostiene que se debe **incluir** lo indicado en el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1553, es decir, sobre el fondo de garantía como medio alternativo para garantizar contratos, emitidos en el año 2023; ante lo cual, el comité de selección no acogió la observación presentada, señalando que haría referencia a la sección general de las bases estandarizadas del OSCE, la cual señala que no deben ser modificada en ningún extremo, bajo sanción de nulidad.

En vista de ello, el recurrente cuestionó la absolución de la consulta y/u observación materia de análisis, argumentando que existiría un error ya que la observación realizada fue respecto del inciso a) del numeral 2.3 “Requisitos para perfeccionar el contrato” de la sección específica de las bases estandarizadas, por lo que dicha sección sí puede ser modificada.

En virtud al aspecto cuestionado, mediante el INFORME N° 000031-2024-UAB-SG/INDECOPI de fecha 25 de enero de 2024⁴, la Entidad señaló lo siguiente:

“(…)”

Al respecto, dicha observación hace referencia al numeral III, literal 3.2.2, página 9 de la sección GENERAL de las bases estándar elaboradas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones – OSCE, la que en su sección general indica SECCIÓN GENERAL: (ESTA SECCIÓN NO DEBE SER MODIFICADA EN NINGÚN EXTREMO, BAJO SANCIÓN DE NULIDAD)

*Tal como se puede apreciar, **el participante hace una observación, la cual no figura en su acápite de las bases, con diferente sección, diferente numeral, diferente literal y diferente número de página, en ese sentido hace referencia a una SECCIÓN GENERAL la cual, dentro de las bases estandarizadas del OSCE, no puede ser modificada en ningún extremo, bajo sanción de nulidad, por tal motivo el comité no acogió dicha observación.***

Se debe tener presente que el Tribunal de Contrataciones del Estado en su Resolución N° 4016-2022-TEC-S4 (así como en otros pronunciamientos) precisa que “(…) corresponde recordar que no es obligación del comité de selección interpretar el alcance de una oferta, esclarecer ambigüedades, precisar contradicciones o imprecisiones, sino aplicar las bases integradas y evaluar las ofertas en virtud de ellas.” (El subrayado y resaltado es agregado).

Después de revisar los alcances preliminares, es importante destacar que, aunque la Entidad haya confirmado en su informe que el participante habría realizado su consulta u observación respecto de la sección correspondiente de las bases (diferente sección, numeral, literal y página) y que hacía referencia a la sección general de las bases estandarizadas del OSCE, la cual no puede ser alterada bajo sanción de nulidad, cabe señalar que el recurrente, en su solicitud de elevación aclaró, entre otros aspectos,

⁴ Remitido mediante PROVEIDO N° D000335-2024-OSCE-SIRC el 3 de febrero de 2024.

que su observación estaba dirigida al inciso a) del numeral 2.3 (Requisitos para Perfeccionar el Contrato) del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Estandarizadas del OSCE. Por lo tanto, la Entidad no se habría pronunciado sobre el punto abordado por el recurrente.

Dado lo anterior, y considerando lo expuesto por el recurrente en su solicitud de revisión, la Entidad emitió el INFORME N° 000001-2024-UAB/INDECOPI con fecha del 15 de febrero de 2024⁵, donde se indicó lo siguiente:

Con ocasión a dicha Notificación y en atención a lo manifestado por el Comité de Selección mediante documento b) de la referencia, resulta pertinente acotar que el Decreto Legislativo No 1553 “Decreto Legislativo que establece medidas en materia de inversión pública y de contratación pública que coadyuven al impulso de la reactivación económica” dispuso en el numeral 9.1 del artículo 9 lo siguiente:

“Autorizar a las entidades para que en el Año Fiscal 2023, en los documentos de los procedimientos de selección que se convoquen bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, establezcan que el postor adjudicado tiene la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar las garantías de fiel cumplimiento y de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, de corresponder, por la retención del monto total de la garantía correspondiente”. (Lo resaltado es nuestro)

2.4. Asimismo, el numeral 9.3 del artículo 9 de la precitada norma señala que ello “(..) es aplicable para los contratos de ejecución periódica de suministro de bienes, servicios, consultorías y de ejecución de obras, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: i) El plazo de la prestación sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; (...)”.

2.5. En tal sentido, considerando lo dispuesto en el Decreto Legislativo No 1553 y en concordancia con lo opinado por el Comité de Selección, esta Unidad - en su calidad de área usuaria - ACOGE la referida observación, quedando redactada de la siguiente manera:

2.1. REQUISITOS PARA PERFECCIONAR EL CONTRATO

El postor ganador de la buena pro debe presentar los siguientes documentos para perfeccionar el contrato:

- a) Garantía de fiel cumplimiento del contrato¹*
- b) (...)”*

1. En concordancia con el numeral 9.1 del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1553-2023 el postor adjudicado tiene la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, por la retención del monto total de la garantía correspondiente”.

En relación con los cuestionamientos planteados por el recurrente, es pertinente mencionar que el artículo 9 del Decreto Legislativo N.º 1553 establece medidas extraordinarias para impulsar la dinamización de las inversiones en la reactivación económica y la ejecución del gasto público. Entre estas medidas, se contempla la autorización a las Entidades para que, en los documentos de los procedimientos de

⁵ Información extraída del PROVEIDO N° D000526-2024-OSCE-SIRC y PROVEIDO N° D000527-2024-OSCE-SIRC.

selección convocados bajo los regímenes de contratación del Sistema Nacional de Abastecimiento, otorguen al postor adjudicado la posibilidad de optar, como alternativa a la presentación de garantías de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias, por la retención del monto total de la garantía correspondiente.

En este contexto, se deduce que dicha autorización implica que las Entidades sean las encargadas de decidir si incluir en los documentos del procedimiento de selección la facultad para el postor adjudicado de elegir la retención del monto total de la garantía como alternativa a las garantías de fiel cumplimiento y por prestaciones accesorias.

En ese sentido, considerando que la Entidad adoptó⁶ la decisión de aceptar el pedido del participante, esto es, de considerar adecuada la aplicación del Decreto Legislativo N.º 1553 conforme a lo expresado por el participante, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER** el presente extremo del cuestionamiento.

- Se **añadirá** en el numeral 2.3 “Requisitos para perfeccionar el contrato” del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases, lo siguiente:

2.1. REQUISITOS PARA PERFECCIONAR EL CONTRATO

El postor ganador de la buena pro debe presentar los siguientes documentos para perfeccionar el contrato:

a) Garantía de fiel cumplimiento del contrato

NOTA

En concordancia con el numeral 9.1 del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1553-2023 el postor adjudicado tiene la facultad de optar, como medio alternativo a la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, por la retención del monto total de la garantía correspondiente”

Cabe precisar que **se dejará sin efecto y/o ajustará** todo extremo del pliego absolutorio y de las Bases que se opongan a las disposiciones previstas en el párrafo anterior.

Cuestionamiento N° 2:

Respecto al “Reemplazo de los agentes de vigilancia por fuerza mayor o caso fortuito”

El participante **SERVIGENVIG SOCIEDAD ANONIMA CERRADA - SERVIGENVIG S.A.C.**, cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 34, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

⁶ 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.

“(…)

Se evidencia que al absolver la consulta no se estableció o precisó ningún tipo de procedimiento para este tipo de casos, solo se indicó que en el numeral 5.7 inciso b) se encuentra establecido el procedimiento y plazo determinado para el cambio ante la situación de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual al leer el numeral indicado no señalan un procedimiento para este tipo de casos, sino que indican que será de igual manera con dos días de anticipación, hay casos en los que no puede proveerse este tipo de situaciones.

Por lo expuesto, se puede apreciar que el comité de selección se ha limitado a indicar que la información requerida se encuentra en el 5.7 inciso b) contraviene el principio de transparencia, vulnerando el principio rector de transparencia en las contrataciones públicas señalado en el artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado.” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Pronunciamiento

En el acápite 5.7 “Reemplazo de personal” previsto en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“5.7. REEMPLAZO DE PERSONAL

a) CUANDO EL INDECOPI LO SOLICITE:

Los supervisores y/o agentes podrán ser cambiados, rotados o retirados del servicio que el contratista presta en los locales del Indecopi; la solicitud podrá ser realizada por el encargado de Seguridad Interna o el encargado de la Coordinación de Servicios Generales de la Unidad de Abastecimiento, mediante carta o vía correo electrónico institucional.

El contratista presentará en el plazo máximo de dos (02) días hábiles, contados desde el día siguiente de la notificación de la solicitud de la entidad, el legajo personal del supervisor y/o agente propuesto para el reemplazo, conteniendo los documentos que acrediten el perfil requerido en las bases. Dicha documentación será presentada a través de la mesa de partes del Indecopi, dirigido a la Unidad de Abastecimiento, ubicada en calle de la Prosa N° 104, distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima, de lunes a viernes en horario de 08:30 a 16:30 horas, o a través de la Mesa de Partes Virtual: <https://www.Indecopi.gob.pe/envio-de-documentos>

El encargado de Seguridad Interna del Indecopi deberá emitir la respuesta al contratista, a través del correo electrónico institucional en el plazo de dos (02) días hábiles como máximo, contado desde el día siguiente de la recepción de la documentación para su evaluación.

b) CUANDO EL CONTRATISTA SOLICITE REEMPLAZOS:

De alguno de los supervisores y/o agentes, por (cese laboral, enfermedad, descanso médico, caso fortuito o de fuerza mayor debidamente sustentado), deberá realizar el procedimiento descrito en el segundo párrafo del literal a), debiendo solicitarlo con una anticipación de dos (02) días calendario como máximo previo al inicio del reemplazo.

El supervisor o agente de seguridad deberá cumplir con las funciones asignadas de acuerdo con lo establecido en los numerales 5.2.1 y 5.2.2, según corresponda.

En caso el contratista desee reemplazar al supervisor y/o agente antes y/o al inicio del servicio deberá el nuevo personal cumplir con iguales o superiores características de lo establecido en las bases, debiendo presentar la documentación que acredita el cumplimiento de lo establecido en los literales i, j, k, l, m, n, o, p, q, r, s de numeral 5.20 de los términos de referencia y/o literal B.1.1 y B.2 de los requisitos de calificación según corresponda, debiendo cumplir de corresponder con lo establecido en el literal a) del numeral 5.7 del presente”.

Así pues, a través de la consulta y/o observación N° 34, se solicitó una precisión en los términos de referencia respecto a la posibilidad de cambio o reemplazo del vigilante en caso de fuerza mayor o caso fortuito. Se solicitó que la Entidad permitiera dicho cambio, previa comunicación por escrito o correo electrónico, otorgando un plazo razonable de 5 días hábiles al contratista para regularizar documentalmente el cambio de personal.

En respuesta, el comité de selección aclaró, entre otros aspectos, que el procedimiento y plazo determinado para el cambio en caso de fuerza mayor o caso fortuito se encuentra establecido en el inciso b) del numeral 5.7.

Sin embargo, el recurrente cuestionó la absolución de la consulta u observación objeto de análisis, argumentando que el numeral referido por el comité de selección no especifica un procedimiento para tales casos (fuerza mayor o fortuito), sino que simplemente indica que el cambio debe realizarse con dos días de anticipación, lo que según él podría generar situaciones en las que no se pudiera atender adecuadamente.

Considerando lo expuesto por el recurrente en su solicitud de elevación, la Entidad emitió el INFORME N° 000031-2024-UAB-SG/INDECOPI con fecha del 25 de enero de 2024⁷, en el cual se expresó lo siguiente:

“(…)

*De acuerdo con lo expuesto en el numeral 5.7 de los términos de referencia sobre Reemplazo de personal, se ha considerado en el literal b) **que en los casos que el Contratista solicite el reemplazo de alguno de los supervisores y/o agentes, ya sea por (cese laboral, enfermedad, descanso médico, caso fortuito o de fuerza mayor), deberá presentar en el plazo máximo de dos (02) días hábiles en el caso de estos extremos deberá el contratista considerar el plazo desde tomado el conocimiento, debiendo en cumplimiento de los términos de referencia presentar el legajo personal del supervisor y/o agente propuesto para cubrir el reemplazo, conteniendo los documentos que acrediten el perfil requerido en las bases, se aclara que los documentos a presentar se encuentran en el numeral 5.20 de los términos de referencia. Dicha documentación será presentada a través de la mesa de partes del Indecopi, dirigido a la Unidad de Abastecimiento, ubicada en calle de la Prosa N° 104, distrito de San Borja, provincia y departamento de Lima, de lunes***

⁷ Remitido mediante PROVEIDO N° D000335-2024-OSCE-SIRC el 3 de febrero de 2024.

a viernes en horario de 08:30 a 16:30 horas, o a través de la Mesa de Partes Virtual: <https://www.Indecopi.gob.pe/envio-dedocumentos>, posterior a este procedimiento, el encargado de Seguridad Interna del Indecopi emitirá la respuesta al contratista, a través del correo electrónico institucional en la plazo de dos (02) días hábiles como máximo, contados desde el día siguiente de la recepción de la documentación para su evaluación.

Consideramos que el plazo para la presentación de un reemplazo en cualquiera de los casos expuestos en el ejemplo, que el agente titular renuncie con efecto inmediato, abandono del servicio, inasistencia por enfermedad o en el peor de los casos, muerte del agente de seguridad, el contratista remita la documentación correspondiente ni bien tome conocimiento de lo sucedido con alguno de sus agentes, a fin de que tome las medidas necesarias correspondientes a fin de salvaguardar el cumplimiento contractual con la Entidad.” (El subrayado y resaltado es agregado).

En relación con los puntos objetados por el recurrente, se observa que la Entidad, a través del informe técnico mencionado⁸ y con un entendimiento de las necesidades a satisfacer, habría reafirmado su requerimiento en cuanto al procedimiento para sustituir a supervisores y/o agentes de vigilancia, ya sea por cese laboral, enfermedad, descanso médico, caso fortuito o fuerza mayor. Se establece que el contratista tendría un máximo de dos (2) días hábiles para presentar el expediente del nuevo supervisor y/o agente propuesto para la sustitución, una vez que tenga conocimiento de la situación.

En este sentido, aclaró que en casos como la renuncia inmediata del agente titular, abandono de servicio, ausencia por enfermedad o, en el peor de los escenarios, fallecimiento del agente de seguridad, el contratista deberá enviar la documentación requerida tan pronto como tenga conocimiento de los hechos, con el fin de tomar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento contractual con la Entidad.

Además, en el numeral 4.2 del Resumen Ejecutivo de Actuaciones Preparatorias (Servicios), la Entidad ha declarado la existencia de múltiples proveedores con capacidad para cumplir con los requisitos, incluyendo el procedimiento y plazo establecidos por el INDECOPI para sustituir a los agentes de vigilancia en casos de fuerza mayor o fortuitos.

Considerando que la solicitud del recurrente se encuentra dirigida a requerir que la Entidad detalle en las bases el procedimiento para cambiar o reemplazar al personal de vigilancia en situaciones de fuerza mayor o casos fortuitos, con el fin de prevenir dichas eventualidades y comunicarlo con anticipación adecuada, y dado que la Entidad ha reiterado su requerimiento⁹, lo cual está dentro de su facultad según la normativa de

⁸ Ver la Opinión N.º 002-2020/DTN, entre otras, así como lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley, como del artículo 29 del Reglamento.

⁹ 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

contrataciones públicas, este Organismo Técnico Especializado ha determinado **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Cuestionamiento N° 3:

Respecto a la “Cantidad de consorciados”

El participante **SERVIGENVIG SOCIEDAD ANONIMA CERRADA - SERVIGENVIG S.A.C.**, cuestionó la absolución de las consultas y/u observaciones N° 49, N° 50 y N° 76l señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

“(…)

Sobre la base de dicho principio, la administración pública debe ejercer, el poder que le ha sido otorgado, respetando el derecho de los participantes de tener pleno acceso a la información relativa al procedimiento de selección, para lo cual resulta imperativo que “exponga” las razones o justificaciones objetivas que llevaron a adoptar una determinada decisión, de tal modo que los participantes nos encontremos en la posibilidad de acceder y/o conocer directamente el sustento preciso y suficiente de las absoluciones de consultas y observaciones planteada por el Comité de Selección.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el principio en mención, se encuentra vinculado, entre otros, al “requisito de validez” propio de todo acto administrativo denominado “motivación”, previsto en el numeral 4 del artículo 3 del TUO de la LPAG, en virtud del 2 cual el acto emitido de toda autoridad pública, debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Siendo esto así, las absoluciones dadas por el Comité de Selección, en su calidad de acto administrativo, deben cumplir con requisitos de validez tales como:

- i) ser emitido por el órgano competente, en este caso, el órgano encargado de las contrataciones;*
- ii) tener un objeto o contenido específico, referido a la opción de contratar a la oferta que obtenga la mejor calificación;*
- iii) adecuarse a una finalidad pública, a saber, la contratación de bienes, obras y servicios en las mejores condiciones técnicas al más bajo costo posible;*
- iv) haber sido emitido en el marco de un procedimiento regular, entiéndase el procedimiento de selección, cuyas reglas han sido previamente establecidas en las bases y;*
- v) contener una motivación debida.*

La relevancia de la motivación, el cual se encuentra incorporado implícitamente en el principio de transparencia; como elemento de validez de un acto administrativo, se explica por su estrecha vinculación con el derecho de defensa y el derecho al debido proceso, pues solo una decisión motivada permitirá a los participantes (en este caso) tomar conocimiento claro y real de los alcances de la absolución de consultas y observaciones que traerá como correlato que los mismos sepan con total claridad y prolijidad el contenido que deberá considerar al momento de elaborar las ofertas;

que los vincule a la entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

así como contar con la posibilidad efectiva de cuestionar las razones concretas que lo fundamentan, en ejercicio de su derecho de defensa o contradicción.

Debe recordarse además que la motivación se constituye en un derecho de todo administrado (participantes) conforme al numeral 1.26 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, de acuerdo al cual los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitas al debido procedimiento administrativo, tales como a exponer argumentos, a ofrecer ya producir pruebas; y a obtener una decisión motivada fundada en derecho.

Así, al ser un requisito de validez del acto administrativo, la falta de motivación o su insuficiencia en cualquier decisión de un órgano de la administración pública (Comité de Selección) constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la LPAG.

Asimismo; debe señalarse que, el artículo 29 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado -en adelante el Reglamento; establece que es el área usuaria la responsable de elaborar el requerimiento, debiendo éste contener todas las características, exigencias y condiciones para la ejecución de la contratación.

En este extremo, al pedido de diversos participantes de que sea incrementado el número máximo de consorciados permitidos para participar en el presente concurso público, el comité no ha considerado en tras su negativa la vulneración de diversos principios de contrataciones con el estado, debido a que esta condición NO GARANTIZA que haya pluralidad de postores, que pretenden participar en el presente proceso, pero sobre todo que las condiciones impuestas les permitan participar; situación que evidentemente vulnera a los siguientes principios que forman parte de las contrataciones con el Estado:

(...)

En este sentido, no se comprende porque tan enmarcadas limitaciones al considerarse solo dos (02) consorciados para el cumplimiento de las condiciones, posición que transgrede los principios en contratación pública desarrollados precedentemente, más aún si solo se cuenta con cotizaciones de empresas que cuenta con autorización en todos los departamentos ya que el número de participaciones estaría solo direccionado a unas cuantas empresas.

En consecuencia, OBSERVAMOS dicho literal en el extremo relacionado al Numeral 5.16 de los términos de referencia, el mismo que sugerimos sea incrementado a tres (03) o más consorciados, con el fin de que se garantice en la presente convocatoria para que dicha pluralidad o gama de ofertas puedan sea presentadas en el marco del proceso de selección para hacer el proceso más competitivo.” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Pronunciamiento

En el numeral 2.2.1.1 “Documentos para la admisión de la oferta” del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“2.2.1.1. Documentos para la admisión de la oferta
(...)

a) *Promesa de consorcio con firmas legalizadas, de ser el caso, en la que se consigne los integrantes, el representante común, el domicilio común y las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio, así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones. (Anexo N° 5) (...)*”.

Asimismo, de la revisión del acápite 5.16 “Condiciones de los consorcios” previsto en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“5.16 CONDICIONES DE LOS CONSORCIOS

De conformidad con el numeral 49.5 del artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se precisa lo siguiente:

- a. *El número máximo de los consorciados será de dos (02).*
- b. *El porcentaje mínimo de participación de cada consorciado será de treinta por ciento (30 %).*
- c. *El porcentaje mínimo de participación en la ejecución del contrato, para el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia, será de sesenta por ciento (60%)”.*

Es así que, mediante las consultas y/u observaciones N° 49, N° 50 y N° 76, se solicitó, entre otros aspectos, lo siguiente:

- **Respecto a la consulta y/u observación N° 49 y N° 50**, se solicitó (i) **Aceptar** como máximo la cantidad de consorciados a fin de que un postor se presente en consorcio, con el fin de promover mayor concurrencia de postores y (ii) **Elevar** a 3 el número máximo de consorciados a fin de promover mayor participación de postores.

Ante lo cual, el comité de selección precisó que el número máximo de consorciados será de dos, el cual es amparado con el artículo 49.5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, además de mencionar que si hay pluralidad de postores como se muestra en la indagación de mercado.

- **Respecto a la consulta y/u observación N° 76**, se solicitó **aclarar** si existe un número máximo de consorciados y si existe un mínimo del porcentaje de obligaciones según la promesa de consorcio.

Ante lo cual el comité de selección precisó lo señalado en el punto 5.16 de los términos de referencia de las bases.

En vista de ello, el recurrente cuestionó la absolución de la consulta y/o observación objeto de análisis, argumentando que no se justificarían las limitaciones tan estrictas al permitir únicamente la participación de dos (2) consorciados para cumplir con las condiciones establecidas. Alegó que esto podría infringir los principios de contratación pública y señaló que sólo se recibirían cotizaciones de empresas autorizadas en todos

los departamentos, dado que el número limitado de participantes favorecería a un reducido grupo de empresas.

En respuesta a los planteamientos del recurrente, el comité de selección rechazó la propuesta de aumentar el número de consorciados para este procedimiento de selección. En el INFORME N° 000031-2024-UAB-SG/INDECOPI de fecha 25 de enero de 2024¹⁰, la Entidad detalló lo siguiente:

“La entidad establece en los términos de referencia el número de consorciados a considerarse como máximo, siendo 02, tomando como base la pluralidad de postores en la indagación de mercado, consideramos que las empresas que consideren participar en consorcio, sean empresas que se asocien con el criterio de complementar sus recursos, capacidades y aptitudes, que tengan la convicción de ofrecer en conjunto un servicio eficiente durante la ejecución del ejercicio del servicio en las sedes que forman parte de los términos de referencia.
Se precisa que, la entidad está cumpliendo con el numeral 49.9 del artículo 49 del reglamento el cual faculta al área usuaria a establecer un número máximo de consorciados en función a la naturaleza de la prestación, en ese sentido dicho requisito se encuentra dentro de los parámetros establecidos en la norma” (El subrayado y resaltado es agregado).

En base a lo expuesto, es importante destacar que el numeral 49.5 del artículo 49 del Reglamento otorga facultades al área usuaria de la Entidad para determinar el número máximo de consorciados, el porcentaje mínimo de participación de cada uno de ellos, así como para exigir que el integrante del consorcio con mayor experiencia cumpla con un porcentaje específico de participación.

En este contexto, el numeral 6.1 de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado" establece lo siguiente:

“(…) De conformidad con el Anexo N° 1 - Definiciones del Reglamento, el consorcio es el contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado. De acuerdo con el numeral 49.5 del artículo 49 del Reglamento, el área usuaria puede establecer un número máximo de consorciados en función a la naturaleza de la prestación.
Asimismo, puede establecer un porcentaje mínimo de participación de cada consorciado, así como que el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia cumpla con un determinado porcentaje de participación”.

De lo expuesto, se puede colegir que es una facultad exclusiva de la Entidad, a través de su área usuaria, consignar las condiciones establecidas para los consorcios en atención a la naturaleza de la prestación. **Estas condiciones están orientadas a definir tanto el número máximo de consorcios permitidos como el porcentaje mínimo de participación de cada uno**, sin incluir requisitos adicionales a los ya mencionados.

¹⁰ Remitido mediante PROVEIDO N° D000335-2024-OSCE-SIRC el 3 de febrero de 2024.

Ahora bien, se aprecia que la Entidad mediante su informe técnico posterior ratificó la absolución brindada en el pliego absolutorio, precisando que se ha establecido en los términos de referencia que el número máximo de consorciados es 2 siendo que dicha decisión tiene como base la pluralidad de postores en la indagación de mercado.

Asimismo, señaló que dicho requisito se encuentra dentro de los parámetros establecidos en la norma, ya que se estaría cumpliendo con lo dispuesto en el numeral 49.9 del artículo 49 del Reglamento, el cual faculta al área usuaria a establecer un número máximo de consorciados en función a la naturaleza de la prestación.

En este sentido, considerando que la pretensión del recurrente estaría orientada a que se incremente el número de consorciados y, en la medida que, la Entidad mediante su Informe Técnico posterior brindó mayores alcances por los cuales se ratificó de lo absuelto¹¹, este Organismo Técnico Especializado, ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Cuestionamiento N° 4:

Respecto a la “Aplicación de las otras penalidades”

El participante **SERVIGENVIG SOCIEDAD ANONIMA CERRADA - SERVIGENVIG S.A.C.**, cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 67, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

“(…)

Con respecto a las penalidades establecidas en los Términos de Referencia respecto a la aplicación de penalidades, consideramos que la tabla puesta en ella resulta desproporcionado, incongruente y carente de razonabilidad.

Al respecto, debemos precisar que la INDECOPI no ha tomado en cuenta lo establecido en la Ley 30225 – Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, normas que señalan con meridiana claridad que las penalidades deben contar con 3 requisitos fundamentales, entre ellas:

- ✓ Razonabilidad
- ✓ Congruencia
- ✓ Proporcionalidad

Esto quiere decir que las entidades no pueden extralimitarse en sus facultades al cuantificar las Tablas de Penalidades y que en su estructuración deben primar los principios antes mencionados, a fin de evitar arbitrariedades que puedan perjudicar innecesariamente al contratista.

¹¹ 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.

Con respecto a la razonabilidad, la misma indica de cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarán al contratista deben ser proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.

Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar; a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido

En ese sentido, la congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizara el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

Si bien razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos, que apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad,

Además, la congruencia que refiere justamente a la relación de equilibrada o de similitud que debe existir entre una serie de elementos; es decir, no tendría que haber contradicciones lo que ocasionaría que se afecte el objetivo.

De lo dicho queda claro que el INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL tiene la obligación de efectuar los correctivos necesarios en la Tabla de Penalidades a fin de que estas tengan un máximo del 3% de la UIT, y así de esta forma evitar perjuicios innecesarios al contratista ya que con el 3% es más que suficiente para penalizar estos incumplimientos

En ese sentido, solicitamos que se deje sin efecto la absolución, ya que el comité de selección debe absolver de manera motivada las consultas y observaciones formuladas por los participantes; es decir, dichas respuestas deben ser precisas y claras, de tal manera que, todos los postores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma, y por ende, no deben considerarse argumentos genéricos o evasivos o contradictorios, visto que se estaría contraviniendo lo dispuesto en los principios de la normativa de contrataciones del Estado, establecidos en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado.” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Pronunciamiento

El acápite 5.25 “Otras penalidades” previsto en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“5.25 OTRAS PENALIDADES

Se podrá establecer, penalidades distintas, a la mencionada en el artículo 162° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad de mora:

Nº	SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
De los agentes y supervisores:			
1	CARNÉ DE IDENTIFICACIÓN EMITIDO POR LA SUCAMEC: Que el agente y/o supervisor no porte su carné de acreditación SUCAMEC durante la prestación de su servicio y/o éste se encuentre vencido.	10% de la UIT vigente por cada agente y /o supervisor y por cada ocurrencia	Este incumplimiento será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.
(...)	(...)	(...)	(...)
Del contratista:			
8	PUESTO NO CUBIERTO: Cuando los puestos de vigilancia del agente y/o del supervisor no son cubiertos por el reemplazo correspondiente.	10% de la UIT por cada agente o supervisor y/o por cada ocurrencia	Este incumplimiento será verificado a través de las supervisiones inopinadas del servicio o Revisión de la asistencia o reporte del personal diario. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.
9	INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: Cualquier incumplimiento del contratista concerniente a las funciones y responsabilidades del servicio, establecidos en los numerales 5.2.1 y 5.2.2.	10% de la UIT vigente por cada ocurrencia	Este incumplimiento será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.
(...)	(...)	(...)	(...)
(...)"			

Por medio de la consulta y/o observación N° 67, se solicitó la reducción de los montos aplicados como penalidades, ya que el participante consideraba que eran excesivos. En respuesta, el comité de selección afirmó que los montos establecidos para las penalidades eran razonables, proporcionales y congruentes con la naturaleza del servicio de seguridad y vigilancia, el cual es de suma importancia para la entidad,

debido a que se buscaba garantizar que la empresa adjudicataria cumpliera estrictamente con las funciones establecidas en los términos de referencia.

Ante esta situación, el recurrente cuestionó la respuesta dada a la consulta y/u observación en cuestión, argumentando que las penalidades establecidas en los términos de referencia eran desproporcionadas, incongruentes y carentes de razonabilidad.

En vista de lo anterior y considerando las objeciones planteadas por el recurrente en su solicitud de elevación, la Entidad emitió el INFORME N° 000031-2024-UAB-SG/INDECOPI con fecha del 25 de enero de 2024¹², en el cual se precisó lo siguiente:

“La aplicación de penalidades tiene como finalidad desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista, en atención a ello el contratista debe velar por el servicio a brindar, y así mismo, que el personal asignado a la Institución cumpla con el perfil establecido en los términos de referencia, así mismo que brinde un servicio eficiente durante todo el ejercicio contractual.” (El subrayado y resaltado es agregado).

Asimismo, mediante el INFORME N° 000001-2024-UAB/INDECOPI de fecha 15 de febrero de 2024¹³, la Entidad indicó lo siguiente:

(...)

2.7. En atención a lo señalado por la Coordinación de Servicios Generales mediante documento c) de la referencia, es pertinente señalar que el artículo 163° del Reglamento, establece que los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre y cuando 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.

(...)

2.10. Ahora bien, es necesario acotar que las penalidades establecidas por la Entidad - distintas a la penalidad por mora- son objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de contratación; en dicho contexto, las causales de penalidad propuestas en los términos de referencia son aquellas situaciones de incumplimiento del servicio que pueden ser advertidas en la ejecución del servicio; y, que su ocurrencia afecta directamente la finalidad de la contratación, por lo mismo, sugerir que por ejemplo, en el caso que el agente no porte o no cuente con su licencia de portar armas sea una situación subsanable dentro de 2 a 10 días, retira indudablemente la naturaleza resarcitoria y desincentivante del supuesto de penalidad.

¹² Remitido mediante PROVEIDO N° D000335-2024-OSCE-SIRC el 3 de febrero de 2024.

¹³ Información extraída del PROVEIDO N° D000526-2024-OSCE-SIRC y PROVEIDO N° D000527-2024-OSCE-SIRC.

2.11. Asimismo, respecto al procedimiento mediante el cual se verificará el supuesto a penalizar, es necesario señalar que, hay algunas acciones de incumplimiento que no pueden ser subsanadas en el tiempo, toda vez que, por su naturaleza deben ser cumplidos al inicio del servicio y ser continuos en el tiempo, ejemplo el carnet que autoriza el uso de arma emitido por SUCAMEC, así como el uso de los implementos de seguridad, al no llevar estos elementos esenciales para el desarrollo del servicio, ya se está incumpliendo las características del servicio en cuanto a los accesorios de seguridad para los puestos de vigilancia.

En esa medida, se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de “otras penalidades”, distinta a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.

2.12. Como puede apreciarse las penalidades establecidas por la Entidad - distintas a la penalidad por mora - han sido determinadas de forma objetiva, razonable, congruente y proporcionales con el objeto de contratación; sin perjuicio de ello, y de la revisión efectuada, **se ha visto por conveniente unificar las penalidades N° 14 y 15 así como disminuir el porcentaje de penalidad a aplicar, para así evitar posibles perjuicios innecesarios al contratista**, de acuerdo con el siguiente

N°	SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
14	DE LOS DOCUMENTOS PARA EL PAGO y DE LA PRESENTACIÓN DEL MISMO: No presentar la documentación para el pago dentro del plazo estipulado en el numeral 5.17 de los términos de referencia y/o la subsanación dentro del plazo otorgado y/o que la misma no se encuentre completa	3% de UIT vigente Por cada día de atraso.	Se verificará con el resultado de la revisión de los documentos presentados; el incumplimiento se detallará en el Informe de conformidad del servicio

2.13. En tal sentido, esta Unidad en calidad de área usuaria, sin perjuicio de precisar que las penalidades establecidas por la Entidad - distintas a la penalidad por mora - han sido determinadas de forma objetiva, razonable, congruente y proporcionales con el objeto de contratación, tiene a bien ACOGER PARCIALMENTE la citada consulta, únicamente en el extremo referido a los supuestos N° 14 y 15 de Otras Penalidades, por lo cual, el cuadro de otras penalidades quedaría redactado de acuerdo con el siguiente detalle:

N°	SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO	RESPUESTA
	De los agente y supervisores			

1	<i>CARNÉ DE IDENTIFICACIÓN EMITIDO POR LA SUCAMEC: Que el agente y/o supervisor no porte su carné de acreditación durante la prestación de su servicio y/o éste se encuentre vencido.</i>	<i>10% de la UIT vigente por cada agente y /o supervisor y por cada ocurrencia</i>	<i>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</i>	<i>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad tomando en consideración los antecedentes de incumplimiento del actual contrato, el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.</i>
2	<i>LICENCIA DE ARMA EMITIDO POR LA SUCAMEC: Que el agente y/o supervisor no porte su licencia para portar armas durante la prestación de su servicio y/o éste se encuentre vencido.</i>	<i>10% de la UIT vigente por cada agente y /o supervisor y por cada ocurrencia</i>	<i>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</i>	<i>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad tomando en consideración los antecedentes de incumplimiento del actual contrato, el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.</i>

3	<p>ABANDONO DE PUESTO: Cuando el agente y/o supervisor encontrándose en servicio, abandona su puesto de vigilancia o se retira antes de culminado el horario de trabajo o antes de la llegada de su relevo, sin autorización de Indecopi.</p> <p>ABANDONO DE PUESTO: Cuando el agente y/o supervisor encontrándose en servicio, abandona su puesto de vigilancia o se retira antes de culminado el horario de trabajo o antes de la llegada de su relevo, sin autorización de Indecopi.</p>	15% de la UIT vigente por cada ocurrencia	<p>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio.</p> <p>Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</p>	<p>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad tomando en consideración los antecedentes de incumplimiento del actual contrato, el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.</p>
4	<p>DORMIR DURANTE SU GUARDIA: Cuando el agente y/o supervisor duerma durante las horas del servicio.</p>	5% de la UIT vigente por cada ocurrencia	<p>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio mediante toma fotográfica, (en el caso de la sede Lima – Sur (Central) también podrá ser visualizado por el CCTV el mismo que servirá como</p>	<p>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad tomando en consideración los antecedentes de incumplimiento del actual contrato, el</p>

			<p>medio probatorio). Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</p>	<p>porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.</p>
5	<p>INDUMENTARIA: Que el agente y/o supervisor no use la indumentaria establecida durante la prestación de servicio.</p>	<p>0.5 % de la UIT vigente por cada agente y/o supervisor y por cada ocurrencia.</p>	<p>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</p>	<p>La Entidad busca que se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, por lo que se considera que el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.</p>
6	<p>USO DE CHALECOS ANTIBALAS: Cuando el agente de vigilancia privada no utilice el chaleco antibalas durante el turno del servicio.</p>	<p>0.5 % de la UIT vigente por cada agente y/o supervisor y por cada ocurrencia.</p>	<p>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio mediante toma fotográfica, (en el caso de la sede Lima – Sur (Central) también podrá ser visualizado por el CCTV el mismo que servirá como medio probatorio). Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de</p>	<p>La Entidad busca que se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, por lo que se considera que el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.</p>

			Constatación.	
7	<p>TARDANZA: Cuando el agente y/o supervisor demora en más de diez (10') minutos el relevo del puesto de acuerdo con los horarios establecidos en el numeral 5.1 de los términos de referencia, hasta los sesenta (60') minutos (luego de superado dicho tiempo se considerará como puesto no cubierto). Asimismo, aplica a lo señalado en la Nota 2 del numeral 5.8 de los términos de referencia.</p>	<p>0.5 % de la UIT vigente por cada agente y/o supervisor y por cada ocurrencia.</p>	<p>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</p>	<p>La Entidad busca que se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, por lo que se considera que el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.</p>
Del contratista				
8	<p>PUESTO NO CUBIERTO: Cuando los puestos de vigilancia del agente y/o del supervisor no son cubiertos por el reemplazo correspondiente.</p>	<p>10% de la UIT por cada agente o supervisor y/o por cada ocurrencia</p>	<p>Este incumplimiento o será verificado a través de las supervisiones inopinadas del servicio o Revisión de la asistencia o reporte del personal diario. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</p>	<p>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad tomando en consideración los antecedentes de incumplimiento del actual contrato, el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte</p>

				del contratista.
9	<p>INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: Cualquier incumplimiento del contratista concerniente a las funciones y responsabilidades del servicio, establecidos en los numerales 5.2.1 y 5.2.2.</p>	<p>10% de la UIT vigente por cada ocurrencia</p>	<p>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</p>	<p>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.</p>
10	<p>NO RELEVO: Cuando un agente o supervisor cubra dos (02) turnos continuos. Nota: Se precisa que la aplicación de la penalidad corresponderá cuando el agente de vigilancia privada exceda las 12 horas de servicio, conforme lo establecido en los Términos de Referencia.</p>	<p>10% de la UIT vigente por agente o supervisor y/o cada ocurrencia</p>	<p>Este incumplimiento o será verificado a través de las supervisiones inopinadas del servicio o de la Revisión de la asistencia o reporte del personal diario. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</p>	<p>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.</p>
11	<p>INGRESO DE</p>	<p>10% de</p>	<p>Este</p>	<p>La Entidad busca se</p>

	<p><i>PERSONAL NO AUTORIZADO: Permitir el ingreso de personal no autorizado a las instalaciones del Indecopi, después de horas laborables. El permiso deberá ser otorgado por el encargado de seguridad interna o jefe de oficina regional o encargado de oficina</i></p>	<p><i>la UIT vigente por ocurrencia</i></p>	<p><i>incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</i></p>	<p><i>garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.</i></p>
12	<p><i>REEMPLAZO DE PERSONAL: Cuando el contratista efectúe el reemplazo del personal agente y/o supervisor sin autorización del Indecopi o cuando se incumpla lo señalado en la nota 1 del numeral 5.8 de los TDR.</i></p>	<p><i>5% de la UIT vigente por agente y/o supervisor y por cada ocurrencia</i></p>	<p><i>Este incumplimiento o será verificado a través de las supervisiones inopinadas del servicio o Revisión de la asistencia o reporte del personal diario. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</i></p>	<p><i>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.</i></p>
13				<p><i>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y</i></p>

				diligencia, por lo que se considera que el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.
14	<p>DE LOS DOCUMENTOS PARA EL PAGO y DE LA PRESENTACIÓN DEL MISMO:</p> <p>No presentar la documentación para el pago dentro del plazo estipulado en el numeral 5.17 de los términos de referencia y/o la subsanación dentro del plazo otorgado y/o que la misma no se encuentre completa</p>	<p>3% de UIT vigente Por cada día de atraso.</p>	<p>Se verificará con el resultado de la revisión de los documentos presentados; el incumplimiento o se detallará en el Informe de conformidad del servicio</p>	<p><u>La Entidad ha reevaluado los ítems 14 y 15, considerando su unificación en solo 1 ítem y de acuerdo a lo solicitado reducirla a 3%.</u></p>
15	<p>RETRASO EN EL PAGO AL PERSONAL:</p> <p>Incumplimiento o retraso en el cumplimiento de los pagos de las remuneraciones y gratificaciones, así como depósitos de beneficios, conforme al numeral 5.6.2 de los términos de referencia</p>	<p>8% de la UIT vigente por agente y/o supervisor y por cada ocurrencia.</p>	<p>Se evidencia con el resultado de la revisión de los documentos para el pago presentados por el contratista (depósitos de las remuneraciones); el incumplimiento o se detallará en el Informe de conformidad del servicio</p>	<p>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, es en atención a ello que no se acoge lo requerido por el postor con respecto a bajar el porcentaje a 3% considerado a su criterio como suficiente, toda vez que desde la perspectiva de la Entidad tomando en consideración los antecedentes de incumplimiento del actual contrato, el porcentaje establecido es el</p>

				<i>adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.</i>
16	<i>EQUIPAMIENTO: Que el agente y/o supervisor no cuente con el equipo o armamento requerido según numeral 5.4. de los términos de referencia; o cuando el(los) equipo(s) de comunicación inoperativos o con problemas de funcionamiento, no cumplan con el plazo otorgado para el cambio o reposición para el funcionamiento según el numeral 5.4</i>	<i>0.5% de la UIT vigente por cada equipo o armamento asignado o a cada agente y/o supervisor y por cada ocurrencia luego de vencido el plazo otorgado o para su subsanación o para el cambio.</i>	<i>Este incumplimiento o será verificado en las supervisiones inopinadas del servicio. Realizada la verificación del incumplimiento, se levantará un Acta de Constatación.</i>	<i>La Entidad busca se garantice el cumplimiento de los TDR con efectividad, responsabilidad y diligencia, por lo que se considera que el porcentaje establecido es el adecuado a fin de desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista.</i>
<i>(...)</i>				

Sobre el particular, cabe precisar que el artículo 163 del Reglamento, establece que los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, **siempre y cuando 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.

Así, 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. Por tanto, 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, corresponde señalar lo siguiente:

- La Entidad precisó que la aplicación de penalidades tiene como finalidad desincentivar el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista, por lo que deberá velar por el servicio a brindar y que el personal asignado a la Institución cumpla con el perfil establecido en los términos de referencia, así mismo brindar un servicio eficiente durante todo el ejercicio contractual.
- Asimismo, señaló que las penalidades establecidas por la Entidad - distintas a la penalidad por mora - han sido determinadas de forma objetiva, razonable, congruente y proporcionales con el objeto de contratación; sin perjuicio de ello, unificó las penalidades N° 14 y 15 y disminuyó el porcentaje de penalidad a aplicar, a fin de evitar posibles perjuicios innecesarios al contratista.
- Finalmente, el área usuaria, precisó que acoge parcialmente la citada consulta, únicamente en el extremo referido a los supuestos N° 14 y 15 de otras penalidades.

De lo expuesto se aprecia que, mediante informes técnicos posteriores la Entidad señaló que las penalidades han sido determinadas de forma objetiva, razonable, congruente y proporcionales con el objeto de contratación, siendo que, se ratifica en señalar que el porcentaje establecido para el monto de la penalidad es el adecuado para desincentivar el incumplimiento de obligaciones por el contratista; sin perjuicio de ello, optó por modificar las penalidades 14 y 15, unificándolas y reduciendo su monto de aplicación.

En ese sentido, considerando lo señalado precedentemente, y que la pretensión del recurrente está orientada a reducir los montos establecidos por la aplicación de penalidades; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER PARCIALMENTE** el presente extremo del cuestionamiento; por lo que se emitirá la siguiente disposición.

- Se **adecuará** en el acápite 5.25 “Otras penalidades” previsto en el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases, lo siguiente:

N°	SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
14	DE LOS DOCUMENTOS PARA EL	10 % de UIT	Se verificará con el

	<p>PAGO:</p> <p>No presentar la documentación completa para el pago dentro del plazo estipulado en el numeral 5.17 de los términos de referencia y/o la subsanación dentro del plazo otorgado y/o que la misma no se encuentre completa.</p>	<p>vigente por cada ocurrencia</p> <p>3% de UIT vigente</p> <p>Por cada día de atraso.</p>	<p>resultado de la revisión de los documentos presentados; el incumplimiento se detallará en el Informe de conformidad del servicio</p>
15	<p>DE LA PRESENTACIÓN DEL ENTREGABLE PARA EL PAGO:</p> <p>No presentar el entregable dentro del plazo estipulado en el numeral 5.17 de los términos de referencia y/o la subsanación dentro del plazo otorgado.</p>	<p>20% de UIT vigente por cada día de retraso</p>	<p>Se verificará de acuerdo con la fecha de presentación por la mesa de partes; el incumplimiento se detallará en el Informe de conformidad del servicio.</p>

Cabe precisar que se dejará sin efecto y/o ajustará todo extremo del pliego absolutorio y de las Bases que se opongan a las disposiciones previstas en el párrafo anterior.

Cuestionamiento N° 5:

Respecto al “Formato de estructura de costos”

El participante **SERVIGENVIG SOCIEDAD ANONIMA CERRADA - SERVIGENVIG S.A.C.**, cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 88, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

“(…)
El Comité de Selección absolvió, señalando que, Se precisa que, el postor ganador de la buena pro, debe guiarse del anexo 1 (el cual se encuentra adjunto en archivo excel) de los términos de referencia.

Cabe precisar que de la revisión de este archivo se puede advertir inconsistencias presentadas en dicho formato de estructura de costo, se evidencio que en el ítem 7 Total costo de un puesto L-D (mensual) [E+F+G+H] inc. IGV y descanseros, dentro de la fórmula para el calculo del total solo están considerando el IGV de la porción que corresponde a los descanseros. Formula de la estructura de costos a)=REDONDEAR((E24+E28+E29+E30) + ((E24+E28+E29+E30)/6) *1.18;2), siendo lo correcto b)=REDONDEAR(((E24+E28+E29+E30))*1.18 + ((E24+E28+E29+E30)/6)*1.18;2)

Ejemplo a)=redondear((6+6+6+6) + ((6+6+6+6)/6)*1.18 = 28.72
b)=redondear((6+6+6+6)*1.18+((6+6+6+6)/6)*1.18 = 33.89

En consecuencia, OBSERVAMOS dicho formato en Excel en el extremo antes precisado, a fines de evitar un mal cálculo a través del mencionado formato en Excel.” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Pronunciamiento

En el numeral 2.3 “Requisitos para perfeccionar el contrato” del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

“2.3. REQUISITOS PARA PERFECCIONAR EL CONTRATO

El postor ganador de la buena pro debe presentar los siguientes documentos para perfeccionar el contrato:

(...)

i) La estructura de costos del servicio en archivo Excel y PDF, firmado por el representante de la empresa, de acuerdo al Anexo N° 01 de los términos de referencia. (...).”

Es así que, mediante la consulta y/u observación N° 88, en relación a la estructura de costos, se **consultó** si la entidad proporcionará en formato excel el modelo con sus fórmulas; ante lo cual, el comité de selección precisó que el postor ganador de la buena pro, debe guiarse del anexo 1 (el cual se encuentra adjunto en archivo excel) de los términos de referencia.

En vista de ello, el recurrente cuestionó la absolución de la consulta y/u observación materia de análisis, argumentando que se advertiría inconsistencias presentadas en dicho formato de estructura de costos, toda vez que, según refiere en el **ítem 7 Total costo de un puesto L-D (mensual) [E+F+G+H] inc. IGV y descanseros**, dentro de la fórmula para el cálculo del total solo se estaría considerando el IGV de la porción que corresponde a los descanseros, esto es, “Fórmula de la estructura de costos a)=REDONDEAR((E24+E28+E29+E30) + ((E24+E28+E29+E30) / 6)*1.18;2)”, siendo lo correcto “b)=REDONDEAR(((E24+E28+E29+E30))*1.18 + ((E24+E28+E29+E30)/6) *1.18;2)”.

En virtud al aspecto cuestionado, mediante el INFORME N° 000031-2024-UAB-SG/INDECOPI de fecha 25 de enero de 2024¹⁴, la Entidad señaló lo siguiente:

“Se precisa que la respuesta otorgada en la fase de absolución de consultas y observaciones estuvo alineada en el extremo literal de la pregunta, “la entidad proporcionará en formato Excel el modelo con sus fórmulas?”.

*Sin perjuicio de ello, **hacemos mención que el numeral 7 del Anexo 1 sólo aplica para los puestos de lunes a domingo que considera el descansero y que el factor el 1.18 debe aplicarse de acuerdo con la siguiente fórmula:***

=REDONDEAR(((E24+E28+E29+E30)+((E24+E28+E29+E30)/6))*1.18;2)
(El subrayado y resaltado es agregado).

¹⁴ Remitido mediante PROVEIDO N° D000335-2024-OSCE-SIRC el 3 de febrero de 2024.

Ahora bien, en atención a los aspectos cuestionados por el recurrente, se aprecia que el comité de selección en coordinación con el área usuaria de la Entidad, mediante el citado informe técnico y en atención al mejor conocimiento de las necesidades que desea satisfacer, precisó que el numeral 7 del Anexo 1 solo aplicaría para los puestos de lunes a domingo que considera el descansero, asimismo, aclaró la fórmula con la cual se deberá aplicar el factor 1.18.

En ese sentido, considerando que la pretensión del recurrente estaría orientada a que la Entidad modifique la fórmula para hallar el cálculo total del ítem 7 y, en la medida que la Entidad mediante su Informe Técnico aclaró las razones por las cuales habría decidido no aceptar lo solicitado por el recurrente; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

3. 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, asimismo, cabe señalar que, las disposiciones del Pronunciamiento priman sobre aquellas disposiciones emitidas en el pliego absolutorio y Bases integradas que versen sobre el mismo tema.
- 4.3 El comité de selección deberá **modificar** las fechas de registro de participantes, presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, para lo cual deberá tenerse presente que los proveedores deberán efectuar su registro en forma electrónica a través del SEACE hasta antes de la presentación de propuestas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 del Reglamento; asimismo, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento, entre la integración de Bases y la presentación de propuestas no podrá mediar menos de siete (7) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la publicación de las Bases integradas en el SEACE.
- 4.4 Finalmente, se recuerda al Titular de la Entidad que el presente pronunciamiento no convalida extremo alguno del procedimiento de selección.

Jesús María, 19 de febrero de 2024

Códigos: 22.1, 12.6, 12.5