

OPINIÓN N° 001-2022/DTN

Solicitante: China Railway N°10 Engineering Group Co.
Asunto: Pliego absolutorio de consultas y observaciones
Referencia: Formulario S/N de fecha 03.NOV.2021 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la Empresa China Railway N°10 Engineering Group Co. consulta si el pliego absolutorio de consultas y observaciones es un documento derivado del procedimiento de selección que forma parte del contrato celebrado entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro, y si la absolución de aquellas consultas y observaciones formuladas por los postores que no ganaron la buena pro forman parte integrante del contrato.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos y vinculadas entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444; así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N°2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°2 del TUPA del OSCE “Consultas del sector privado o la sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la consultas N°02 no se encuentra referida al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que hace alusión a una situación particular –detallada en el informe adjunto– a fin de que el OSCE establezca si la absolución de una consulta u observación que no precisa aquello que se incorporará en las bases integradas forma parte del contrato. Asimismo, la consulta N°04 además de aludir a una situación particular, no está vinculada a la consulta anterior, pues busca que este Organismo Técnico Especializado determine si el procedimiento para la aplicación de una penalidad distinta a la mora, establecido en el pliego absolutorio, resulta de obligatorio cumplimiento para las partes, razón por la cual no serán absueltas vía opinión.

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N°30225 y modificada por el Decreto Legislativo N°1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377-2019-EF y D.S N°162-2021-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿EL PLIEGO DE ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS Y OBSERVACIONES ES UNO DE LOS DOCUMENTOS DERIVADOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN QUE ESTABLECEN OBLIGACIONES PARA LAS PARTES, AL QUE SE REFIERE EL NUMERAL 138.1 DEL ARTÍCULO 138 DEL REGLAMENTO?. DE SER ASÍ, ¿DICHOS PLIEGO FORMA PARTE INTEGRANTE DEL CONTRATO QUE SUSCRIBEN LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON LOS POSTORES GANADORES DE LA BUENA PRO?” (Sic.)

2.1.1 En principio corresponde señalar que de conformidad con el artículo 47 del Reglamento, el órgano a cargo de los procedimientos de selección, como parte de sus actividades referidas a la preparación, conducción y realización del procedimiento, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo utilizando de manera obligatoria los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado.

Entre los documentos que puede elaborar el órgano encargado del procedimiento de selección –dependiendo del tipo de procedimiento– se encuentran las “Bases” que, de conformidad con el Anexo de Definiciones del Reglamento, se constituyen como el “*documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Simplificada y Subasta Inversa Electrónica que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad para la preparación y ejecución del contrato*”. (El énfasis es agregado).

Ahora bien, durante el procedimiento de selección, todos los participantes pueden formular consultas y observaciones a las Bases a través del SEACE dentro del plazo previsto en el numeral 72.1 del artículo 72 del Reglamento²; así, el órgano encargado del procedimiento de selección tiene la obligación de dar respuesta a cada una de ellas mediante el pliego absolutorio de consultas y observaciones debidamente motivado.

Sobre el particular, es importante indicar que la Directiva N°23-2016-OSCE/CD, que regula las disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones, establece que el pliego absolutorio de consultas y observaciones debe detallar la respuesta a la solicitud formulada y el análisis que la sustenta, así como el argumento desarrollado para desvirtuar o confirmar la transgresión identificada; asimismo debe indicar de manera clara y precisa la modificación a las bases que se realizará con ocasión de su integración. En ese sentido, una vez absueltas las consultas y observaciones conforme a las precitadas disposiciones normativas, el órgano a cargo de la conducción del procedimiento de selección integra las bases incorporando en su contenido las modificaciones previstas en el pliego absolutorio³.

² Mediante las consultas se formulan solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las Bases, mientras que, a través de las observaciones, se cuestionan las Bases de manera fundamentada por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de la contratación.

³ De conformidad con el numeral 72.5 del artículo 72 del Reglamento

Al respecto, cabe señalar que el Anexo de Definiciones del Reglamento define a las Bases Integradas como el *“Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las Bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado acciones de supervisión”*.

De esta manera, las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y de la relación contractual que se perfeccione en virtud de este último⁴, puesto que incorporan todas las modificaciones que se producen como consecuencia de la absolución de las consultas y observaciones, y de ser el caso, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE o las modificaciones requeridas por este organismo en el marco de sus acciones de supervisión. No obstante, de acuerdo con lo establecido en el numeral 72.6 del artículo 72 del Reglamento, de existir divergencia entre lo indicado en el pliego de absolución de consultas y observaciones y la integración de bases, prevalece lo absuelto en el referido pliego; sin perjuicio del deslinde de responsabilidades correspondiente. Es decir, en tales supuestos las reglas definitivas aplicables al procedimiento de selección y al contrato pueden encontrarse, no sólo en las bases integradas, sino también en el pliego absolutorio.

De lo expuesto se advierte que el pliego absolutorio de consultas y observaciones, elaborado conforme a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, es un documento derivado del procedimiento de selección que, además de prever las modificaciones que se incorporan a las bases integradas como reglas definitivas, también puede contemplar algunas disposiciones que, al discrepar con el contenido de las bases integradas, prevalecen sobre lo dispuesto en ellas, siendo aplicables como reglas definitivas a dicho procedimiento de selección y al contrato que provenga de este⁵.

- 2.1.2 Ahora bien, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 138 del reglamento que señala que, entre otros elementos, el contrato está conformado por los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, así como por los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes, y considerando que el pliego absolutorio contempla disposiciones que –al estar incorporadas en las bases integradas o al discrepar con el contenido de ellas– constituyen reglas definitivas de procedimiento de selección y del contrato, se concluye que el pliego absolutorio de consultas y observaciones elaborado de acuerdo a las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado, forma parte del contrato celebrado entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro.

⁴ De acuerdo con criterio contenido en la opinión N°10-2019/DTN

⁵ Cabe precisar que de conformidad con el numeral 72.4 del artículo 72 del Reglamento, el pliego absolutorio también contiene aquellas observaciones que no son acogidas. En este supuesto el texto de las bases integradas coincidirá con el de las bases originales.

2.2 “¿LA ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS Y OBSERVACIONES QUE FORMULAN AQUELLOS PARTICIPANTES QUE POSTERIORMENTE NO GANAN LA BUENA PRO, FORMAN PARTE INTEGRANTE DEL CONTRATO QUE SUSCRIBE LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE CON EL POSTOR GANADOR DE LA BUENA PRO?” (Sic.)

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, durante el desarrollo del procedimiento de selección, **todos** los participantes pueden formular consultas y observaciones a las bases del procedimiento. Dichas consultas y observaciones son absueltas por el órgano encargado del procedimiento de selección mediante el pliego absolutorio debidamente motivado, que –de acuerdo con lo precisado anteriormente– forma parte del contrato celebrado entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro.

En ese sentido, el pliego absolutorio que forma parte del contrato contiene la absolución de las consultas y observaciones formuladas no sólo por el postor ganador de la buena pro, sino por todos los participantes del procedimiento de selección y durante la ejecución contractual se interpreta conjuntamente con los demás elementos que conforman el contrato.

3. CONCLUSIONES

3.1 Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 138 del reglamento que señala que, entre otros elementos, el contrato está conformado por los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, así como por los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes, y considerando que el pliego absolutorio contempla disposiciones que –al estar incorporadas en las bases integradas o al discrepar con el contenido de ellas– constituyen reglas definitivas de procedimiento de selección y del contrato, se concluye que el pliego absolutorio de consultas y observaciones elaborado de acuerdo a las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado, forma parte del contrato celebrado entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro.

3.2 El pliego absolutorio que forma parte del contrato contiene la absolución de las consultas y observaciones formuladas no sólo por el postor ganador de la buena pro, sino por todos los participantes del procedimiento de selección y durante la ejecución contractual se interpreta conjuntamente con los demás elementos que conforman el contrato.

Jesús María, 11 de enero de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH.