

OPINIÓN N° 002-2020/DTN

Entidad: José Cruz Flores Guerrero

Asunto: Funciones del área usuaria

Referencia: a) Carta N°001-2019- JCFG
b) Carta N°002-2019- JCFG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. José Cruz Flores Guerrero, solicita la emisión de una opinión respecto de las funciones del área usuaria.

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 sobre temas genéricos y vinculados 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 acápite 9 del Anexo N°2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTA Y ANÁLISIS¹

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

¹ Las consultas contempladas en los literales b) y c), contempladas en el anexo 1 del documento de la referencia b), se encuentran referidas a la obligación de contratar y a la exigibilidad de la capacidad libre de contratación, respectivamente. Como las referidas consultas no se encuentran vinculadas con aquella que será objeto de análisis de la presente opinión, esta Dirección Técnico Normativa no podrá absolverlas; ello en observancia de lo establecido en el literal b), del numeral 1) del procedimiento N°90 del TUPA del OSCE.

- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por D.S. N°056-2017- EF, vigente desde el 03 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“¿Los términos de referencia, consignados en las Bases para la contratación de un servicio, solo es de responsabilidad del área usuaria?” (Sic.)*

2.1.1. El proceso de contratación regulado por la normativa de contrataciones del Estado se lleva a cabo a través de la intervención de determinados funcionarios, órganos o dependencias. De acuerdo con el numeral 8.1., del artículo 8 de la Ley, los encargados de los procesos de contratación de la Entidad son:

- a) El Titular de la Entidad, que es la máxima alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.
- b) El Área Usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.
- c) El Órgano Encargado de las Contrataciones, que es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.
- d) El Comité de Selección, que es un órgano colegiado que tiene por función seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria. Este órgano se conforma sólo en determinadas ocasiones, cuando así lo hubiese determinado la normativa de contrataciones del Estado.

Responsabilidad de la formulación de los términos de referencia durante la elaboración del requerimiento.

2.1.2. Como se puede apreciar, la normativa de Contrataciones del Estado delimita las funciones de las dependencias, funcionarios u órganos que –

desde el interior de la Entidad– viabilizan el proceso de contratación.

Respecto del área usuaria corresponde anotar que se trata de aquella dependencia de la entidad que satisfará sus necesidades a través de determinada contratación, y por tanto –en principio– es quien se encuentra en las mejores condiciones para determinar las características técnicas de aquellos bienes, servicios u obras que le permitirán satisfacer su necesidad.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto, el rol de área usuaria no siempre lo cumple la dependencia que habrá de beneficiarse de forma directa de la contratación. Es posible que –por razones de diversa índole– una dependencia, a pesar de contar con determinada necesidad, no cuente con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas del bien, servicio u obra con los que habrá de satisfacerla. En tal supuesto, aquella dependencia que sí cuenta con los referidos conocimientos, será quien asuma el rol de área usuaria.

En consecuencia, el área usuaria es la dependencia que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas de los bienes, servicios y obras que se habrán de contratar. Por tal razón, **de acuerdo con el numeral 8.6. del artículo 8 del Reglamento, el área usuaria es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento.**

- 2.1.3. El numeral 8.1., del artículo 8 del Reglamento establece que el requerimiento se encuentra conformado, entre otros elementos, por los Términos de Referencia². Por su parte, el Reglamento define a los Términos de Referencia como la *“descripción de las características técnicas y las condiciones en que se ejecuta la contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra”*.

En virtud de lo expuesto se puede afirmar que el área usuaria es la responsable de formular los términos de referencia cuando el objeto de contratación sea un servicio en general, una consultoría en general o una consultoría de obra. Como se anotó, el fundamento de tal responsabilidad consiste en que, precisamente, es el área usuaria quien cuenta con el conocimiento necesario para definir las características técnicas o requisitos funcionales de aquellos bienes o servicios que habrán de contratarse.

² De acuerdo con el referido dispositivo, el requerimiento se encuentra conformado por: i) las Especificaciones Técnicas, **los Términos de Referencia** o el Expediente Técnico, según corresponda; ii) las condiciones en que debe ejecutarse la contratación; y iii) los requisitos de calificación.

Precisado lo anterior, debe añadirse que, de acuerdo con el numeral 8.9., del artículo 8 del Reglamento, los términos de referencia– a solicitud del área usuaria– pueden ser elaborados por el Órgano Encargado de las Contrataciones; ello, siempre que producto de la naturaleza del objeto de contratación, dicho órgano tenga conocimiento para ello. No obstante, incluso en tal supuesto, le corresponde al área usuaria aprobar los términos de referencia formulados por el OEC.

En consecuencia, la formulación de los términos de referencia es responsabilidad del área usuaria. No obstante, de manera excepcional el Órgano Encargado de las Contrataciones podrá realizar tal actividad, siempre que cuente con los conocimientos necesarios para ello; debiendo precisarse que, incluso en tal supuesto, los términos de referencia deberán ser aprobados por el área usuaria.

Posibilidad de modificar los Términos de Referencia durante el procedimiento de selección.

2.1.4. De acuerdo con el artículo 27 del Reglamento, los Términos de Referencia, al ser la descripción de las características técnicas del servicio que se contratará, deben ser parte del contenido de los documentos del procedimiento de selección.

Al respecto, se debe precisar que el Órgano Encargado de las Contrataciones o el Comité de Selección (según sea el caso), al momento de elaborar los referidos documentos, deberá considerar los Términos de Referencia formulados por el área usuaria y consignados en el expediente de contratación aprobado por el funcionario competente para ello³. Elaboradas y aprobadas las Bases, la Entidad deberá efectuar la convocatoria del procedimiento.

Una vez convocado el procedimiento de selección, el requerimiento (que incluye a los términos de referencia) no podrá ser modificado por autoridad administrativa alguna, a menos que alguno de los participantes así lo hubiese demandado durante la etapa de formulación de consultas y observaciones. No obstante, incluso en tal supuesto, es decir, cuando los participantes hubiesen formulado consultas u observaciones que impliquen la modificación del requerimiento, dicha modificación debe contar con la autorización del área usuaria, en tanto es ésta la dependencia responsable de la formulación del requerimiento; ello de conformidad con

³ El artículo 26 del Reglamento señala que el Órgano Encargado de las Contrataciones o el Comité de Selección (según sea el caso), deberá elaborar los documentos del procedimiento empleando obligatoriamente dos insumos: 1) los documentos estándar aprobados por el OSCE; y ii) la información contemplada en el expediente de contratación. Se debe precisar que los términos de referencia forman parte del contenido del expediente de contratación, y que, de acuerdo, con el artículo 22 del reglamento, al momento de elaborar los documentos del procedimiento, ni el OEC ni el comité de selección, puede alterar, cambiar o modificar la información del expediente.

el numeral 51.3. del artículo 53 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES.

- 3.1. El área usuaria es la dependencia que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas de los bienes, servicios y obras que se habrán de contratar. Por tal razón, de acuerdo con el numeral 8.6. del artículo 8 del Reglamento, el área usuaria es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento.
- 3.2. La formulación de los términos de referencia es responsabilidad del área usuaria. No obstante, de manera excepcional el Órgano Encargado de las Contrataciones podrá realizar tal actividad, siempre que cuente con los conocimientos necesarios para ello; debiendo precisarse que, incluso en tal supuesto, los términos de referencia deberán ser aprobados por el área usuaria.
- 3.3. Una vez convocado el procedimiento de selección, el requerimiento (que incluye a los términos de referencia) no podrá ser modificado por autoridad administrativa alguna, a menos que alguno de los participantes del procedimiento así lo hubiese demandado durante la etapa de formulación de consultas y observaciones. No obstante, incluso en tal supuesto, es decir, cuando los participantes formulen consultas u observaciones que impliquen la modificación del requerimiento, dicha modificación debe contar con la autorización del área usuaria, en tanto es ésta la dependencia responsable de la formulación del requerimiento; ello, de conformidad con el numeral 51.3. del artículo 53 del Reglamento.

Jesús María, 6 de enero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC