

OPINIÓN N° 004-2023/DTN

Empresa: Central de Compras Públicas – Perú Compras
Asunto: Consultas y observaciones a las Bases
Referencia: Formulario S/N de fecha 01.DIC.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Manuel Felipe Semorile Chau, Gerente General de la Central de Compras Públicas – Perú Compras, formula varias consultas sobre la modificación del requerimiento producto de la formulación de consultas y observaciones a las Bases.

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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿De acuerdo a lo indicado en el numeral 72.3 del artículo 72 del Reglamento, si como resultado de una consulta u observación se efectúan modificaciones al requerimiento, autorizadas por el área usuaria y puesta en conocimiento a la dependencia que aprobó el expediente de contratación, ¿resulta legalmente*

obligatorio que la Entidad confirme o revalide con el mercado si dichas modificaciones alterarían la pluralidad de proveedores establecida en la indagación de mercado?” (sic).

- 2.1.1 En primer término, cabe señalar que, una vez realizada la aprobación del expediente de contratación, el Titular de la Entidad, o funcionario delegado, debe designar al comité de selección¹ que conducirá el respectivo procedimiento.

Efectuada la designación, el órgano encargado de las contrataciones entrega al presidente del comité de selección el expediente de contratación conteniendo todas las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento hasta su designación; entre estas, las especificaciones técnicas o términos de referencia (tratándose de bienes o servicios) definidos por el área usuaria, con los ajustes que puedan haber sido realizados previamente². Cabe precisar que de acuerdo con el numeral 43.3 del artículo 43 del Reglamento, el comité de selección es competente para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación.

- 2.1.2 Ahora bien, sobre la base de la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación y empleando los documentos estándar aprobadas por OSCE, el comité de selección elabora los documentos (Bases) del respectivo procedimiento de selección, debiendo consignar en estas las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico de obra, contenidos en el expediente de contratación recibido.

Sobre el particular, corresponde señalar que, si bien en las Bases dicha información ya se encuentra determinada, puede ocurrir que estas contemplen información técnica imprecisa, incongruente o defectuosa; ante ello los participantes pueden solicitar su aclaración mediante consultas o, incluso, cuestionarlas mediante observaciones; de conformidad con el artículo 72 del Reglamento.

De lo señalado, se desprende que las consultas u observaciones formuladas por los participantes del proceso de selección persiguen, en el fondo, que se precise y/o modifique la información contenida en las Bases, información que podría estar referida a las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico de obra ya definidos por la Entidad.

¹ Para la Licitación Pública, el Concurso Público y la Selección de Consultores Individuales, la Entidad designa un comité de selección para cada procedimiento. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la Subasta Inversa Electrónica, la Adjudicación Simplificada, la Comparación de Precios y la Contratación Directa. En la Subasta Inversa Electrónica y en la Adjudicación Simplificada la Entidad puede designar a un comité de selección o un comité de selección permanente, cuando lo considere necesario.

² Conforme al numeral 29.11 del artículo 29 del Reglamento, el requerimiento puede ser modificado para mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico de obra, así como los requisitos de calificación, previa justificación que forma parte del expediente de contratación, bajo responsabilidad. Las modificaciones cuentan con la aprobación del área usuaria.

Para dicho efecto, considerando que la determinación de las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes y servicios a contratar, es responsabilidad del área usuaria, si bien corresponde al comité de selección absolver las consultas u observaciones a las Bases del proceso, no es de su competencia determinar la información técnica necesaria para efectuar la contratación; por tanto, no podría modificar dicha información de oficio, aun cuando fuera a propósito de una consulta u observación planteada por un participante.

Es así, que de acuerdo con lo señalado en el numeral 72.3 del artículo 72 del Reglamento, *“Si como resultado de una consulta u observación corresponde precisarse o ajustarse el requerimiento, se solicita la autorización del área usuaria y se pone en conocimiento de tal hecho a la dependencia que aprobó el expediente de contratación.”* (El subrayado es agregado).

De lo señalado se desprende que ante la existencia de consultas y/u observaciones que impliquen una modificación al requerimiento será necesario que el comité de selección solicite la autorización del área usuaria y ponga en conocimiento de tal hecho a la dependencia que aprobó el expediente de contratación³.

2.1.3 Ahora bien, al modificar el requerimiento como resultado de la formulación de consultas y observaciones, podrían verse afectados aspectos tales como la pluralidad de marcas y postores. En ese sentido, cuando se advierta una posible afectación en dichos extremos, corresponderá ser conducida al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad para su corroboración, al ser este quien realiza la indagación de mercado y a partir de ello determina la pluralidad de marcas y postores⁴.

Llegado a este extremo, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley, las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, contenidos en el requerimiento, deben proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo. En esa misma línea, a partir de lo señalado en el artículo 29 del Reglamento, se puede colegir que el requerimiento no debe incluir exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias referidas a la calificación de los potenciales postores que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos⁵.

En ese sentido, al absolver las consultas y observaciones formuladas por los postores, la Entidad deberá salvaguardar que no se esté direccionando el

³ Cabe precisar que dichas modificaciones están destinadas a efectuar cambios en las características del bien, servicio u obra que no varíen de forma sustancial el requerimiento original, de forma tal que no se desnaturalice el objeto de contratación contenido en el expediente de contratación aprobado por la Entidad y se termine contratando un bien, servicio u obra totalmente distinto.

⁴ Tratándose de bienes y servicios.

⁵ Ello conforme al Principio de Competencia, previsto en el artículo 2 de la Ley.

procedimiento de selección o se esté perjudicando de manera innecesaria la competencia efectiva entre proveedores.

2.2. *“De ser el caso, ¿Quién sería el órgano competente para determinar qué modificaciones del requerimiento son sustanciales y, por ende, requieren la confirmación o revalidación del mercado?, asimismo, ¿dicho órgano se encontraría facultado para prescindir de la confirmación o revalidación del mercado de modificaciones no sustanciales?”* (sic).

2.2.1 De acuerdo a lo indicado al absolver la consulta anterior, al modificar el requerimiento como resultado de la formulación de consultas y observaciones, podrían verse afectados aspectos tales como la pluralidad de marcas y postores. En ese sentido, cuando la Entidad advierta una posible afectación en dichos extremos, corresponderá ser conducida al **órgano encargado de las contrataciones de la Entidad para su corroboración**, al ser este quien realiza la indagación de mercado y a partir de ello determina la pluralidad de marcas y postores.

El órgano encargado de las contrataciones realizará las corroboraciones necesarias y, de ser el caso, informa si efectivamente existe una afectación respecto de la pluralidad de postores (o sobre algún otro extremo), a efectos de que se adopten las acciones pertinentes.

2.3. *“En atención a las consultas precedentes, ¿la oportunidad para confirmar dicha pluralidad de proveedores o realizar la revalidación deberá efectuarse como máximo hasta la fecha de publicación del pliego de absolución de consultas y/u observación e integración de bases o puede diferir de dicha etapa?”* (sic).

2.3.1 De acuerdo con lo indicado previamente, ante la existencia de consultas y/u observaciones que impliquen una modificación al requerimiento será necesario que el comité de selección solicite la autorización del área usuaria y ponga en conocimiento de tal hecho a la dependencia que aprobó el expediente de contratación.

Asimismo, cuando la Entidad advierta que dicha modificación al requerimiento podría generar una afectación a la pluralidad de postores, corresponderá ser conducida al **órgano encargado de las contrataciones de la Entidad para corroborar dicha pluralidad**, al ser este quien realiza la indagación de mercado y a partir de ello determina la pluralidad de marcas y postores. En este escenario será necesario que tal corroboración se realice antes de **culminar la etapa** de absolución de consultas, observaciones e integración de Bases.

Conforme a lo mencionado, puede que atendiendo a la cantidad y/o complejidad de las consultas u observaciones formuladas, y las actuaciones a realizar, ello conlleve un periodo de tiempo mayor al programado.

2.3.2 En relación con lo anterior, el artículo 57 del Reglamento ha previsto lo siguiente: *“La prórroga o postergación de las etapas de un procedimiento de selección son registradas en el SEACE modificando el calendario original. El*

comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, comunica dicha decisión a través del SEACE y, opcionalmente, a los correos electrónicos de los participantes.”

Por su parte, el literal u) del numeral 11.2.3 de la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD, “Disposiciones aplicables para el acceso y registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE”, dispone que: “(...) *La Entidad registra la postergación de la realización de una etapa del procedimiento o la prórroga para la finalización de la misma. El registro puede efectuarse hasta el mismo día señalado en el cronograma del procedimiento y debe ser comunicado a los participantes o postores, según sea el caso, a través del SEACE, señalando el motivo de la postergación o prórroga.*”

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado reconoce la posibilidad de realizar prorrogas o postergaciones a las etapas del procedimiento de selección; no obstante, dicha potestad no puede ser ejercida de manera irrestricta, sino que debe mediar para ello, una causa debidamente justificada; asimismo, debe respetarse lo previsto en el artículo 57 del Reglamento y en el literal u) del numeral 11.2.3 de la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD.

Por consiguiente, de mediar una causa debidamente justificada, la Entidad podría prorrogar alguna de las etapas del procedimiento de selección, entre ellas, la etapa de absolución de consultas, observaciones e integración de Bases contemplada en el calendario del procedimiento de selección.

2.4. “Por otro lado, ¿la omisión de la confirmación o revalidación del mercado para acreditar la pluralidad de proveedores constituiría una causal de nulidad del procedimiento de selección?”

2.4.1 Al respecto, cabe recalcar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a casos concretos; en esa medida, **no** resulta posible *–en vía de consulta–* que este Organismo Técnico Especializado se pronuncie sobre escenarios específicos que puedan suscitarse en el marco de una contratación.

Ahora, si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido la obligación de realizar necesariamente nuevas indagaciones o averiguaciones en el mercado para todos aquellos casos en los que corresponda ajustar o precisar el requerimiento como producto de una consulta u observación, de acuerdo a lo indicado previamente, en aquellas situaciones en las que la Entidad advierta una posible afectación a la pluralidad de postores, corresponderá comunicar al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad para que dicha dependencia realice las corroboraciones necesarias y verifique si efectivamente existe una afectación en tal extremo, y de ser así, se adopten las acciones pertinentes.

En ese sentido, la sola omisión de la confirmación o revalidación del mercado para acreditar la pluralidad de proveedores no genera la nulidad del procedimiento de selección, sin embargo, dependiendo del análisis de cada caso concreto, la falta de dicha corroboración, podría afectar el procedimiento con cuestionamientos posteriores respecto a la falta de pluralidad de postores.

2.5. “Finalmente, qué conducta debe adoptar el OEC si como resultado de la confirmación o revalidación del mercado no es posible confirmar la pluralidad de proveedores establecida en la aprobación del expediente.” (sic).

2.5.1 Al respecto, debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, **planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a casos concretos**; en esa medida, **no** resulta posible *–en vía de consulta–* que este Organismo Técnico Especializado se pronuncie sobre escenarios específicos que puedan suscitarse en el marco de una contratación o sobre las decisiones a ser adoptadas ante tales hechos.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe reiterar que, al modificarse el requerimiento como resultado de una consulta u observación, podrían verse afectados aspectos tales como la pluralidad de marcas y postores. En ese sentido, cuando la Entidad advierta una posible afectación en dichos extremos, corresponderá ser conducida al **órgano encargado de las contrataciones de la Entidad para su corroboración**, al ser este quien realiza la indagación de mercado y a partir de ello determina la pluralidad de marcas y postores.

Así, el órgano encargado de las contrataciones deberá realizar las corroboraciones necesarias y, de ser el caso, informar si efectivamente existe una afectación respecto de la pluralidad de postores (o sobre algún otro extremo), a partir de dicha información la Entidad podrá determinar si resulta posible proseguir con el procedimiento de selección o no; en el caso que la modificación del requerimiento afecte la pluralidad de postores, será necesario adoptar las medidas correctivas pertinentes.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Al modificar el requerimiento como resultado de la formulación consultas y observaciones, podrían verse afectados aspectos tales como la pluralidad de marcas y postores. En ese sentido, cuando la Entidad advierta una posible afectación en dichos extremos, corresponderá ser conducida al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad para su corroboración, al ser este quien realiza la indagación de mercado y a partir de ello determina la pluralidad de marcas y postores
- 3.2 Le corresponde al órgano encargado de las contrataciones realizar las corroboraciones necesarias y, de ser el caso, informar si efectivamente existe una afectación respecto de la pluralidad de postores (o sobre algún otro extremo), a efectos de que se adopten las acciones pertinentes.

- 3.3 Será necesario que las corroboraciones a cargo de órgano encargado de las contrataciones se realicen antes de culminar la etapa de absolución de consultas, observaciones e integración de Bases. Puede que atendiendo a la cantidad y/o complejidad de las consultas u observaciones formuladas, y las actuaciones a realizar, ello conlleve un periodo de tiempo mayor al programado, en ese escenario, de mediar una causa debidamente justificada, la Entidad podría prorrogar alguna de las etapas del procedimiento de selección, entre ellas, la etapa de absolución de consultas, observaciones e integración de Bases contemplada en el calendario del procedimiento de selección.
- 3.4 La sola omisión de la confirmación o revalidación del mercado para acreditar la pluralidad de proveedores no genera la nulidad del procedimiento de selección, sin embargo, dependiendo del análisis de cada caso concreto, la falta de dicha corroboración, podría afectar el procedimiento con cuestionamientos posteriores respecto a la falta de pluralidad de postores.
- 3.5 El órgano encargado de las contrataciones deberá realizar las corroboraciones necesarias y, de ser el caso, informar si efectivamente existe una afectación respecto de la pluralidad de marcas y postores (o sobre algún otro extremo), a partir de dicha información la Entidad podrá determinar si resulta posible proseguir con el procedimiento de selección o no; en el caso que la modificación del requerimiento afecte la pluralidad de postores, será necesario adoptar las medidas correctivas pertinentes.

Jesús María, 6 de enero de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/