

OPINIÓN N° 014-2023/DTN

Entidad: Unidad Ejecutora 120 – “Programa Nacional de Dotación de Recursos Educativos”.

Asunto: Garantía de fiel cumplimiento

Referencia: Formulario S/N de fecha 03.ENE.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director de la Dirección de Gestión de Recursos Educativos de la Unidad Ejecutora 120 – “Programa Nacional de Dotación de Recursos Educativos”, formula varias consultas relacionadas a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento.

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

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿En aquellos casos en los cuales un postor fuera adjudicado con la buena pro de varios ítems de un mismo procedimiento de selección, siendo que el valor de cada ítem es menor de S/ 200,000.00, y que sin embargo la sumatoria de ellos supera dicho monto, dicho postor se encuentra obligado a la presentación de garantía de fiel cumplimiento considerando lo establecido en el numeral 39.1 del artículo 39 y 152 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?” (Sic).*

2.1.1. En principio, corresponde señalar que el artículo 33 de la Ley establece que las garantías que deben otorgar los postores adjudicatarios y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos, precisando que sus modalidades, montos, condiciones y excepciones se regulan en el Reglamento.

Al respecto, el artículo 149 del Reglamento establece que como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original, la cual debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

2.1.2. Ahora bien, el artículo 152 del Reglamento establece como una de las excepciones al otorgamiento de la garantía de fiel cumplimiento del contrato por parte del postor ganador cuando se trata de “(...) *contratos de bienes y servicios, distintos a la consultoría de obra, cuyos montos sean iguales o menores a Doscientos mil con 00/100 Soles (S/ 200 000,00). Dicha excepción también aplica a: i) los contratos derivados de procedimientos de selección por relación de ítems, cuando el monto del ítem adjudicado o la sumatoria de los montos de los ítems adjudicados no supere el monto señalado; y, ii) a los contratos derivados de procedimientos de selección realizados para compras corporativas, cuando el monto del contrato a suscribir por la Entidad participante no supere el monto indicado*”.

Como puede advertirse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 del Reglamento, el postor ganador no tendrá que otorgar la garantía de fiel cumplimiento cuando —entre otros casos previstos en el mencionado dispositivo— se trate de contratos derivados de procedimientos de selección por relación de ítems, cuando el monto del ítem adjudicado o la sumatoria de los montos de los ítems adjudicados sea igual o menor a doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00).

En definitiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Ley y 149 del Reglamento, en el marco de un procedimiento de selección por relación de ítems, el postor ganador y/o contratista estará obligado a presentar la garantía de fiel cumplimiento cuando el monto del ítem que se le adjudicó o la sumatoria de los montos de los ítems que se le adjudicaron sea igual o menor a doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00).

2.2. “En caso de ser afirmativa la respuesta a la consulta anterior, ¿en el caso de encontrarse consentidos una parte de los ítems adjudicados a un mismo postor, y estando pendiente el consentimiento de otros tantos ítems, dicho postor se encuentra obligado a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento, para cada uno de los contratos que se deriven? ¿Se encontraría en el supuesto de excepción previsto en el literal a) del artículo 152 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aquel postor adjudicado con varios ítems de un mismo procedimiento de selección cuya sumatoria supera los S/ 200 000.00, al presentar en forma intermitente documentos para el perfeccionamiento del contrato por cada ítem adjudicado, en el íter del plazo de 8 (ocho) días hábiles del registro del consentimiento de la buena pro?” (Sic).

2.2.1. Como se indicó al absolver la consulta anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Ley y 149 del Reglamento, los postores ganadores de la buena pro

deben otorgar una garantía de fiel cumplimiento como requisito indispensable para el perfeccionamiento del contrato. En el marco de los contratos derivados de los procedimientos de selección por relación de ítems, la excepción al otorgamiento de dicha garantía **solo se configura cuando** el monto del ítem adjudicado o la sumatoria de los montos de los ítems adjudicados sea igual o menor a doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00).

- 2.2.2. Por otro lado, corresponde indicar que el artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación; así, a través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme con lo establecido en el Reglamento.

Al respecto, el artículo 117 del Reglamento establece que en los procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial sea igual o menos a cincuenta (50) UIT, el recurso de apelación se presenta ante la Entidad convocante, y es conocido y resuelto por su Titular; en caso que el valor estimado o valor referencial del procedimiento sea mayor a dicho monto, el recurso de apelación se presenta ante y es resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado. El numeral 117.2 precisa que, en los procedimientos según relación de ítems, el valor estimado o valor referencial total del procedimiento original determina ante quién se presenta el recurso de apelación¹.

En adición a lo anterior, el artículo 120 del Reglamento establece que la interposición del recurso de apelación suspende el procedimiento de selección, si el procedimiento de selección fue convocado según relación de ítems, la suspensión afecta únicamente al ítem impugnado, precisando que son nulos los actos expedidos con infracción de dicha disposición.

Como es de verse, en el marco de los procedimientos por relación de ítems, la interposición del recurso de apelación suspende el procedimiento de selección, en consecuencia, luego de haberse otorgado la buena pro, el perfeccionamiento del contrato de, únicamente, aquellos ítems que fueron controvertidos se suspende hasta contar con el pronunciamiento del Titular de la entidad convocante o del Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda. El procedimiento de los ítems que no fueron controvertidos continúa y, por tanto, habiéndose otorgado la buena pro puede procederse al perfeccionamiento de los contratos correspondientes.

- 2.2.3. Ahora bien, y continuando en el contexto de un procedimiento de selección por relación de ítems, si a un postor se le adjudica más de un ítem y uno o alguno de éstos es materia de apelación, el procedimiento de los ítems no controvertidos puede continuar y procederse a su perfeccionamiento, mientras que para el perfeccionamiento de los contratos por los ítems controvertidos deberá esperarse hasta el pronunciamiento del Titular de la entidad convocante o del Tribunal.

En el escenario descrito en el párrafo anterior, para perfeccionar los contratos por los ítems no controvertidos, si la sumatoria de éstos no supera el monto de doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 152 del Reglamento, el postor ganador no tendrá que presentar la garantía de fiel cumplimiento para tales efectos; sin embargo, si el otorgamiento de la buena pro de los ítems

¹ El artículo 119 del Reglamento establece el plazo de interposición del recurso de apelación.

controvertidos queda firme y la sumatoria de éstos con los ítems no controvertidos supera el referido monto, el postor ganador tendrá la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 del Reglamento.

En conclusión, en el marco de un procedimiento de selección por relación de ítems, cuando un postor es adjudicado con más de un ítem y se interpone el recurso de apelación por uno o más de los ítems adjudicados, para perfeccionar los contratos por los ítems no controvertidos, si la suma de sus montos no supera los doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00) no deberá presentar la garantía de fiel cumplimiento para tales efectos; sin embargo, si posteriormente, del pronunciamiento de la apelación queda firme el otorgamiento de la buena pro por aquellos ítems que fueron controvertidos, y la suma de los montos de estos con los montos de los ítems no controvertidos supera la cantidad señalada, el postor adjudicado tendrá la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la Ley y 149 del Reglamento, en el marco de un procedimiento de selección por relación de ítems, el postor ganador y/o contratista estará obligado a presentar la garantía de fiel cumplimiento cuando el monto del ítem que se le adjudicó o la sumatoria de los montos de los ítems que se le adjudicaron sea igual o menor a doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00).
- 3.2. En el marco de un procedimiento de selección por relación de ítems, cuando un postor es adjudicado con más de un ítem y se interpone el recurso de apelación por uno o más de los ítems adjudicados, para perfeccionar los contratos por los ítems no controvertidos, si la suma de sus montos no supera los doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00) no deberá presentar la garantía de fiel cumplimiento para tales efectos; sin embargo, si posteriormente, del pronunciamiento de la apelación queda firme el otorgamiento de la buena pro por aquellos ítems que fueron controvertidos, y la suma de los montos de estos con los montos de los ítems no controvertidos supera la cantidad señalada, el postor adjudicado tendrá la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 del Reglamento.

Jesús María, 24 de enero de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS