

OPINIÓN N° 027-2021/DTN

Solicitante: Yura S.A.

Asunto: Obligatoriedad de emplear las fichas técnicas de bienes y servicios comunes

Referencia: Formulario S/N de fecha 02.FEB.2021 - Consultas del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la Empresa Yura S.A., formula consultas sobre la obligatoriedad de emplear las fichas técnicas de los bienes y servicios comunes en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica.

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, 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:

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

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

¹ Cabe señalar que, de la revisión del documento de la referencia, se advierte que la segunda consulta alude a situación en particular que no puede ser objeto de análisis por Organismo Técnico Especializado, dado que ello excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley. Por lo tanto, dicha consulta no podrá ser absuelta mediante la presente opinión.

2.1. “En el caso del bien común CEMENTO PORTLAND TIPO I que cuenta con Ficha Técnica aprobada por PERÚ COMPRAS, ¿Puede la entidad convocante imponer en las bases de la Subasta Inversa Electrónica una especificación técnica adicional a las establecidas en la respectiva Ficha Técnica?” (Sic).

2.1.1. En primer término, es importante resaltar que las consultas que absuelve el OSCE 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; en esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre una contratación en particular.

Efectuada esta precisión, cabe anotar que el artículo 16 de la Ley, en concordancia con el artículo 29 del Reglamento, establecen que el área usuaria es la dependencia de la Entidad que debe requerir los bienes y servicios a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas y los términos de referencia, respectivamente, que integran el requerimiento, los cuales deben contener la descripción objetiva y precisa de las **características o requisitos funcionales relevantes** para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que esta se ejecuta.

Las condiciones de ejecución contractual corresponden a aquellas en las que se ejecutará la prestación, en mérito a los documentos que conforman el contrato; entre tales condiciones se encuentra, por ejemplo, como el plazo de ejecución contractual.

En ese sentido, por regla general, el área usuaria es la dependencia de la Entidad que es responsable de definir en el requerimiento la descripción objetiva y precisa de las características o requisitos funcionales de la contratación y las condiciones en las que esta debe ser ejecutada, siempre orientando dichos elementos a que la contratación a realizarse cumpla con su finalidad pública.

2.1.2 De otro lado, debe indicarse que la Subasta Inversa Electrónica es un procedimiento de selección a través del cual las Entidades realizan la contratación de bienes y servicios comunes, donde el postor ganador es aquel que oferte el menor precio por los bienes y servicios objeto de dicha subasta. Este procedimiento de selección se realiza de forma electrónica a través del SEACE.

Es importante mencionar que este tipo de procedimiento reviste dos particularidades esenciales. La primera de ellas radica en que las características y especificaciones de los bienes y de los servicios han sido uniformizados y se encuentran contenidos en las fichas técnicas que forman parte del Listado de Bienes y Servicios Comunes. La segunda particularidad reside en que la selección del proveedor se realiza sólo sobre la base del monto ofertado y no de una evaluación técnica (donde se aplicaban factores de evaluación) como sucede en un procedimiento tradicional, toda vez que, en una Subasta Inversa Electrónica, la elección del proveedor adjudicado se determinaba únicamente en función al precio ofertado².

² BOSSANO LOMELLINI, Luis Miguel. *La subasta inversa; un mecanismo de contratación pública eficiente y transparente*, en: DERECHO PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, N° 66, Pág. 279.

En tal sentido, la Subasta Inversa Electrónica se emplea para la contratación de bienes o servicios comunes, cuyas características y especificaciones han sido previamente uniformizadas y respecto de las cuales no cabe una evaluación técnica; en consecuencia, la buena pro del procedimiento de selección se otorga al postor que presente la oferta valida con el precio más bajo.

- 2.1.3 Ahora bien, de conformidad con el numeral 26.2 del artículo 26 de la Ley y el numeral 111.1 del artículo 111 del Reglamento, en caso los bienes y servicios requeridos por la Entidad se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes, su contratación debe realizarse obligatoriamente mediante el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, empleando las fichas técnicas aprobadas por la Central de Compras Públicas (PERÚ COMPRAS)³.

Por su parte, el numeral 29.10 del artículo 29 del Reglamento precisa que antes de formular el requerimiento, el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones, verifica si su necesidad se encuentra definida en una ficha de homologación, **en el listado de bienes y servicios comunes**, o en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco. **En dicho caso, el requerimiento recoge las características técnicas ya definidas.**

Siguiendo esa misma línea, la Directiva N° 006-2019-OSCE/CD⁴ señala en su numeral 6.1 que al formular el requerimiento, el área usuaria debe verificar el listado de bienes y servicios comunes para **determinar si algún bien o servicio de dicho listado satisface su necesidad.** De ser así, **el área usuaria formula el requerimiento considerando el contenido de la ficha técnica correspondiente,** lo cual debe ser verificado por el OEC. El requerimiento debe incluir la cantidad, el plazo, la forma y el lugar de entrega o la prestación del servicio y demás condiciones en las que debe ejecutarse la contratación, las cuales **no deben desnaturalizar lo establecido en la ficha técnica** del bien o servicio común correspondiente. Asimismo, el requerimiento debe incluir los requisitos de habilitación, exigidos en la Ficha Técnica o documentos de orientación o documentos de información complementaria publicados a través del SEACE, así como en la normativa que regula el objeto de la contratación con carácter obligatorio, según corresponda. Como puede apreciarse, resulta imprescindible determinar la necesidad y definir si esta puede ser satisfecha por un bien o servicio común incluido en el referido listado de bienes y servicios comunes.

Respecto de las **Fichas Técnicas**, el Anexo N° 1 “Definiciones” del Reglamento las define como un *“Documento estándar mediante el cual se uniformiza la identificación y descripción de un bien o servicio común, a fin de facilitar la determinación de las necesidades de las Entidades para su contratación y verificación al momento de la entrega o prestación de la Entidad”*. A su vez, la

³ La contratación a través del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica es obligatoria a partir del día calendario siguiente de publicadas las fichas técnicas en el SEACE.

⁴ “Procedimiento de selección de Subasta Inversa Electrónica”. Aprobada mediante Resolución N° 018-2019-OSCE/PRE

Directiva N° 006-2016-PERU COMPRAS⁵, señala en su numeral 8.1 que la **Ficha Técnica** contiene las características técnicas o prestaciones específicas que debe tener determinado bien o servicio al momento de su entrega o prestación a la Entidad.

Por otro lado, en cuanto a los **Documentos de Orientación**, la mencionada Directiva N° 006-2016-PERÚ COMPRAS, dispone en su numeral 8.9 que es el documento que contiene los requisitos mínimos obligatorios relacionados al proveedor del bien o servicio, y los aspectos relacionados a la certificación de la calidad, obligatorios y facultativos, según sea el caso, los cuales pueden incluir aspectos de muestreo y ensayos, así como referencias normativas o regulatorias.

De lo señalado puede advertirse que la normativa de contrataciones del Estado establece, como regla general, que las características o requisitos funcionales del bien o servicio son definidas por el área usuaria; paralelamente a ello ha realizado una precisión para el caso de aquellos bienes y servicios que, previa verificación de que satisfacen la necesidad de la Entidad, se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes *-dado que la identificación y descripción de dichas prestaciones se encuentra uniformizada-*, estableciendo que en estos casos el requerimiento deberá ser formulado considerando el contenido de la ficha técnica correspondiente, la cual ya dispone las características técnicas o prestaciones específicas del bien o servicio.

Adicionalmente, cabe mencionar que las condiciones bajo las cuales se ejecutará la prestación (como por ejemplo: cantidad, plazo, forma y lugar de entrega, entre otras) también forman parte del requerimiento; en ese sentido, al establecerlas, el área usuaria debe asegurarse de que estas no desnaturalicen lo establecido en las fichas técnicas.

2.1.4 Ahora bien, una vez formulado el requerimiento y realizadas las demás actuaciones que correspondan, deben elaborarse las Bases del procedimiento.

Al respecto, el numeral 6.2 de la Directiva N° 006-2019-OSCE/CD dispone que *“Las Bases [del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica] deben contener el requerimiento al que se hace referencia en el numeral anterior [elaborado conforme a la ficha técnica del bien o servicio común]. La ficha técnica del bien o servicio común requerido se obtiene del Listado de Bienes o Servicios Comunes, al cual se accede a través del SEACE, debiendo corresponder a la versión de uso obligatorio a la fecha de convocatoria y que no puede incluir modificaciones durante el desarrollo del procedimiento de selección. Asimismo, para incluir los requisitos de habilitación, se debe observar aquellos exigidos en la ficha técnica y/o documentos de orientación o documentos de información complementaria publicados a través del SEACE, así como en la normativa que regula el objeto de la contratación con carácter obligatorio, según corresponda. La Entidad sólo puede realizar precisiones en las Bases de aquella información que se ha previsto en la ficha técnica deba ser objeto de dichas precisiones. (...)”*

En ese sentido, al elaborar las Bases del procedimiento de Subasta Inversa

⁵ “Disposiciones sobre el Listado de Bienes y Servicios Comunes, y la obligatoriedad de su uso”. Aprobada por Resolución Jefatura N° 042-2016-PERU COMPRAS y modificatorias.

Electrónica, se debe considerar la ficha técnica del bien o servicio común requerido (y complementariamente los documentos de orientación o documentos de información complementaria publicados a través del SEACE), la cual no puede incluir modificaciones durante el desarrollo del procedimiento de selección, sólo siendo posible realizar precisiones en las Bases de aquella información que se haya previsto en la ficha técnica como susceptible de ser objeto de dichas precisiones.

Finalmente, existe la posibilidad de que las Entidades puedan emplear un procedimiento de selección distinto a la Subasta Inversa Electrónica, siempre y cuando PERÚ COMPRAS lo autorice previamente a la realización de la convocatoria, debiendo adjuntar, para tales efectos, un informe técnico que justifique su necesidad, conforme a las disposiciones que determine PERÚ COMPRAS.

2.2. “Siendo que el requisito de que el producto sea envasado en una bolsa de “4 pliegues” no deriva de la Ficha Técnica aprobada y solo existe un proveedor en el Perú que envasa el producto bajo dicho procedimiento particular, ¿Puede el área usuaria incluir dicho requisito a pesar de ser una descripción capaz de orientar la contratación hacia dicho proveedor particular?” (Sic).

2.1.1. En primer término, es importante resaltar que las consultas que absuelve el OSCE 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; en esa medida, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse sobre una contratación en particular.

Sin perjuicio de lo anterior, debe reiterarse que el área usuaria es la dependencia de la Entidad que requiere los bienes y servicios a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas y los términos de referencia, respectivamente, que integran el requerimiento, los cuales deben contener la descripción objetiva y precisa de las características o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que esta se ejecuta.

Asimismo, los procesos de contratación que regula la normativa de contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los principios que se encuentran enunciados en el artículo 2 de la Ley, tales como los de “Libertad de concurrencia”⁶, “Igualdad de Trato”⁷ y “Competencia”⁸, entre otros; los cuales

⁶ “Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores”.

⁷ “Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.”

⁸ “Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.”.

sirven como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones.

Bajo esa premisa, el artículo 16 de la Ley ha dispuesto que las especificaciones técnicas, en el caso de bienes, deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad, sin tener por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia.

Asimismo, en la definición del requerimiento no se debe hacer referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, ni descripción que oriente la contratación hacia ello, salvo que la Entidad haya implementado el correspondiente proceso de *estandarización* debidamente autorizado por su Titular, en cuyo caso deben agregarse las palabras “o equivalente” a continuación de la referencia que se mencione.

Como se advierte, las especificaciones técnicas que conforman el requerimiento no pueden comprender una descripción que dirija la contratación hacia un determinado producto o proveedor, salvo en los casos de excepción previstos en la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que, por regla general, en el requerimiento no se hace referencia a elementos o condiciones que caractericen a los bienes ofrecidos por un proveedor en particular, pues ello afectaría la competencia en el marco de un determinado proceso de contratación.

Es importante agregar que tratándose de bienes y servicios que se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes, la ficha técnica correspondiente ya contiene las características técnicas o prestaciones específicas que deben tener estos al momento de su entrega o prestación a la Entidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Las especificaciones técnicas que conforman el requerimiento no pueden comprender una descripción que dirija la contratación hacia un determinado producto o proveedor, salvo en los casos de excepción previstos en la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que, por regla general, en el requerimiento no se hace referencia a elementos o condiciones que caractericen a los bienes ofrecidos por un proveedor en particular, pues ello afectaría la competencia en el marco de un determinado proceso de contratación.
- 3.2. La normativa de contrataciones del Estado establece, como regla general, que las características o requisitos funcionales del bien o servicio son definidas por el área usuaria; paralelamente a ello ha realizado una precisión para el caso de aquellos bienes y servicios que, previa verificación de que satisfacen la necesidad de la Entidad, se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes - *dado que la identificación y descripción de dichas prestaciones se encuentra uniformizada*-, estableciendo que en estos casos el requerimiento deberá ser formulado considerando el contenido de la ficha técnica correspondiente, la cual ya dispone las características técnicas o prestaciones específicas del bien o servicio.

- 3.3. Al elaborar las Bases del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, se debe considerar la ficha técnica del bien o servicio común requerido (y complementariamente los documentos de orientación o documentos de información complementaria publicados a través del SEACE), la cual no puede incluir modificaciones durante el desarrollo del procedimiento de selección, sólo siendo posible realizar precisiones en las Bases de aquella información que se haya previsto en la ficha técnica como susceptible de ser objeto de dichas precisiones.

Jesús María, 15 de marzo de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.