

OPINIÓN N° 030-2023/DTN

Entidad: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado -
PROVIAS DESCENTRALIZADO

Asunto: Procedimiento de contratación previsto en el artículo 167 del Reglamento

Referencia: Formulario de Solicitud de Consulta de fecha 02.FEB.2023

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Cesar Alcalá Rodríguez, jefe de la oficina de administración del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado- Provías Descentralizado formula varias consultas sobre el procedimiento de contratación previsto en el artículo 167 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

“Corresponde requerir los documentos para la firma del contrato al postor que ocupó

el siguiente mejor lugar en el orden de prelación y que presentó la carta de aceptación para suscribir el contrato de las prestaciones pendientes de un contrato resuelto, a pesar que desde la pérdida automática de la buena pro del primer postor llamado a suscribir el contrato haya transcurrido más de los dos (02) días hábiles establecidos en el numeral 141.3 del artículo 141 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?”

2.1.1. De manera previa, debe indicarse que las consultas que absuelve esta Dirección son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin aludir asuntos o casos particulares; en ese contexto, a continuación se brindarán alcances generales relacionados con el procedimiento de contratación regulado en el artículo 167 del Reglamento y las disposiciones aplicables a dicho procedimiento.

2.1.2. En primer lugar, corresponde señalar que el mencionado artículo dispone lo siguiente:

“167.1. Cuando se resuelva un contrato o se declare su nulidad y exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicho acto se encuentre sometido a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad determina el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados.

167.2. Una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, y de existir disponibilidad presupuestal, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación.

167.3. De presentarse más de una aceptación a la invitación, la Entidad contrata con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección correspondiente. En las contrataciones de bienes, servicios en general y obras, salvo aquellas derivadas del procedimiento de Comparación de Precios, el órgano encargado de las contrataciones realiza, cuando corresponda, la calificación del proveedor con el que se va a contratar. Los contratos que se celebren en virtud de esta figura respetan los requisitos, condiciones, exigencias, garantías, entre otras formalidades previstas en la Ley y Reglamento”. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia del citado dispositivo, la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto un procedimiento de contratación de carácter excepcional que obedece a la urgencia que tiene una Entidad de contratar las prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo; para tal efecto, la Entidad que determina la necesidad y pertinencia de realizar dicha contratación, luego de definir el precio y condiciones de ejecución de tales prestaciones, invita a los postores que participaron en el procedimiento original del cual derivó el contrato primigenio, para que manifiesten su intención de ejecutar dichas prestaciones bajo los términos establecidos en el documento de invitación.

Ahora bien, cabe anotar que según el numeral 167.3 del artículo 167 del Reglamento, es posible que más de un proveedor invitado manifieste su acepción a la Entidad, en cuyo caso, ésta contrata con el postor que obtuvo una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección original; en ese contexto, el contrato a celebrarse en virtud del artículo en mención debe respetar los requisitos, condiciones, exigencias, garantías, entre otras formalidades previstas en la Ley y el Reglamento, lo que incluye **aquellas que corresponden al procedimiento para perfeccionar el contrato.**

2.1.3. En relación con lo anterior, es importante señalar que el artículo 141 del Reglamento establece los plazos y el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato; en virtud de dicha norma, el proveedor adjudicatario debe cumplir con presentar dentro del plazo reglamentario los requisitos previstos en el artículo 139 del Reglamento (como por ejemplo, las garantías), a fin de perfeccionar el contrato.

No obstante, debe indicarse que incluso tratándose del procedimiento de contratación previsto en el artículo 167 del Reglamento, es posible que el postor al que la Entidad le adjudicó la contratación (de las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto o declarado nulo) no cumpla con presentar oportunamente los requisitos que se exigen para perfeccionar el contrato y, consecuentemente, ocasione por causa imputable a él la pérdida automática de la buena pro otorgada, tal como dispone el numeral 141.3 del artículo 141 del Reglamento.

Asimismo, el numeral 141.3 del Reglamento dispone que *“En tal supuesto, una vez transcurrido el plazo de consentimiento de la pérdida de la buena pro, el órgano encargado de las contrataciones, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles siguientes, requiere al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación que presente los documentos para perfeccionar el contrato en el plazo previsto en el numeral 141.1”*. (El subrayado es agregado).

En este punto, resulta oportuno anotar que en el marco del procedimiento de contratación que regula el artículo 167 del Reglamento, uno de los elementos que determina la Entidad para realizar dicha contratación es la existencia de la necesidad urgente de contratar; razón por la cual, es coherente que según lo dispuesto en el numeral 141.3, el órgano encargado de las contrataciones (OEC) requiera al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación y que aceptó el documento de invitación para ejecutar las prestaciones pendientes derivadas del contrato resuelto o declarado nulo, que presente los requisitos exigibles para el perfeccionamiento del contrato.

Sin perjuicio de ello, debe tomarse en consideración que el exceso del plazo de dos (2) días hábiles que establece el numeral 141.3 no representa un impedimento para que la Entidad continúe las gestiones necesarias para contratar, en virtud del artículo 167 del Reglamento, las prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo, menos aun cuando dicha decisión de gestión se sustenta en la existencia de una necesidad urgente por contratar dichas prestaciones; en ese contexto, cabe requerir la presentación de requisitos para el perfeccionamiento del contrato al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación y que aceptó la invitación a contratar.

2.2. “Si es factible el escenario anterior, ¿en caso el postor que ocupó el siguiente mejor lugar en el orden de prelación remitiere los documentos para la firma del contrato respectivo, resulta procedente efectuar el registro en el SEACE de la pérdida de la buena pro del primer postor llamado a suscribir el contrato y registrar la buena pro a favor del postor que ocupó el siguiente mejor lugar.”

2.2.1. Sobre el particular, debe indicarse que conforme a lo establecido en el numeral 25.1 del artículo 25 del Reglamento, referido al registro de información en el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE), “Las Entidades están obligadas a registrar, dentro de los plazos establecidos, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE”. (El subrayado es agregado).

En adición a lo expuesto en el citado dispositivo, cabe anotar que la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD establece las “Disposiciones aplicables para el acceso y registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE” (en adelante, la “Directiva”).

Al respecto, se advierte que la Directiva en mención establece en su numeral 7.1 que “Los Operadores del SEACE están obligados a registrar la información que corresponda, conforme a lo establecido en la Ley, su Reglamento, regímenes especiales y demás normativa que establezca la obligatoriedad de su registro en el SEACE”; asimismo, conforme al numeral 7.3, “El registro de información en el SEACE se efectúa en el marco de los principios de transparencia¹ y publicidad² que rigen las contrataciones públicas (...)”. (El subrayado es agregado).

Conforme a las disposiciones citadas, se advierte que en observancia de los principios de transparencia y publicidad, el registro de información en el SEACE constituye una obligación para los operadores de dicho sistema, independientemente del procedimiento o proceso de contratación que se realice en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, incluyendo el que se efectúa conforme al artículo 167 del Reglamento.

2.2.2. Preciado lo anterior, cabe anotar que según lo dispuesto en los literales f) y r) del numeral 11.2.3 de la Directiva, el otorgamiento de la buena pro, así como la pérdida de la buena pro, se registran en el SEACE; en ese contexto, de conformidad con el mencionado literal r) “El mismo día del registro de la pérdida de la buena pro, la Entidad debe registrar el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar o la declaratoria de desierto”. (El subrayado es agregado).

¹ En virtud de dicho principio, “Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico”.

² Según el principio de publicidad, “El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones”.

Como se aprecia del citado dispositivo, el registro de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación supone el registro previo de la pérdida de la buena pro del primer postor adjudicatario; en tal sentido, cuando en el marco del procedimiento de contratación previsto en el artículo 167 del Reglamento se origine la pérdida de la buena pro del primer postor que aceptó la invitación de contratar y se otorgue al siguiente lugar la buena pro del contrato, corresponde efectuar el registro en el SEACE de la información correspondiente a tales actuaciones³.

2.3. “Si de no resultar procedente el registro del otorgamiento de la buena pro a favor del postor que ocupó el siguiente mejor lugar en el orden de prelación, es factible el registro del contrato a perfeccionarse con el citado postor en el SEACE.”

2.3.1. Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en concordancia con lo dispuesto en los literales f) y r) del numeral 11.2.3 de la Directiva, el registro de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación supone el registro previo de la pérdida de la buena pro del primer postor adjudicatario; en tal sentido, cuando en el marco del procedimiento de contratación previsto en el artículo 167 del Reglamento se origine la pérdida de la buena pro del primer postor que aceptó la invitación de contratar y se otorgue al siguiente lugar la buena pro del contrato, corresponde efectuar el registro en el SEACE de la información correspondiente a tales actuaciones.

2.3.2 Sin perjuicio de ello, tal como establece el numeral XII de la Directiva, la Entidad debe registrar en el SEACE la información del contrato y su ejecución contractual, lo cual debe cumplirse -también- tratándose de una contratación al amparo del artículo 167 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES

3.1 El exceso del plazo de dos (2) días hábiles que establece el numeral 141.3 no representa un impedimento para que la Entidad continúe las gestiones necesarias para contratar, en virtud del artículo 167 del Reglamento, las prestaciones pendientes derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo, menos aun cuando dicha decisión de gestión se sustenta en la existencia de una necesidad urgente por contratar dichas prestaciones; en ese contexto, cabe requerir la presentación de requisitos para el perfeccionamiento del contrato al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación y que aceptó la invitación a contratar.

3.2 En concordancia con lo dispuesto en los literales f) y r) del numeral 11.2.3 de la Directiva, el registro de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación supone el registro previo de la pérdida de la buena pro del primer postor adjudicatario; en tal sentido, cuando en el marco del procedimiento de contratación previsto en el artículo 167 del Reglamento se origine la pérdida de la buena pro del primer postor que aceptó la invitación de contratar y se otorgue al siguiente lugar la buena pro del contrato,

³ A mayor abundamiento, sírvase a revisar los documentos de orientación de uso de las funcionalidades del SEACE, así como la Guía Rápida del “Registro de Prestaciones Pendientes del bajo el artículo 167”, accediendo a través del siguiente enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2090813/Guia%20rapida%20-%20Registro%20de%20Prestaciones%20Pendientes%20v2.pdf?v=1629303534>.

corresponde efectuar el registro en el SEACE de la información correspondiente a tales actuaciones.

- 3.3 Tal como establece el numeral XII de la Directiva, la Entidad debe registrar en el SEACE la información del contrato y su ejecución contractual, lo cual debe cumplirse -también- tratándose de una contratación al amparo del artículo 167 del Reglamento.

Jesús María, 16 de marzo de 2023



Firmado digitalmente por SEMINARIO
ZAVALA Patricia Mercedes FAU
20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 16.03.2023 18:17:46 -05:00

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/MIG