

OPINIÓN N° 037-2021/DTN

Solicitante: Ministerio de Salud

Asunto: Proceso de estandarización en contrataciones directas por situación de emergencia

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

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud consulta sobre el proceso de estandarización en las contrataciones directas celebradas bajo la causal de situación de emergencia, en el marco de la normativa 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 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 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 250- 2020-EF, vigente a partir del 05 de

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la consulta N°02 plantea una situación específica referida a una contratación directa bajo la causal de situación de emergencia, respecto de la cual se solicita que el OSCE determine en qué momento debe regularizarse el proceso de estandarización, situación que excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley a este Organismo Técnico Especializado; por tal motivo, dicha consulta no será absuelta por este Organismo Técnico Especializado.

setiembre de 2020

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1 ***“¿Se pueden realizar contrataciones directas ante una situación de emergencia haciendo referencia a la fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, o descripción que oriente la contratación hacia ellos específicas sin haber implementado previamente el correspondiente proceso de estandarización?” [sic].***

Sobre la estandarización como parte de las actuaciones preparatorias

- 2.1.1 En principio corresponde señalar que las contrataciones públicas para la adquisición de bienes, servicios u obras realizadas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado se desarrollan en tres fases: i) fase de actuaciones preparatorias; ii) fase selectiva; y, iii) fase de ejecución contractual.

Considerando el tenor de la consulta formulada, es necesario señalar que, durante la fase de actuaciones preparatorias, se realiza un conjunto de actividades tales como la identificación de las necesidades que motivan la adquisición de bienes, servicios u obras, la formulación del requerimiento destinado a la atención de dichas necesidades, la determinación del costo de la contratación, entre otras.

Al respecto, cabe anotar que la fase de actuaciones preparatorias de los procesos de contratación pública es realizada, en su integridad, por cada Entidad contratante, a través de sus dependencias, las cuales deben observar lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado –entre otras normas que regulan diferentes sistemas administrativos- y en la normatividad que regula el objeto a contratar, con el fin de adoptar decisiones de gestión conducentes a la realización de sus fines y al uso eficiente de los recursos públicos comprometidos en las contrataciones estatales².

- 2.1.2 Ahora bien, como se indicó anteriormente, en la fase de actuaciones preparatorias se determina –entre otros actos– la formulación del requerimiento para la contratación de bienes, servicios u obras. Sobre el particular, de conformidad con el artículo 16 de la Ley, en concordancia con el artículo 29 del Reglamento, dicha formulación es responsabilidad del área usuaria de la Entidad³; para tal efecto, dicha dependencia deberá determinar, de manera objetiva y precisa, las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico –según corresponda al objeto a contratar– que contengan las características y/o requisitos funcionales relevantes de la prestación requerida, a fin de cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que dicha prestación debe ejecutarse.

Como regla general, es importante indicar que en la definición del requerimiento no se debe hacer referencias a fabricación o procedencia, procedimiento de

² Cfr. RETAMOZO LINARES, Alberto. (2018) “*Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control*”. Doceava Edición. Lima: Gaceta Jurídica., p.432.

³ Entendida como la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias.

fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, ni cualquier otra descripción que busque favorecer o descartar ciertos productos o proveedores, u orientar la contratación hacia alguno en particular; **salvo que la Entidad haya implementado el correspondiente proceso de estandarización, debidamente autorizado por su titular.**

2.1.3 Al respecto, MORON URBINA refiere que la estandarización es “(...) *una opción discrecional de la planificación de las adquisiciones y compras estatales según la cual se debe uniformizar o normalizar la demanda de nuevos bienes o servicios complementarios o accesorios, en función del tipo de equipos o infraestructura preexistente en la entidad, por ser imprescindibles para garantizar su funcionalidad y/o operatividad*”⁴. En ese contexto, tal definición resulta acorde con la establecida en el Anexo de Definiciones del Reglamento, que señala a la estandarización como un proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a contratar, **en atención a los equipamientos preexistentes.**

Como se aprecia, el proceso de estandarización constituye una excepción a la regla general sobre la definición del requerimiento, basada en criterios técnicos y objetivos, que permite –a efectos de adquirir bienes o servicios de carácter complementarios o accesorio– la alusión a marcas, tipos o fabricantes específicos, o cualquier otra descripción que oriente la contratación hacia ellos, **con la finalidad de garantizar la funcionalidad, operatividad o el valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente en la Entidad.**

Adicionalmente, cabe precisar que, de conformidad con la Directiva N°004-2016-OSCE/CD, que establece los lineamientos para la contratación en la que se hace referencia a determinada marca o tipo particular, el carácter accesorio o complementario de ciertos bienes o servicios respecto del equipamiento o infraestructura de una Entidad **no es suficiente para justificar un proceso de estandarización, sino que, además será necesario acreditar que dichos bienes o servicios resultan imprescindibles para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico de la infraestructura o equipamiento preexistente.**

Teniendo en cuenta ello, cuando el área usuaria considere que para efectuar una contratación de bienes o servicios, resulta indispensable formular el requerimiento haciendo referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados o descripción que oriente la contratación hacia ellos, **dicha área deberá elaborar un informe técnico de estandarización, debidamente sustentado, que servirá como base para que el Titular de la Entidad apruebe la estandarización de los bienes o servicios a contratar.**

Así, aprobada la estandarización, el área usuaria remitirá al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad –conjuntamente con las especificaciones técnicas o términos de referencia, según corresponda al objeto de la contratación– el informe técnico de estandarización y el documento de aprobación, a fin de que dicho órgano

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. (2016) “*La Contratación Estatal*”. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.p.419-420.

realice las actividades necesarias para concretar la contratación del bien o servicio requerido. Posteriormente, en los documentos que rigen el procedimiento de selección debe agregarse el término “o equivalente”, a continuación de la referencia consignada; siendo responsabilidad de la Entidad establecer procedimientos o mecanismos objetivos para determinar la equivalencia de la marca requerida.

Bajo los términos expuesto, se advierte que el proceso de estandarización es una herramienta que las Entidades pueden utilizar –excepcionalmente- para incluir en la definición del requerimiento determinadas referencias que orienten la contratación, a razón de criterios técnicos y objetivos, debidamente sustentados; siendo que dicho proceso, de ser el caso, es llevado a cabo en la fase de actuaciones preparatorias.

Sobre la contratación directa por situación de emergencia

2.1.4 El artículo 27 de la Ley establece supuestos que, debido a razones coyunturales, económicas o de mercado, facultan a las Entidades a contratar directamente con un determinado proveedor, a fin de satisfacer oportunamente una necesidad pública. Dichos supuestos constituyen las causales de contratación directa.

Sobre el particular, es importante señalar que **la contratación directa es un procedimiento de selección de naturaleza excepcional y no competitiva, que solo procede cuando se configura alguna de las causales previstas en el artículo 27 de la Ley.**

Entre dichas causales se encuentra la prevista en el literal b) del referido artículo, la cual habilita a las entidades a contratar directamente **ante una situación de emergencia** que puede derivar de los siguientes supuestos: i) acontecimientos catastróficos, ii) situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional, iii) situaciones que supongan grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o iv) una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

En ese contexto, se advierte que la situación de emergencia está determinada por hechos de peligro o desastre que requieren la adopción de acciones de realización efectiva e inmediata, de ahí que el artículo 100 del Reglamento establezca que en tales situaciones la Entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras estrictamente necesarios, tanto para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, sin sujetarse a los requisitos señalados en la normativa de contrataciones del Estado.

Ahora bien, en virtud de la causal de contratación directa por situación de emergencia, exclusivamente⁵, se permite que la Entidad contratante regularice aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la

⁵ Conforme a lo dispuesto en el numeral 101.4 del artículo 101 del Reglamento, “*Se encierra prohibida la aprobación de contrataciones directas en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia*”.

fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda.

Para tal efecto, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento, tal regularización se efectúa, como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra.

Por lo expuesto, se aprecia que la contratación directa por situación de emergencia es el único supuesto que permite que ciertas actuaciones involucradas en el proceso de contratación sean regularizadas, incluso, después de que el proveedor seleccionado haya iniciado la ejecución de sus prestaciones a cargo.

2.1.5 Ahora bien, teniendo en cuenta que la contratación directa por situación de emergencia constituye un procedimiento de selección –aunque de naturaleza no competitivo-, el requerimiento que motiva su realización sigue estando sujeto – como regla general, y según el supuesto específico- a la prohibición de que su contenido haga alusión a la fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, o cualquier otra descripción que oriente la contratación hacia ellos; no obstante, de implementarse el respectivo proceso de estandarización, conforme a lo previsto en la normativa de contrataciones del Estado, tal prohibición sería exceptuada de la regla general, incluso en el marco de dichos procesos de contratación.

En esa medida, considerando que el proceso de estandarización forma parte de las actuaciones preparatorias, y que la normativa de contrataciones del Estado admite la posibilidad de regularizar la documentación derivada de dicha fase –entre otros documentos- sólo en aquellos procedimientos de selección de contratación directa por situación de emergencia –dada la necesidad de atender y/o prevenir, oportunamente, los efectos de la emergencia invocada-, es posible que el proceso de estandarización sea materia de regularización, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

Por consiguiente, es posible que el requerimiento de bienes y servicios que motiva la realización de las contrataciones directas por situación de emergencia –atendiendo a criterios técnicos y objetivos, debidamente sustentados por la Entidad contratante– haga referencia a la fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, o cualquier otra descripción que oriente la contratación hacia ellos, siempre que tal determinación se justifique en el respectivo proceso de estandarización. En ese contexto, cabe precisar que es responsabilidad de cada Entidad realizar la debida estandarización e, inclusive, regularizar dicha actuación preparatoria, según corresponda, conforme a lo establecido en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

3. CONCLUSIÓN

En el marco de lo dispuesto por la normativa de Contrataciones del Estado, es posible que el requerimiento de bienes y servicios que motiva la realización de las contrataciones directas por situación de emergencia –atendiendo a criterios técnicos

y objetivos, debidamente sustentados por la Entidad contratante– haga referencia a la fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, o cualquier otra descripción que oriente la contratación hacia ellos, siempre que tal determinación se justifique en el respectivo proceso de estandarización. En ese contexto, cabe precisar que es responsabilidad de cada Entidad realizar la debida estandarización e, inclusive, regularizar dicha actuación preparatoria, según corresponda, conforme a lo establecido en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

Jesús María, 7 de abril de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

ZCH/.