

OPINIÓN N° 044-2019/DTN

Entidad: Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED
Asunto: Contratación de obras bajo la modalidad de concurso oferta por paquete
Referencia: Oficio N° 1189-2019-MINEDU/VMGI-PRONIED

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Directora Ejecutiva del Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED, formula consulta sobre la contratación de obras bajo la modalidad de contratación de concurso oferta por paquete.

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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA 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 desde el 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

“¿Se puede convocar por paquete, mediante Licitación Pública, la ejecución de inversiones de optimización, ampliación marginal, reposición y rehabilitación (IOARR) a través de la modalidad de concurso oferta, considerando que el valor referencial del paquete de dichas IOARR es superior al valor referencial de una Licitación Pública?”.

2.1. De manera preliminar, se debe reiterar 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**.

Sin perjuicio de ello, a continuación se brindarán alcances de carácter general relacionados con el tenor de la consulta planteada, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado vigente desde el 30 de enero de 2019.

- 2.2. En primer lugar, corresponde indicar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 16.1 del artículo 16 de la Ley, concordado con el artículo 29 del Reglamento¹, corresponde al área usuaria de la Entidad formular el requerimiento de los bienes, servicios u obras a contratar, y definir en las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico *-según corresponda-*, la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que esta debe ejecutarse.

De esta manera, se advierte que el área usuaria es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento –que puede consistir en la ejecución de prestaciones de bienes², servicios³ u obras⁴, según corresponda al objeto de la contratación–; debiendo asegurar su calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación, tal como lo dispone el numeral 29.8 del artículo 29 del Reglamento.

En ese contexto, cabe anotar que el requerimiento tiene una finalidad pública, por lo que debe encontrarse orientado al cumplimiento de las funciones de la Entidad; así, considerando las diversas necesidades que una Entidad requiere atender mediante la contratación, el numeral 16.4 del artículo 16 de la Ley prevé que *“El requerimiento puede incluir que la prestación se ejecute bajo las modalidades de **concurso oferta**, llave en mano u otras que se establezcan en el reglamento”*.

- 2.2. Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 36 del Reglamento regula las modalidades de contratación que las Entidades pueden emplear cuando se cumplan las condiciones previstas para su aplicación.

En esa medida, el literal b) del referido artículo dispone que la modalidad de **“Concurso oferta”** resulta aplicable cuando el postor oferta –conjuntamente- la

¹ **Numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento.- Requerimiento**

“Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que se ejecuta (...)”. (El subrayado es agregado).

² De acuerdo a la definición contemplada en el Anexo N° 1 del Reglamento, Anexo de Definiciones, los **bienes** *“Son objetos que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines”* (el subrayado es agregado).

³ Conforme a la definición contemplada en el Anexo N° 1 del Reglamento, Anexo de Definiciones, se considera **servicio** a la *Actividad o labor que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. Los servicios pueden clasificarse en servicios en general, consultoría en general y consultoría de obras”*.

⁴ En atención a la definición contemplada en el Anexo N° 1 del Reglamento, Anexo de Definiciones, una **obra** es la *“Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos”*. (El énfasis es agregado). Así, tal como se indicó en la Opinión N° 038-2018/DTN, *“(…) para determinar si una prestación corresponde a la “ejecución de una obra” se debe verificar (i) si las actividades se ejecutarán sobre un inmueble, (ii) si lo que debe desarrollarse es alguna de las actividades establecidas en la definición de “obra”, y (iii) si para ello debe contar con dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos; debiendo considerar estos tres requisitos como concurrentes”*.

elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra; precisando que “(...) *Esta modalidad solo puede aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el presupuesto estimado del proyecto o valor referencial corresponda a una Licitación Pública*”. (El énfasis es agregado).

Como se puede apreciar, la contratación de obras bajo la modalidad de concurso oferta implica la ejecución sucesiva de prestaciones de diversa naturaleza, tales como la elaboración del expediente técnico (consultoría de obra) y la ejecución de la obra en sí; siendo la finalidad última de este tipo de modalidad contractual la ejecución de una obra.

Asimismo, resulta pertinente resaltar que de acuerdo a lo dispuesto en el citado literal, la modalidad de “*Concurso oferta*” solo puede aplicarse en contrataciones de ejecución de obras que cumplan las siguientes condiciones: *i) que el sistema de contratación sea el de suma alzada*; y, *ii) siempre que el presupuesto estimado del proyecto o valor referencial corresponda a una Licitación Pública*”.

- 2.3. Ahora bien, en atención al tenor de la consulta planteada, es importante señalar que el artículo 37 del Reglamento prevé la posibilidad que las Entidades efectúen “*contrataciones por paquete*”, agrupando en el objeto de la contratación varias prestaciones distintas, pero vinculadas entre sí.

Así, tratándose de contrataciones de obra, el numeral 37.2 del artículo en mención, dispone que una Entidad “*También puede contratar por paquete la ejecución de obras de similar naturaleza cuya contratación en conjunto resulte más eficiente para el Estado en términos de calidad, precio y oportunidad frente a la contratación independiente*”; asimismo, precisa que “*En este caso, la Entidad suscribe un contrato por cada obra incluida en el paquete*”. (El énfasis es agregado).

Conforme a lo expuesto, se advierte que las Entidades pueden contratar por paquete la ejecución de obras de similar naturaleza cuando la contratación en conjunto resulte más eficiente frente a la contratación independiente. Ello, evidentemente, implica que la Entidad verifique que los objetos contractuales a empaquetarse constituyen “obras” según la normativa de contrataciones del Estado.

Adicionalmente, dicho dispositivo establece que en caso se contrate por paquete la ejecución de obras de similar naturaleza, las Entidades deben suscribir un contrato por cada obra incluida en el paquete, de lo cual se desprende que tal disposición tiene por objeto que la ejecución de cada obra que forma parte del referido paquete se realice de manera independiente de las otras, pero en forma paralela o simultánea.

Por tanto, cuando resulte más eficiente *-en términos de calidad, precio y tiempo-* realizar la contratación de ejecución de obras en conjunto, frente a la contratación independiente, una Entidad puede efectuar la contratación por paquete agrupando obras de naturaleza similar; siendo que, para tal efecto, dicha Entidad debe suscribir un contrato por cada obra que esté incluida en el paquete.

- 2.4. Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde analizar la posibilidad de realizar la contratación de **obras por paquete, agrupando los objetos contractuales propios de la modalidad de “Concurso oferta”**; es decir: *i) la elaboración del expediente técnico de obra; y ii) la ejecución de la obra en sí.*

Al respecto, es importante señalar que en la contratación por paquete el objeto contractual es el resultado del agrupamiento de varias “unidades” que pueden ser, por sí mismas, objetos contractuales independientes y que se contratan conjuntamente, por resultar ello más eficiente *-en términos de calidad, precio y tiempo-* para la Entidad y para la consecución de la finalidad pública.

En ese sentido, considerando que la normativa de contrataciones del Estado permite el empleo de la modalidad de **“Concurso oferta” para la ejecución de obras**, se puede colegir que la contratación de obras por paquete admitiría que las referidas “unidades” estén compuestas por obras bajo la modalidad de concurso oferta; esto es, que cada “unidad” que conforma el paquete incluya la obligación de elaborar un expediente técnico de obra y de ejecutar una obra.

De esta manera, en atención a lo dispuesto en el numeral 37.2 del artículo 37 del Reglamento, cuando una Entidad decida contratar por paquete la ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta, esta deberá suscribir un contrato por cada una de las “unidades” que integran el referido paquete, **lo que implica que cada “unidad” deberá cumplir todas las condiciones establecidas en el literal b) del artículo 36 del Reglamento.**

- 2.5. Por lo expuesto, se advierte que al amparo de lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, una Entidad puede contratar por paquete la ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta, **siempre que cada “unidad” que conforma el paquete de obras cumpla las condiciones previstas en el literal b) del artículo 36 del Reglamento**; entre ellas, que el valor referencial de cada contrato de obra a suscribir -según la definición de “obra” prevista en la normativa de contrataciones del Estado-, corresponda a una Licitación Pública.

3. CONCLUSIÓN

Al amparo de lo establecido por la normativa de contrataciones del Estado, una Entidad puede contratar por paquete la ejecución de obras bajo la modalidad de concurso oferta, siempre que cada “unidad” que conforma el paquete de obras cumpla las condiciones previstas en el literal b) del artículo 36 del Reglamento; entre ellas, que el valor referencial de cada contrato de obra a suscribir -según la definición de “obra” prevista en la normativa de contrataciones del Estado-, corresponda a una Licitación Pública.

Jesús María, 25 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa