

OPINIÓN N° 048-2019/DTN

Entidad: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de la Libertad - SEDALIB

Asunto: Acreditación de experiencia

Referencia: Oficio N° 112-2019-SEDALIB S.A. – 40000-GG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de la Libertad - SEDALIB, formula consultas sobre la acreditación de experiencia en el marco de un procedimiento de selección, así como la calidad de documento inexacto que podría presentarse ante un subcontrato no perfeccionado conforme a los requisitos previstos en 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 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, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas 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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por la Entidad, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la segunda consulta busca que este Organismo Técnico Especializado precise si determinado contrato puede ser considerado como documento inexacto, aspecto no vinculado a la primera consulta, la misma que se encuentra referida a la acreditación de experiencia en el marco de un procedimiento de selección; por lo que, la segunda consulta no será absuelta.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

“¿Si, el documento presentado por el postor ganador de la Buena Pro (Contrato N° 009-2011-CM, que corresponde a una subcontratación) puede sustentar experiencia en un procedimiento de selección en el año 2019, teniendo en cuenta que la subcontratación no se realizó conforme a los requisitos establecidos en el Art. 146 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por decreto Supremo N° 184-2008-EF, aplicable durante la ejecución contractual?” (Sic).

Competencia para absolver consultas

2.1. En primer lugar, corresponde indicar que las consultas que absuelve el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en tal sentido, este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse si un determinado contrato (contrato N° 009-2011-CM) podría acreditar experiencia en un procedimiento de selección llevado a cabo en el presente ejercicio presupuestal, pese a no ser perfeccionado conforme a los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado vigente al momento de su suscripción.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se efectuarán precisiones de carácter general sobre la experiencia y su forma de acreditación conforme a la actual normativa de contrataciones del Estado.

Experiencia del postor como requisito de calificación

2.2. De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley -en concordancia con el artículo 29 del Reglamento-, el área usuaria requiere los bienes, servicios y obras a contratar, siendo responsable de formular -según corresponda al objeto materia del procedimiento de selección- las especificaciones técnicas, términos de referencia o el expediente técnico en el caso de obras, así como los requisitos de calificación que correspondan.

En ese contexto, el numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento precisa en su último párrafo que *“El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios”*. (El subrayado es agregado).

De esta manera, cuando una Entidad requiere efectuar una contratación para atender una necesidad pública, esta debe establecer de forma objetiva y precisa, además de las características y/o requisitos funcionales relevantes, **los requisitos de calificación** que resulten pertinentes para cautelar el cumplimiento de los fines y objetivos públicos que subyacen a dicha contratación.

2.3. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el numeral 49.1 del artículo 49 del Reglamento, *“La Entidad verifica la calificación de los postores conforme a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, a fin de determinar que estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato”*. (El subrayado es agregado).

Para tal efecto, en los documentos del procedimiento de selección la Entidad establece, de manera clara y precisa, los requisitos que deben cumplir los postores a fin de acreditar su calificación, con el propósito de cautelar que estos cuentan con las capacidades requeridas para la ejecución de las prestaciones que son objeto del contrato.

Así, conforme a lo dispuesto en el numeral 49.2 del artículo antes citado, los requisitos de calificación que pueden adoptarse son los siguientes: (i) *la Capacidad legal*, consistente en aquella documentación que acredita la habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación; (ii) *la Capacidad técnica y profesional*, referida a aquella que acredita el equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido; (iii) *la Experiencia del postor en la especialidad*; y (iv) *la Solvencia Económica*, esta última aplicable en la contratación de obras por licitación pública.

REQUISITOS DE CALIFICACIÓN



Cabe anotar que la Entidad **no** puede establecer requisitos distintos a los señalados precedentemente², siendo obligatorio observar lo dispuesto en las Bases Estándar correspondientes según el objeto y procedimiento de selección a convocar.

Al respecto, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, corresponde referirnos a la **experiencia del postor** como uno de los requisitos de calificación que deben incluirse en los documentos del procedimiento de selección.

- 2.4. Sobre el particular, es importante señalar que este Organismo Técnico Especializado en opiniones previas ha señalado que la “*experiencia*” es la destreza adquirida por la reiteración de determinada conducta en el tiempo; es decir, por la habitual transacción del bien, servicio u obra que constituye el giro del negocio del proveedor en el mercado. Dicha experiencia genera valor agregado para su

² En concordancia con lo establecido en el numeral 49.3 del artículo 49 del Reglamento.

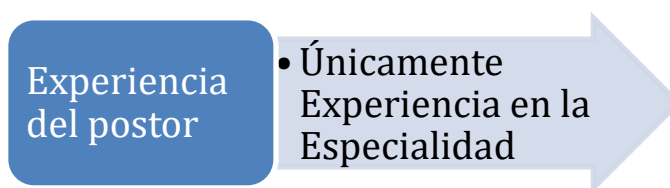
titular, incrementando sus posibilidades de acceso a los contratos con el Estado.

Por su parte, MORÓN URBINA³ señala que la experiencia del postor se constituye como “(...) *uno de los elementos racionales reconocidos para diferenciar la mejor propuesta entre las diversas que se reciben del mercado, en la medida que a mayor experiencia del postor se desprende de una lógica mayor confiabilidad en los resultados de las prestaciones a recibir*”.

De esta manera, la experiencia constituye un elemento fundamental en la calificación de los proveedores, debido a que le permite a las Entidades determinar, de manera objetiva, la capacidad de los mismos para ejecutar las prestaciones requeridas, al comprobarse que estos han ejecutado y provisto previamente prestaciones iguales o similares a las que se requiere contratar.

Ahora bien, la experiencia -como elemento diferenciador de ofertas-, puede presentarse de diversas formas, tales como: i) experiencia en la actividad; y, ii) experiencia en la especialidad. La primera de ellas está referida a la destreza del postor en toda labor general relacionada con el objeto de la convocatoria; por su parte, la experiencia en la especialidad está referida a las labores realizadas por el postor consideradas iguales o similares al objeto de la convocatoria.

En este punto, es preciso mencionar que el Reglamento, en el numeral 49.2 de su artículo 49, ha considerado como requisito de calificación referido a la experiencia del postor **solamente a la experiencia en la especialidad**; en ese sentido, a efectos de que su oferta no sea descalificada, el proveedor debe acreditar la experiencia sobre la venta de bienes, contratación de servicios o ejecución de obras iguales o similares al objeto de la convocatoria.



Finalmente, debe reiterarse que corresponde al área usuaria incluir en el requerimiento los requisitos de calificación que considere necesarios según el objeto de la contratación, los mismos que se acreditarán conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección.

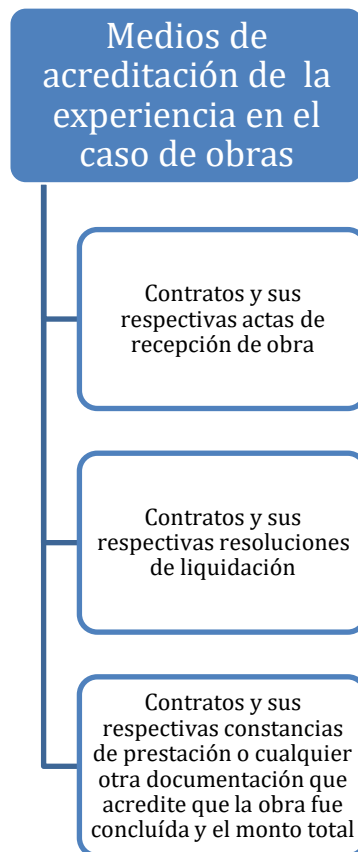
Acreditación de la experiencia del postor

2.5. Tal como se indicó en los acápites anteriores, la experiencia considerada en el marco de la contratación pública es aquella obtenida por el postor como consecuencia de una transacción en el mercado –según lo preceptuado en la referida normativa-; en otras palabras, solo puede considerarse como válida aquella experiencia que el postor haya adquirido luego de ejecutar una determinada prestación a cambio del precio pactado, de conformidad con las condiciones previstas en la Ley y en las normas que la desarrollen.

³ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *La Contratación Estatal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 429.

Ahora bien, la experiencia resulta ser un elemento intangible inherente a cada uno de los postores y debe ser acreditada a efectos de verificar que se cumple con el referido requisito de calificación.

Sobre el particular, las Bases Estándar contenidas en la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD “*Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N° 30225*”, referidas a la contratación de obras⁴, establecen en el numeral 3.2 del Capítulo III de la Sección Específica los requisitos de calificación que la Entidad puede emplear en dichas contrataciones, precisando que la **experiencia del postor en la especialidad** se medirá en función a la facturación en obras similares, la cual se acreditará con copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación⁵ de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total.



Como se aprecia, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado la experiencia del postor en la especialidad para la ejecución de una obra se mide a

⁴ Correspondiente a los procedimientos de selección de Licitación Pública y Adjudicación Simplificada.

⁵ De acuerdo con la Opinión N° 185-2017/DTN “cualquier otra documentación”, se entiende como tal a todo documento emitido por la Entidad contratante con ocasión de la ejecución de la obra que cumpla con demostrar de manera indubitable aquello que se acredita, por ejemplo mediante, las resoluciones de liquidación de obra, las actas de recepción de conformidad, entre otros.

través de su facturación en obras similares, **la cual se acredita mediante copia simple del contrato y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra se concluyó y el monto total que implicó su ejecución**⁶.

En tal sentido, para la acreditación de la experiencia en obras similares es necesario que el postor presente, dentro de su propuesta, copia simple de contratos y cualquier otra documentación que evidencie la culminación de la obra así como el monto total de su ejecución, siendo necesario –además- que la documentación mencionada se encuentre referida a una obra que cuente con las características de aquella que se desea contratar, según lo establecido en las Bases del procedimiento de selección⁷.

Subcontratación bajo los alcances del Decreto Supremo N° 184-2008-EF

- 2.6. Por otro lado, debe indicarse que con la suscripción del contrato surge la relación jurídica patrimonial en virtud de la cual el contratista se encuentra obligado a ejecutar determinada prestación a favor de la Entidad –que puede consistir en la entrega o suministro de bienes, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra– y esta, a su vez, se encuentra obligada a ejecutar su contraprestación que, fundamentalmente, consiste en retribuir económicamente al contratista por la prestación ejecutada por éste.

Por otro lado, si bien normalmente es el propio contratista el que ejecuta las prestaciones a su cargo, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de que, cuando se cumplan determinadas condiciones, sea un tercero, ajeno a la relación contractual existente entre la Entidad y el contratista, quien ejecute dichas prestaciones.

Ahora bien, en atención a la consulta formulada, debe indicarse que el artículo 146 del anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF⁸ (en adelante, el “anterior Reglamento”), precisaba que *“El contratista podrá acordar **con terceros** la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo, cuando lo autoricen las Bases (...).”* (El resaltado es agregado).

Así, el subcontrato venía a ser un **contrato derivado** y dependiente de otro anterior (contrato base o principal), originado por la decisión de uno de dos contratantes, que en lugar de ejecutar directamente la obligación asumida, se decide a contratar con un tercero la realización de aquella, en base al contrato anterior del cual es parte.

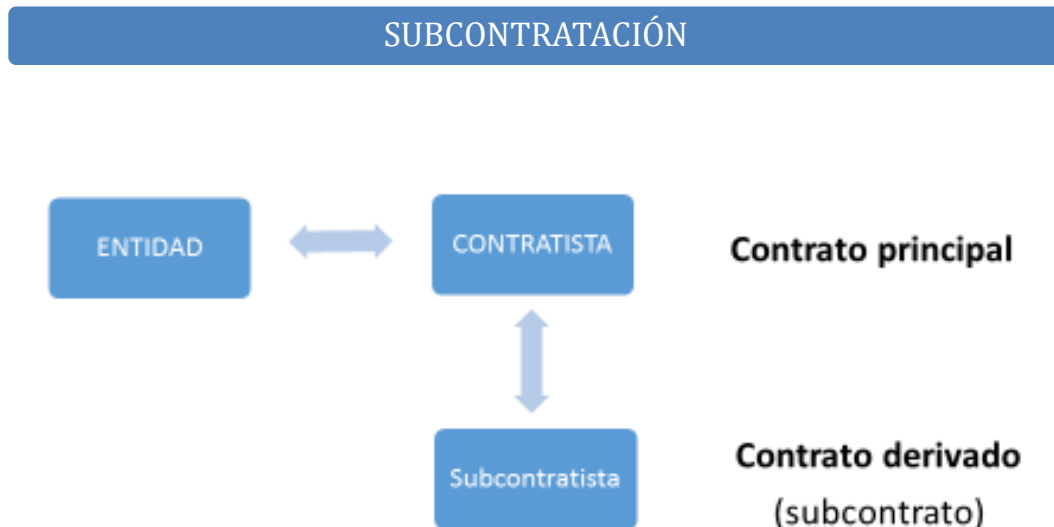
Asimismo, es importante precisar que la subcontratación no enervaba la responsabilidad del contratista, pues conforme a lo previsto en el segundo párrafo

⁶ Entre los documentos que pueden presentarse están las resoluciones de liquidación de obra, las actas de recepción y conformidad, entre otros.

⁷ De conformidad con lo señalado en la Opinión N° 040-2015/DTN.

⁸ Norma vigente hasta el 8 de enero de 2016.

del artículo 37 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017⁹: “*El contratista mantendrá la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que le puede corresponder al subcontratista*”.



De lo expuesto, se advierte que, en el marco de la anterior normativa de contrataciones del Estado, la subcontratación implicaba que un “tercero” ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por “tercero” a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta al contratista.

Por su parte, el artículo 146 del anterior Reglamento precisaba que la subcontratación podía pactarse, cuando lo autoricen las bases, siempre que:

1. *La Entidad lo apruebe por escrito y de manera previa, por intermedio del funcionario que cuente con facultades suficientes y dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido aprobado.*
2. *Las prestaciones a subcontratarse con terceros no excedan del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.*
3. *El subcontratista se encuentre inscrito en el RNP y no esté suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado.*
4. *En el caso de contratistas extranjeros, éstos se comprometan a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los nacionales."*

De lo señalado, se observa que la anterior normativa de contrataciones del Estado había previsto determinadas condiciones que debían cumplirse para que un contratista pueda subcontratar parte de las prestaciones que se encontraba obligado a ejecutar. Por tanto, para que se configure un subcontrato dentro del ámbito de la contratación pública, era necesario que se cumplan con las

⁹ Norma vigente hasta el 8 de enero de 2016.

condiciones previstas en el artículo citado.

- 2.7. Ahora bien, en caso se haya realizado una subcontratación incumpliendo los requisitos antes mencionados dicha conducta es pasible de sanción administrativa por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado, tal como lo establece el artículo 50 de la Ley.

En efecto, el referido artículo señala que son sujeto de sanción los proveedores, participantes, postores, **contratistas**, **subcontratistas** y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, entre otras causales, cuando incurran en: “d) *Subcontratar prestaciones sin autorización de la Entidad o en porcentaje mayor al permitido por esta Ley y su reglamento o cuando el subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido o inhabilitado para contratar con el Estado*”.

En ese sentido, ante alguno de los supuestos descritos en el párrafo anterior, corresponde que dicha situación sea comunicada al Tribunal de Contrataciones del Estado para que aplique la sanción que corresponda, tal como lo establece el artículo 259 del Reglamento¹⁰.

Acreditación de experiencia mediante subcontratación

- 2.8. Tal como se indicó en el numeral 2.3 de la presente Opinión, la experiencia del postor en la especialidad es uno de los requisitos de calificación que pueden incluirse en el requerimiento a efectos de verificar que el proveedor cuentan con la capacidad requerida para la ejecución de las prestaciones que son objeto del contrato.

Asimismo, dicha experiencia debe ser acreditada conforme a lo previsto en las

¹⁰ “**Artículo 259. Obligación de informar sobre supuestas infracciones**

259.1. *El Tribunal toma conocimiento de hechos que pueden dar lugar a la imposición de sanción, por denuncia de la Entidad o de terceros, por petición motivada de otros órganos del OSCE o de otras Entidades públicas o de oficio.*

259.2. *Toda denuncia o petición contiene, como mínimo, lo siguiente:*

- a) *Identificación del proceso de contratación.*
- b) *Identificación del presunto infractor.*
- c) *Infracción imputada al presunto infractor, según lo previsto en el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.*
- d) *Documentos que sustenten la denuncia.*

259.3. *Cuando la infracción pueda ser detectada por la Entidad, está obligada a comunicarlo al Tribunal, bajo responsabilidad, remitiendo un informe técnico que, además de lo señalado en el numeral precedente, contenga una opinión sobre la existencia de la infracción y del daño causado a la Entidad; de corresponder, también remite una copia de la oferta.*

259.4. *El incumplimiento de la obligación de la Entidad de comunicar la comisión de presuntas infracciones, es puesto en conocimiento de su Órgano de Control Institucional o de la Contraloría General de la República, según sea el caso, para el deslinde de responsabilidades.*

259.5. *En todos los casos, la decisión de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador corresponde al Tribunal”.*

bases estándar aprobadas por el OSCE¹¹, siendo que para el caso de la ejecución de obras los medios de acreditación de la experiencia en la especialidad son los siguientes: i) copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o, iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total.

Por su parte, conforme a lo descrito en el numeral 2.6 de la presente Opinión, mediante la subcontratación un “tercero” (el subcontratista) ejecuta parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la Entidad, entendiéndose por “tercero” a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta al contratista. En efecto, si bien el subcontrato se encuentra **estrechamente vinculado al contrato base** –ya que necesita de la existencia del contrato original sustentándose en él durante su ejecución y extinción¹²- en el subcontrato coexisten solo dos partes: i) el contratista y ii) el subcontratista, quienes conforman una relación contractual distinta al contrato base.

Así, a efectos de acreditar la experiencia en la ejecución de obras similares al objeto de la contratación, **las bases estándar no han establecido una prohibición respecto a la experiencia generada mediante subcontratos**, razón por la cual resulta válido que un subcontratista presente para acreditar su experiencia un subcontrato de obra pública, siempre que el mismo se haya ejecutado conforme a las disposiciones de la normativa vigente y se ajuste a los medios de acreditación previstos en las bases del correspondiente procedimiento de selección.

- 2.9. Ahora bien, en atención a la consulta formulada, respecto si resulta válido considerar aquella experiencia presentada por un subcontratista, respecto a un subcontrato de obra pública no ejecutado conforme a las disposiciones de la normativa que regula el contrato principal, debe indicarse que, de conformidad con lo dispuesto por el Principio de Legalidad¹³ “*Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas*”; así, la administración se encuentra inexorablemente sujeta al principio de legalidad, por el cual debe respetar las disposiciones del marco normativo vigente en el desarrollo de sus funciones.

En ese sentido, al advertirse que un subcontrato vinculado a una contratación pública –*presentado para acreditar la experiencia en un determinado procedimiento de selección*- fue suscrito sin respetar la normativa correspondiente, **la Entidad no puede considerarlo como documento que acredita experiencia**, toda vez que dicha prestación no ha sido realizada

¹¹ Contenidas en la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD “*Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N° 30225*”.

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos, *La Contratación Estatal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 622.

¹³ Consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

conforme a los requisitos previstos para un subcontrato en el marco de la normativa de contrataciones del Estado que resulte aplicable.

Conforme a lo anterior, para acreditar el requisito de calificación experiencia del postor en la especialidad en un procedimiento de selección para la ejecución de obras debe emplearse alguno de los siguientes medios: i) copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o, iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total. Dichos documentos deben provenir de contrataciones de obras similares, incluso de aquellas contrataciones efectuadas mediante la subcontratación de obra pública, siempre que estas se hayan realizado conforme a las disposiciones de la normativa que resulte aplicable.

Finalmente, es preciso reiterar que cuando una subcontratación no se haya realizado conforme a los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, tal hecho es pasible de ser comunicado al Tribunal de Contrataciones del Estado a efectos de que imponga la sanción correspondiente.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Para acreditar el requisito de calificación experiencia del postor en la especialidad en un procedimiento de selección para la ejecución de obras debe emplearse alguno de los siguientes medios: i) copia simple de contratos y sus respectivas actas de recepción de obra; ii) contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o, iii) contratos y sus respectivas constancias de prestación o cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total. Dichos documentos deben provenir de contrataciones de obras similares, incluso de aquellas contrataciones efectuadas mediante la subcontratación de obra pública, siempre que estas se hayan realizado conforme a las disposiciones de la normativa que resulte aplicable.
- 3.2 No resulta posible considerar aquella experiencia obtenida por un subcontrato vinculado a una contratación pública, si es que el mismo se ha suscrito contraviniendo las disposiciones de la normativa que resulte aplicable.
- 3.3 Cuando una subcontratación no se haya realizado conforme a los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado, tal hecho es pasible de ser comunicado al Tribunal de Contrataciones del Estado a efectos de que imponga la sanción correspondiente.

Jesús María, 28 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC