

OPINIÓN N° 052-2019/DTN

Entidad: Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE
Asunto: Declaratoria de desierto
Referencia: Oficio N° 000432-2019-SG/ONPE

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Secretario General de la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE, formula consultas sobre la segunda convocatoria que se realiza a partir de una declaración de desierto.

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, 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 mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente hasta el 29 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. *“¿Es posible que para realizar la segunda convocatoria de un procedimiento de Adjudicación Simplificada derivada de un procedimiento de selección declarado desierto, se modifique en algún extremo los términos de referencia cuando este no fue la causal de la indicada en la declaratoria de desierto?”* (Sic).

2.1.1. En primer lugar, debe indicarse que conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Ley (aplicable en el contexto de la consulta), en concordancia con el artículo 44

del Reglamento, los procedimientos de selección quedan desiertos cuando en el desarrollo de estos: (i) no se recibieron ofertas, o (ii) cuando no existe ninguna oferta válida¹.

En ese contexto, los numerales 44.2 y 44.3 del artículo 44 del Reglamento precisan lo siguiente:

“44.2 Cuando un procedimiento de selección es declarado desierto total o parcialmente, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, debe emitir un informe al Titular de la Entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del expediente de contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del procedimiento, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente.

44.3 Cuando los procedimientos de selección se declaran desiertos, la siguiente convocatoria debe efectuarse siguiendo el mismo procedimiento de selección. En el caso de licitación pública sin modalidad o concurso público, la siguiente convocatoria debe efectuarse siguiendo el procedimiento de adjudicación simplificada”. (El énfasis es agregado).

De los dispositivos citados, se desprende que la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección no determina la conclusión del procedimiento, sino que conlleva a la necesidad de justificar y evaluar, a través de un informe elaborado por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones – según corresponda-, las razones que impidieron la conclusión de dicho procedimiento de selección, a efectos de adoptar las medidas correctivas que resulten pertinentes para realizar su siguiente convocatoria.

2.1.2. Preciado lo anterior, es importante traer a colación lo dispuesto en el numeral 21.4 del artículo 21 del Reglamento, el cual establece que: *“Cuando un procedimiento de selección sea declarado desierto, la nueva convocatoria requiere contar con una nueva aprobación del expediente de contratación, solo cuando así lo disponga el informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto, elaborado por el órgano del procedimiento de selección”.* (El énfasis es agregado).

De esta manera, se advierte que, la siguiente convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto puede requerir una nueva aprobación del expediente de contratación, siempre que así se determine en el informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto; situación que permitiría que algún extremo del requerimiento sea modificado en atención a las medidas correctivas que necesiten adoptarse, tomando en cuenta lo establecido en el numeral 8.10 del artículo 8 del Reglamento, el cual dispone que *“El requerimiento puede ser modificado para mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico, así como los requisitos de calificación hasta antes de la aprobación del expediente de contratación, previa justificación que debe formar parte de dicho expediente,*

¹ Salvo en el caso de la subasta inversa electrónica en que se declara desierto cuando no se cuenta con dos ofertas válidas.

bajo responsabilidad. Las modificaciones deben contar con la aprobación del área usuaria". (El énfasis es agregado).

En esa medida, considerando que el referido informe de evaluación contempla las causas que impidieron la conclusión del procedimiento de selección, las medidas correctivas que se adopten tienen que encontrar su sustento en las razones que motivaron la declaratoria de desierto; así, para realizar la segunda convocatoria del procedimiento de selección, solo sería posible ajustar algún extremo del requerimiento cuando en dicho informe se disponga realizar una nueva aprobación del expediente de contratación, para corregir aquello que originó tal declaratoria de desierto.

2.1.3. En consecuencia, para realizar la segunda convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto, no es posible ajustar algún extremo de los términos de referencia del requerimiento si del informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto no se justifica que dicho aspecto constituye una de las causas que frustraron la culminación del procedimiento de selección original; ello solo sería posible si en dicho informe se determinara que la causal de desierto está vinculada a los términos de referencia del requerimiento.

2.2. *“En el supuesto que para realizar la segunda convocatoria de un procedimiento de Adjudicación Simplificada derivada de un procedimiento de selección declarado desierto, el alcance del servicio sufra alguna modificación siendo necesario que se modifique algún extremo de los términos de referencia (cuando este no fue la causal de la indicada declaratoria de desierto), ¿se debería convocar como un procedimiento de selección nuevo?”* (Sic).

2.2.1. De conformidad con lo señalado en los antecedentes de la presente Opinión, 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, sin hacer alusión a asuntos o situaciones concretas; en esa medida, **no** es posible determinar si -en un supuesto en particular- una Entidad debe –o no- convocar un nuevo procedimiento de selección, toda vez que ello excedería las atribuciones conferidas por ley a este despacho.

2.2.2. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta pertinente anotar que -tal como se indicó al absolver la consulta anterior- la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección no determina la conclusión del procedimiento, sino que conlleva a la necesidad de justificar y evaluar, a través de un informe elaborado por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones –según corresponda-, las razones que impidieron la conclusión de dicho procedimiento de selección, a efectos de adoptar las medidas correctivas que resulten pertinentes para realizar su siguiente convocatoria.

En ese sentido, para realizar la segunda convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto, **no** es posible ajustar ningún extremo de los términos de referencia del requerimiento si del informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto **no** se justifica que dicho aspecto constituye una de las causas que frustraron la culminación del procedimiento de selección

original; ello solo sería posible si en dicho informe se determinara que la causal de desierto está vinculada a los términos de referencia del requerimiento.

2.2.3. No obstante lo anterior, considerando que el área usuaria de la Entidad es responsable de formular adecuadamente sus requerimientos² en atención a la finalidad pública que subyace a la contratación, es posible que, con posterioridad a la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección, se advierta la existencia de una “nueva necesidad” a ser atendida mediante otra contratación de prestaciones con distintas condiciones a las originalmente previstas para el requerimiento que no pudo ser contratado, en cuyo caso correspondería que se convoque un nuevo procedimiento de selección para contratar el nuevo requerimiento.

2.3. *“De acuerdo a la respuesta anterior, y siendo que la Entidad no necesita convocar nuevamente bajo los términos de referencia originales ¿El procedimiento de selección declarado desierto se debe cancelar?”* (Sic).

2.3.1. Conforme lo indicado en los antecedentes de la presente Opinión, 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, sin hacer alusión a asuntos o situaciones concretas; en esa medida, **no** es posible determinar si -en un supuesto en particular- la Entidad debe –o no- cancelar un determinado procedimiento de selección, puesto que ello excede las competencias de este despacho.

No obstante lo anterior, tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, a continuación se brindará alcances de carácter general relacionados con la figura de “cancelación” que regula la normativa de contrataciones del Estado.

2.3.2. Ahora bien, en relación con la figura de “cancelación del procedimiento de selección”, debe indicarse que el artículo 30 de la Ley establece lo siguiente:

“La Entidad puede cancelar el procedimiento de selección, en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro, mediante resolución debidamente motivada, basada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad, de conformidad con lo establecido en el reglamento”³. (El énfasis es agregado).

Por su parte, el numeral 46.1 del artículo 46 del Reglamento dispone que *“Cuando la Entidad decida cancelar total o parcialmente un procedimiento de selección,*

² De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley.

³ Cabe señalar que, en concordancia con el artículo 30 de la Ley, el artículo 46 del Reglamento establece el trámite para realizar la cancelación del procedimiento de selección; asimismo, precisa que la resolución o acuerdo que formaliza la cancelación del procedimiento debe estar debidamente motivada en alguna de las causales que establece el artículo 30 de la Ley.

por causal debidamente motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la Ley, debe comunicar su decisión dentro del día siguiente y por escrito al comité de selección o al órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, debiendo registrarse en el SEACE la resolución o acuerdo cancelatorio al día siguiente de esta comunicación y, de ser el caso, al correo electrónico señalado por los participantes. Esta cancelación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal de la cancelación sea la falta de presupuesto". (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, el artículo 30 de la Ley, concordado con lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento, establece las causales en virtud de las cuales una Entidad está facultada a cancelar –total o parcialmente- el procedimiento de selección; al respecto, dichas causales son las siguientes: (i) **razones de fuerza mayor o caso fortuito**; (ii) **cuando desaparezca la necesidad de contratar**; o (iii) **cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente**.

2.3.3. Por lo expuesto, de configurarse alguna de las causales de cancelación que establece el artículo 30 de la Ley, corresponde a la Entidad determinar si decide -o no- cancelar el procedimiento de selección, bajo su propia responsabilidad; para lo cual deberá observar, adicionalmente, lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento.

2.4. **“Si un procedimiento de selección declarado desierto se cancela, ¿se puede convocar en el mismo año fiscal un nuevo procedimiento de selección bajo la misma denominación, pero con términos de referencia que difieren de los términos de referencia publicados en la primera convocatoria que fue declarada desierta? o ¿se aplicaría en el presente caso la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual al que hace referencia el artículo 46.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?”** (Sic).

2.4.1. Tal como se indicó precedentemente, 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, sin hacer alusión a asuntos o situaciones concretas; en esa medida, **no** es posible determinar qué acciones debe adoptar una Entidad frente a un supuesto en particular, toda vez que ello excedería las atribuciones conferidas por ley a este despacho.

2.4.2. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta pertinente reiterar que, de conformidad con lo establecido en el numeral 46.1 del artículo 46 del Reglamento **“Cuando la Entidad decida cancelar total o parcialmente un procedimiento de selección, por causal debidamente motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la Ley (...) Esta cancelación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal de la cancelación sea la falta de presupuesto”**. (El énfasis es agregado).

De dicho dispositivo, se desprende que si una Entidad decide, bajo su propia responsabilidad, cancelar total o parcialmente un procedimiento de selección conforme a lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley y 46 del Reglamento, tal

cancelación genera la imposibilidad de convocar “el mismo objeto contractual” - esto es, con las mismas condiciones contractuales- durante el mismo ejercicio presupuestal, excepto que la causal invocada para cancelar dicho procedimiento sea la falta de presupuesto.

- 2.4.3. Ahora bien, en relación con la alusión a “el mismo objeto contractual” que prevé el artículo 46 del Reglamento, es pertinente precisar que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, el objeto de la contratación corresponde a las prestaciones (que pueden ser bienes, servicios en general, consultorías u obras) cuyas condiciones, características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, han sido definidas por el área usuaria de la Entidad en las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico -según corresponda-, que integran “el Requerimiento”⁴.

En ese sentido, se advierte que las condiciones, características y/o requisitos funcionales del requerimiento conforman, en su conjunto, el objeto contractual a que hace referencia el artículo 46 del Reglamento; por lo que la determinación de nuevas condiciones contractuales bajo las que deban ejecutarse las prestaciones comprendidas en el requerimiento, generaría un nuevo objeto contractual.

Por tanto, si en observancia de lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley y 46 del Reglamento, una Entidad decide cancelar un procedimiento de selección declarado desierto, ello la imposibilitará de volver a convocar el mismo objeto contractual -esto es, con las mismas condiciones contractuales-, salvo que la causa sea la falta de presupuesto; sin embargo, tal situación no impide que, al advertir la existencia de una nueva necesidad, en el mismo periodo fiscal, dicha Entidad pueda convocar la contratación de un nuevo requerimiento cuyas condiciones contractuales difieran respecto del requerimiento que no se contrató, dado que constituye un objeto contractual distinto, independientemente de la denominación del procedimiento de selección.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Para realizar la segunda convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto, no es posible modificar algún extremo de los términos de referencia del requerimiento si del informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto no se justifica que dicho aspecto constituye una de las causas que frustraron la culminación del procedimiento de selección original; ello solo sería posible si en dicho informe se determinara que la causal de desierto está vinculada a los términos de referencia del requerimiento.
- 3.2. Considerando que el área usuaria de la Entidad es responsable de formular adecuadamente sus requerimientos en atención a la finalidad pública que subyace a la contratación, es posible que, con posterioridad a la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección, se advierta la existencia de una “nueva necesidad” a ser atendida mediante otra contratación de prestaciones con distintas condiciones a las originalmente previstas para el requerimiento que no pudo ser contratado, en cuyo caso correspondería que se convoque un nuevo procedimiento

⁴ De acuerdo a lo establecido en el artículo 8 del Reglamento.

de selección para contratar el nuevo requerimiento.

- 3.3. De configurarse alguna de las causales de cancelación que establece el artículo 30 de la Ley, corresponde a la Entidad determinar si decide -o no- cancelar el procedimiento de selección, bajo su propia responsabilidad; para lo cual deberá observar, adicionalmente, lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento.
- 3.4. Si en observancia de lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley y 46 del Reglamento, una Entidad decide cancelar, total o parcialmente, un procedimiento de selección declarado desierto, ello la imposibilitará de volver a convocar el mismo objeto contractual -esto es, con las mismas condiciones contractuales-, salvo que la causa sea la falta de presupuesto; sin embargo, tal situación no impide que, al advertir la existencia de una nueva necesidad, en el mismo periodo fiscal, dicha Entidad pueda convocar la contratación de un nuevo requerimiento cuyas condiciones contractuales difieran respecto del requerimiento que no se contrató, dado que constituye un objeto contractual distinto, independientemente de la denominación del procedimiento de selección.

Jesús María, 5 de abril de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JDS