

OPINIÓN N° 057-2021/DTN

Entidad: Oficina de Normalización Previsional - ONP

Asunto: Funciones de los órganos y dependencias que participan en el proceso de contratación

Referencia: Formulario de Solicitud de Consulta de fecha 13 de abril de 2021

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Mariluz Godos Moncada, Secretaria Técnica de los Órganos Instructores del Procedimiento Administrativo Disciplinario, solicita una opinión referida a las funciones de los órganos y dependencias intervinientes en el proceso de contratación.

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 numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS¹

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- **“Ley”** a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Las consultas que absuelve esta Dirección Técnico Normativa de lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley, deben cumplir con los requisitos exigidos por el TUPA del OSCE. En ese marco, de la revisión del documento de la referencia, se ha podido concluir lo siguiente:

- No se podrá absolver la consulta n°1 obrante en el documento de la referencia, pues esta Dirección Técnico Normativa no puede emitir opinión sobre situaciones particulares. En tal sentido, no puede determinar si es “posible” o no formular los Términos de Referencia de un modo específico, pues ello debe ser el resultado del análisis de la contratación en particular que se pretende realizar.
- No se podrá absolver la consulta n°3 obrante en el documento de la referencia, pues –en vía de opinión- esta Dirección no puede determinar si una situación concreta “afecta el adecuado uso y maximización de los recursos público”, tal calificación corresponde ser efectuada por la Entidad a partir de las particularidades del caso. Cabe reiterar, que esta Dirección Técnico Normativa no tiene competencia para pronunciarse sobre casos concretos o situaciones particulares.



Firmado digitalmente por FLORES
MONTROYA Carla Gabriela FAU
20419026809 hard
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 26.05.2021 17:11:10 -05:00



Firmado digitalmente por BURGOS
BARDALES Patrick FAU
20419026809 soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 26.05.2021 16:44:48 -05:00

2.1. “¿El Órgano encargado de las contrataciones, tiene el deber de advertir la incorrecta o indebida formulación de los Términos de Referencia por parte del área usuaria? De ser así, ¿es posible que lo advierta al momento de realizar las indagaciones para determinar el valor estimado de la contratación?”

2.1.1. El proceso de contratación regulado por la normativa de contrataciones del Estado se lleva a cabo a través de la intervención de determinados funcionarios, órganos o dependencias. De acuerdo con el numeral 8.1. del artículo 8 de la Ley, los encargados de los procesos de contratación de la Entidad son:

- a) El Titular de la Entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.
- b) El Área Usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.
- c) El Órgano Encargado de las Contrataciones, que es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.

2.1.2. Como se puede apreciar, la normativa de Contrataciones del Estado **delimita las funciones** de las dependencias, funcionarios u órganos que –desde el interior de la Entidad– viabilizan el proceso de contratación². En relación con la materia de la consulta en la presente opinión se analizarán las funciones del área usuaria y del órgano encargado de las contrataciones en la etapa de actuaciones preparatorias, específicamente en la formulación y aprobación del requerimiento y en las indagaciones de mercado.

Funciones del área usuaria

Respecto del área usuaria corresponde anotar que se trata de aquella dependencia de la entidad que satisfará sus necesidades a través de determinada contratación, y por tanto –en principio– es quien se encuentra en las mejores condiciones para determinar las características técnicas de aquellos bienes, servicios u obras que le permitirán satisfacer su necesidad.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en el numeral anterior, el rol de área usuaria no siempre lo cumple la dependencia que habrá de beneficiarse de forma directa de la contratación. Es posible que –por razones de diversa índole– una dependencia, a pesar de contar con determinada necesidad, no cuente con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas del bien, servicio u obra con los que habrá de satisfacerla. En tal supuesto, aquella dependencia que sí cuenta con los

² Es pertinente mencionar que el proceso de contratación se encuentra conformado por tres fases: i) actuaciones preparatorias; ii) etapa selectiva; y iii) ejecución contractual.

referidos conocimientos, será quien asuma el rol de área usuaria.

En consecuencia, el área usuaria es la dependencia que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas de los bienes, servicios y obras que se habrán de contratar. Por tal razón, **de acuerdo con el numeral 29.8 del artículo 29 del Reglamento, el área usuaria es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento.**

- 2.1.3. El numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento establece que el requerimiento se encuentra conformado, entre otros elementos, por los Términos de Referencia³. Por su parte, el Reglamento define a los Términos de Referencia como la “*descripción de las características técnicas y las condiciones en que se ejecuta la contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra*”.

En virtud de lo expuesto se puede afirmar que el área usuaria es la responsable de formular los términos de referencia cuando el objeto de contratación sea un servicio en general, una consultoría en general o una consultoría de obra. Como se anotó, el fundamento de tal responsabilidad consiste en que, precisamente, es el área usuaria quien cuenta con el conocimiento necesario para definir las características técnicas o requisitos funcionales de aquellos bienes o servicios que habrán de contratarse.

Precisado lo anterior, debe añadirse que, de acuerdo con el numeral 16.2 del artículo 16 de la Ley, los términos de referencia –a solicitud del área usuaria– pueden ser elaborados por el Órgano Encargado de las Contrataciones. No obstante, **incluso en tal supuesto, le corresponde al área usuaria aprobar los términos de referencia formulados por el OEC.**

En consecuencia, la formulación de los términos de referencia es responsabilidad del área usuaria. No obstante, de manera excepcional el Órgano Encargado de las Contrataciones podrá realizar tal actividad, siempre que cuente con los conocimientos necesarios para ello; debiendo precisarse que, incluso en tal supuesto, los términos de referencia deberán ser aprobados por el área usuaria.

Funciones del Órgano Encargado de las Contrataciones.

- 2.1.4. Una vez formulado y aprobado el requerimiento por parte del área usuaria, sobre la base de éste, de acuerdo con el artículo 32 del Reglamento, le corresponderá al Órgano Encargado de las Contrataciones efectuar las indagaciones del mercado para determinar el valor estimado de la contratación.

Ahora, de acuerdo con el mismo artículo 32 del Reglamento, la indagación de mercado conducente a la determinación del valor estimado, se realiza sobre la base de la información contemplada en el requerimiento que contiene, como se anotó, a los términos de referencia.

En ese sentido, la información concerniente a las características técnicas del servicio o consultoría que habrá de contratarse (los términos de referencia) son un insumo dado por el área usuaria al OEC que no puede ser modificado por este último,

³ De acuerdo con el referido dispositivo, el requerimiento se encuentra conformado por: i) las Especificaciones Técnicas, **los Términos de Referencia** o el Expediente Técnico, según corresponda; ii) las condiciones en que debe ejecutarse la contratación; y iii) los requisitos de calificación.

precisamente porque –de acuerdo con el numeral 29.8 del artículo 29 del Reglamento– quien ostenta la responsabilidad de formular adecuadamente los términos de referencia es el área usuaria.

En tal sentido, a partir de lo dicho se puede concluir que la normativa de Contrataciones le otorga al Órgano Encargado de las Contrataciones el deber de realizar las indagaciones del mercado con el fin de determinar el valor estimado de la contratación. No le asigna, en cambio, el deber de advertir errores en la formulación de los Términos de Referencia, el cual es dado como insumo por parte del área usuaria en mérito a la responsabilidad que le corresponde de acuerdo con el numeral 29.8 del artículo 29 del Reglamento.

- 2.1.5. Ahora, sin perjuicio de lo anterior es posible que, al recibir el requerimiento o en el marco de las actividades propias de la indagación de mercado, el OEC advierta la existencia de defectos en la formulación de los términos de referencia del servicio o consultoría a contratar. En relación con ello, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley:

“ Los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contrataciones, así como, la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2 (...).”

Como se puede advertir, esta norma es un parámetro –tal como los principios consignados en el artículo 2 de la Ley– que rige la actuación de los órganos y dependencias intervinientes en el proceso de contratación. Así, cada funcionario y servidor que intervenga en dicho proceso debe cumplir sus funciones teniendo una visión conjunta del proceso, es decir, conduciendo el proceso de contratación de manera eficiente.

En tal medida, en caso el Órgano Encargado de las Contrataciones, en el marco de la realización de las indagaciones de mercado, hubiese advertido un error en la formulación del requerimiento, correspondería que comunique dicha situación al área usuaria, a fin de que esta (tras el correspondiente análisis) modifique o mantenga los términos de referencia formulados, puesto que esta sería la conducta que se ajustaría al parámetro de actuación contemplado en el artículo 9 de la Ley.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La normativa de Contrataciones le otorga al Órgano Encargado de las Contrataciones el deber de realizar las indagaciones del mercado con el fin de determinar el valor estimado de la contratación. No le asigna, en cambio, el deber de advertir errores en la formulación de los Términos de Referencia, el cual es dado como insumo por parte del área usuaria en mérito a la responsabilidad que le corresponde de acuerdo con el numeral 29.8 del artículo 29 del Reglamento.

- 3.2 En caso el Órgano Encargado de las Contrataciones, en el marco de la realización de las indagaciones de mercado, hubiese advertido un error en la formulación del requerimiento, correspondería que comunique dicha situación al área usuaria, a fin de que esta (tras el correspondiente análisis) modifique o mantenga los términos de referencia formulados, puesto que esta sería la conducta que se ajustaría al parámetro de actuación contemplado en el artículo 9 de la Ley.

Jesús María, 26 de mayo de 2021.



Firmado digitalmente por FLORES
MONTTOYA Carla Gabriela FAU
20419028809 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 26.05.2021 17:12:22 -05:00

CARLA GABRIELA FLORES MONTTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RVC.