

OPINIÓN N° 064-2022/DTN

Entidad: Corporación Alessandra S.A.C

Asunto: Evaluación de ofertas.

Referencia: Formulario S/N de fecha 15.JUL.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Jessica Gladys Raffo Giha, Gerente General de la Empresa Corporación Alessandra S.A.C., formula consultas sobre evaluación de ofertas en adjudicaciones simplificadas.

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. CONSULTAS¹ 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 del 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero del 2019, y sus modificatorias.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que las consulta N° 3, no han sido planteada en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo que no resulta posible, en vía de opinión, definir las acciones a adoptar por parte de un determinado órgano ante la disconformidad de la decisión de una Resolución, asimismo, no se encuentra vinculada con las anteriores que versan sobre la evaluación de ofertas; toda vez que ello excedería la habilitación legal conferida a través de lo establecido en el artículo 52 de la Ley.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Teniendo en consideración que el puntaje máximo a asignarse en los factores de evaluación de un proceso de Adjudicación Simplificada, es de máximo 100 puntos; es posible que se le otorgue la BUENA PRO a un postor cuyo puntaje ganador es superior a 100 puntos, mismo que incluye la Bonificación del 5% por condición de micro y pequeña empresa? ¿En un proceso de evaluación de Adjudicación Simplificada es subsanable el acreditar la condición de micro y pequeña empresa para obtener el 5% de bonificación?”

2.1.1. En principio, debe señalarse que todo proceso de contratación se desarrolla en tres (3) fases: i) Fase de actos preparatorios, ii) Fase de selección, y iii) Fase de ejecución contractual. Al respecto, es en la Fase de selección, donde se distinguen las siguientes etapas: “admisión”, y “**evaluación**” y “calificación”.

- En la etapa de “admisión” el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en el artículo 52 del Reglamento –de acuerdo al objeto de la contratación-, y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales, y condiciones de las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico de Obra, especificados en las bases. De no cumplir con lo requerido la oferta se considera no admitida.
- La etapa de “evaluación”, tiene por objeto asignar el puntaje a las ofertas -según los factores de evaluación enunciados en las bases- para determinar cuál de ellas tiene el mejor puntaje, y **establecer el orden de prelación de las mismas.**
- La etapa de “calificación” corresponde al momento en que la Entidad verifica si los postores cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las prestaciones que requiere contratar, de acuerdo a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección. En caso la oferta no cumpla con dichos requisitos, deberá ser descalificada.

2.1.2. Dicho lo anterior, corresponde señalar que de acuerdo con lo establecido en numeral 43.1 del artículo 43 del Reglamento, el órgano a cargo del procedimiento de selección es responsable de la preparación, conducción y realización del procedimiento hasta su culminación; para tal efecto deberán elaborar los documentos que rigen el procedimiento de selección (Bases) utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE.

En ese sentido, como parte del contenido de los documentos del procedimiento de selección, el órgano a cargo de dicho procedimiento debe prever **los factores de evaluación de las ofertas**, señalando los criterios que se emplearán para su aplicación, así como **los puntajes y la forma en que se asignan**. En ese contexto, de conformidad con el literal a) del artículo 50 del Reglamento, la indicación de los factores de evaluación debe guardar vinculación, razonabilidad y proporcionalidad con el objeto de la contratación.

Ahora bien, en tenor a la consulta, el literal c) del citado artículo establece que, en las contrataciones de **bienes, servicios en general y obras**, la evaluación se realiza sobre la base de cien (100) puntos. Cabe señalar que en dicha evaluación se observa la ponderación que establecen los documentos del procedimiento estándar aprobados por el OSCE; es decir, las bases según el procedimiento de selección que corresponda. Del mismo modo, el literal d) establece que, en caso de las contrataciones de **consultoría en general y consultoría de obras**, la evaluación técnica y económica se realiza, también, sobre la base de cien (100) puntos en cada caso. Para tales efectos, el artículo 51 de Reglamento establece la lista de factores de evaluación de las ofertas que el órgano a cargo del procedimiento deberá evaluar según el procedimiento que corresponda.

Como se puede apreciar, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido **como regla general** que, para efectos de llevar a cabo el procedimiento de evaluación de los factores establecidos en el artículo 51 del Reglamento, en los procedimientos para la adquisición de bienes, servicios en general y obras, dicha evaluación se realizará sobre la base de 100 puntos; sobre este mismo puntaje se realizará la evaluación técnica y económica en los procedimientos de consultoría en general y consultoría de obras.

- 2.1.3. Sin perjuicio de ello, el literal g) del artículo 50 del Reglamento establece lo siguiente: *“En procedimientos de selección que por su cuantía correspondan a **Adjudicaciones Simplificadas, a solicitud de los postores que tengan la condición de micro y pequeña empresa, o a los consorcios conformados en su totalidad por estas, se les asigna una bonificación equivalente al cinco por ciento (5%) sobre el puntaje total obtenido, siempre que acrediten que dicha condición ha sido otorgada por la Autoridad competente. (...)”***.

En relación con lo señalado anteriormente, el numeral 2.2 del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Estándar de "Adjudicación Simplificada para la Contratación de Bienes" aprobadas mediante Directiva N° 001-2019- OSCE/CD², ha establecido que como parte de la **documentación de presentación facultativa** que puede presentar el postor, es posible presentar la **solicitud de bonificación del cinco por ciento (5%) por tener la condición de micro y pequeña empresa**³.

² Aprobada por la Resolución de Presidencia N° 013-2019-OSCE/PRE de fecha 29 de enero de 2019 y las Resoluciones No 057-2019-OSCE/PRE, No 098-2019-OSCE/PRE, No 111-2019-OSCE/PRE, No 185-2019-OSCE/PRE, No 235-2019-OSCE/PRE, N° 092-2020-OSCE/PRE, N° 120-2020-OSCE/PRE y N° 100-2021-OSCE/PRE, publicadas en el Diario oficial El Peruano el 3 de abril de 2019, 29 de mayo de 2019, 14 de junio de 2019, 21 de octubre de 2019, 31 de diciembre de 2019, 14 de julio de 2020, 4 de setiembre de 2020 y 11 de julio 2021, respectivamente. Vigentes a partir del 12 de julio de 2021.

³ De conformidad con las Bases Estándar de "Adjudicación Simplificada para la Contratación de Bienes"; *“Para asignar la bonificación, el órgano encargado de las contrataciones o comité de selección, según corresponda, verifica la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en la sección consulta de empresas acreditadas en el REMYPE en el link <http://www2.trabajo.gob.pe/servicios-en-linea-2-2/>.”*

Del citado dispositivo se advierte que, para la aplicación de la asignación de dicha bonificación, deben concurrir las siguientes condiciones: i) que el procedimiento de selección sea uno de adjudicación simplificada; y, ii) que el postor que solicite dicho beneficio acredite tener la condición de micro y pequeña empresa, o que tratándose de un consorcio todos sus integrantes acrediten tener esta condición.

Como se puede apreciar, tanto el Reglamento como las Bases aprobadas mediante Directiva N° 001-2019-OSCE/CD, establecen la posibilidad de asignar una bonificación equivalente al 5% **sobre** el puntaje total por cumplir la condición de micro y pequeña empresa, cuestión que permitiría exceder la base de 100 puntos que regula la normativa de contrataciones y lograr un nuevo orden de prelación.

En consecuencia, si bien la normativa de contrataciones del Estado establece, **como regla general**, una base 100 puntos, sobre la cual, se determina el puntaje total resultante de la evaluación los factores de acuerdo a los criterios empleados para su aplicación y la forma en que se asignan los puntajes para cada factor, es posible que la asignación de una bonificación acreditada y verificada – *tal como la bonificación del equivalente al cinco por ciento (5%) por tener la condición de micro y pequeña empresa*- genere que el puntaje total **exceda de la base de 100 puntos establecida por el Reglamento** y, en consecuencia, **establezca un nuevo orden de prelación.**

2.1.4. Por otro lado, corresponde señalar que este Organismo Técnico Especializado, en vía de opinión, **no puede determinar cuáles son los documentos que pueden ser subsanados en el marco de un procedimiento de selección en particular**, puesto que ello excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de ello, el artículo 60 del Reglamento “*Durante el desarrollo de la admisión, **evaluación** y calificación, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección solicita, a cualquier postor que subsane alguna omisión o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta.*” (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, es posible requerir la subsanación de los documentos que conforman la oferta del postor cuando se advierta que estos adolecen de un error material o formal. Para tales efectos, el Reglamento establece en su numeral 60.2 del artículo 60, aquellos supuestos en los que la documentación que forma parte de la oferta puede ser objeto de subsanación.

Al respecto, cabe anotar que si bien la mencionada normativa de contrataciones del Estado no ha definido qué debe entenderse por un error “material” o “formal”, puede considerarse que el “error material” es aquel “atribuible no a la manifestación de voluntad o razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene”⁴ y que no altera lo sustancial del contenido ni el sentido de tal acto, mientras que, el error formal⁵ es aquel referido, precisamente, a formalidades que

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. 13ª Ed. Lima, año 2018, pág. 145.

⁵ Según el diccionario de la Real Academia Española, Vigésimo Tercera Edición, la palabra “formal”, en su primera acepción significa “Pertenciente o relativo a la forma, por contraposición a esencial.”; asimismo, en su segunda acepción significa “Que tiene formalidad”. <http://dle.rae.es/?id=IF5edRF>

no inciden en el contenido esencial o alcance de la oferta.

2.1.5. En ese sentido, habiendo precisado lo anterior, se puede inferir que, para efectos de acceder a la bonificación del cinco por ciento (5%) sobre el puntaje total obtenido, el postor deberá cumplir con las condiciones establecidas en los documentos del procedimiento, por tanto, **será facultad exclusiva del postor acreditar la condición de micro y pequeña empresa como parte de la documentación facultativa de la oferta en forma oportuna.**

2.2 *“¿Es viable la Nulidad del proceso de Adjudicación Simplificada cuando exista causal de imposible jurídico: en relación a adjudicación del proceso a postor cuyo puntaje fue superior a los 100 puntos advertidos en las Bases? Si en un proceso de Adjudicación Simplificada el otorgamiento de la buena pro fue materia de apelación; y, ésta fue concedida a la empresa impugnante, el postor afectado, ¿puede impugnar el nuevo otorgamiento de la buena pro antes del consentimiento de ésta?” (Sic.)*

2.2.1. El numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley señala que el Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos **los actos expedidos**, cuando (i) hayan sido dictados por órgano incompetente, (ii) contravengan las normas legales, (iii) **contengan un imposible jurídico** o (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable

Del mismo modo, la numeral siguiente faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de los actos expedidos en un procedimiento de selección, hasta antes de la celebración del contrato, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior. Para todos los casos, en la Resolución que se expida debe expresarse la etapa a la que se retrotraerá el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado otorga al Titular de la Entidad y al Tribunal de Contrataciones del Estado, la facultad de declarar la nulidad de oficio **de los actos expedidos en un procedimiento de selección hasta antes del perfeccionamiento del contrato**, para tales efectos, **cada Entidad debe evaluar y verificar si se configura algunos de los supuestos establecidos en el numeral 44 del artículo 44 de la Ley, debiendo indicarse la etapa hasta la cual se retrotraerá el procedimiento.**

2.2.2. En atención a la consulta formulada, tal y como se concluyó en la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado ha establecido, **como regla general**, una base de 100 puntos, sobre la cual, se determina el puntaje total resultante de la evaluación de los factores establecidos en los documentos del procedimiento, según los criterios empleados para su aplicación y la forma en que se asignan los puntajes para cada factor ; no obstante, **la asignación de una bonificación acreditada y verificada – tal como la bonificación del equivalente al cinco por ciento (5%) por tener la condición de micro y pequeña empresa- genera la posibilidad de que el puntaje total exceda de la base de 100 puntos establecida por el Reglamento y, en consecuencia, establezca un nuevo orden de prelación.**

III. CONCLUSIÓN

- 3.1. Si bien la normativa de contrataciones del Estado establece, como regla general, una base de 100 puntos, sobre la cual, se determina el puntaje total resultante de la evaluación de los factores de acuerdo a los criterios empleados para su aplicación y la forma en que se asignan los puntajes para cada factor, es posible que la asignación de una bonificación acreditada y verificada – *tal como la bonificación del equivalente al cinco por ciento (5%) por tener la condición de micro y pequeña empresa*- genere que el puntaje total exceda de la base de 100 puntos establecida por el Reglamento y, en consecuencia, establezca un nuevo orden de prelación.

Jesús María, 15 de agosto de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/cajs.