

OPINIÓN N° 068-2019/DTN

Solicitante: Administradora Prime S.A.
Asunto: Contratación directa para el arrendamiento bienes inmuebles
Referencia: Comunicación s/n recibida el 20 de marzo de 2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de Administradora Prime S.A. formula varias consultas sobre los alcances del supuesto de contratación directa previsto en el literal j) del artículo 27 de la Ley.

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, y 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.

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

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE; advirtiéndose que la tercera consulta busca que este Organismo Técnico Especializado precise si resulta válido que las sociedades fiduciarias en un Fideicomiso de Titulación de Renta de Bienes Raíces (FIBRA) puedan ser proveedoras del Estado en un contrato de arrendamiento, aspecto que no se encuentra referido a la interpretación de la normativa de contrataciones del Estado; razón por la cual, la tercera consulta no será absuelta.

2.1. “Siendo que no hay justificación válida para discriminar entre los distintos derechos que puede tener un postor para dar en arrendamiento un inmueble ¿Es legal que una entidad discrimine y exija que sólo pueden ser postores las personas que sean propietarias del inmueble a ser arrendado?” (sic).

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que el proceso de contratación se inicia con la definición del requerimiento, el cual surge a raíz de una necesidad de la Entidad, y se concreta a través de una solicitud dirigida por el área usuaria² al órgano encargado de las contrataciones³ de la Entidad.

En esa línea, el numeral 16.1 del artículo 16 de la Ley señala que, *"El área usuaria requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad."* (El subrayado es agregado).

Asimismo, de acuerdo al numeral 16.2 del citado artículo, las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación, sin tener por efecto la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo.

Por su parte, el numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento dispone que, *"Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, 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).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado establece que el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe definir de manera objetiva y precisa las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación incluidos en las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico – según corresponda- siendo que tales características deben propiciar el libre acceso en condiciones de igualdad, sin crear obstáculos innecesarios que perjudiquen la competencia.

2.1.2 De otro lado, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección competitivo, toda vez que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley, y constituyen las causales de contratación directa.

Entre estas causales, se encuentra la del literal j), según la cual, excepcionalmente, una Entidad puede contratar directamente con un determinado proveedor *"Para la adquisición de bienes inmuebles existentes y para el arrendamiento de bienes inmuebles, pudiendo*

² De conformidad con el literal b) del numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley: *"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 (...)"*.

³ De conformidad con el literal c) del numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley: *"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 (...)"*.

incluir en este último supuesto el primer acondicionamiento realizado por el arrendador para asegurar el uso del predio, conforme lo que disponga el reglamento."

Como puede advertirse, la normativa vigente considera el arrendamiento y adquisición de **bienes inmuebles** como un supuesto de contratación directa, esto atendiendo a que su gestión a través de un procedimiento de selección competitivo es prácticamente inviable, por tratarse de contrataciones que una Entidad requiere efectuar con determinado proveedor, debido a que el bien que posee cuenta con determinadas características particulares que la Entidad requiere para satisfacer su necesidad.

En efecto, cuando una Entidad requiere la contratación de un arrendamiento o adquisición de un bien inmueble, esta contratación obedece a la necesidad de localizarse en un determinado espacio geográfico, requiriendo incluso que el inmueble posea determinadas características específicas para que la Entidad pueda cumplir con sus funciones institucionales.

En tal sentido, resulta inviable realizar un procedimiento de selección competitivo, donde concurren distintas ofertas de inmuebles con diferentes características que buscan igualmente suplir la necesidad de la Entidad, toda vez que como ya se ha indicado, en el arrendamiento o la adquisición de un bien inmueble, es fundamental que el bien cumpla con determinadas características particulares que la Entidad ya ha identificado y que le permitirán cumplir con sus funciones institucionales.

- 2.1.3 Efectuadas las precisiones anteriores y en atención a la consulta planteada, debe reiterarse que, los términos de referencia de los servicios a contratar deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad, sin tener por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo.

En ese sentido, cuando el área usuaria formule los términos de referencia correspondientes al servicio de arrendamiento de un bien inmueble debe definir aquellas características y condiciones necesarias para el cumplimiento de las funciones que como Entidad le corresponde, entre ellas –por ejemplo– requerir que el proveedor con el que se perfeccionará el contrato cuente con la suficiente capacidad legal que le permita arrendar el bien inmueble, siendo que en dicho caso debe requerir que el referido proveedor acredite la propiedad del inmueble o que cuente con poderes o facultades legales suficientes para contratar el arrendamiento, esto último con el fin de ampliar las posibilidades de la Entidad de satisfacer su necesidad, lo que en efecto se lograría si ésta pudiese contratar con proveedores que sin ser propietarios, poseen las facultades suficientes para arrendar determinado bien inmueble, de conformidad con la normativa de la materia.

Restringir la contratación únicamente a aquellos proveedores que cuenten con el título de propietario, por un lado, resulta ser una medida que atenta contra el principio de libertad de concurrencia y el de competencia, ya que restringe la participación de proveedores que no cuenten con dicho requisito pese a que legalmente puedan brindar en arrendamiento determinado bien inmueble; y, por otro lado, representa una medida que limita las posibilidades de la Entidad de poder atender su necesidad, la cual –conforme se indicó en el numeral 2.1.2 de la presente opinión- en función a sus particularidades (localización entre otras características específicas) requiere la contratación con determinado proveedor de manera directa, para lo cual resulta esencial que el proveedor arrendador posea las facultades legales suficientes para contratar el arrendamiento.

Conforme a lo anterior, en la contratación del servicio de arrendamiento de bien inmueble bajo la causal de contratación directa, el área usuaria –como parte de las actuaciones propias de la fase preparatoria- define de manera objetiva y precisa su requerimiento incorporando aquellas características y condiciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones y la atención de la necesidad pública que se busca satisfacer. Considerando que el referido arrendamiento obedece a las condiciones propias del bien inmueble objeto de arrendamiento y no a las particularidades del arrendador, a efectos de contratar el arriendo del bien inmueble identificado por la Entidad el arrendador debe ser propietario del inmueble o poseer los poderes o facultades legales suficientes para contratar el arrendamiento.

2.2. “¿Deben las entidades limitarse a solicitar en las bases que los postores acrediten el derecho bajo el cual tienen la potestad de dar en arrendamiento el inmueble ofertado?” (Sic).

Tal como se ha señalado al absolver la consulta anterior, en la contratación del servicio de arrendamiento de bien inmueble, bajo la causal de contratación directa, corresponde a la Entidad sustentar las razones que justifican contratar con determinado proveedor en función a las características particulares del inmueble elegido; para tal efecto, el arrendador debe ser propietario del inmueble o poseer los poderes o facultades legales suficientes para contratar el arrendamiento.

3. CONCLUSIÓN

En la contratación del servicio de arrendamiento de bien inmueble, bajo la causal de contratación directa, corresponde a la Entidad sustentar las razones que justifican contratar con determinado proveedor en función a las características particulares del inmueble elegido; para tal efecto, el arrendador debe ser propietario del inmueble o poseer los poderes o facultades legales suficientes para contratar el arrendamiento.

Jesús María, 02 de mayo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC