

OPINIÓN N° 071-2019/DTN

Entidad: Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET)
Asunto: Fiscalización posterior de los documentos presentados para acreditar la experiencia del postor
Referencia: Oficio N° 044-2019-INGEMMET/OA-UL

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe (e) de la Unidad de Logística del Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET), formula consultas sobre varios aspectos de la fiscalización posterior que se realiza a los documentos que presentan los postores para acreditar su experiencia.

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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

¹ Cabe señalar que de la revisión del documento de la referencia, se advierte que la quinta y séptima consultas no se encuentran referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, puesto que la quinta consulta está orientada a determinar la posibilidad de implementar una directiva que establezca medidas de cumplimiento obligatorio para efectos de realizar la fiscalización posterior de los documentos que componen las ofertas presentadas por los postores, en el marco de los procedimientos de selección que convoca la Entidad; mientras que la séptima busca determinar qué mecanismos se pueden emplear en la fiscalización posterior sin que se vulnere la reserva tributaria y el secreto bancario. Sobre el particular, corresponde señalar que el OSCE no tiene competencia para señalar si, por un lado, la emisión de una directiva es procedente o no, puesto que se trata de una herramienta de gestión propia de la Entidad, y por lo tanto, es la Entidad quien debe evaluar y decidir si resulta conveniente y necesario adoptar tales acciones; de otro lado, OSCE tampoco es competente para pronunciarse sobre aspectos relacionados a la reserva tributaria ni al secreto bancario, por lo cual no puede indicar qué medidas pueden adoptarse con la finalidad de no vulnerar dichos bienes jurídicos. En ese sentido, dado que las referidas consultas no se encuentran referidas a un aspecto de la normativa de contrataciones del Estado (tal como lo exige el TUPA) dichas consultas no serán absueltas.

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “(...), ¿Existe un plazo de caducidad ante la negativa de las empresas de pronunciarse sobre la veracidad de la documentación al momento de realizar la fiscalización posterior?” (Sic)².

2.1.1. De manera previa, corresponde señalar que el artículo 31 del Reglamento establece el contenido mínimo —declaraciones juradas, documentación e información— que deben tener las ofertas presentadas por los postores, en el marco de un procedimiento de selección; debiendo hacerse énfasis en que, son los documentos del procedimiento de selección (bases) los que deben establecer cuál es el contenido que deben conformar dichas ofertas.

En ese mismo contexto, dentro de los documentos que conforman la oferta, resulta pertinente señalar que el artículo 27 del Reglamento establece que las bases deben contener —entre otros elementos— los requisitos de calificación que se exigirá acreditar a los postores —a través de la documentación pertinente— en el marco del procedimiento de selección correspondiente.

Al respecto, el artículo 28 del Reglamento establece que la Entidad debe verificar la calificación de los postores conforme a los requisitos que se indiquen en las bases, con la finalidad de determinar que estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato. De esta forma, los requisitos de calificación que pueden adoptarse son: (i) la capacidad legal, referida a aquella documentación que acredite la representación y 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; y (iii) la experiencia del postor. Cabe señalar que de acuerdo al numeral 28.3 del artículo en mención, la Entidad no puede imponer requisitos distintos a los señalados en el Reglamento y en los documentos estándar aprobados por el OSCE.

En relación con ello, cabe indicar que las Bases Estándar de Concurso Público para la Contratación de Servicios en General —en el contexto de la consulta planteada—, aprobada mediante Directiva N° 001-2017-OSCE/CD, en su numeral 3.2 de su Sección Específica, establecen los requisitos (documentos) que deben presentarse para efectos de acreditar los requisitos de calificación exigidos.

² Del tenor del documento donde se realizan las consultas se advierte que las mismas se encuentran referidas a la fiscalización posterior de los documentos presentados para acreditar el requisito de calificación experiencia del postor.

De lo señalado hasta este punto, puede colegirse que las ofertas presentadas por los postores, en el marco de un procedimiento de selección, deben contener todos los documentos cuya presentación sea necesaria de acuerdo a lo establecido en las bases, entre ellos los requisitos de calificación que se hayan incluido.

- 2.1.2. Precisado lo anterior, debe indicarse que el numeral 43.6 del artículo 43 del Reglamento establece que “(...) *consentido el otorgamiento de la buena pro, la Entidad realiza la inmediata verificación de la propuesta presentada por el postor ganador de la buena pro. En caso de comprobar inexactitud o falsedad en las declaraciones, información o documentación presentada, la Entidad declara la nulidad del otorgamiento de la buena pro o del contrato, dependiendo de la oportunidad en que se hizo la comprobación, de conformidad con lo establecido en la Ley y en el Reglamento. Adicionalmente, la Entidad comunica al Tribunal de Contrataciones del Estado para que inicie el procedimiento administrativo sancionador y al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente*”.

De la disposición citada puede desprenderse que la Entidad realiza una verificación posterior de las declaraciones, información o documentación que forman parte de la propuesta presentada por el postor ganador de la buena pro, y que en caso de encontrar que dicha documentación es falsa o inexacta, la Entidad declara la nulidad del otorgamiento de la buena pro o del contrato, **dependiendo de la oportunidad en que se hizo la comprobación.** Es decir, dicha verificación posterior puede ser realizada luego de haberse otorgado la buena pro o de haberse perfeccionado el contrato, y de acuerdo a la oportunidad en que se realizó, se procedería a declarar la nulidad que corresponda.

Finalmente, corresponde indicar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento estándar para solicitar, al contratista ganador del procedimiento de selección, que se pronuncie sobre la veracidad de los documentos que presentó en dicho contexto, ni un plazo de caducidad para ello.

- 2.2. *“¿Puede la Entidad requerir al contratista copia de facturas, depósitos, voucher de depósitos, estados de cuenta bancarios, registro de compras y ventas, entre otros documentos, para verificar fehacientemente la veracidad de los contratos, órdenes de compra y/o servicios, constancia de cumplimiento de la prestación que presenten en su oferta para acreditar la experiencia del postor?”* (Sic).

- 2.2.1. Conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente Opinión, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin hacer alusión a una situación o caso concreto; en esa medida, no es posible determinar cuál es la documentación que debe ser exigida a los postores en las bases, para efectos de verificar la veracidad de los documentos que estos presentan en el marco de un procedimiento de selección en particular.

- 2.2.2. Sin perjuicio de ello, conforme a lo indicado al absolver la consulta anterior, debe recalarse que las bases deben establecer toda la documentación que deben contener las ofertas presentadas por los postores; entre dicha documentación se encuentra aquella que está destinada a acreditar los requisitos de calificación exigida a los postores —tales como la experiencia del postor—, de acuerdo a lo previsto en el

artículo 28 del Reglamento y a lo que se establezca en las bases.

Al respecto, las Bases Estándar de Concurso Público para la Contratación de Servicios en General, señalan en su numeral 3.2 de su Sección Específica que para efectos de acreditar su experiencia los postores deben acreditar un monto facturado acumulado conforme a lo que establezca la Entidad (facturación que no debe ser mayor a tres veces el valor referencial de la contratación o del ítem), por la contratación de servicios en la actividad objeto de la convocatoria, durante los ocho (8) años anteriores a la fecha de la presentación de ofertas.

Ahora bien, para efectos de acreditar su experiencia, el postor debe presentar copia simple de contratos u órdenes de servicios, y su respectiva conformidad o constancia de prestación; o comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente con los documentos que indique la Entidad en las bases, los cuales pueden ser, por ejemplo: voucher de depósito, reporte de estado de cuenta, cancelación en el documento, entre otros.

2.2.3 Por otro lado, tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento para verificar la veracidad de los documentos en el marco de una fiscalización posterior, correspondiendo que la Entidad utilice todos los elementos que considere necesarios para alcanzar dicha finalidad.

2.3. *“¿Puede la Entidad incluir en las bases estandarizadas alguna cláusula adicional con la finalidad de que el postor este obligado a brindar información respecto a los comprobantes de pago, estados de cuenta bancarios, registro de compras y ventas, entre otros, de la documentación privada y/o pública que presentó en su oferta para sustentar la Experiencia del Postor ya que en la normativa de contrataciones del Estado no contempla plazos ni exigencia hacia el postor para que este brinde información solicitada por la entidad al momento de realizar la fiscalización posterior?” (Sic).*

2.3.1. De manera previa, corresponde indicar que el OSCE no puede determinar las condiciones o cláusulas que debe establecer una Entidad, a efectos de realizar acciones relativas a la contratación que está realizando. Cabe señalar que es la Entidad la que debe evaluar las medidas o acciones que adopta en el marco de sus contrataciones, las mismas que no pueden ser contrarias al ordenamiento legal.

2.3.2. Preciado lo anterior, debe señalarse que las bases del procedimiento de selección son elaboradas por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda³, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación.

Acto seguido, el artículo 27 del Reglamento indica el contenido mínimo que deben

³ De acuerdo al artículo 22 del Reglamento, para la licitación pública, el concurso público y la selección de consultores individuales, la Entidad debe designar un comité de selección para cada procedimiento. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la subasta inversa electrónica, la adjudicación simplificada para bienes, servicios en general y consultoría en general, la comparación de precios y la contratación directa.

tener las bases del procedimiento de selección, señalando que —entre otros elementos— estas deben contener la denominación del objeto de la contratación, los términos de referencia (en el caso de servicios), las demás condiciones contractuales y la proforma del contrato cuando corresponda.

En ese sentido, la Entidad debe establecer en las bases todas las condiciones o exigencias que considere pertinentes en el marco de la contratación que se encuentra realizando, debiendo verificar que aquellas no sean contrarias al ordenamiento legal, como podría ser el caso de alguna norma especial que regule el objeto contractual.

- 2.4. ***“¿Puede la Entidad incluir en la proforma del contrato una cláusula que disponga la obligación del contratista de brindar la información en plazo de 5 días hábiles, cuando la Entidad lo requiera, para efectos de verificar de manera fehaciente la veracidad de la documentación presentada por este en su oferta durante el procedimiento de selección, de no remitir la información solicitada dentro del plazo indicado, queda la entidad facultada a resolver el contrato?”*** (Sic).

Conforme se ha señalado en los antecedentes de la presente Opinión, el OSCE no puede indicar cuáles son las exigencias o condiciones que debe establecer una Entidad en las contrataciones que realiza; aspecto que debe ser evaluado y definido por la misma Entidad, de acuerdo a las particularidades del caso o de la contratación que pretende realizar. Sin perjuicio de lo anterior, debe mencionarse que las obligaciones incluidas en los documentos que conforman el contrato corresponden a aquellas prestaciones que las partes deben realizar para alcanzar la finalidad del contrato.

- 2.5. ***“¿La Entidad puede comunicar al Organismo Supervisor de las Contrataciones OSCE para que tome las acciones que estime pertinente cuando el proveedor no brinde información al momento de realizar la fiscalización posterior específicamente cuando este presenta en su oferta contratos privados los cuales por normativa solo exige la presentación de la constancia de prestación, mas no la transacción económica, comprobantes de pago, estados de cuenta entre otros, que demuestren fehacientemente la veracidad de dichos contratos?”*** (Sic).

Tal como se ha señalado al absolver la primera consulta, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento estándar para efectos de realizar la verificación de los documentos que componen la oferta presentada por el postor ganador de un procedimiento de selección (verificación que se realiza de manera posterior al otorgamiento de la buena pro), ni tampoco la obligación de comunicar al OSCE la ausencia de respuesta a cargo del postor cuya oferta es objeto de fiscalización, ello sin perjuicio de la configuración de alguna otra situación prevista en la referida normativa que obligue a la Entidad a comunicar dicha circunstancia al OSCE o al Tribunal de Contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento estándar para solicitar, al contratista ganador del procedimiento de selección, que

se pronuncie sobre la veracidad de los documentos que presentó en dicho contexto, ni un plazo de caducidad para ello.

- 3.2. Corresponde a la Entidad emplear todos los elementos que considere necesarios para verificar la veracidad de la información o documentación objeto de fiscalización posterior.
- 3.3. La Entidad debe establecer en las bases todas las condiciones o exigencias que considere pertinentes en el marco de la contratación que se encuentra realizando, debiendo verificar que aquellas no sean contrarias al ordenamiento legal, como podría ser el caso de alguna norma especial que regule el objeto contractual.
- 3.4. El OSCE no puede indicar cuáles son las exigencias o condiciones que debe establecer una Entidad en las contrataciones que realiza; dicho aspecto debe ser evaluado y definido por la misma Entidad, de acuerdo a las particularidades del caso o de la contratación que pretende realizar.
- 3.5. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto la obligación de comunicar al OSCE la ausencia de respuesta a cargo del postor cuya oferta es objeto de fiscalización, ello sin perjuicio de la configuración de alguna otra situación prevista en la referida normativa que obligue a la Entidad a comunicar dicha circunstancia al OSCE o al Tribunal de Contrataciones del Estado.

Jesús María, 7 de mayo de 2019

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RAC/JDS