

OPINIÓN N° 074-2019/DTN

Solicitante: Gina Marlene Arata Chávez
Asunto: Recepción y conformidad de la prestación del contratista
Referencia: Carta S/N recibida el 27.MAR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Gina Marlene Arata Chávez formula diversas consultas sobre la recepción y conformidad de la prestación del contratista.

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 una situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

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 Consulta N° 2 está referida a la definición del requerimiento y por ende de las Bases, no encontrándose vinculada con la Consulta N° 1 en tanto que ésta se encuentra referida a la recepción y conformidad de la prestación del contratista; en ese sentido, dado que incumple los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA, no será absuelta.
- La Consulta N° 3 está referida a analizar situaciones que puedan modificar el contrato, no encontrándose vinculada con la Consulta N° 1 en tanto que ésta se encuentra referida a la recepción y conformidad de la prestación del contratista; motivo por el cual, al no cumplir con los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA, no será absuelta.
- La Consulta N° 5 no está referida a que este Organismo Técnico Especializado analice el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que la misma está orientada a determinar cómo debe proceder la Entidad en situaciones concretas y/o específicas; en esa medida, dado que incumple los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA y por tanto excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley, no será absuelta.
- La Consulta N° 6 está referida a que este Organismo Técnico Especializado determine cuál sería el sustento de las Entidades para proceder en una situación particular o específica, lo cual excede el ámbito de competencia de este despacho conferido a través de lo establecido en el literal n) del artículo 52 de la Ley; por tanto, dado que incumple los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA, no será absuelta.

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 desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. "¿Respecto a la recepción de materiales para prestación de servicios, cuando el usuario considere que este no cumple con alguna exigencia como marcas u otros, debe recepcionar el material y observarlo formalmente, o debe rechazarlo no recepcionando el material e informar que no se ha ingresado?"

2.1.1. En primer lugar, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, corresponde indicar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a situaciones particulares**; en tal sentido, es competencia del OSCE absolver consultas respecto a las disposiciones que comprende la normativa de contrataciones del Estado *-la Ley, el Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE*. Por tal motivo, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley, a continuación se brindarán alcances generales respecto a la recepción y conformidad de las prestaciones a cargo del contratista.

2.1.2. Sobre el particular, debe indicarse que en atención a lo dispuesto en el numeral 116.1 del artículo 116 del Reglamento *"El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y **la oferta ganadora**, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes"*. (El subrayado es agregado).

En tal sentido, las partes contratantes (la Entidad y el contratista) se encuentran sujetas a las obligaciones a las que se hubieran comprometido, en virtud de los documentos que conforman el contrato, entre ellos, **la oferta ganadora que contiene las características de la prestación**, incluyendo las cantidades, calidades, y demás condiciones bajo las que el contratista, en su calidad de postor, ofreció ejecutar su prestación.

En la línea de lo expuesto, corresponde indicar que el numeral 32.6 del artículo 32 de la Ley regula lo siguiente: *"El contratista es responsable de realizar **correctamente** la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato."* Asimismo, el numeral 40.1 del artículo 40 del mismo dispositivo señala que *"El contratista es responsable de **ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato**"* (El subrayado es agregado).

En ese orden de ideas, se entiende que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se obliga a efectuar sus prestaciones en favor de la Entidad conforme a lo establecido en el contrato, el cual contiene *-entre otros documentos-* la oferta presentada por el contratista durante el procedimiento de selección, lo que implica el cumplimiento de la totalidad de obligaciones a cargo del contratista, según la información consignada en su oferta.

- 2.1.3. En este punto debe precisarse que, de conformidad con lo previsto en el numeral 143.1 del artículo 143 del Reglamento, *"La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria"*.

Conforme a ello, el numeral 143.2 del mismo dispositivo establece la forma en que se otorga la conformidad de las prestaciones cumplidas por el contratista, indicando que esta *"requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias"*.

En ese sentido, el procedimiento para efectuar la conformidad se encuentra a cargo del funcionario responsable del área usuaria de la Entidad, el cual, a efectos de otorgar la conformidad correspondiente, debe realizar la verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales, de acuerdo a la oferta ganadora y demás documentos que conforman el contrato.

- 2.1.4. Ahora bien, en caso la Entidad advierta deficiencias en la prestación recibida, puede formular observaciones conforme a lo previsto en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento: *"De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad (...). Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar"*.

Es importante señalar que de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del numeral 143.4 del referido dispositivo: *"Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas."*. (El resaltado es agregado).

De esa manera, en caso la prestación a cargo del contratista no cumpla "manifiestamente" con las características y condiciones que forman parte del contrato, no es necesario acudir al procedimiento antes mencionado para subsanar observaciones, correspondiendo a la Entidad considerar como no ejecutada la prestación y aplicar las penalidades correspondientes.

En consecuencia, una vez perfeccionado el contrato, las partes se obligan a

ejecutar sus respectivas prestaciones conforme a lo establecido en el mismo²; por tanto, la Entidad se obliga a pagar el precio pactado, mientras que el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones a su cargo en el plazo y en la forma previstas en el contrato (lo que implica el cumplimiento de aquello a lo que se hubiera comprometido en atención a su oferta, ello puede incluir una determinada marca siempre que esta marca hubiera sido incluida en su oferta, por ser esta parte integrante del contrato).

- 2.1.5 Dicho lo anterior, resulta pertinente realizar algunas precisiones respecto de la facultad de la Entidad de no aplicar el procedimiento previsto en el segundo párrafo del numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento, cuando ésta verifique que la prestación a cargo del contratista no cumple, manifiestamente, con las características y condiciones establecidas en el contrato.

Al respecto, en atención a los principios de “*Transparencia*” y “*Equidad*”³ – *aplicables durante la conducción de la ejecución contractual, según lo dispuesto por el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley*- las Entidades proporcionan información coherente y clara a fin de desarrollar el proceso de contratación bajo condiciones de objetividad, debiendo cautelar que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

En consecuencia, la Entidad debe fundamentar las razones por las cuales determinó que la prestación a cargo del contratista no fue ejecutada conforme a las características y condiciones establecidas en el contrato; a efectos de no aplicar el procedimiento previsto en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento para la subsanación de observaciones.

- 2.2. "Teniendo en cuenta lo señalado en el PRONUNCIAMIENTO N° 558-2013/DSU, en cualquier caso que el contratista ingrese marcas diferentes a las declaradas para la firma del contrato, sería requisito previo comunicar a la Entidad la variación de estas marcas?"**

- 2.2.1. De conformidad con lo señalado al absolver la consulta precedente, corresponde indicar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a situaciones particulares**; en tal sentido, es competencia del OSCE absolver consultas respecto a las disposiciones que comprende la normativa de contrataciones del Estado -*la Ley, el Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE*. Por tal motivo, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley, a continuación se brindarán alcances generales respecto a la recepción y conformidad de las prestaciones del contratista.

² Salvo que, de manera previa, la Entidad haya aceptado realizar la modificación convencional al contrato en el marco de lo dispuesto en el artículo 34-A de la Ley.

³ Contemplados en el artículo 2 de la Ley.

- 2.2.2. Al respecto, conforme a lo indicado al absolver la consulta anterior, debe precisarse que una vez perfeccionado el contrato, las partes se obligan a ejecutar sus respectivas prestaciones conforme a lo establecido en el mismo; por tanto, la Entidad se obliga a pagar el precio pactado, mientras que el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones a su cargo, en el plazo y en la forma prevista en el contrato (lo que implica el cumplimiento de aquello a lo que se hubiera comprometido en atención a su oferta, ello puede incluir una determinada marca siempre que esta marca hubiera sido incluida en su oferta, por ser esta parte integrante del contrato).

En concordancia con lo señalado, lo que se puede exigir al proveedor es lo previsto en el requerimiento objeto de la contratación, en su oferta y en los demás documentos que conforman el contrato y que establecen obligaciones para las partes.

De esta manera, el contratista debe cumplir con ejecutar su prestación de acuerdo con las características y condiciones que forman parte del contrato, ello puede incluir una determinada marca siempre que esta marca hubiera sido incluida en su oferta, por ser esta parte integrante del contrato. Por consiguiente, la Entidad para efectuar la conformidad correspondiente -a través del funcionario responsable del área usuaria de la Entidad-, debe realizar la verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales, de acuerdo a la oferta ganadora y demás documentos que conforman el contrato.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Una vez perfeccionado el contrato, las partes se obligan a ejecutar sus respectivas prestaciones conforme a lo establecido en el mismo; por tanto, la Entidad se obliga a pagar el precio pactado, mientras que el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones a su cargo, en el plazo y en la forma prevista en el contrato (lo que implica el cumplimiento de aquello a lo que se hubiera comprometido en atención a su oferta, ello puede incluir una determinada marca siempre que esta marca hubiera sido incluida en su oferta, por ser esta parte integrante del contrato).
- 3.2. El procedimiento para efectuar la conformidad se encuentra a cargo del funcionario responsable del área usuaria de la Entidad, el cual, a efectos de otorgar la conformidad correspondiente, debe realizar la verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales, de acuerdo a la oferta ganadora y demás documentos que conforman el contrato.

Jesús María, 10 de mayo de 2019

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

TAM