

OPINIÓN N° 074-2021/DTN

Solicitante: Constructora Romasi S.A.C.

Asunto: Impedimentos para contratar con el Estado

Referencia: Formulario S/N de fecha 18.MAY.2021 – Consultas del Sector Privado sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la Empresa “Constructora Romasi S.A.C.” formula varias consultas sobre los impedimentos para contratar con el Estado establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.

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 sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 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 incumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que la primera consulta no ha sido formulada en términos genéricos, sino que solicita que este Organismo Técnico Especializado defina, en el contexto particular de un proceso de contratación, a qué profesional puede proponer el contratista ejecutor de obra, para que ejerza el cargo de residente de obra. El OSCE no puede emitir pronunciamiento respecto de las propuestas o medidas que decidan adoptar las partes de un contrato particular, toda vez que ello excedería la competencia contenida en el literal n) del artículo 52 de la Ley; por tanto, se indica que se atenderá solo la consulta que cumple con los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 2.

- “**Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

“¿ESTARÍA IMPEDIDO POR EL LITERAL 9 DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, PODRÁ SER RESIDENTE DE OBRA, EL INGENIERO QUE PARTICIPA EN LA ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DE OBRA COMO PARTE DEL PLANTEL TÉCNICO DE UNA PERSONA JURÍDICA DISTINTA A LA EMPRESA EJECUTORA DE OBRA?” (Sic)

2.1. De manera previa, es necesario reiterar que este Organismo Técnico Especializado no tiene competencia para pronunciarse sobre casos particulares, sin perjuicio de lo cual cabe señalar que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con las condiciones y requisitos que esta establece, pueda ser participante, postora, contratista o subcontratista en el marco de los contratos celebrados por las Entidades de la Administración Pública, salvo que dicha persona se encuentre inmersa en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

Sobre el particular, debe indicarse que el literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece que se encuentran impedidas de participar en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, formular ofertas en el marco de dichos procedimientos, así como contratar y/o subcontratar con el Estado, “*En el proceso de contratación correspondiente, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en cualquiera de las siguientes actuaciones: i) determinación de las características técnicas y/o valor referencial o valor estimado, ii) elaboración de documentos del procedimiento de selección, iii) calificación y evaluación de ofertas, y iv) la conformidad de los contratos derivados de dicho procedimiento, salvo en el caso de los contratos de supervisión. Tratándose de personas jurídicas el impedimento le alcanza si la referida intervención se produce a través de personas que se vinculan a esta*”. (El énfasis es agregado).

Como puede advertirse, el citado impedimento tiene la finalidad de garantizar que las personas naturales o jurídicas que —entre otros aspectos— intervinieron directamente en la determinación de las características técnicas de la contratación que se está convocando, no tengan participación en ninguna de las fases² del proceso de contratación. Es así que el proveedor que se encuentre involucrado en un proceso de contratación debe verificar que no se encuentre inmerso en alguno de los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado —cualquiera sea la fase del proceso de contratación en la que se encuentra participando—, los cuales son aplicables desde el momento en que la situación de la persona (que es materia de análisis) configura alguno de los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley.

2.2. Precisado lo anterior, es pertinente mencionar que la consulta está referida al alcance del impedimento establecido en el literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley

² De acuerdo con lo señalado en la Opinión N° 050-2019/DTN —entre otras— los procesos de contratación que se realizan al amparo de la normativa de contrataciones del Estado se constituyen de tres fases: (i) fase de planificación y actuaciones preparatorias, (ii) fase de selección y (iii) fase de ejecución contractual.

sobre el profesional que intervino directamente en la elaboración del Expediente Técnico de Obra del respectivo contrato de ejecución de obra, y la posibilidad de que sea designado como reemplazo del residente de obra³.

En concordancia con lo señalado en el numeral anterior, la persona que **interviene directamente** en la determinación de las características técnicas de la obra se encuentra impedida de ser participante, postora, contratista o subcontratista en el proceso de contratación que se desarrolle para la contratación de la ejecución de la obra; debiendo considerarse, además, que el último extremo del texto del referido impedimento establece de manera explícita que este se extiende (“alcanza”) a las personas jurídicas cuando tal “intervención directa” en la elaboración del Expediente Técnico de Obra se produjo a través de personas ‘vinculadas’.

Asimismo, en concordancia con lo señalado en la Opinión N° 068-2021/DTN, la prohibición aplicable al profesional que elaboró el expediente técnico de obra de ser parte del proceso de contratación de la misma obra, se justifica en que: “(...) ii) *que, de permitírsele liminarmente que este participe en el proceso de contratación como participante, postor, contratista o subcontratista, se estaría creando el riesgo de que este profesional favorezca su propia participación, con lo cual el proceso de contratación —lo que incluye la etapa de ejecución contractual— perdería objetividad e imparcialidad*”.

De esta forma, puede advertirse que la finalidad del impedimento es evitar que la persona que intervino en la determinación de las características técnicas del objeto del contrato (la elaboración del Expediente Técnico de Obra) sea parte del proceso de contratación en la etapa de ejecución contractual, ya sea directamente como participante, postor, contratista o subcontratista o de manera indirecta vinculándose al proveedor que tenga alguna de las calidades antes mencionadas.

Así, no sólo el profesional que intervino directamente en la elaboración del Expediente Técnico de Obra se encuentra impedido de participar en el proceso de contratación de la obra como participante, postor, contratista y/o subcontratista, sino también la persona jurídica con quien este se hubiera vinculado.

En relación con ello, corresponde anotar que mediante Opinión N° 068-2018/DTN, esta Dirección desarrolló el sentido y finalidad de este impedimento, en los siguientes términos:

“(...) este impedimento tiene como objeto garantizar la igualdad de acceso a la información entre los proveedores que participen en el procedimiento de selección. Ello, debido a que las personas que intervinieron en la determinación de las características técnicas y el valor referencial, o en la elaboración de las Bases cuentan con mayor información sobre el procedimiento convocado que los demás proveedores, por lo que, de permitirse su participación en el procedimiento de selección, se les estaría otorgando una ventaja respecto de los demás participantes.

Por otro lado, el impedimento busca evitar un conflicto de intereses en la determinación de las características técnicas, el valor referencial y las Bases, así

³ De acuerdo con las indicaciones vertidas en el documento de la referencia y sus anexos.

como en la evaluación y calificación de propuestas, pues si las personas que intervienen en su determinación tienen la opción de ser participantes en el procedimiento de selección a ser convocado, están en la posibilidad de establecer condiciones que favorezcan su propia participación, perdiendo su objetividad e imparcialidad y atentando la competitividad del procedimiento de selección”.

Asimismo, tal como se consignó en la reciente Opinión 068-2021, “(...) el referido conflicto de intereses también se pondría de manifiesto, por ejemplo, cuando quien elaboró el expediente técnico es quien ejecuta la obra o es parte del contratista ejecutor de obra: en tal caso se vería comprometida la objetividad e imparcialidad en la ejecución de la obra. Esto explica que la norma prohíba que el contratista de obra se encuentre vinculado con quien elaboró el expediente técnico de obra”.

- 2.3. Aunado a lo anterior, es importante anotar que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 179.2 del artículo 179 del Reglamento “*Por su sola designación, el residente representa al contratista como responsable técnico de la obra (...)*”; de ello se desprende que exista una clara vinculación entre el residente y la persona jurídica que se encarga de la ejecución de la obra.

En consecuencia, toda vez que existe un vínculo entre el residente y el contratista encargado de ejecutar la obra, y considerando lo dispuesto en el último párrafo del literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se puede concluir que un proveedor que tenga la condición de persona jurídica, no puede designar como reemplazo del residente de obra a un profesional que intervino directamente en la elaboración del expediente técnico de obra, pues de hacerlo estaría impedido de ser contratista o subcontratista en el proceso de contratación que se desarrolla para la ejecución de la obra.

3. CONCLUSIÓN

Toda vez que existe un vínculo entre el residente y el contratista encargado de ejecutar la obra, y considerando lo dispuesto en el último párrafo del literal g) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en concordancia con el criterio establecido en la Opinión 068-2021/DTN, se puede concluir que un proveedor que tenga la condición de persona jurídica, no puede designar como reemplazo del residente de obra a un profesional que intervino directamente en la elaboración del expediente técnico de obra, pues de hacerlo estaría impedido de ser contratista o subcontratista en el proceso de contratación que se desarrolla para la ejecución de la obra.

Jesús María, 15 de julio de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa