

OPINIÓN N° 085-2021/DTN

Solicitante: Municipalidad Metropolitana de Lima

Asunto: Declaratoria de desierto

Referencia: Formulario S/N de fecha 21.JUL.2021 - Consulta de Entidad Pública sobre la Normativa de Contrataciones del Estado

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora Alicia Noemi Zambrano Cerna de Corante, Gerente de Administración de la Municipalidad Metropolitana de Lima, formula consultas sobre la declaratoria de desierto en el marco de lo dispuesto por 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 vinculadas 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, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la solicitud planteada, en la presente Opinión se entenderá por:

- “**Ley**”, a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero de 2019.
- “**Reglamento**”, al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 168-2020-EF.

2.1. *“El Decreto Supremo N° 168-2020-EF de 30 de junio de 2020, en su Segunda Disposición Complementaria Modificatoria incorpora el numeral 49.6 del artículo 46 y el literal g) al numeral 50.1 del artículo 50 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual otorga beneficios en la etapa de calificación y evaluación de ofertas de Adjudicaciones Simplificadas a los postores que*

acrediten tener la condición de micro y pequeña empresa. ¿Dichos beneficios también son aplicables a las Adjudicaciones Simplificadas derivadas de Licitación Pública o Concurso Público.” [Sic.]¹

2.1.1. En primer lugar, debe señalarse que con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas *-esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al menor precio y con la mejor calidad, de forma oportuna-* y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario², el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la ley.

Al respecto, debe indicarse que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituyen la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. En ese contexto, el artículo 21 de la Ley establece los procedimientos de selección que pueden convocar las Entidades para efectuar sus contrataciones de bienes, servicios u obras, entre ellos, licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás que prevea el Reglamento, el cual contempla las disposiciones aplicables para el empleo de dichos procedimientos³.

En relación con lo anterior, cabe anotar que el numeral 53.2 del artículo 53 del Reglamento dispone que *“La determinación del procedimiento de selección se realiza en atención al objeto de la contratación, la cuantía y las demás condiciones para su empleo previstos en la Ley y el Reglamento”* (el subrayado es agregado).

Del citado dispositivo se advierte que uno de los criterios que permite determinar el tipo de procedimiento de selección que –originalmente- debe emplearse es **la**

¹ Como se aprecia, en la consulta se hace alusión al numeral 49.6 del “artículo 46” del Reglamento; no obstante, se entiende que dicho numeral corresponde al artículo 49 del Reglamento, el cual fue modificado mediante Decreto Supremo N° 168-2020-EF.

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

³ De conformidad con el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento, *“Para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras, la Entidad utiliza, según corresponda, los siguientes procedimientos de selección:*

- a) *Licitación Pública.*
- b) *Concurso Público.*
- c) *Adjudicación Simplificada.*
- d) *Subasta Inversa Electrónica.*
- e) *Selección de Consultores Individuales.*
- f) *Comparación de Precios.*
- g) *Contratación Directa”*

cuantía de la contratación, es decir, el valor estimado o valor referencial, según corresponda, en atención al objeto del contrato; así por ejemplo, cuando se requiera adquirir bienes o servicios cuyo valor estimado sea menor a los S/ 400 00,00 (cuatrocientos mil y 00/100 soles), o se requiera contratar la ejecución de una obra cuyo valor referencial sea inferior a S/ 1 800 000,00 (un millón ochocientos mil y 00/100 soles), el procedimiento de selección a convocarse –en principio⁴- será el de adjudicación simplificada⁵.

2.1.3. Ahora bien, es importante precisar que es posible que las reglas de la Adjudicación Simplificada sean empleadas aun cuando el valor estimado o valor referencial – según corresponda- fuera equivalente al de una licitación pública o de un concurso público, siempre que estos hayan sido declarados desiertos, en cuyo caso la siguiente convocatoria se efectúa siguiendo las disposiciones de la adjudicación simplificada, tal como lo establece el numeral 65.3 del artículo 65 del Reglamento⁶.

En relación con lo anterior, cabe señalar que la adjudicación simplificada que deriva de la declaratoria de desierto de una licitación pública o de concurso público, según corresponda, no constituye el tipo de procedimiento de selección que originalmente debió convocarse a razón de su cuantía, sino que responde a la necesidad de culminar oportunamente la selección del postor adjudicatario.

Sobre el particular, es pertinente precisar que un procedimiento de selección solamente puede culminar a través de alguna de las formas previstas en el artículo 69⁷ del Reglamento, dentro de las cuales no está contemplada la declaración de desierto del procedimiento de selección.

Al respecto, resulta pertinente mencionar que de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Ley en concordancia con el numeral 65.1 del artículo 65 del Reglamento, **la declaratoria de desierto** del procedimiento de selección se genera

⁴ Es importante mencionar que, además de la cuantía y el objeto de la contratación, la normativa de contrataciones del Estado establece reglas específicas para emplear otros métodos de contratación, tales como la subasta inversa electrónica o la contratación a través de los métodos electrónicos de acuerdo marco, para lo cual –independientemente de los criterios antes mencionados- bastará que se cumplan las condiciones previstas en dicha normativa para que el uso de éstos dos últimos, según corresponda, resulte obligatorio.

⁵ Cabe precisar que los montos señalados corresponden a los establecidos en el artículo 17 de la Ley N° 31084, “Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021”, el cual establece los montos aplicables para la determinación de los procedimientos de selección.

⁶ De conformidad con dicho dispositivo, “*Cuando los procedimientos de selección se declaran desiertos, la siguiente convocatoria se efectúa siguiendo el mismo procedimiento de selección. En el caso de Licitación Pública o Concurso Público, la siguiente convocatoria se efectúa siguiendo el procedimiento de Adjudicación Simplificada*”. (El énfasis es agregado).

⁷ De acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del Reglamento:
 “*Los procedimientos de selección culminan cuando se produce alguno de los siguientes eventos:*
 a) *Se perfecciona el contrato.*
 b) *Se cancela el procedimiento.*
 c) *Se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la Entidad.*
 d) *No se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 136.*”

cuando⁸: i) no se recibieron ofertas; o, ii) no existió ninguna oferta válida.

Ante tal situación, la normativa de Contrataciones del Estado, con la finalidad de lograr el abastecimiento oportuno en el marco de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley, habilita a la Entidad a que utilice las reglas de una adjudicación simplificada en un procedimiento que –originalmente- por sus características (como la cuantía) debió realizarse mediante Licitación Pública o Concurso Público⁹.

Sin perjuicio de ello, es importante señalar que una adjudicación simplificada derivada de un procedimiento declarado desierto no implica **la flexibilización respecto de la presentación y cumplimiento –por parte de los postores- de los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado aplicables al procedimiento original**; es decir, aun cuando se convoque dicha adjudicación simplificada, esta conservará las exigencias y/o condiciones correspondientes al procedimiento de selección que originalmente había sido convocado: licitación pública o concurso público, según corresponda.

De esta manera, el procedimiento de selección original (sea una licitación pública o concurso público) declarado desierto, derivará en una segunda convocatoria a través de una adjudicación simplificada, sin variar las condiciones que determinaron el empleo del procedimiento primigenio; lo contrario implicaría desconocer los criterios generales establecidos en el numeral 53.2 del artículo 53 del Reglamento, antes citado.

2.1.4. Ahora bien, con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 168-2020-EF se establecieron disposiciones en materia de contrataciones públicas para facilitar la reactivación de contratos de bienes y servicios, modificando ciertas disposiciones del Reglamento; en ese contexto, la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del referido Decreto Supremo incorpora el literal g) al numeral 50.1 del artículo 50 del Reglamento, bajo los siguientes términos:

“Artículo 50. Procedimiento de evaluación

50.1. Los documentos del procedimiento contemplan lo siguiente:

(...)

*g) **En procesos de Adjudicación Simplificada**, a los postores que tengan la **condición de micro y pequeña empresa**, o a los consorcios conformados en su totalidad por estas, y a su solicitud, se les asigna una bonificación equivalente al cinco por ciento (5%) sobre el puntaje total obtenido, siempre que acrediten tener tal condición otorgada por la Autoridad competente.”* (El énfasis es agregado).

Del citado dispositivo se advierte que para la aplicación de la bonificación del cinco por ciento (5%) sobre el puntaje total obtenido 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

⁸ Salvo en el caso de la Subasta Inversa Electrónica en que se declara desierto cuando no se cuenta con dos (2) ofertas válidas.

⁹ En concordancia con el criterio establecido a través de la Opinión N° 014-2021/DTN.

integrantes acrediten tener ésta condición.

Como puede apreciarse, uno de los criterios explícitos para determinar la aplicación de la referida bonificación exige que esta se solicite **en el marco de un procedimiento de adjudicación simplificada, específicamente**; condición que fue establecida por el legislador atendiendo aspectos de carácter técnico (tales como la cuantía, que determina el empleo de dicho procedimiento) que no existen en otros procedimientos como la licitación pública o concurso público.

En ese contexto, un procedimiento de licitación pública o concurso público, cuya segunda convocatoria es una adjudicación simplificada, , supera la cuantía que determina el empleo de una adjudicación simplificada original, razón por cual, no resultaría razonable extender para aquella una bonificación que, expresamente, sólo fue prevista para la adjudicación simplificada. Lo contrario implicaría desnaturalizar el propósito que persigue la norma, dirigido a las micro y pequeñas empresas que principalmente participan en estos procedimientos de selección.

En relación con lo anterior, cabe agregar que dicho criterio ha sido ratificado con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 162-2021-EF, que modificó el literal g) del numeral 50.1 del artículo 50 del Reglamento, bajo en los siguientes términos:

“(…)
g) **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. Esta disposición se extiende a los ítems de una Licitación Pública o Concurso Público, cuya cuantía corresponda a una Adjudicación Simplificada. (...).**”

Como puede apreciarse de la norma citada, el propósito que se persigue con dicha bonificación, aplicable a postores que ostentan la condición de micro y pequeña empresa, **se enmarca específicamente a procedimientos de selección que, por su cuantía, corresponden únicamente a adjudicaciones simplificadas**; en esa medida, es evidente que no resultaría aplicable la referida bonificación a una adjudicación simplificada derivada de un procedimiento de licitación pública o concurso público declarado desierto, pues –tal como se indicó anteriormente-, este tratamiento implicaría desnaturalizar el propósito que persigue el legislador con dicha bonificación.

2.1.5. Por lo expuesto, en el marco de lo dispuesto por el literal g) del numeral 50.1 del artículo 50 del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 168-2020-EF, la bonificación del 5% (cinco por ciento) sobre el puntaje total obtenido no resultaría aplicable a los procedimientos de licitación pública o de concurso público aun cuando, luego de haber sido de declarados desiertos, su segunda convocatoria se realice a través de una adjudicación simplificada.

2.2. ***“En el caso de un procedimiento para la contratación de bienes o servicios declarado desierto, ¿El área usuaria puede modificar el requerimiento en caso***

no se haya establecido ninguna causal en el informe de desierto, pero los cambios obedecen a situaciones imprevisibles posteriores al desierto?” [Sic.]

2.2.1. De manera previa, es preciso reiterar que este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse –en vía de opinión- respecto de casos concretos o situaciones particulares.

Dicho esto, corresponde anotar respecto de la declaratoria de desierto, que el numeral 65.2 del artículo 65 del Reglamento establece lo siguiente:

“65.2 Cuando un procedimiento de selección es declarado desierto total o parcialmente, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, emite un informe al Titular de la Entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del expediente de contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del procedimiento, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente. Dicho informe es registrado en el SEACE.” (El énfasis es agregado).

En relación con la norma citada, cabe reiterar que la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección **no** determina la conclusión del procedimiento, sino que conlleva a la necesidad de justificar y evaluar, a través de un informe elaborado por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones –según corresponda-, las razones que impidieron la conclusión de dicho procedimiento de selección, a efectos de adoptar las medidas correctivas que resulten pertinentes para realizar su siguiente convocatoria.

Asimismo, según lo dispuesto en el numeral 42.4 del artículo 42 del Reglamento, *“Cuando un procedimiento de selección sea declarado desierto, la siguiente convocatoria requiere contar con una nueva aprobación del expediente de contratación, solo cuando el informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto advierta que el requerimiento corresponde ser ajustado”.* (El énfasis es agregado).

Tal como se desprende del citado dispositivo, la normativa de Contrataciones del Estado admite la posibilidad de ajustar algún extremo del requerimiento, justificadamente, a fin de corregir aquello que pudiera haber tenido incidencia en la declaratoria de desierto del procedimiento de selección.

2.2.2. Por su parte, resulta pertinente anotar que **el numeral 29.11 del artículo 29 del Reglamento también permite la modificación del requerimiento, bajo los siguientes términos:** *“El requerimiento puede ser modificado para mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico, así como los requisitos de calificación, previa justificación que forma parte del expediente de contratación, bajo responsabilidad. Las modificaciones cuentan con la aprobación del área usuaria”.* (El subrayado es agregado).

En ese contexto, se puede apreciar que la modificación de algún extremo del

requerimiento¹⁰ -ya sea para mejorarlo, actualizarlo o perfeccionarlo- **debe contar con la debida justificación y ser aprobada por el área usuaria correspondiente**, inclusive si dicha medida tuviera como propósito “*actualizar o perfeccionar*” el requerimiento de cara a la siguiente convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto.

De esta manera, si con posterioridad a la declaratoria de desierto del procedimiento de selección surgieran situaciones imprevisibles que, a juicio del área usuaria de la contratación, determinaran la pertinencia de modificar el requerimiento para actualizarlo de cara a la segunda convocatoria del procedimiento de selección inconcluso por haber sido declarado desierto, dicha dependencia deberá sustentar su decisión y aprobarla, conforme a lo dispuesto en el numeral 29.11 del artículo 29 del Reglamento. En ese contexto, tal justificación deberá constar en el expediente de contratación respectivo, bajo responsabilidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En el marco de lo dispuesto por el literal g) del numeral 50.1 del artículo 50 del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 168-2020-EF, la bonificación del 5% (cinco por ciento) sobre el puntaje total obtenido no resultaría aplicable a los procedimientos de licitación pública o de concurso público aun cuando, luego de haber sido de declarados desiertos, su segunda convocatoria se realice a través de una adjudicación simplificada.
- 3.2 Si con posterioridad a la declaratoria de desierto del procedimiento de selección surgieran situaciones imprevisibles que, a juicio del área usuaria de la contratación, determinaran la pertinencia de modificar el requerimiento para actualizarlo de cara a la segunda convocatoria del procedimiento de selección inconcluso por haber sido declarado desierto, dicha dependencia deberá sustentar su decisión y aprobarla, conforme a lo dispuesto en el numeral 29.11 del artículo 29 del Reglamento. En ese contexto, tal justificación deberá constar en el expediente de contratación respectivo, bajo responsabilidad.

Jesús María, 20 de agosto de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

LAA/JAEV/cajs

¹⁰ De acuerdo a la definición de “requerimiento” contemplada en el Anexo de Definiciones del Reglamento, aquel consiste en la “*Solicitud del bien, servicio en general, consultoría u obra formulada por el área usuaria de la Entidad que comprende las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el Expediente Técnico de Obra, respectivamente, así como los requisitos de calificación que corresponda según el objeto de la contratación*”.