

OPINIÓN N° 090-2020/DTN

Solicitante: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Vial – Provias Nacional

Asunto: Contratación de prestaciones pendientes de ejecución.

Referencia: Formulario 002- DTN de fecha 26.AGO.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el ingeniero Luis Alberto Chan Cardozo, Director Ejecutivo de Provias Nacional, formula varias consultas sobre la contratación de prestaciones pendientes de ejecución derivadas de un contrato declarado nulo.

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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS 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, modificado por el D.S. N°377- 2019-EF

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “Cuando se declara nulo un contrato, en el que no se ejecutó ninguna prestación, pero que requieren ser atendidas con carácter de urgencia, se puede contratar conforme al Artículo 167 del Reglamento?” (sic)

- 2.1.1 De manera previa se debe mencionar que el numeral 44.2. del artículo 44 de la Ley, establece las causales que pueden justificar la declaratoria de nulidad de un contrato. Cabe anotar, que un contrato nulo es aquel que carece de valor jurídico y, por tanto, no puede producir derechos y obligaciones entre las partes.

Ahora, una vez tomada la decisión de declarar nulo un contrato, la entidad como responsable de las contrataciones a su cargo, deberá gestionar la contratación de aquellas prestaciones cuya ejecución hubiese quedado pendiente. Para estos efectos podrá servirse del procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento.

En las líneas sucesivas se desarrollarán alcances generales sobre el referido procedimiento.

- 2.1.2 El texto del artículo 167 del Reglamento es el siguiente:

“Cuando se resuelva un contrato o se declare su nulidad y exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicho acto se encuentre sometido a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad determina el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados.

167.2. Una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, y de existir disponibilidad presupuestal, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación.

167.3. De presentarse más de una aceptación a la invitación, la Entidad contrata con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección correspondiente. En las contrataciones de bienes, servicios en general y obras, salvo aquellas derivadas del procedimiento de Comparación de Precios, el órgano encargado de las contrataciones realiza, cuando corresponda, la calificación del proveedor con el que se va a contratar. Los contratos que se celebren en virtud de esta figura respetan los requisitos, condiciones, exigencias, garantías, entre otras formalidades previstas en la Ley y Reglamento.” (El subrayado es agregado).

- 2.1.3 Como se puede apreciar, las entidades públicas no necesariamente deben emplear un procedimiento de selección para contratar la ejecución de aquellas prestaciones que hubiesen quedado pendientes tras la declaratoria de nulidad de un contrato.

Así, de acuerdo con el dispositivo citado, cuando una entidad –con el debido sustento– tuviese **la necesidad urgente** de continuar con la ejecución de las prestaciones que hubiesen quedado pendientes tras la declaratoria de nulidad de un contrato, podrá contratar con alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen al contrato anulado.

No obstante, de manera previa, la entidad deberá determinar: i) cuáles son las prestaciones pendientes, así como sus condiciones de ejecución; ii) **el precio de estas prestaciones, el cual debe incluir todos los costos necesarios**; y iii) si cuenta con disponibilidad presupuestal para llevar a cabo la contratación.

Realizado lo anterior, la entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen al contrato que fue declarado nulo, con la finalidad de que, dentro de un plazo máximo de cinco (5) días, alguno de éstos manifieste su intención de ejecutar las prestaciones pendientes por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación. En caso hubiese aceptado más de un postor, la Entidad deberá contratar con aquel que ocupó una mejor posición en el orden de prelación del procedimiento de selección.

- 2.1.4 Expuesto lo anterior, queda claro que el artículo 167 del Reglamento otorga a las Entidades una herramienta para que puedan contratar de forma ágil las prestaciones que hubiesen quedado pendientes tras la declaratoria de nulidad del contrato y, de esta manera, alcanzar oportunamente la finalidad pública de la contratación.

Ahora bien, la normativa de Contrataciones del Estado no ha establecido que un requisito para la aplicación del procedimiento del artículo 167 del Reglamento consista en que se hubiesen ejecutado prestaciones del contrato que fue –ulteriormente- declarado nulo. En tal medida, una Entidad podrá emplear dicho procedimiento, siempre que –tras la declaratoria de nulidad- se **justifique** la **necesidad urgente** de ejecutar las prestaciones pendientes del contrato declarado nulo.

- 2.2 *“De ser positiva la respuesta a la anterior consulta, la invitación que efectúe la Entidad a los postores que participaron en el procedimiento de selección del contrato nulo, ¿debe efectuarse con los precios determinados en el procedimiento de selección, más los costos que resulten necesarios para el cumplimiento de las normas vigentes (normas Covid-19)?”*

Como se anotó al absolver la consulta anterior, cuando una entidad –con el debido sustento– tuviese **la necesidad urgente** de continuar con la ejecución de las prestaciones que hubiesen quedado pendientes tras la declaratoria de nulidad de un contrato, podrá contratar con alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen al contrato anulado, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 167 del Reglamento.

Mencionado lo anterior, cabe reiterar que de acuerdo con el numeral 167.2. del artículo 167 del Reglamento, la Entidad de manera previa a la invitación de los postores, debe determinar: i) el precio de las prestaciones pendientes, incluyendo todos los costos necesarios; ii) las condiciones de ejecución; y iii) la existencia de disponibilidad presupuestal.

En ese marco, cuando el contrato declarado nulo tenga por objeto la ejecución de una obra, será necesario que la Entidad determine el saldo de obra, es decir, que

identifique **todos** los trabajos pendientes de ejecución, cuantifique su volumen y determine su costo. Para estos efectos deberá elaborar un expediente técnico del referido saldo.

Ahora bien, en caso la obra no tuviese avance físico, la Entidad deberá implementar los ajustes necesarios al Expediente Técnico existente, a fin de que contemple todos los trabajos necesarios para la correcta ejecución de la obra, lo que implicaría, en el presente contexto de propagación de la pandemia generada por el COVID-19 y con el debido sustento, que se consideren todas las normas de contención o prevención aplicables que hubiesen dictado los sectores correspondientes. Sobre esta base, deberá ajustarse el costo total de la obra.

Una vez elaborado y aprobado el expediente técnico del saldo de obra, es decir, una vez determinadas las prestaciones pendientes de ejecución junto con su respectivo costo, y luego de haber verificado la correspondiente disponibilidad presupuestal, la Entidad podrá cursar la invitación a los postores que participaron en el procedimiento de selección que dio origen al contrato que, en su momento, fue declarado nulo; ello con el fin de que alguno de estos manifieste su intención de ejecutar las prestaciones pendientes. Como se anotó, en caso hubiese más de una aceptación, la Entidad deberá contratar con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación del procedimiento de selección¹.

2.3 “En caso que la Entidad haya invitado a los postores que participaron en el procedimiento de selección del contrato nulo, a efectos de que manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones derivadas del contrato declarado nulo, por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación, y estos no acepten tal invitación, es posible volverlos a invitar ante la posibilidad de que la Entidad haya reevaluado el previo indicado en el documento de invitación?” (Sic.)

Al respecto, es necesario reiterar que, de acuerdo con los numerales 167.1 y 167.1. del artículo 167 del Reglamento, la Entidad –de manera previa a realizar la invitación a los postores que participaron del procedimiento de selección que derivó en el contrato declarado nulo- debe determinar de manera acertada el precio de las prestaciones pendientes **incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución debidamente sustentados.**

Dicho lo anterior, es preciso anotar que este Organismo Técnico Especializado no puede emitir opinión respecto de situaciones particulares o casos concretos; en tal medida, ante la inobservancia o cumplimiento defectuoso del procedimiento contemplado en el artículo 167 del Reglamento, corresponderá a la Entidad tomar la decisión que se ajuste de mejor manera al interés público y determinar las responsabilidades que correspondan.

¹ Sobre el particular conviene tener en cuenta el criterio desarrollado por la Opinión 119-2019/DTN, emitida por esta Dirección: “Cuando resulte de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento, **la Entidad debe invitar únicamente a aquellos proveedores cuyas ofertas hayan sido admitidas en el procedimiento de selección y que -por tanto- formaron parte del orden de prelación que se obtiene luego de la fase de evaluación; luego de lo cual en el caso de la contratación de bienes, servicios en general y obras, se realizará la calificación del proveedor con el que se perfeccionará contrato, según corresponda.**”

2. CONCLUSIONES

- 2.1. La normativa de Contrataciones del Estado no ha establecido que un requisito para la aplicación del procedimiento del artículo 167 del Reglamento consista en que se hubiesen ejecutado prestaciones del contrato que fue –ulteriormente- declarado nulo. En tal medida, una Entidad podrá emplear dicho procedimiento, siempre que se **justifique** la **necesidad urgente** de ejecutar las prestaciones pendientes del contrato declarado nulo.
- 2.2. En el marco de la aplicación del artículo 167 del Reglamento, cuando la obra no tuviese avance físico, la Entidad deberá implementar los ajustes necesarios al Expediente Técnico existente, a fin de que contemple todos los trabajos necesarios para la correcta ejecución de la obra, lo que implicaría, en el presente contexto de propagación de la pandemia generada por el COVID-19 y con el debido sustento, que se consideren todas las normas de contención o prevención aplicables que hubiesen dictado los sectores correspondientes. Sobre esta base, deberá ajustarse el costo total de la obra
- 2.3. De acuerdo con los numerales 167.1 y 167.1. del artículo 167 del Reglamento, la Entidad –de manera previa a realizar la invitación a los postores que participaron del procedimiento de selección que derivó en el contrato declarado nulo- debe determinar de manera acertada el precio de las prestaciones pendientes incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución debidamente sustentados.

Jesús María, 14 de septiembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC