

OPINIÓN N° 105-2019/DTN

Entidad: Fondo Intangible Solidario de Salud – FISSAL
Asunto: Contratación directa por causal de proveedor único
Referencia: Oficio N° 474-2019-SIS-FISSAL/J

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe (e) del Fondo Intangible Solidario de Salud – FISSAL, formula consulta sobre la causal de contratación directa por proveedor único.

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. CONSULTA 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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

“¿Se podría configurar como causal de proveedor único, para una contratación directa, dada la característica especial del servicio de hemodiálisis a un único proveedor existente en la provincia donde se requiere el servicio? Teniendo en consideración que, precisamente por la situación de salud vulnerable de los pacientes que requieren de dicho servicio, no es posible que puedan ser trasladados a otros lugares distantes de su domicilio” (Sic).

2.1 De manera previa, conforme a lo indicado en los antecedentes de la presente Opinión, debe señalarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, **sin hacer alusión a situaciones o casos concretos.** En esa medida, el OSCE no puede determinar si una situación en particular configura alguna de las causales que prevé la normativa de contrataciones del Estado para emplear una contratación directa.

Precisado lo anterior, resulta pertinente indicar que la normativa de contrataciones del

Estado ha contemplado supuestos en los cuales carece de objeto realizar un procedimiento de selección de naturaleza competitiva, puesto que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley y constituyen las causales que facultan a la Entidad, de manera excepcional, a emplear la contratación directa¹.

Entre dichas causales, se encuentra la establecida en el literal e) del artículo 27 de la Ley, por la cual, excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor, “*Cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos*”. (El resaltado es agregado).

- 2.2 Sobre el particular, el literal e) del artículo 100 del Reglamento señala que, para efectos de que la Entidad verifique la configuración de la causal en mención, “*(...) la verificación de que los bienes, servicios en general y consultorías solo pueden obtenerse de un determinado proveedor se realiza en el mercado peruano*”. (El resaltado es agregado).

Como puede apreciarse, la causal de contratación directa por proveedor único se configura en alguno de los siguientes supuestos: (i) cuando en el mercado peruano existe un único proveedor del cual puedan obtener los bienes y servicios requeridos; o (ii) cuando en el mercado peruano, un determinado proveedor posea los derechos exclusivos respecto de los bienes y servicios requeridos.

Adicionalmente, cabe precisar que cuando el Reglamento hace referencia al “*mercado peruano*”, a efectos de realizar la verificación de la causal de contratación directa por proveedor único, no limita o circunscribe dicha verificación a la localidad en donde se encuentra la Entidad o donde se ejecutarán las prestaciones del contrato; sino que la Entidad tiene la obligación de realizar la evaluación del mercado nacional —es decir, en el territorio peruano—, con la finalidad de determinar la configuración de dicha causal.

Por tanto, la causal de contratación directa por proveedor único se configura cuando a nivel nacional (en el mercado peruano) solo existe un único proveedor de los bienes o servicios requeridos o que posea los derechos exclusivos respecto de dichas prestaciones.

- 2.3 Por otro lado, de conformidad con el artículo 16 de la Ley, en concordancia con el artículo 29 del Reglamento, el área usuaria es la dependencia de la Entidad que debe requerir los bienes y servicios a contratar —*en el contexto de la consulta*—, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas y los términos de referencia, respectivamente, que integran el requerimiento, los cuales deben contener la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que esta se ejecuta.

Así, como regla general, el área usuaria es la dependencia de la Entidad que es responsable de definir en el requerimiento la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales de la contratación y las condiciones en las que esta debe ser ejecutada, siempre orientando dichos elementos a que la contratación a realizarse cumpla con su finalidad pública.

¹ Debe indicarse que cuando se configura alguna de las causales previstas en el artículo 27 de la Ley para emplear la contratación directa, la Entidad tiene la posibilidad de realizar la contratación sin realizar un procedimiento de selección de naturaleza competitiva, sin que ello enerve su obligación de cumplir con las disposiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado aplicables a las fases de actos preparatorios y de ejecución contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Reglamento.

En ese sentido, independientemente del procedimiento de selección que se utilice, corresponde al área usuaria definir en el requerimiento –entre otros aspectos- las condiciones en las que se debe ejecutar la prestación, como podría ser, por ejemplo, contar con establecimientos en determinado territorio, siempre que ello se justifique en razón de la finalidad pública que se espera alcanzar y se enmarque dentro de los principios que regulan las contrataciones del Estado.

- 2.4 Conforme a lo anterior, corresponde al área usuaria definir en el requerimiento las condiciones en las que se debe ejecutar la prestación, elemento que debe coadyuvar a que la contratación a realizarse cumpla con su finalidad pública y satisfaga la necesidad de la Entidad.

Si como resultado de la indagación de mercado se determine que en el mercado peruano existe solo un proveedor de los bienes o servicios requeridos o que solo uno posea los derechos exclusivos respecto de dichas prestaciones, la Entidad se encontrará en la posibilidad de aprobar una contratación directa bajo la causal de proveedor único.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 La causal de contratación directa por proveedor único se configura cuando a nivel nacional (en el mercado peruano) solo existe un único proveedor de los bienes o servicios requeridos o que posea los derechos exclusivos respecto de dichas prestaciones.
- 3.2 Corresponde al área usuaria definir en el requerimiento las condiciones en las que se debe ejecutar la prestación, elemento que debe coadyuvar a que la contratación a realizarse cumpla con su finalidad pública y satisfaga la necesidad de la Entidad.

Jesús María, 2 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC