

OPINIÓN N° 110-2019/DTN

Solicitante: Programa Nacional de Mantenimiento y Conservación Vial – PROVIAS NACIONAL

Asunto: Verificación de los requisitos de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional.

Referencia: Oficio N° 491-2019-MTC/20

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Programa Nacional de Mantenimiento y Conservación Vial – PROVIAS, formula consultas sobre la acreditación de los requisitos de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional.

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 mediante el Decreto Legislativo N° 1444, así como 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. CONSULTAS¹ 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 desde el 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 *“Cual sería el procedimiento que debe seguir la Entidad para descalificar la oferta en el supuesto establecido en el numeral 190.1 del Reglamento, teniendo*

¹ Las presentes consultas serán absueltas en un orden distinto al formulado, a efectos de poder estructurar mejor el análisis.

en consideración que la verificación del cumplimiento de la capacidad técnica y profesional se conoce recién hasta el momento de la suscripción del respectivo contrato?” (sic).

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que conforme a lo señalado en el numeral 40.1 del artículo 40 de la Ley, es responsabilidad del contratista ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato; asimismo, la oferta del contratista es parte integrante del contrato y, como tal, constituye una fuente de obligaciones para las partes.

En esa medida, considerando que constituye una obligación del contratista respetar los términos de su oferta, **el personal profesional ofertado debe ser, en principio, el mismo que ejecutará el contrato, ya que deben cumplirse con las calificaciones profesionales ofertadas.**

Siguiendo esta línea, el numeral 190.1 del artículo 190 del Reglamento dispone que *“Es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado. Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta es **descalificada.**”*

2.1.2 Ahora bien, debe tenerse en cuenta que todo proceso de contratación se desarrolla en tres (3) fases²: i) Fase de programación y actos preparatorios, ii) Fase de selección, y iii) Fase de ejecución contractual. En lo que respecta a la Fase de selección, es importante distinguir las siguientes etapas: “*admisión*”, “*evaluación*” y “**calificación**”.

- En la etapa de “*admisión*” el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en el artículo 52 del Reglamento –*de acuerdo al objeto de la contratación*–, y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales, y condiciones de las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico de Obra, especificados en las bases. De no cumplir con lo requerido la oferta se considera no admitida.

² Dichas fases se desarrollan conforme a lo siguiente:

- *Fase de programación y actos preparatorios, comprende, a modo general, las siguientes actuaciones: i) definición de necesidades y aprobación del Plan Anual de Contrataciones; ii) realización de la indagación de mercado, iii) la aprobación del expediente de contratación; iv) designación del Comité Especial; v) elaboración y aprobación de las Bases, entre otros actos.*
- ***Fase de selección**, se desarrolla en las siguientes etapas principales: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación de consultas y observaciones; iv) absolución de consultas y observaciones e integración de Bases; vi) presentación de ofertas; vii) evaluación de ofertas; viii) **calificación de ofertas** y, ix) otorgamiento de la Buena Pro, hasta antes del perfeccionamiento del contrato.*
- *Ejecución contractual, inicia una vez suscrito el contrato y culmina una vez efectuado el pago final y/o ejecutadas todas las obligaciones contractuales.*

- La etapa de “evaluación”, tiene por objeto asignar el puntaje a las ofertas - *según los factores de evaluación enunciados en las bases*- para determinar cuál de ellas tiene el mejor puntaje, y establecer el orden de prelación de las mismas.
- La etapa de “**calificación**” corresponde al momento en que la Entidad verifica si los postores cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar las prestaciones que requiere contratar, de acuerdo a los requisitos que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección. En caso la oferta no cumpla con dichos requisitos, deberá ser **descalificada**.

Adicionalmente a dichas etapas, el artículo 141 del Reglamento establece un procedimiento para “**el perfeccionamiento del contrato**”; de esta manera, una vez consentido el otorgamiento de la buena pro, el postor adjudicado cuenta con determinado plazo a efectos de presentar toda la documentación necesaria para suscribir el respectivo contrato con la Entidad.

2.1.3 Aclarado ello, debe indicarse que el artículo 49 del Reglamento y los documentos estándar aprobados por el OSCE establecen los requisitos de calificación que las Entidades pueden adoptar a fin de verificar que los postores cuentan con las capacidades requeridas para ejecutar el contrato; entre ellas: “*a) Capacidad legal: habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación; b) Capacidad técnica y profesional: aquella relacionada con el equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido. Las calificaciones del personal pueden ser requeridas para servicios en general, obras, consultoría en general y consultoría de obras; c) Experiencia del postor.*”. (El subrayado es agregado).

Como se observa, dentro de la “*capacidad técnica y profesional*”, la Entidad puede establecer requisitos respecto de las calificaciones y experiencia del personal clave ofertado por el postor, ello con el fin de asegurarse que estas personas tengan las capacidades suficientes para ejecutar la prestación.

Ahora bien, de acuerdo con el numeral 49.3 del artículo 49 del Reglamento y literal e) del numeral 139.1 del artículo 139 del mismo cuerpo normativo, **tratándose de obras y consultoría de obras, la capacidad técnica y profesional es verificada por el órgano encargado de las contrataciones para la suscripción del contrato.**

Por tanto, al haberse establecido que la verificación del requisito de calificación referido a la “*capacidad técnica y profesional*” (*dentro del cual se consideran los requisitos vinculados a las "calificaciones y experiencia del personal clave"*) se efectúa para la suscripción del contrato, **no hay manera de que el comité de selección conozca durante la etapa de “calificación de ofertas”, al personal propuesto por los postores**, por lo que no podría advertir si alguno de ellos se encuentra laborando en obras que aún no cuentan con recepción.

Dicho criterio es compartido por el Tribunal de Contrataciones del Estado, quien, mediante Resolución N° 0661-2019-TCE-S2, ha señalado lo siguiente:

(...) en vista que la verificación del cumplimiento de los requisitos de calificación "EXPERIENCIA DEL PLANTEL PROFESIONAL CLAVE" y "CALIFICACIONES DEL PLANTEL PROFESIONAL CLAVE", tiene lugar durante la etapa del perfeccionamiento del contrato, la Entidad debe revisar el cumplimiento de tal requisito en la citada etapa, no siendo obligatorio que los postores presenten alguna declaración, listado o documento adicional que Identifique a dicho personal durante lo presentación de ofertas

Por tanto queda claro que la revisión de los requisitos de calificación vinculados a la “capacidad técnica y profesional”, en el caso de consultoría y ejecución de obras, es verificada por el órgano encargado de las contrataciones para la suscripción del contrato, motivo por el cual no puede atribuírsele al comité de selección dicha función durante la etapa de calificación, pues no hay forma de que este último tenga conocimiento del personal ofertado por el postor. (El resaltado es agregado).

- 2.1.4 Por otra parte, debe indicarse que si bien en el presente caso no es posible descalificar la oferta del postor, la anotación del numeral 2.3 de la Sección Especifica de las Bases Estándar para la contratación de consultoría y ejecución de obras aprobadas por el OSCE, las cuales forman parte de la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD (vigentes a partir del 27 de junio de 2019)³, han dispuesto lo siguiente “Cuando el postor ganador de la buena pro proponga como personal permanente a profesionales que se encuentren laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, procede otorgar plazo adicional para subsanar, conforme lo previsto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento.” (El subrayado es agregado).

En ese sentido, cuando el órgano encargado de las contrataciones, al momento de revisar la documentación para el perfeccionamiento del contrato, advierta que el postor adjudicado ha presentado como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, debe otorgar un plazo adicional para que el postor subsane dicha observación. De no perfeccionarse el contrato por causa imputable al postor, este pierde automáticamente la buena pro.

- 2.2 ¿De qué manera el Comité de Selección podría proceder a descalificar la oferta en el supuesto que los postores presenten dentro de ella, a personal permanente que se encuentra laborando como Residente o Supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuenten con recepción, si de conformidad con lo dispuesto en el numeral 49.3 del artículo 49 del Reglamento y las Bases Estándar de Licitación Pública para la Contratación de la Ejecución de Obras de la Directiva aprobada por el OSCE, la capacidad técnica y profesional es acreditada y verificada por el Órgano Encargado de las Contrataciones al momento de la suscripción del contrato? (sic).**

- 2.2.1 Tal como se ha mencionado líneas arriba, la revisión de los requisitos de calificación vinculados a la “capacidad técnica y profesional”, en el caso de

³ Según modificaciones dispuestas en las Resoluciones N° 057-2019-OSCE/PRE, N° 098-2019 OSCE/PRE y N° 111-2019-OSCE/PRE.

consultoría y ejecución de obras, es verificada por el órgano encargado de las contrataciones para la suscripción del contrato, motivo por el cual no puede atribuírsele al comité de selección dicha función durante la etapa de calificación, pues no hay forma de que este último tenga conocimiento del personal ofertado por el postor.

En ese sentido, las Bases Estándar para la contratación de Consultoría y Ejecución de Obras aprobadas por el OSCE (vigentes a partir del 27 de junio de 2019) han establecido que cuando el órgano encargado de las contrataciones, al momento de revisar la documentación para el perfeccionamiento del contrato, advierta que el postor adjudicado ha presentado como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, debe otorgar un plazo adicional para que el postor subsane dicha observación. De no perfeccionarse el contrato por causa imputable al postor, este pierde automáticamente la buena pro.

2.3 *¿Cómo tomaría conocimiento el Comité de Selección que los postores han presentado en su oferta a profesionales que se encuentren laborando como Residente o Supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuenten con recepción, si los requisitos de capacidad técnica y profesional se acreditan al momento de la suscripción del contrato?* (sic).

Tal como se ha señalado previamente, al haberse establecido que la verificación del requisito de calificación referido a la “*capacidad técnica y profesional*” (dentro del cual se consideran los requisitos vinculados a las “calificaciones y experiencia del personal clave”) se efectúa para la suscripción del contrato, no hay manera de que el comité de selección conozca durante la etapa de “calificación de ofertas”, al personal propuesto por los postores, por lo que no podría advertir si alguno de ellos se encuentra laborando en obras que aún no cuentan con recepción.

3. CONCLUSIONES

3.1 De conformidad con lo señalado en la Resolución N° 0661-2019-TCE-S2, emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado, la revisión de los requisitos de calificación vinculados a la “*capacidad técnica y profesional*”, en el caso de consultoría y ejecución de obras, es verificada por el órgano encargado de las contrataciones para la suscripción del contrato, motivo por el cual no puede atribuírsele al comité de selección dicha función durante la etapa de calificación, pues no hay forma de que este último tenga conocimiento del personal ofertado por el postor.

3.2 Las Bases Estándar para la contratación de Consultoría y Ejecución de Obras aprobadas por el OSCE (vigentes a partir del 27 de junio de 2019) han establecido que cuando el órgano encargado de las contrataciones, al momento de revisar la documentación para el perfeccionamiento del contrato, advierta que el postor adjudicado ha presentado como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, debe otorgar un plazo adicional para que el

postor subsane dicha observación. De no perfeccionarse el contrato por causa imputable al postor, este pierde automáticamente la buena pro.

Jesús María, 9 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.