

OPINIÓN N° 119-2019/DTN

Entidad: Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES

Asunto: Prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato o declaratoria de nulidad de contrato

Referencia: Oficio N° 88-2019-FONDEPES/GG

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General (e) del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero – FONDEPES, formula consultas sobre el procedimiento para la contratación de prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato o declaratoria de nulidad de contrato.

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, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. ***“En el marco del artículo 167 del Reglamento, ¿Se debe cursar invitación a todos los proveedores que presentaron ofertas o solo aquellos que sus ofertas fueron admitidas y/o evaluadas y/o calificadas? (Sic).***

- 2.1.1. De manera preliminar debe anotarse que por los antecedentes de la consulta se entiende que ésta se ha realizado respecto de procedimientos de selección cuyo objeto es la adquisición de bienes, servicios en general **y obras**, por lo que la presente opinión desarrollará dicho supuesto y no el de consultorías.
- 2.1.2. Efectuada la precisión anterior debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que la Entidad, por su parte, se obliga a pagar al contratista la contraprestación acordada. En estos términos, el contrato se entiende cumplido cuando cada parte ejecuta sus respectivas prestaciones a satisfacción de su contraparte.

Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública; sin embargo, dicha situación no necesariamente se verifica en todo contrato, pues alguna de las partes puede incumplir sus prestaciones, o encontrarse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

De igual forma, dicha normativa dispone que después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio cuando se verifique la ocurrencia de las causales establecidas en el numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley¹.

- 2.1.3. Dicho lo anterior, debe indicarse que el artículo 167 del Reglamento prevé las acciones que pueden adoptarse en el caso que existan prestaciones pendientes derivadas de la resolución de un contrato o de su declaratoria de nulidad, según el siguiente detalle:

“167.1. 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,

¹ Es importante mencionar que un contrato nulo -por definición- es inexistente y no debe surtir efectos; por tanto, la declaración de nulidad de un contrato determina que las obligaciones que constituyen su objeto son inexigibles para las partes.

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).

Como puede apreciarse, el dispositivo citado describe un procedimiento en el que la elección de la Entidad se limita al postor –*es decir a quien presentó oferta*- que ocupó el mejor lugar en el orden de prelación, lo que implica –*necesariamente*-, que debió haberse realizado la fase de evaluación.

De esta manera, cuando se resuelve un contrato o se declara su nulidad y exista la necesidad urgente de continuar con la ejecución de las prestaciones pendientes, la Entidad puede sujetarse al procedimiento previsto en el artículo 167 del Reglamento, para cual realizará una invitación a aquellos postores cuyas ofertas fueron evaluadas en el correspondiente procedimiento de selección.

2.1.4. Ahora bien, en el marco del referido procedimiento, la Entidad –*luego de determinar el precio, condiciones de ejecución y contar con la disponibilidad presupuestal que le permitan contratar las prestaciones pendientes*–, invitará a los postores que participaron en el procedimiento de selección –*y cuyas ofertas fueron evaluadas*– para que manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes conforme a las condiciones establecidas por la Entidad. 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 función a la evaluación realizada a las respectivas ofertas².

De esta manera, la contratación oportuna del saldo pendiente de culminación solo puede alcanzarse si la Entidad se dirige a aquellos postores que –a pesar de no haber obtenido la Buena Pro- presentaron ofertas aptas para la contratación y que -por tanto- formaron parte del orden de prelación que se obtiene luego de la fase de evaluación, **situación que no se produciría si la Entidad incluye dentro de la invitación a proveedores cuyas ofertas no fueron admitidas en el procedimiento de selección.**

En tal sentido, 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 obras³, se realizará la calificación del proveedor con el que se perfeccionará el contrato, según corresponda.

2.2. **“¿En caso que solo un proveedor acepte la invitación, la Entidad debe contratar con él independientemente que haya sido descalificado o no evaluado en el procedimiento de selección?”** (Sic).

² Siempre que la oferta del postor con el que se va a contratar cumpla con los requisitos de calificación.

³ Salvo que se trate de contrataciones derivadas del procedimiento de comparación de precios.

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en el caso de bienes, servicios en general y obras, el procedimiento descrito en el artículo 167 del Reglamento establece que la Entidad debe invitar únicamente a aquellos proveedores cuyas ofertas hayan sido **admitidas**⁴ en el procedimiento de selección y que -por tanto- formaron parte del orden de prelación que se obtiene luego de la fase de evaluación, siendo necesario adicionalmente que la oferta del proveedor con el que se va a contratar cumpla con los requisitos de calificación previstos en los documentos del procedimiento de selección.

En ese sentido, tratándose de bienes, servicios en general y obras, en caso que un solo proveedor acepte la invitación, es necesario que su oferta -en el correspondiente procedimiento de selección- haya sido admitida y haya formado parte del orden de prelación.

2.3. “En el contexto del artículo 178 del Reglamento, ¿Cuándo una de las dos ofertas evaluadas es descalificada, debemos invitar al postor que fue descalificado?” (Sic).

Conforme se indicó al absolver la consulta anterior, en el caso de bienes, servicios en general y obras, para efectuar la invitación a aquellos postores que participaron en el correspondiente procedimiento de selección cuyo contrato fue resuelto o declarado nulo, es necesario que las ofertas de dichos postores hayan sido admitidas y formen parte del orden de prelación en la evaluación correspondiente, requiriéndose adicionalmente que el postor con el que se perfeccionará contrato cumpla con los requisitos de calificación exigidos.

Por tanto, tratándose de bienes, servicios en general y obras, no es posible efectuar invitación a aquel postor cuya oferta fue objeto de descalificación en el procedimiento de selección que dio origen al contrato resuelto o declarado nulo.

2.4. “¿La “calificación” aludida en el numeral 167.3 del artículo 167 del Reglamento implica que se volverá a calificar la oferta presentada originalmente por los postores o se calificará una nueva oferta por el precio y condiciones señaladas en el documento de invitación?” (Sic).

2.4.1. En principio, debe indicarse que en bienes, servicios en general y obras en la etapa de “calificación” de ofertas, el comité de selección verifica que los postores cuenten con las capacidades necesarias para ejecutar las prestaciones objeto del contrato de acuerdo a los requisitos de calificación que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, conforme a los documentos estándar aprobados por el OSCE según el método de contratación correspondiente.

Así, en los procedimientos de selección cuyo objeto es la contratación de bienes, servicios en general y la ejecución de obras el comité de selección califica a los postores que obtuvieron el primer y segundo lugar según el orden de prelación

⁴ Para la admisión de las ofertas, el comité de selección verifica la presentación de los documentos requeridos en los literales a), b), c), d) y e) del artículo 52 del Reglamento y determina si las ofertas responden a las características y/o requisitos y condiciones de los Términos de Referencia. De no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida.

obtenido producto de la evaluación de ofertas⁵.

En ese sentido, considerando que en la contratación de bienes, servicios en general⁶ y la ejecución de obras es posible que se hayan presentado más de dos ofertas admitidas **las cuales no hayan sido calificadas** (al no corresponder al primer o segundo lugar en el orden de prelación de la fase de evaluación), el numeral 167.3 del artículo 167 del Reglamento permite efectuar la calificación de la oferta del postor que aceptó la invitación de la Entidad y que la misma no fue objeto de calificación en el respectivo procedimiento de selección según los requisitos de calificación previstos en el procedimiento de selección inicial. Dicho numeral no implica realizar una nueva verificación respecto a las ofertas ya calificadas originalmente.

Por lo tanto, en el marco del artículo 167 del Reglamento, y tratándose de bienes, servicios en general y la ejecución de obras, si se recibe la aceptación por parte de un postor cuya oferta no fue calificada en el correspondiente procedimiento de selección, el órgano encargado de las contrataciones realiza la calificación de dicha oferta de manera previa a la contratación en función a los requisitos de calificación previstos en los documentos del procedimiento de selección inicial.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. 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 obras⁷, se realizará la calificación del proveedor con el que se perfeccionará contrato, según corresponda.
- 3.2. Tratándose de bienes, servicios en general y obras, en caso que un solo proveedor acepte la invitación, es necesario que su oferta –en el correspondiente procedimiento de selección– haya sido admitida y haya formado parte del orden de prelación.
- 3.3. En la contratación de bienes, servicios en general y obras, no es posible efectuar invitación a aquel postor cuya oferta fue objeto de descalificación en el procedimiento de selección que dio origen al contrato resuelto o declarado nulo.
- 3.4. En el marco del artículo 167 del Reglamento, y tratándose de bienes, servicios en general y la ejecución de obras, si se recibe la aceptación por parte de un postor

⁵ Si alguno de los dos (2) postores no cumple con los requisitos de calificación, el comité de selección verifica los requisitos de calificación de los postores admitidos, según el orden de prelación obtenido en la evaluación, hasta identificar dos (2) postores que cumplan con los requisitos de calificación; salvo que de la revisión de las ofertas, solo se pueda identificar una (1) que cumpla con tales requisitos. Tratándose de obras el comité de selección debe identificar cuatro (4) postores que cumplan con los requisitos de calificación.

⁶ Salvo de aquellas derivadas del procedimiento de comparación de precios.

⁷ Salvo que se trate de contrataciones derivadas del procedimiento de comparación de precios.

cuya oferta no fue calificada en el correspondiente procedimiento de selección, el órgano encargado de las contrataciones realiza la calificación de dicha oferta de manera previa a la contratación en función a los requisitos de calificación previstos en los documentos del procedimiento de selección inicial.

Jesús María, 15 de julio de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC