

OPINIÓN N° 122-2020/DTN

Entidad: China Railway N° 10 Engineering Group Co., LTD - Sucursal del Perú.

Asunto: Subsanación durante el procedimiento de selección

Referencia: Formulario S/N de fecha 10.AGO.2020 - Sector privado o sociedad civil sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el representante legal permanente de la empresa China Railway N° 10 Engineering Group Co., LTD Sucursal del Perú formula varias consultas relacionadas con la subsanación durante el procedimiento de selección.

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 sus modificatorias.

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.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “¿De acuerdo con el literal a) del artículo 141 del Reglamento debe interpretarse que los requisitos para perfeccionar el contrato establecidos en los documentos del procedimiento de selección, inclusive aquellos a los que se refiere el literal e) del numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento, son subsanables?”

2.1.1 Subsanación de ofertas

En primer lugar, es importante tomar en cuenta que de acuerdo al *‘Principio de Eficacia y Eficiencia’*¹, el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos.

En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que² durante el desarrollo de ciertas etapas del proceso de contratación, las Entidades puedan solicitar a los postores que subsanen o corrijan algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de su oferta³.

Al respecto, cabe anotar que si bien la mencionada normativa no ha definido qué debe entenderse por un error “material” o “formal”, puede considerarse que el “error material” es aquel “*atribuible no a la manifestación de voluntad o razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene*”⁴ y que no altera lo sustancial del contenido ni el sentido de tal acto, mientras que, el error formal⁵ es aquel referido, precisamente, a formalidades que no inciden en el contenido esencial o alcance de la oferta.

Asimismo, el artículo 60 del Reglamento contempla los parámetros generales que deben observarse a fin de proceder con la subsanación⁶, la cual es solicitada por el órgano encargado de conducir el procedimiento de selección durante el desarrollo de la admisión, evaluación y calificación de ofertas⁷.

¹ Contemplado en el artículo 2 de la Ley.

² Conforme a lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento.

³ En concordancia con el criterio establecido en la Opinión N° 178-2017.

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. 13ª Ed. Lima, año 2018, pág. 145.

⁵ Según el diccionario de la Real Academia Española, Vigésimo Tercera Edición, la palabra “formal”, en su primera acepción significa “*Pertenciente o relativo a la forma, por contraposición a esencial.*”; asimismo, en su segunda acepción significa “*Que tiene formalidad*”. <http://dle.rae.es/?id=IF5edRF>

⁶ En ese contexto, los numerales 60.2, 60.3 y 60.4 del referido dispositivo establecen alcances respecto de aquellos supuestos que, entre otros errores materiales o formales, pueden ser materia de subsanación.

⁷ Según lo dispuesto en el numeral 60.1 del artículo 60 del Reglamento, “*Durante el desarrollo de la admisión, evaluación y calificación, el órgano encargado del procedimiento solicita, a cualquier postor que subsane alguna omisión o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta.*” (El subrayado es agregado).

2.1.2 Sobre la oportunidad en que se verifica el requisito de calificación de “capacidad técnica y profesional”, tratándose de obras y consultoría de obras

Precisado lo anterior, se advierte que la calificación de ofertas es una de las etapas del procedimiento de selección en que puede requerirse la subsanación de algún error material o formal, tal como lo establece el artículo 60 del Reglamento; sin perjuicio de ello, cabe anotar que cuando el objeto del procedimiento de selección corresponde a la ejecución de obras o consultoría de obras, la verificación del requisito de “Capacidad técnica y profesional”⁸ es efectuada con posterioridad a la etapa de calificación de ofertas, e incluso después del otorgamiento de la buena pro.

Al respecto, el numeral 49.3 del artículo 49 del Reglamento establece que “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.** (...)”. (El énfasis es agregado).

Como se observa, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, cuando el objeto del procedimiento de selección corresponde a la ejecución de obras o consultoría de obras, los documentos con los que el postor ganador acredita el requisito de “capacidad técnica y profesional” no se verifican en la etapa de calificación, sino con ocasión de la presentación de los documentos y requisitos establecidos para el perfeccionamiento del contrato⁹.

En ese sentido, considerando que la verificación de los documentos que acreditan el requisito de capacidad técnica y profesional –en obras y consultoría de obras- se realiza conjuntamente con la revisión de los requisitos para el perfeccionamiento del contrato, es posible que de advertir algún error formal o material respecto del contenido de dichos documentos, la Entidad solicite la subsanación respectiva al postor adjudicatario.

2.1.3. Sobre el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato

Una vez otorgada la buena pro a favor del postor ganador, deben observarse los plazos y formalidades establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, a fin de proceder con la suscripción del contrato respectivo, tal como lo establece el artículo 141 del Reglamento. En esa medida, el literal a) del referido artículo dispone lo siguiente:

⁸ De conformidad con lo señalado en el literal b) del numeral 49.2 del artículo 49 del Reglamento, la Capacidad técnica y profesional es “(...) aquella relacionada al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica, así como la experiencia del personal clave requerido”. (El subrayado es agregado).

⁹ Dentro de tales requisitos, conforme a lo dispuesto en el literal e) del numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento, el postor ganador debe presentar los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional en el caso de obras y consultoría de obras.

*“Dentro del plazo de ocho (8) días hábiles siguientes al registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme, **el postor ganador de la buena pro presenta los requisitos para perfeccionar el contrato.** En un plazo que no puede exceder de los dos (2) días hábiles siguientes de presentados los documentos la Entidad suscribe el contrato o notifica la orden de compra o de servicio, según corresponda, **u otorga un plazo adicional para subsanar los requisitos, el que no puede exceder de cuatro (4) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Entidad.** A los (2) dos días como máximo siguientes de subsanadas las observaciones, se suscribe el contrato.”*
(El énfasis es agregado).

Como se advierte, la norma citada establece la obligación del postor ganador de presentar los requisitos para el perfeccionamiento del contrato -los cuales se encuentran señalados en el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento¹⁰-; asimismo, dispone que dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de presentados tales requisitos (documentos), puede configurarse alguno de los dos siguientes escenarios para la Entidad:

- (i) Suscribir el contrato o notificar la orden de compra o servicio –según corresponda- cuando toda la documentación se encuentre conforme; u,
- (ii) **otorgar un plazo adicional no mayor a cuatro (4) días hábiles, en caso advierta la necesidad de subsanar algún error material o formal respecto de los documentos presentados para el perfeccionamiento del contrato.**

De esta manera, puede apreciarse que según lo dispuesto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento, la Entidad puede otorgarle al postor ganador de la buena pro un plazo no mayor al establecido en dicho dispositivo, a fin de subsanar algún error material o formal incurrido en la documentación presentada para la suscripción del contrato, es decir, de aquella que se encuentra prevista en el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento, incluyendo los documentos que acrediten el requisito de calificación referido a la “capacidad técnica y profesional” en el caso de obras y consultoría de obras.

¹⁰ De conformidad con lo dispuesto en dicho dispositivo, “Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro presenta, además de lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, lo siguiente:

- a) Garantías, salvo casos de excepción.
- b) Contrato de consorcio, de ser el caso.
- c) Código de cuenta interbancaria (CCI) o, en el caso de proveedores no domiciliados, el número de su cuenta bancaria y la entidad bancaria en el exterior.
- d) Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.
- e) **Los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional en el caso de obras y consultoría de obras**”. (El subrayado es agregado).

2.2 *“¿De acuerdo con el numeral 139.3 del artículo 139 del Reglamento debe interpretarse que los documentos a los que se refiere el literal e) del numeral 139.1 del mismo artículo son subsanables en cualquier supuesto, y en el caso que se presente como personal clave a profesionales que se encuentran prestando servicios como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, además se permite el reemplazo de estos por otros profesionales que no se encuentren en dicha situación?”(sic.).*

2.2.1 Sobre el particular, corresponde reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos o casos concretos; en esa medida, no es posible determinar -en vía de Opinión- si son subsanables “en cualquier supuesto” los errores incurridos en la documentación que se presente para la suscripción de un contrato, puesto que dicho análisis corresponde ser efectuado sobre la base del caso concreto, lo cual excede las competencias conferidas por Ley a este despacho.

Sin perjuicio de ello, a continuación se brindarán alcances generales sobre el tenor de la consulta planteada, relacionados con lo establecido en el numeral 139.3 del artículo 139 del Reglamento.

2.2.2 Al respecto, es importante anotar que conforme a lo indicado al absolver la consulta anterior, la Entidad puede otorgarle al postor ganador de la buena pro un plazo no mayor al establecido en el literal a) del artículo 141 del Reglamento, a fin de subsanar algún error material o formal incurrido en la documentación presentada para la suscripción del contrato, es decir, de aquella que se encuentra prevista en el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento, incluyendo los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la “capacidad técnica y profesional” en el caso de obras y consultoría de obras.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el requisito de calificación referido a la “**capacidad técnica y profesional**” puede estar constituido¹¹ por el equipamiento estratégico, por la infraestructura estratégica, así como también por la formación académica y/o experiencia del personal clave¹², según lo previsto por la Entidad, en atención a su requerimiento.

Así, en el caso de obras y consultoría de obras, la documentación que se presente para el perfeccionamiento del contrato puede versar sobre alguno o varios de los requisitos de calificación que conforman el de “capacidad técnica y profesional”, los cuales podrían ser materia de subsanación conforme a lo dispuesto en el Reglamento, en tanto se adviertan en éstos errores materiales o formales que **no** alteren el contenido esencial de la oferta ganadora.

¹¹ De acuerdo a lo establecido en el literal b) del numeral 49.2 del artículo 49 del Reglamento.

¹² A mayor abundamiento sobre el requisito de calificación referido a la formación académica y/o experiencia del personal clave, pueden revisarse las Bases Estándar comprendidas en la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD.

2.2.3. En relación con lo anterior, el Reglamento establece una regla particular respecto de la subsanación del requisito de calificación relativo al plantel profesional clave, disponiendo en el numeral 139.3 de su artículo 139, que “Los documentos a los que se refiere el literal e) del numeral 139.1 [es decir, aquellos que acreditan el requisito de calificación referido a la “capacidad técnica y profesional” en el caso de obras y consultoría de obras] son subsanables cuando el ganador de la buena pro presenta como personal clave a profesionales que se encuentran prestando servicios como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción”. (El subrayado es agregado).

Al respecto, es importante anotar que el requisito de “capacidad técnica y profesional” no sólo puede estar referido a la formación académica y/o experiencia del plantel profesional clave, sino también al equipamiento estratégico o infraestructura estratégica; por tal razón, carecería de sentido restringir la posibilidad de subsanar algún error material o formal incurrido en estos dos últimos requisitos de calificación.

Adicionalmente, debe indicarse que lo dispuesto en el numeral 139.3 del artículo 139 del Reglamento obedece a una modificación normativa –instaurada por Decreto Supremo N° 377-2019-EF- que incluyó en dicho dispositivo un nuevo supuesto de “subsanación”, diferenciándolo de lo que antes establecía el numeral 190.1 del artículo 190 del Reglamento –en el marco del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, sin sus modificatorias- según el cual “Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentren laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta es descalificada”. (El énfasis es agregado).

Por tanto, conforme a lo previsto en el numeral 139.3 del artículo 139 del Reglamento, cuando el ganador de la buena pro presenta como personal clave a profesionales que se encuentran prestando servicios como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, este hecho puede ser materia de subsanación, en cuyo caso corresponderá al postor ganador levantar dicha observación nombrando en su reemplazo a profesionales que no incurran en tal situación y que cumplan con los requisitos establecidos para desempeñarse en el cargo asignado.

Adicionalmente, considerando que en el caso de obras y consultoría de obras, la documentación que se presente para el perfeccionamiento del contrato puede versar sobre alguno o varios de los requisitos de calificación que conforman el de “capacidad técnica y profesional” –tales como los referidos al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica y formación académica y/o experiencia del plantel profesional clave-, éstos podrían ser materia de subsanación conforme a lo dispuesto en el Reglamento, en tanto se adviertan errores materiales o formales que no alteren el contenido esencial de la oferta ganadora.

2.3 ***De acuerdo con la Nota importante sobre los documentos a los que se refiere el literal e) del numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento, prevista en el numeral 2.3 y 2.4 REQUISITOS PARA PERFECCIONAR EL CONTRATO de***

las Bases Estándar para la Contratación de Ejecución de Obras y Consultoría de Obras vigentes, respectivamente, aprobadas por la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD ¿Debe entenderse que los documentos que acreditan la experiencia o formación académica del personal clave son subsanables?”.

Tal como se señaló al absolver la consulta anterior, conforme al numeral 139.3 del artículo 139 del Reglamento, cuando el ganador de la buena pro presenta como personal clave a profesionales que se encuentran prestando servicios como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, este hecho puede ser materia de subsanación, en cuyo caso corresponderá al postor ganador levantar dicha observación nombrando en su reemplazo a profesionales que cumplan con los requisitos establecidos –tales como la formación académica y experiencia- para desempeñarse en el cargo asignado¹³.

Asimismo, considerando que en el caso de obras y consultoría de obras, la documentación que se presente para el perfeccionamiento del contrato puede versar sobre alguno o varios de los requisitos de calificación que conforman el de “capacidad técnica y profesional” –tales como los referidos al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica y formación académica y/o experiencia del plantel profesional clave-, se advierte que éstos podrían ser materia de subsanación conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento, en tanto se adviertan errores materiales o formales que no alteren el contenido esencial de la oferta ganadora.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 De acuerdo a lo dispuesto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento, la Entidad puede otorgarle al postor ganador de la buena pro un plazo no mayor al establecido en dicho dispositivo, a fin de subsanar algún error material o formal incurrido en la documentación presentada para la suscripción del contrato, es decir, de aquella que se encuentra prevista en el numeral 139.1 del artículo 139 del Reglamento, incluyendo los documentos que acrediten el requisito de calificación referido a la “capacidad técnica y profesional” en el caso de obras y consultoría de obras.
- 3.2. Conforme a lo previsto en el numeral 139.3 del artículo 139 del Reglamento, cuando el ganador de la buena pro presenta como personal clave a profesionales que se encuentran prestando servicios como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, este hecho puede ser materia de subsanación, en cuyo caso corresponderá al postor ganador levantar dicha observación nombrando en su reemplazo a profesionales que no incurran en tal situación y que cumplan con los requisitos establecidos para desempeñarse en el cargo asignado.

¹³ Al respecto, las Bases Estándar de Licitación Pública para la ejecución de obras establecen, en su nota importante contemplada en el numeral 2.3 de la sección específica, lo siguiente: “Cuando el postor ganador de la buena pro presenta como plantel profesional clave a profesionales que se encuentren prestando servicios 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 énfasis es agregado).

- 3.3.** Considerando que en el caso de obras y consultoría de obras, la documentación que se presenta para el perfeccionamiento del contrato puede versar sobre alguno o varios de los requisitos de calificación que conforman el de “capacidad técnica y profesional” –tales como los referidos al equipamiento estratégico, infraestructura estratégica y formación académica y/o experiencia del plantel profesional clave-, se advierte que éstos podrían ser materia de subsanación conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento, en tanto se adviertan errores materiales o formales que no alteren el contenido esencial de la oferta ganadora.

Jesús María, 14 de diciembre de 2020

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

LAA/gda.