

OPINIÓN N° 210-2019/DTN

Solicitante: Edwin Miguel Leiva Soto
Asunto: Área usuaria de la contratación
Referencia: Oficio S/N de fecha 11 de octubre de 2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Edwin Miguel Leiva Soto formula varias consultas referidas a la participación del área usuaria en el marco de un proceso de contratación pública.

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, Ley N° 30225, y el acápite 9 del Anexo 2 del 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.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. “*¿El área usuaria de una determinada contratación es aquella que formuló el requerimiento, así como los Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas o Expediente Técnico para satisfacer la necesidad pública de la misma Entidad a*

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 90 del TUPA del OSCE, “Consultas del Sector Privado o la Sociedad Civil, sobre la normativa de contrataciones del Estado”, determinándose que esta Dirección Técnico Normativa no podrá absolver la consulta N° 4, puesto que no es competente para determinar si una persona natural posee el mismo objeto social que una persona jurídica, ya que ello excede la habilitación legal conferida a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

la que pertenece dicha área usuaria, siendo la misma quien emite la conformidad previa al pago de las contraprestaciones al contratista también?” (Sic).

- 2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que de acuerdo a lo establecido en el literal b) del artículo 8 de la Ley “El Área Usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.” (El resaltado es agregado).

Conforme a lo anterior, dentro de las funciones que corresponden al área usuaria de la contratación se encuentran: i) la formulación del requerimiento; y, ii) la verificación de las contrataciones efectuadas.

- 2.1.2 En relación con la primera, debe mencionarse que el artículo 16 de la Ley, concordado con el artículo 29 del Reglamento², establecen que corresponde al área usuaria de la Entidad formular el requerimiento de los bienes, servicios u obras a contratar, y definir en las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico *-según corresponda-*, 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 debe ejecutarse.

Al respecto, cabe anotar que el requerimiento tiene una finalidad pública, por lo que debe encontrarse orientado al cumplimiento de las funciones de la Entidad.

En ese contexto, se advierte que el área usuaria de la Entidad es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento de bienes, servicios u obras *-según corresponda-*; debiendo asegurar la calidad técnica de la contratación y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación.³

- 2.1.3 A su vez, en relación con su segunda función, considerando su especialidad y funciones, corresponde al área usuaria –o al órgano al que se le haya asignado tal función-, la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento a efectos de otorgar su conformidad. En ese orden de ideas, el artículo 168 del Reglamento al regular el procedimiento de recepción y la conformidad, señala que estas son responsabilidad del área usuaria⁴.

En este punto, es oportuno anotar que la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, la que debe verificar, atendiendo a la

² **Numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento.- Requerimiento**

“Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen 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 se ejecuta, incluyendo obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial, tales como la georreferenciación, en obras y consultorías de obras. El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.”.

³ En atención a lo dispuesto en el numeral 29.8 del artículo 29 del Reglamento.

⁴ No obstante, dicho artículo establece que en el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales; debiendo -para dicho efecto- realizar las pruebas que fueran necesarias.⁵

Conforme a lo anterior, puede colegirse que el área usuaria –o el órgano al que se le haya asignado tal función-, es la encargada de supervisar la ejecución del contrato, es decir, verificar o determinar que el contratista haya cumplido a cabalidad con la ejecución de las prestaciones asumidas, debiendo emitir un informe sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales, lo cual da sustento a la conformidad.

2.2. ***“¿Es posible que una Entidad tenga determinada necesidad que satisfacer y la misma convoque a un procedimiento de selección que tenga como beneficiario final al área usuaria que pertenezca a otra Entidad de la Administración Pública?”*** (Sic).

2.2.1 Sobre el particular, tal como se indicó al absolver la consulta anterior, el área usuaria de la Entidad es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento de bienes, servicios u obras, según corresponda.

Al respecto, el numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento dispone que *“Las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, que integran el requerimiento, contienen 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 debe ejecutarse la contratación (...).”* (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la normativa de contrataciones del Estado establece que el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe indicar la finalidad pública de la contratación del bien, servicio u obra, esto es, precisar qué interés público en particular se desea satisfacer con dicha contratación, finalidad pública que responderá a la naturaleza de las funciones de la entidad.

Por su parte, si bien el requerimiento debe encontrarse orientado al cumplimiento de las funciones de la Entidad, es posible que el beneficiario del mismo sea un área distinta al área usuaria e inclusive distinta a la Entidad contratante; por ejemplo, la adquisición de vacunas que realiza una Entidad del sector salud, si bien dicha contratación se encuentra orientada al cumplimiento de las funciones de la Entidad, el beneficiario de dicha contratación será la población a la que se pretende atender.

2.2.2 De otro lado, dentro de las formas de gestionar un proceso de contratación se tiene –entre otras⁶- la posibilidad de *encargar* a otra Entidad no solo la realización del procedimiento de selección sino también las actuaciones preparatorias, tal como lo establece el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley.

Sobre el particular, según lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento **“Una**

⁵ De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 168.2 del artículo 168 del Reglamento.

⁶ Se hace referencia a la figura del encargo puesta ésta es mencionada en el informe legal que acompaña el documento de la referencia; no obstante, es preciso mencionar que existen otras figuras que permiten que un tercero distinto al área usuaria de la contratación pueda intervenir en la definición del requerimiento, por ejemplo en el caso de las compras corporativas.

Entidad puede encargar a otra Entidad pública, mediante convenio interinstitucional, la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo, el mismo que es aprobado por el Titular de la Entidad". (El agregado es nuestro).

Ahora bien, en caso se encargue a otra Entidad la realización de las actuaciones preparatorias este encargo podría incluir la elaboración del requerimiento; así, considerando la especialidad de la "*Entidad encargada*" ésta estaría en mejores condiciones de definir el requerimiento.

En ese sentido, el requerimiento debe encontrarse orientado al cumplimiento de las funciones de la Entidad siendo elaborado por el área usuaria de la contratación y de manera facultativa podría encargarse a otra Entidad su elaboración mediante la figura del encargo prevista en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley.

2.3. ***“¿Es posible que quien otorgue la conformidad de determinada prestación sea un área de una Entidad pública distinta a la que convocó el procedimiento de selección y suscribió el contrato con el contratista?”***.

En principio, resulta pertinente reiterar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos.

Ahora bien, en atención a la consulta debe indicarse que la conformidad es otorgada por el área usuaria de la contratación –o el órgano al que se le haya asignado tal función-, previa verificación de que el contratista haya cumplido a cabalidad con la ejecución de las prestaciones asumidas, debiendo emitir un informe sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales.

En el caso del encargo a que se refiere el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley, la Entidad encargante deberá realizar el perfeccionamiento del contrato y la ejecución contractual en aplicación del numeral 109.1 del artículo 109 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El área usuaria de la Entidad es la responsable de la adecuada formulación del requerimiento debiendo asegurar la calidad técnica de la contratación y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación.
- 3.2. El área usuaria –o el órgano al que se le haya asignado tal función- es la encargada de supervisar la ejecución del contrato, es decir, verificar o determinar que el contratista haya cumplido a cabalidad con la ejecución de las prestaciones asumidas, debiendo emitir un informe sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales, lo cual da sustento a la conformidad.
- 3.3. El requerimiento debe encontrarse orientado al cumplimiento de las funciones de la Entidad siendo elaborado por el área usuaria de la contratación y de manera

facultativa podría encargarse a otra Entidad su elaboración mediante la figura del encargo prevista en el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley.

- 3.4. En el caso del encargo a que se refiere el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley, la Entidad encargante deberá realizar el perfeccionamiento del contrato y la ejecución contractual en aplicación del numeral 109.1 del artículo 109 del Reglamento.

Jesús María, 26 de noviembre de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC