

OPINIÓN N° 022-2023/DTN

Solicitante: Seguro Social de Salud- EsSalud

Asunto: Actualización del valor referencial para las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de obra.

Referencia: Formulario S/N de fecha 02.FEB.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Abog. José Elías Mantilla Villegas, Gerente Central de Asesoría Jurídica del Seguro Social de Salud, formula varias consultas vinculadas con la obligatoriedad de la actualización del valor referencial para las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de una obra.

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 en términos genéricos y vinculadas 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, Ley de Contrataciones del Estado modificada mediante Decreto Legislativo N°1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias¹, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

¹ Realizadas mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019; Decreto Supremo N° 168-2020-EF, vigente desde el 01 de julio de 2020; Decreto Supremo N° 250-2020-EF, vigente desde el 05 de setiembre de 2020; Decreto Supremo N° 162-2021-EF, vigente desde el 12 de julio de 2021; Decreto Supremo N° 234-2022-EF, vigente desde el 28 de octubre de 2022; y, Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022.

2.1 *“En el caso de la ejecución de obras ¿Se requiere, para realizar la siguiente convocatoria de un procedimiento declarado desierto, actualizar el presupuesto de obra cuando el valor referencial haya superado los nueve (09) meses de antigüedad, contados a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra?”*

2.1.1 En principio, corresponde señalar que, el artículo 18 de la Ley dispone que *“La Entidad debe establecer el valor estimado de las contrataciones de bienes y servicios y **el valor referencial en el caso de ejecución y consultoría de obras, con el fin de establecer la aplicación de la presente norma y el tipo de procedimiento de selección, en los casos que corresponda, así como gestionar la asignación de recursos presupuestales necesarios, siendo de su exclusiva responsabilidad dicha determinación, así como su actualización**”*. (El énfasis es agregado).

Como se aprecia, de acuerdo con el dispositivo citado, la determinación del valor referencial o estimado de la contratación, esto es, la cuantificación del valor económico del bien, servicio u obra, es la actuación que permite: i) definir si la contratación a realizar se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de Contrataciones del Estado; ii) identificar el tipo de procedimiento de selección que debe convocarse; y, **iii) determinar si la entidad cuenta con los recursos presupuestales necesarios para llevar a cabo la contratación**.

No obstante, la relevancia de la determinación del valor referencial o estimado de la contratación excede lo señalado en el dispositivo citado. Así, por ejemplo, cuando el objeto de contratación es la ejecución de una obra, el valor referencial se constituye precisamente en una “referencia” para que la Entidad, determine los límites máximo y mínimo dentro de los cuales puede oscilar el monto de la oferta del postor. Así, durante el procedimiento de selección, de acuerdo con el numeral 68.6 del artículo 68 del Reglamento, cuando el objeto de la convocatoria es la ejecución de una obra, se rechazan las ofertas que superen el valor referencial en más de diez por ciento (10%) y que se encuentren por debajo del noventa por ciento (90%).

De esta manera, es responsabilidad de cada Entidad determinar o actualizar (cuando corresponda) el valor estimado o valor referencial de las contrataciones que pretenda realizar, debiendo observar para tal efecto las disposiciones que resulten aplicables al objeto de cada contratación, conforme a lo dispuesto en el Reglamento.

Así, cuando se requiera contratar la adquisición de un bien o la prestación de un servicio, la Entidad determina el valor estimado de la contratación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32 del Reglamento. Por su parte, cuando se requiera contratar la ejecución de una obra o la prestación del servicio de consultoría de obra, la Entidad determina el valor referencial de la contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento.

2.1.2 Realizadas las precisiones anteriores, debe indicarse que los numerales 34.1 y 34.2 del artículo 34 del Reglamento disponen lo siguiente:

“34.1. En el caso de ejecución y consultoría de obras, el valor referencial para convocar el procedimiento de selección no puede tener una antigüedad mayor a los nueve (9) meses, contados a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra o del presupuesto de consultoría de obra, según corresponda, pudiendo actualizarse antes de la convocatoria/ 34.2. En la contratación para la ejecución de obras, [el valor referencial]

corresponde al monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico de obra aprobado por la Entidad”.

Como se advierte, el dispositivo citado indica cuál es la antigüedad máxima que puede tener el Valor Referencial cuando el objeto de contratación es la ejecución de una obra: nueve (9) meses contados desde la determinación del presupuesto de obra. **En caso se hubiese excedido este periodo, el valor referencial debe actualizarse necesariamente para que sea posible convocar al procedimiento de selección correspondiente.**

- 2.1.3** En otro orden de ideas, corresponde anotar que, de conformidad con los artículos 29 de la Ley y 65 del Reglamento, un procedimiento de selección queda desierto cuando no se recibieron ofertas o cuando no exista ninguna oferta válida, salvo el caso de la Subasta Inversa Electrónica que se declara desierto cuando no quedan dos (2) ofertas válidas.

Por su parte, los numerales 65.2 y 65.3 del artículo 65 del Reglamento precisan lo siguiente:

*“65.2 Cuando un procedimiento de selección es declarado desierto total o parcialmente, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, emite un informe al Titular de la Entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del expediente de contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del procedimiento, **debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente.** Dicho informe debe ser registrado en el SEACE*

*65.3 Cuando los procedimientos de selección se declaran desiertos, la siguiente convocatoria se efectúa siguiendo el mismo procedimiento de selección. En el caso de Licitación Pública o Concurso Público, **la siguiente convocatoria** se efectúa siguiendo el procedimiento de Adjudicación Simplificada”. (El énfasis es agregado).*

De los dispositivos citados, se desprende que la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección **no** determina la conclusión del procedimiento, sino que conlleva a la necesidad de justificar y evaluar, a través de un informe elaborado por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones –según corresponda–, las razones que impidieron la conclusión de dicho procedimiento de selección, **a efectos de adoptar las medidas correctivas que resulten pertinentes para realizar una siguiente convocatoria.**

- 2.1.4** Expuestas las ideas precedentes, corresponde absolver la cuestión de si resulta necesaria la actualización del presupuesto de obra o valor referencial, ***cuando se trate de la siguiente convocatoria derivada de un procedimiento de selección declarado desierto.*** Para tal efecto, resulta necesario determinar cuál es el *sentido* de que se exija la actualización del valor referencial para efectuar la convocatoria del procedimiento de selección, cuando hubiesen transcurrido más de nueve (09) meses desde la determinación del presupuesto de obra.

Como se anotó, entre otras razones, el monto del valor referencial es el parámetro para (i) gestionar la asignación de recursos presupuestales y (ii) para aceptar o rechazar las ofertas formuladas por los postores dentro del procedimiento de selección. Por tal razón, es de suma relevancia para el proceso de contratación que el monto del presupuesto de obra refleje de la manera más precisa posible el valor real de la obra según el precio de mercado

de los insumos que esta demanda (mano de obra, materiales equipos, gastos generales, etc.); pues, de no ser así, se generaría el riesgo de que: (i) no se asignen adecuadamente los recursos presupuestales y/o (ii) se rechacen ofertas a pesar de encontrarse adecuadamente sustentadas en precios de mercado o se acepten ofertas que no se corresponden con su valor real. De ahí que, el artículo 34 del Reglamento ha previsto un parámetro temporal objetivo, dentro del cual, se considera actualizado el presupuesto de obra o valor referencial.

Ahora bien, este sentido o finalidad del artículo no se ve afectado por la circunstancia de tratarse de la siguiente convocatoria derivada de un procedimiento de selección declarado desierto, pues, incluso en dicho supuesto, sigue siendo imprescindible que la contratación cuente con una adecuada asignación de recursos presupuestales y con un valor referencial o presupuesto de obra que, respondiendo a la realidad del mercado, permita una adecuada formulación de ofertas. Por esta razón, se puede concluir que, en caso un procedimiento de selección hubiese sido declarado desierto, para su siguiente convocatoria será indispensable que el valor referencial no tenga una antigüedad mayor a nueve (09) meses contados desde la fecha de determinación del presupuesto de obra; en caso se hubiese excedido dicho periodo, la Entidad debe actualizar dicho valor referencial.

Finalmente, es preciso indicar que la obligatoriedad de actualizar el valor referencial en la situación expuesta en el párrafo precedente guarda coherencia con lo establecido en el numeral 29.11 del artículo 29 del Reglamento: ***“el requerimiento puede ser modificado para mejorar, actualizar o perfeccionar las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico de obra, así como los requisitos de calificación, previa justificación que forma parte del expediente de contratación, bajo responsabilidad (...)”***. (el énfasis es agregado)

Como se advierte, de acuerdo con el artículo citado, el área usuaria en tanto dependencia encargada de la elaboración del requerimiento tiene ***también la responsabilidad de actualizarlo, cuando corresponda***. Cabe anotar que, en los contratos de ejecución de obra, el requerimiento -entre otros componentes- se encuentra integrado por el expediente técnico obra, el cual – a su vez- contiene el presupuesto de obra o valor referencial.

2.2 ***“Cuando el numeral 34.1 del artículo 34 del Reglamento señala que, en caso de ejecución de obras, el valor referencial para convocar el procedimiento de selección no puede tener una antigüedad mayor a nueve (9) meses contados a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra ¿Se refiere únicamente a la primera convocatoria de un procedimiento de selección, o la antigüedad también abarca a las convocatorias posteriores que se realicen ante la declaración de desierto?”***

Como se anotó en la absolución de la consulta anterior, en caso un procedimiento de selección hubiese sido declarado desierto, para su siguiente convocatoria será indispensable que el valor referencial no tenga una antigüedad mayor a nueve (09) meses contados desde la fecha de determinación del presupuesto de obra; en caso se hubiese excedido dicho periodo, la Entidad debe actualizar dicho valor referencial. Este criterio resulta aplicable, para las ulteriores convocatorias que pudieran realizarse ante la declaratoria de desierto del procedimiento de selección.

2.3 ***“Si del informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto se indica que el requerimiento no corresponde ser ajustado; no obstante, se actualiza el presupuesto de obra, toda vez que el valor referencial superó los nueve (9) meses de antigüedad, contados a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra ¿se***

deberá aprobar nuevamente el expediente técnico de obra y, por ende, una nueva aprobación del expediente de contratación?”

- 2.3.1** Sobre el particular corresponde reiterar que, de conformidad con los numerales 65.2 y 65.3 del artículo 65 del Reglamento, la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección **no** determina la conclusión del procedimiento, sino que conlleva a la necesidad de justificar y evaluar, a través de un informe elaborado por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones –según corresponda-, las razones que impidieron la conclusión de dicho procedimiento de selección, **a efectos de adoptar las medidas correctivas que resulten pertinentes para realizar su siguiente convocatoria.**

En relación con ello, el numeral 42.4 del artículo 42 del Reglamento ha establecido que, cuando un procedimiento de selección sea declarado desierto, la siguiente convocatoria requiere contar con una nueva aprobación del expediente de contratación, solo cuando el informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto advierta que el requerimiento debe ser ajustado.

- 2.3.2** Dadas las premisas precedentes, corresponde dilucidar la cuestión de si, en el marco de la nueva convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto, es necesaria una nueva aprobación del expediente de contratación y del expediente técnico de obra cuando el informe de las razones que motivaron el desierto no hubiese indicado que es necesario modificar el requerimiento.

Como se anotó, en principio, de acuerdo en el mencionado numeral 42.4 del artículo 42 del Reglamento sólo correspondería una nueva aprobación del expediente de contratación cuando el informe de las razones del desierto hubiese indicado que el requerimiento debe ser ajustado; ello, resulta lógico, *pues dicho informe se restringe a evaluar las causas por las que el procedimiento ha sido declarado desierto y no otro aspecto.*

No obstante, la normativa de Contrataciones del Estado debe ser aplicada de manera integral, es decir, considerando todo el articulado que pudiera resultar aplicable al caso concreto. Siendo así, en relación con la situación planteada en la presente consulta, corresponde traer a colación lo indicado por el numeral 34.1 del artículo 34 del Reglamento, según el cual, entre la fecha de determinación del presupuesto de obra y la convocatoria del procedimiento de selección no puede transcurrir más de nueve (09) meses. Como se anotó en la absolución de las consultas precedentes, ***este requisito debe ser cumplido incluso cuando se trate de la nueva convocatoria derivada de un procedimiento de selección declarado desierto.***

Ahora, de conformidad con el numeral 42.3 del artículo 42 del Reglamento, parte de los elementos necesarios para la aprobación del expediente de contratación son que se cuente con el (i) valor referencial y (ii) la certificación presupuestal o previsión presupuestal vinculada con dicho valor. Siendo así, en el marco de la preparación de una nueva convocatoria de un procedimiento declarado desierto, la actualización del presupuesto de obra por haber transcurrido más de nueve (09) meses desde su fecha de determinación, implicaría que el valor referencial consignado en el expediente de contratación de la primera convocatoria ya no se correspondería con el valor resultante de la actualización realizada y, del mismo modo, tampoco la certificación presupuestal se ajustaría a dicho valor referencial actualizado. Por esta razón, se puede afirmar que, para la nueva convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto, cuando hubiese

correspondido la actualización del valor referencial, resultará imprescindible una nueva aprobación del expediente de contratación.

- 2.3.3** En relación con la cuestión de si resulta necesaria una nueva aprobación del expediente técnico de obra en la circunstancia planteada en la presente consulta, debe mencionarse que, de acuerdo con el Anexo N°1 “Definiciones” del Reglamento, el expediente técnico es: “ *El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación de presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios*”. (el resaltado es agregado)

Como se advierte, uno de los componentes del expediente técnico de obra es el presupuesto de obra y su fecha de determinación. En esa medida, cuando se advierta la necesidad de actualizar el presupuesto de obra, se tendrá que actualizar también su fecha y, por tanto, se requerirá aprobarlo nuevamente; máxime, cuando el presupuesto de obra se constituye, a su vez, en el valor referencial y determina elementos ulteriores del proceso de contratación, como, por ejemplo, la asignación de recursos presupuestales.

- 2.3.4** En suma, se puede concluir que, en el marco de la nueva convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto, cuando hubiese transcurrido más de nueve (09) meses desde la determinación del presupuesto de obra, corresponderá actualizar el presupuesto de obra o valor referencial; en consecuencia, resultará indispensable aprobar nuevamente el expediente técnico de obra, así como, el expediente de contratación.

3. CONCLUSIONES

- 3.1** Para la nueva convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto, el valor referencial no puede tener una antigüedad mayor a nueve (09) meses contados desde la fecha de determinación del presupuesto de obra; en caso se hubiese excedido dicho periodo, la Entidad debe actualizar dicho valor referencial.
- 3.2** En el marco de la nueva convocatoria de un procedimiento de selección declarado desierto, cuando hubiese transcurrido más de nueve (09) meses desde la determinación del presupuesto de obra, corresponderá actualizar dicho presupuesto de obra o valor referencial; en consecuencia, resultará indispensable aprobar nuevamente el expediente técnico de obra, así como, el expediente de contratación.

Jesús María, 23 de febrero de 2023

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RVC.