

OPINIÓN N° 038-2024/DTN

Solicitante: Policía Nacional del Perú - PNP

Asunto: Procedimiento para la suscripción del contrato

Referencia: Formulario S/N de fecha 06.MAY.2024 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la División Logística de la Policía Nacional del Perú – PNP formula varias consultas relacionadas con el procedimiento para la suscripción del 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 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. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias².
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias³.

¹ En atención a la competencia conferida a esta Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N°3 del TUPA del OSCE “Consultas de Entidades Públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la cuarta consulta no cumple con los requisitos establecidos, toda vez que no se busca un análisis interpretativo sobre el sentido y alcance de la normativa, sino que se formula un cuestionamiento sobre ciertos artículos del Reglamento, lo cual implicaría realizar un juicio sobre la motivación o justificación de lo dispuesto en dicho cuerpo normativo, situación que excede la facultad prevista en el literal n) del artículo 52 de la Ley. Por tal motivo, la consulta **no** será absuelta en el marco de la presente Opinión.

² Realizadas mediante Decreto Legislativo N° 1444, vigente desde el 30 de enero 2019; Ley N° 31433, vigente desde el 07 de marzo de 2022.

³ Realizadas mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente desde el 15 de diciembre de 2019;

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 *“En caso de una pérdida automática de una buena pro de un procedimiento de selección a cargo de un comité de selección ¿Quién tiene la responsabilidad de declarar la pérdida automática de la buena pro y otorgar la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación? ¿ambos actos corresponden al OEC o al comité de selección? o en tal caso ¿solamente corresponde al comité de selección otorgar la buena pro? Toda vez que el numeral 43.1 del artículo 43 del reglamento señala que el órgano a cargo del procedimiento de selección se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación; y el artículo 69 del reglamento señala que los procedimientos de selección culminan, entre otros, cuando se perfecciona el contrato?”* (Sic).

2.1.1 En primer lugar, debe señalarse que de acuerdo con el artículo 141 del Reglamento, una vez consentido el otorgamiento de la buena pro o cuando este ha quedado administrativamente firme, la Entidad y el postor ganador tienen la obligación de perfeccionar el contrato.

En relación con lo anterior, es importante señalar que el artículo 141 del Reglamento establece los plazos y el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato; en virtud de dicha norma, el proveedor adjudicatario debe cumplir con presentar dentro del plazo reglamentario los requisitos previstos en el artículo 139 del Reglamento, a fin de perfeccionar el contrato.

No obstante, es posible que el postor a quien la Entidad adjudicó la buena pro no cumpla con presentar oportunamente los requisitos que se exigen para perfeccionar el contrato y, consecuentemente, ocasione por causa imputable a él la **pérdida automática de la buena pro** otorgada, lo cual significa que el postor pierde inmediatamente el derecho a suscribir el respectivo contrato, tal como dispone el numeral 141.3 del artículo 141 del Reglamento, y además podría ser pasible de sanción administrativa impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

2.1.2 Ahora bien, en lo que refiere al **órgano a cargo del procedimiento de selección**, el artículo 43 del Reglamento dispone lo siguiente:

“43.1 El órgano a cargo de los procedimientos de selección se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación. Los procedimientos de selección pueden estar a cargo de un comité de selección o del órgano encargado de las contrataciones.

43.2. Para la Licitación Pública, el Concurso Público y la Selección de Consultores Individuales, la Entidad designa un comité de selección para cada procedimiento. El órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la Subasta Inversa Electrónica, la Adjudicación Simplificada, la Comparación de Precios y la Contratación Directa. En la Subasta Inversa Electrónica y en la Adjudicación Simplificada la Entidad puede designar a un comité de selección o un comité de selección permanente, cuando lo considere necesario.”

43.3. Los órganos a cargo de los procedimientos de selección son competentes para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su

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; Decreto Supremo N° 308-2022-EF, vigente desde el 24 de diciembre de 2022; y, Decreto Supremo N° 167-2023-EF, vigente desde el 05 de agosto de 2023.

culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación.

43.4. Las disposiciones señaladas en los numerales 46.4 y 46.5 del artículo 46 también son aplicables cuando el procedimiento de selección esté a cargo del órgano encargado de las contrataciones.”

Como se puede advertir, el órgano a cargo del procedimiento de selección puede ser un comité de selección (temporal o permanente) o el propio órgano encargado de las contrataciones, según corresponda en cada caso.

Ahora bien, en cualquiera de estos casos, el referido órgano a cargo del procedimiento tiene a su cargo la preparación, conducción y **realización del procedimiento de selección hasta su culminación**, encargándose, entre otras funciones, de preparar los documentos del procedimiento de selección, así como adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento.

De otro lado, de conformidad con el numeral 5.2 del artículo 5 del Reglamento, el **órgano encargado de las contrataciones** tiene como función la gestión administrativa del contrato, que **involucra el trámite de su perfeccionamiento**, la aplicación de las penalidades, el procedimiento de pago, en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo.

De esta manera, puede advertirse que, si bien las actuaciones relacionadas con el desarrollo del procedimiento de selección son conducidas por el órgano a cargo del procedimiento de selección, aquellos actos vinculados a la suscripción del contrato (producidas luego del otorgamiento de la buena pro) son realizadas por el órgano encargado de las contrataciones.

Ahora bien, debe indicarse que la **perdida automática de la buena pro**, tal como su propia nomenclatura lo indica, es una circunstancia que se produce de manera inmediata cuando no se perfeccione el contrato por causa imputable al postor. Asimismo, de conformidad con el numeral 11.2.3 de la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD, la pérdida automática de la buena pro debe ser publicada en el SEACE, indicando el motivo de dicha pérdida⁴.

En relación con lo anterior, cabe recordar que la pérdida automática de la buena pro es una circunstancia que se produce durante el trámite para el perfeccionamiento de contrato (justamente, cuando no llega a perfeccionarse por causa imputable al postor), dicha gestión se encuentra a cargo del órgano encargado de las contrataciones, por lo que es el mencionado órgano quien realiza el registro respectivo en el SEACE.

- 2.1.3 Por otro lado, la normativa de contrataciones del Estado no precisa de manera expresa quien es el responsable de otorgar la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación, cuando previamente hubiese operado la pérdida automática de esta.

Al respecto, cabe mencionar que el otorgamiento de la buena pro es el acto mediante el cual el órgano a cargo del procedimiento de selección, **previa revisión**, declara la oferta ganadora. Así, en aquellos casos en los que hubiese operado la pérdida automática, pueden existir ofertas que previamente fueron revisadas por dicho órgano, es decir, ya han superado las etapas de admisión, calificación y evaluación, básicamente encontrándose expeditas para su adjudicación. En este caso, **dado que ya se cuenta con una oferta válida**, el órgano encargado de las contrataciones puede directamente

⁴ Sin perjuicio de ello, **de manera facultativa**, la Entidad podría remitir alguna comunicación **adicional** al postor informando sobre la pérdida de la buena pro.

otorgar la buena pro⁵, a efectos de continuar con el trámite para su perfeccionamiento⁶.

2.2 “¿Es factible registrar en el SEACE la pérdida de la buena pro y el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación en un mismo día? Teniendo en cuenta que la pérdida de la buena pro y el otorgamiento de esta al postor que ocupó el siguiente lugar en el procedimiento de selección, constituyen actos distintos entre sí; ambos actos impugnables que suspenden la continuidad del procedimiento de selección, en virtud de lo establecido en el artículo 119 del Reglamento?” (Sic).

2.2.1 En primer lugar, debe indicarse que, conforme a lo establecido en el numeral 47.1 del artículo 47 de la Ley, el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE) permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

Al respecto, cabe anotar que las Entidades están obligadas a registrar en el SEACE, dentro de los plazos establecidos, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, en el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE.

En ese contexto, la normativa de Contrataciones del Estado –*compuesta por la Ley, su Reglamento y las Directivas emitidas por el OSCE*– regula –entre otros aspectos relevantes– la oportunidad en que deben registrarse en el SEACE los actos realizados durante el procedimiento de selección, tales como el otorgamiento de la buena pro, su consentimiento, e incluso la pérdida de ésta por incurrir en el supuesto previsto en el numeral 141.3 del artículo 141 del Reglamento, así como otros actos.

2.2.2 Es así que la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD establece las “Disposiciones aplicables para el acceso y registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE” (en adelante, la “Directiva”) y precisa en su numeral 11.2.3 las reglas para el registro de las acciones realizadas durante la ejecución del procedimiento de selección.

En dicho numeral se detalla la oportunidad en que se registran en el SEACE los actos aludidos, por ejemplo, el otorgamiento de la buena pro (que se registra en el día establecido en el cronograma correspondiente), el consentimiento de la buena pro (que se realiza al día siguiente de producido, de acuerdo a los plazos establecidos en el Reglamento y según el tipo de procedimiento de selección que corresponda), así como la pérdida de la buena pro.

Ahora bien, respecto de la pérdida de la buena pro, el literal r) del numeral 11.2.3 de la Directiva precisa lo siguiente:

“Pérdida de la buena pro: El registro de la información se efectúa con la indicación del nombre o razón social del postor que pierde la buena pro, señalando el motivo de dicha pérdida.

Asimismo, la Entidad debe registrar el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación o la declaratoria de desierto,

⁵ De conformidad con el Principio de Eficacia y Eficiencia.

⁶ De otro lado, cuando se devuelva el expediente de contratación al comité de selección para que realice la calificación de las ofertas restantes, será este quien deba otorgar la buena pro al postor que corresponda.

según corresponda.

En caso del otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación, de ser el caso, la Entidad registra el consentimiento de acuerdo a los plazos y condiciones previstas en el Reglamento, según el tipo de procedimiento de selección” (El subrayado es agregado).

Al respecto, debe indicarse que, en caso de pérdida de la buena pro, no se ha establecido de manera expresa el plazo aplicable para otorgar la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación, así como tampoco el plazo para registrar dicho otorgamiento en el SEACE.⁷

En ese sentido, cabe señalar que la normativa no obliga ni prohíbe a la Entidad la posibilidad de registrar en el SEACE la pérdida automática de la buena pro y su adjudicación al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación en el mismo día. No obstante, es importante considerar que si bien puede presentarse un escenario en el cual, luego de ocurrida la pérdida automática de la buena pro, sea posible realizar, de manera inmediata (el mismo día), la adjudicación al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación (por ejemplo, cuando su oferta previamente hubiese sido calificada), existen también otras situaciones en las cuales no sea posible realizar tal adjudicación en esa misma oportunidad, toda vez que se requiere de un periodo adicional para que el órgano a cargo del procedimiento de selección realice la revisión correspondiente de la oferta⁸.

Dicho esto, es importante considerar que la finalidad que persigue la normativa de contratación pública es que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de manera tal que sus necesidades fuesen satisfechas de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley.

En ese sentido, los actos y decisiones que se adopten durante el desarrollo del proceso de contratación, debían ser coherentes con los principios que regían las contrataciones con el Estado, los mismos que, conforme al artículo 2 de la Ley, sirven de criterio

⁷ El numeral 141.3 del artículo 141 del Reglamento solo precisa lo siguiente: “*Cuando no se perfeccione el contrato por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro. En tal supuesto, una vez transcurrido el plazo de consentimiento de la pérdida de la buena pro, el órgano encargado de las contrataciones, en un plazo máximo de dos (2) días hábiles siguientes, requiere al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación que presente los documentos para perfeccionar el contrato en el plazo previsto en el numeral 141.1.*”

⁸ Al respecto, el artículo 141 del Reglamento dispone lo siguiente:

“(…) 141.4. Si el postor que ocupó el segundo lugar no perfecciona el contrato, cuando el objeto del procedimiento de selección corresponda a bienes y servicios en general y siempre que existan más postores que calificar, el órgano encargado de las contrataciones devuelve el expediente de contratación al órgano a cargo del procedimiento de selección en un plazo máximo de dos (2) días hábiles, a fin que por única vez verifique los requisitos de calificación de los postores admitidos, según el orden de prelación obtenido en la evaluación, para identificar hasta dos (2) ofertas presentadas que cumplan con los requisitos de calificación.

“(…) 141.7. Si el postor que ocupó el segundo lugar no perfecciona el contrato, cuando el procedimiento de selección corresponda a una subasta inversa electrónica, y siempre que existan más postores, el órgano encargado de las contrataciones devuelve el expediente de contratación al órgano a cargo del procedimiento de selección en un plazo máximo de dos (2) días hábiles, a fin que por única vez revise las demás ofertas, respetando el orden de prelación, para identificar hasta dos (2) ofertas presentadas cuya documentación reúna las condiciones requeridas por las Bases.”

interpretativo e integrador para poder aplicar adecuadamente dicha normativa y/o solucionar vacíos⁹.

Uno de estos principios es el de “*Eficacia y Eficiencia*”, por el cual, el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución debían 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.

Por tanto, las disposiciones que regulaban el procedimiento de contratación debían ser aplicadas y/o interpretadas de forma tal que se priorizaran los fines, metas y objetivos de la Entidad.

En ese sentido, previa evaluación del caso concreto, la Entidad, en aplicación del Principio de Eficacia y Eficiencia, y como parte de una decisión de gestión, podría registrar en el SEACE la pérdida automática de la buena pro, así como la adjudicación al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación, **en un mismo día**, ello con el fin de que el interés público subyacente a dicha contratación pueda concretarse de manera oportuna. Cabe precisar que esto último no impide que la Entidad realice tales registros en días distintos, cuando las circunstancias así lo requieran.

2.3 “De ser afirmativa la anterior consulta ¿Es posible también registrar en el SEACE la pérdida de la buena pro y al día siguiente o días posteriores registrar el otorgamiento de la buena pro en el SEACE?” (Sic).

2.3.1 De acuerdo con indicado previamente, la normativa de contrataciones del Estado no precisa la oportunidad en que la Entidad debe registrar en el SEACE la pérdida automática de la buena pro y el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación; en ese sentido, previa evaluación del caso concreto, la Entidad podría efectuar tales registros el mismo día, cuando ello resulte viable, como también podría hacerlo en días distintos, cuando así se requiera.

3. CONCLUSIONES

3.1 La pérdida automática de la buena pro es una circunstancia que se produce de manera inmediata cuando no se perfeccione el contrato por causa imputable al postor. De conformidad con el numeral 11.2.3 de la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD, la pérdida automática de la buena pro debe ser publicada en el SEACE, indicando el motivo de dicha pérdida.

3.2 En aquellos casos en que opere la pérdida automática de la buena pro, y la oferta del postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación se encuentre previamente calificada y expedita para su adjudicación, el órgano encargado de las contrataciones podría adjudicar directamente la buena pro, a efectos de continuar con el trámite para su perfeccionamiento.

3.3 La normativa de contrataciones del Estado no precisa la oportunidad en que la Entidad debe registrar en el SEACE la pérdida automática de la buena pro y el otorgamiento de

⁹ Bajo esa misma lógica, el artículo 9 de la Ley dispuso que “*Los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2 de la presente Ley.*” (El subrayado es agregado).

la buena pro al postor que ocupo el siguiente lugar en el orden de prelación; en ese sentido, previa evaluación del caso concreto, la Entidad podría efectuar tales registros el mismo día, cuando ello resulte viable, como también podría hacerlo en días distintos, cuando así se requiera.

Jesús María, 18 de junio de 2024

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RMPP