

Alerta Contrataciones con el Estado - Junio 2021

El Ministerio de Economía y Finanzas modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

El 26 de junio de 2021, el Ministerio de Economía y Finanzas - MEF publicó en el diario oficial “El Peruano” el Decreto Supremo No. 162-2021-EF (en adelante, el “Decreto Supremo”), mediante el cual modifica normas contenidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo No. 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

El Decreto Supremo señala que las modificaciones tienen por objeto introducir mejoras al régimen general de contratación estatal que: **(i)** simplifiquen la toma de decisiones de los operadores de dicha materia, **(ii)** faciliten la gestión durante la etapa de ejecución contractual, **(iii)** permitan que los mecanismos de solución de controversias sean más eficientes, y **(iv)** favorezcan la dinamización y reactivación económica del país, con la participación de las micro y pequeñas empresas en el sector.

Sin embargo, advertimos que la modificación del artículo 151 del Reglamento no responde a ninguno de los objetivos reseñados y, por el contrario, desnaturaliza la finalidad de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias.

En efecto, la versión original del Reglamento imponía la obligación de renovar la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, como correspondía, *“hasta el cumplimiento total de las obligaciones garantizadas”*.

El Decreto Supremo modifica este extremo de la norma para exigir que dicha garantía se mantenga vigente *“hasta la conformidad de las obligaciones garantizadas”*, vale decir, hasta que se emita un “documento” cuya existencia depende única y exclusivamente de la voluntad unilateral de la Entidad contratante: la conformidad.

Así las cosas, se expone al contratista del Estado al perjuicio económico que renovar indefinidamente la garantía en cuestión —a pesar de haber cumplido con las obligaciones garantizadas— en caso la Entidad, por negligencia o dolo, decida

no emitir un simple documento (conformidad), lo que resulta contrario al elemental Principio de Equidad reconocido en la propia Ley de Contrataciones del Estado, que obliga a garantizar que las prestaciones y derechos de las partes deban guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad.

A continuación, con un propósito meramente informativo, resumimos las principales disposiciones de la mencionada norma modificatoria:

1. El Registro Nacional de Proveedores - RNP del OSCE

(i) Se precisa que el RNP es el único sistema que brinda información oficial sobre los proveedores que participan en las contrataciones que realiza el Estado, y que dicha información es de acceso público para cualquier interesado, salvo aquella confidencial de índole tributaria, bancaria o comercial de las personas naturales o jurídicas inscritas (incorporación de los numerales 8.2 y 8.3 al artículo 8 del Reglamento).

(ii) Se amplía la excepción que permite no contar con inscripción para celebrar contratos sobre bienes y servicios, en general, a todos los patrimonios autónomos, tales como: masas hereditarias, fondos de garantía, fondos de inversión, entre otros conforme a la ley de la materia (modificación del literal b) del artículo 10 del Reglamento).

2. Documentos del procedimiento de selección

(i) La Declaración Jurada que debe presentarse en un procedimiento de selección, ya no exige indicar que la información del postor registrada en el RNP se encuentra actualizada (modificación del literal b) del artículo 52 del Reglamento).

(ii) Se dispone que los documentos del procedimiento de selección no deben incluir certificaciones que constituyan barreras de acceso para contratar con el Estado (incorporación de último párrafo del numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento).

(iii) Se precisa que, en los casos de reorganización societaria, las personas jurídicas resultantes no pueden acreditar la experiencia que le hubiesen transmitido como parte de dicha reorganización, las personas jurídicas sancionadas con inhabilitación vigente o definitiva

(modificación del numeral 49.4 del artículo 49 del Reglamento).

(iv) Para los procedimientos de selección o ítem respectivo que, por su cuantía, corresponda a una Adjudicación Simplificada, la experiencia exigida a los postores que acrediten tener la condición de micro y pequeña empresa, o los consorcios conformados en su totalidad por estas, no podrá superar el 25% del valor estimado (modificación del numeral 49.6 del artículo 49 del Reglamento).

(v) La bonificación del cinco por ciento (5%) sobre el puntaje total obtenido por un postor, al haber acreditado su condición de micro o pequeña empresa (incluso a consorcios conformados en su totalidad por dichas empresas), se extiende también a los ítems de licitaciones públicas o concursos públicos, cuya cuantía corresponda a una Adjudicación Simplificada (modificación del literal g) del numeral 50.1 del artículo 50 del Reglamento).

(vi) Para la contratación de consultoría en general o consultoría de obra, además del precio, obligatoriamente se deben aplicar los siguientes factores de evaluación: **(a)** la experiencia del postor en la especialidad y **(b)** la metodología propuesta (modificación del numeral 51.4 del artículo 51 del Reglamento).

A su turno, para el mismo supuesto, las Bases Estándar que apruebe el OSCE pueden establecer otros factores de evaluación tales como aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental y social (modificación del numeral 51.5 del artículo 51 del Reglamento).

3. Regularización de contrataciones directas por “situación de emergencia”

(i) Se amplía el plazo de diez (10) días hábiles a veinte (20) días hábiles, para regularizar la documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contengan el sustento técnico-legal de la contratación directa convocada bajo la causal de “situación de emergencia”, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos.

Dicho plazo se computará desde el día siguiente de: efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros, o desde su instalación y puesta en funcionamiento en el caso de bienes bajo la modalidad de llave en mano, o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra (modificación del literal b) del artículo 100 del Reglamento).

4. La etapa de perfeccionamiento del contrato

(i) Se incrementa el umbral del valor estimado, de cien mil soles (S/ 100,000.00 y 00/100) a doscientos mil soles (S/ 200,000.00 y 00/100), para que el perfeccionamiento de los contratos derivados de procedimientos de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada para bienes y servicios en general, se formalice con la recepción de la orden de compra o de servicios (modificación del numeral 137.1 del artículo 137 del Reglamento).

(ii) Se dispone que, cuando el objeto del procedimiento corresponda a ejecución de obras, la Entidad considera a los cuatro (4) postores que cumplan con los requisitos de calificación conforme a lo señalado en el numeral 75.3 del artículo 75 del Reglamento, siguiendo el orden de prelación, a fin de requerir la presentación de los documentos y el perfeccionamiento del contrato con el postor calificado, dentro del plazo previsto en el literal a) del numeral 141.1 del Reglamento (incorporación del numeral 141.2 del artículo 141 del Reglamento).

5. Sobre las garantías durante la etapa de perfeccionamiento del contrato y durante la ejecución contractual

(i) Se dispone que los postores y/o contratistas tienen la facultad de decidir si, como garantías, presentan una carta fianza o una póliza de caución, emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuente con clasificación de riesgo B o superior. De esta forma, el tipo de garantía a presentar ya no lo establece la Entidad contratante en los documentos del proceso de selección (modificación del artículo 148 del Reglamento).

(ii) Se amplía la sustitución de la garantía de fiel cumplimiento también a los casos de consultorías de obra (incorporación del numeral 150.2 del

artículo 150 del Reglamento).

(iii) Se establece que las micro y pequeñas empresas pueden solicitar que la entidad retenga, como garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, un monto equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato de la prestación accesorias, considerando ciertas particularidades en los contratos para la ejecución de obra (incorporación de los numerales 151.2 y 151.3 del artículo 151 del Reglamento).

(iv) Se incrementa el monto del umbral en los contratos de bienes y servicios distintos a la consultoría de obra, de cien mil soles (S/ 100,000.00 y 00/100) a doscientos mil soles (S/ 200,000.00 y 00/100), respecto de los cuales no será necesario otorgar garantía de fiel cumplimiento del contrato ni garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias (modificación del literal a) del artículo 152 del Reglamento).

6. La resolución del contrato

(i) Se dispone que, en los contratos de supervisión de obras, cuando se haya previsto que las actividades del supervisor comprenden la liquidación del contrato de obra, el supervisor puede resolver el contrato en caso exista una controversia que se derive de la liquidación del contrato de obra (incorporación del numeral 164.3 del artículo 164 del Reglamento).

(ii) Se precisa que, a efectos de invocar la resolución del contrato por causales de caso fortuito, fuerza mayor o hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato, la parte que resuelve debe comunicar su decisión mediante carta notarial justificando y acreditando los hechos que la sustentan (incorporación del numeral 165.5 del artículo 165 del Reglamento).

7. La recepción y conformidad de la prestación

(i) Se establece un plazo máximo -siete (7) días, como regla general, salvo que se requiere efectuar pruebas o se trate de consultorías, en

cuyo caso el plazo es de quince (15) días- para que la entidad se pronuncie sobre el levantamiento de las observaciones formuladas en el marco de la recepción y conformidad de la prestación objeto de un contrato (modificación del numeral 168.3 del artículo 168 del Reglamento).

(ii) Si la entidad excede el plazo legal previsto para emitir la conformidad o pronunciarse sobre el levantamiento de las observaciones, los días de retraso no pueden ser imputados al contratista a efectos de la aplicación de penalidades (incorporación del numeral 168.5 y modificación del numeral 168.6 del artículo 168 del Reglamento).

8. Disposiciones específicamente en materia de contratos de obra

(i) Se precisa que las valorizaciones por mayores metrados en contratos a precios unitarios no deben considerar gastos generales, salvo que la ejecución de mayores metrados genere una ampliación de plazo, en cuyo caso los mayores gastos variables se pagan de acuerdo a lo señalado en el artículo 199 del Reglamento (modificación del numeral 194.2 del artículo 194 del Reglamento).

(ii) En contratos de obra a precios unitarios, el límite del monto a reconocer por concepto de gastos generales es aquel indicado en la oferta del contratista. En caso que a través de las valorizaciones no se hubiese llegado a completar dicho monto, en la liquidación final se define el saldo a favor del contratista (incorporación del numeral 194.5 del artículo 194 del Reglamento).

(iii) Se incrementa el límite fijado para solicitudes de ejecución de mayores metrados, del quince por ciento (15%) al cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original (modificación del numeral 205.11 del artículo 205 del Reglamento).

(iv) Se amplía el plazo para que la entidad designe al comité de recepción de la obra, de dos (2) días hábiles a cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción del certificado de conformidad técnica (modificación del numeral 208.2 del artículo 208 del Reglamento).

9. Mecanismos de solución de controversias

(i) Se dispone que, para la designación residual del presidente del Tribunal Arbitral en un arbitraje institucional, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el RNA-OSCE (modificación del numeral 232.2 del artículo 232 del Reglamento).

(ii) Se establece que si una de las partes acumula tres (3) recusaciones que se declaran infundadas en un mismo arbitraje, sean continuas o no, ya no puede interponer una nueva recusación en dicho arbitraje (incorporación del numeral 234.4 del artículo 234 del Reglamento).

(iii) El Tribunal Arbitral o el Árbitro Único pueden dictar, con posterioridad a la aprobación del calendario de actuaciones y audiencias arbitrales, las medidas que consideren convenientes para garantizar la celeridad del arbitraje, conforme a sus competencias (incorporación del numeral 235.3 del artículo 235 del Reglamento).

10. El procedimiento de Subasta Inversa Electrónica

(i) Se precisa que PERÚ COMPRAS gestiona el Listado de Bienes y Servicios Comunes, emite las disposiciones y ejecuta las acciones que sean necesarias, en colaboración y coordinación con las entidades e instituciones competentes, para su sostenimiento, según corresponda.

En adición, establece que PERÚ COMPRAS emite las disposiciones a las que se deben sujetar los procesos para aprobar la inclusión, modificación o exclusión de la Ficha Técnica de Subasta Inversa Electrónica del Listado de Bienes y Servicios Comunes (incorporación de los numerales 110.5 y 110.6 del artículo 110 del Reglamento).

(ii) Se precisa que las fichas técnicas excluidas del Listado de Bienes y Servicios Comunes se incorporan en el Listado de Fichas Técnicas Excluidas que elabora PERÚ COMPRAS, de modo que las mencionadas fichas técnicas excluidas son obligatorias para la contratación de bienes y servicios, salvo que PERÚ COMPRAS disponga lo contrario (incorporación del numeral 111.2 del artículo 111 del Reglamento).

(iii) El Decreto Supremo entrará en vigencia a los diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, esto es, el 12 de julio de 2021.

A estos fines, el OSCE debe adecuar las Bases Estándar conforme a las citadas modificaciones del Reglamento.

Cualquier consulta sobre el particular podrá ser absuelta por los abogados de nuestro Despacho Administrativo. Comunicarse con los doctores Carlos Carpio (ccarpio@estudiorodrigo.com); Hugo Silva (hsilva@estudiorodrigo.com); Augusto Effio (aeffio@estudiorodrigo.com); y/o, Jorge Saldaña (jsaldana@estudiorodrigo.com).