

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEY N° 30225 – LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

1. Delegación de Facultades

El presente Decreto Legislativo, que modifica la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, se dicta en el marco de la delegación de la facultad de legislar que ha otorgado el Congreso de la República al Poder Ejecutivo en virtud de la Ley N° 30506.

La referida Ley N° 30506 delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, por el plazo de noventa (90) días calendario, en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., en los términos a que hace referencia el artículo 104 de la Constitución Política del Perú y el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República.

Dentro de las materias específicas que comprende la citada delegación de facultades se encuentra la modificación del marco normativo del sistema de contrataciones del Estado, así como la reorganización del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), estableciéndose expresamente que las medidas que se aprueben no deben restringir las competencias y atribuciones del Sistema Nacional de Control otorgadas por la Constitución Política del Perú y su ley orgánica (literal g) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley N° 30506).

En consecuencia, este Decreto Legislativo se circunscribe a la materia específica objeto de la delegación de facultades otorgada al Poder Ejecutivo por la Ley N° 30225 y ha sido dictado dentro del plazo determinado por dicha ley autoritativa.

2. Explicación de los aspectos más relevantes

La Ley de Contrataciones del Estado vigente es la Ley N° 30225 (en adelante, la "Ley"). El propósito de la Ley, de reciente data, fue establecer un marco normativo que responda a la necesidad de contar con un régimen de contratación pública eficiente y orientado hacia la gestión por resultados, que además de promover y dinamizar las inversiones y la economía, permita que el presupuesto aportado por los ciudadanos se convierta en bienes, servicios y obras para la comunidad; ello sin perjuicio de que se logren otros objetivos orientados a la sostenibilidad ambiental y social.

Si bien la Ley introdujo importantes cambios a la norma que le antecedió (Decreto Legislativo N° 1017), se han identificado algunos aspectos de esta que requieren ser modificados a fin de permitir que la contratación estatal se efectúe en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, y de perfeccionar la regulación referida a la conducta de quienes participan en el proceso de contratación de modo tal que se pueda prevenir, evitar y, en su caso, sancionar las prácticas indebidas. Las modificaciones que se realizan mediante este Decreto Legislativo buscan, entonces, establecer un marco normativo para la contratación pública como un instrumento de gestión, a través del cual se maximice el valor de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines públicos, evitando las situaciones de corrupción.



Las principales modificaciones a la Ley que se realizan mediante este Decreto Legislativo son las siguientes:

2.1.1. Principios que rigen las contrataciones (artículo 2°)

En este artículo se ha modificado la redacción a fin de establecer que los principios que rigen las contrataciones sirven de criterio de interpretación así como de integración para solucionar los vacíos de la ley y su reglamento. Igualmente, se ha precisado la redacción del principio de transparencia para aclarar que este se aplica a todas las etapas de la contratación.

En cuanto al principio de eficacia y eficiencia se ha modificado el texto con el propósito de destacar que debe priorizarse el cumplimiento de fines, metas y objetivos de la Entidad sobre las formalidades no esenciales a efectos de garantizar la satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas.

Adicionalmente, se introduce en este artículo el principio de integridad como uno de los principios que rigen las contrataciones del Estado. De acuerdo con este principio, la conducta de quienes intervienen en cualquier etapa del proceso de contratación debe estar guiada por la honestidad y la veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada de manera directa y oportuna a las autoridades competentes. En la esencia de este principio se encuentra la lucha contra la corrupción y al introducirlo como uno de los principios rectores de las contrataciones del Estado, se otorga relevancia jurídica y no solo ética a la honradez y a la veracidad.

Desde la perspectiva de la función pública, este principio guarda relación con el principio de probidad que es uno de los principios de la función pública que recoge el artículo 2° de la Ley N° 27815 – Ley del Código de Ética de la Función Pública, de acuerdo con el cual el servidor público debe actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona.

La Ley N° 26850 y el Decreto Legislativo N° 1017, normas predecesoras de la Ley, ya recogían en su texto el principio de moralidad. Este último decreto legislativo lo definía en su artículo 4 (b) como la obligación de sujetar todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

Con la incorporación del principio de integridad en la Ley se quiere subrayar la importancia de la actuación honesta y veraz en el proceso de contratación, como una forma de prevenir y combatir las prácticas inmorales. Se busca, así, destacar que, en la contratación del Estado, la honestidad y la veracidad constituyen reglas de conducta orientadoras de



la buena administración y de la buena gestión para asegurar el correcto uso de los recursos públicos.

2.1.2. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación (artículo 4°)

Se incluye como un supuesto de inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, a las contrataciones efectuadas a través de asociaciones público privadas y proyectos en activos regulados en el Decreto Legislativo N° 1224 y Decreto Legislativo N° 674, por cuanto, dada la modalidad, naturaleza, condiciones, procesos y en general toda cuestión relacionada con el desarrollo de las APP, se encuentran ya dispuestos en los dispositivos antes mencionados, los cuales tienen una naturaleza incompatible con el régimen general de contratación pública.

2.1.3. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión (artículo 5°)

En este artículo se han realizado las siguientes modificaciones:

- Literal c): Convenios de Colaboración

El literal c) del artículo 5 de la Ley se fundamenta en el principio de colaboración entre Entidades, previsto en el artículo 76 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada mediante Ley N° 27444, por el cual las Entidades se encuentran sujetas al deber de colaborar recíprocamente para apoyar la gestión de otras Entidades. El literal c) del artículo 5 de la Ley se encuentra referido a un tipo de acuerdo de naturaleza particular: los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga que, en el marco de las relaciones de Derecho Administrativo, las Entidades celebran para conseguir objetivos o fines distintos a los de los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, implicando además necesariamente el ánimo de cooperar mutuamente para obtener beneficios de carácter no lucrativo y debiendo cumplir con determinados requisitos.

Así, las Entidades pueden suscribir convenios de colaboración y otros de naturaleza análoga siempre que su contraparte sea otra Entidad, que sea celebrado para brindar los bienes, prestar los servicios o ejecutar las obras propios de la función que por mandato legal le corresponde y que no se persiga un fin lucrativo. De esta manera, la Entidad puede celebrar estos convenios, sin observar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, en la medida que verifique la concurrencia de los requisitos mencionados siendo que el supuesto de inaplicación contemplado en el literal c) del artículo 5 de la Ley se circunscribe a la celebración de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, y no a las contrataciones de bienes y/o servicios que las Entidades deban llevar a cabo para alcanzar la finalidad de tales convenios, las cuales si se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la restricción prevista en el último párrafo del literal c) del artículo 5 de la Ley se elimina por redundante y a fin de



evitar posibles confusiones en tanto que las actuaciones preparatorias y/o del procedimiento de selección se encuentran enmarcados en aquéllos actos que por su naturaleza requieren ser llevados a cabo aplicando la Ley.

Literal e): Contrataciones con otros Estados:

Esta modificación precisa que las contrataciones del Estado Peruano excluidas de la aplicación de la Ley sujetas a supervisión, son aquéllas en las que el Estado que es la contraparte en el contrato, ejecuta las prestaciones a través de sus organismos propios, dependencias o empresas de propiedad estatal. La precisión busca evitar que sean privados los que, a través de esta modalidad, ejecuten las prestaciones y que solo lo haga el Estado contratante mediante sus dependencias, pues el sentido del supuesto es comprometer la responsabilidad de dicho Estado en la ejecución del contrato.

Literal f): Proveedores no domiciliados:

En el literal f) se añaden otros dos supuestos para la contratación con proveedores no domiciliados. Así, se precisa que también se encuentra excluida del ámbito de la aplicación de la Ley pero bajo supervisión, la contratación con proveedores no domiciliados cuando el valor de las prestaciones a ejecutarse en territorio extranjero sea mayor que el valor de las prestaciones a ejecutarse en el territorio nacional. Igualmente, se incluye como otro supuesto de exclusión las contrataciones que realice el ente rector del sistema nacional de salud siempre y cuando se determine que dicha contratación sea más ventajosa para atender las necesidades de los usuarios del sistema.

Con relación al supuesto referido a la ejecución del mayor valor de las prestaciones, es necesario señalar que se busca aprovechar las oportunidades que pueda brindar el mercado internacional las que no serían posibles actualmente dados los plazos de contratación previstos en la Ley; asimismo, es difícil que un proveedor nacional cuente con la experiencia, representación en el destino, contactos, permisos de trabajo, permisos sanitarios, recursos humanos y materiales disponibles oportunamente en el destino, conocimiento del idioma local, y otras restricciones necesarias para la eficiente y efectiva prestación de servicios especializados en el exterior y ello puede inducir a la subcontratación de servicios (aun cuando ello esté restringido en los términos del servicio), adicionando al precio el sobre costo que tal subcontratación implica, con el riesgo de la prestación del servicio sin los estándares de calidad adecuados.

En lo que respecta a la incorporación del supuesto referido a las contrataciones con proveedores no domiciliados por parte del sector salud, la misma busca aprovechar las condiciones ventajosas que puede ofrecer dicha contratación en beneficio de la población usuaria del sistema de salud, a fin de satisfacer oportunamente sus necesidades.



Literal g): Seguros patrimoniales:

Los procedimientos establecidos en la Ley priorizan y desarrollan los aspectos operativos de la contratación, sin considerar los tipos de mercado en los que participan las Entidades, pudiendo ser éstos mercados competitivos, oligopólicos o monopolísticos, lo cual puede generar una disminución del poder de negociación de la Entidad, sobre todo en mercados concentrados como el de los seguros patrimoniales.

Teniendo en cuenta ello se incluye como un supuesto de exclusión a la contratación de seguros patrimoniales a fin de mejorar la gestión de las contrataciones pudiendo las Entidades obtener mejores condiciones en la contratación de dichos seguros en función de sus necesidades, reduciéndose los tiempos de contratación, los riesgos de incumplimiento contractuales entre otros. Es importante precisar que para la aplicación de este supuesto se han establecido algunos requisitos que debe cumplir la empresa de seguros como, por ejemplo, pertenecer a un Estado clasificado con grado de inversión, encontrarse supervisada por la autoridad competente de su país y contar con una clasificación de riesgo mínima.

Sin perjuicio de lo señalado, el reglamento establecerá los requisitos mínimos que deberán cumplir las empresas contratantes a fin de disminuir los riesgos relacionados.

Finalmente, esta incorporación mejora la intensidad competitiva de los proveedores que participan en el mercado de seguros patrimoniales.

2.1.4. Organización de los procesos de contratación (artículo 6°)

La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017, permitía que las Entidades celebren convenios para encargar la realización de sus contrataciones, de acuerdo con los procedimientos y formalidades establecidas en su Reglamento (artículo 6°).

Al respecto, el primer párrafo del artículo 86 del referido Reglamento disponía que *"Por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, una Entidad podrá encargar a otra Entidad pública o privada, nacional o internacional u organismos internacionales, mediante convenio interinstitucional, la realización del proceso de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del Encargo, el mismo que será aprobado por el Titular de la Entidad."*

Como se puede advertir, durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, era posible que una Entidad encargue a un organismo internacional la realización del proceso de selección para la contratación de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, pero no podía encargar las fases de actos



preparatorios ni de ejecución contractual, las mismas que eran de exclusiva responsabilidad de la Entidad.

Esta situación fue modificada por la Ley, que permite que las Entidades, mediante convenio interinstitucional, encarguen la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección de sus contrataciones a otras Entidades públicas, pero no permite que las Entidades celebren convenios con organismos internacionales con el objeto de encargar la realización de las actuaciones preparatorias y/o los procedimientos de selección de sus contrataciones.

Se ha advertido, sin embargo, que si bien es importante restringir la posibilidad de que las Entidades encarguen a organismos internacionales sus actos preparatorios y procesos de selección a fin de evitar que, a través de dichos encargos, evadan la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado o las normas de control, en determinadas situaciones, en las cuales el objeto de la contratación es altamente especializado o complejo, puede resultar conveniente permitir, de modo excepcional, que las Entidades celebren convenios con organismos internacionales con el fin de encargarles sus procedimientos de selección a efectos de aprovechar el conocimiento y la especialidad de dichos organismos y hacer más eficiente la realización del procedimiento.

Por tal razón es que se ha modificado el artículo 6° de la Ley para introducir un párrafo final, mediante el cual se establece que, de forma excepcional, las Entidades podrán encargar determinados procedimientos de selección a organismos internacionales debidamente acreditados, previa autorización expresa, cuando el objeto de la contratación sea calificado como especializado o complejo, siguiendo las condiciones de transparencia, auditabilidad y rendición de cuentas, señalándose, además, que el Reglamento establecerá las condiciones para el encargo.

2.1.5. Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones (artículo 8°)

En el artículo 8° de la Ley se ha realizado una modificación para precisar que en el Reglamento no solo se determinan la composición y las funciones de los comités de selección, sino también sus responsabilidades. Asimismo, se establece que el Titular de la Entidad puede delegar la autoridad, pero que en el caso de autorizaciones de prestaciones adicionales de obra solo lo puede hacer en el siguiente nivel de decisión y se mencionan los actos o aprobaciones que son indelegables con el objeto que sea el Titular quien las conozca y apruebe directamente.

2.1.6. Responsabilidades esenciales (artículo 9°)

En el artículo 9° se introducen dos modificaciones: la primera para destacar que los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación, por o a nombre de la Entidad, son



responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación, conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, cumpliendo las normas aplicables y los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios que rigen las contrataciones del Estado establecidos en el artículo 2°.

Como párrafo final se ha incorporado en este artículo una regla relativa a los conflictos de interés. Conforme a esta regla, es responsabilidad de las Entidades prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios establecidos en el artículo 2.

La "Guía sobre el Manejo de Conflictos de Intereses en el Sector Público y Experiencias Internacionales" de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), define al conflicto de interés como el *"conflicto entre el deber público y los intereses privados de un funcionario, donde el funcionario tiene intereses privados y podría ser influenciado incorrectamente, afectando el funcionamiento de sus deberes y responsabilidades oficiales"*.

Los conflictos de interés pueden ser: a) Conflicto de interés propiamente dicho: cuando existe un inaceptable conflicto de hecho entre los intereses individuales o privados del funcionario público y sus obligaciones públicas; b) Conflictos de interés aparente: cuando existe un interés personal que no necesariamente influiría en el funcionario público pero que podría dar lugar a que otros consideren que puede influir en el cumplimiento de sus deberes; y, c) Conflictos de interés potencial: que alude al caso en el que un funcionario público tiene un interés personal que puede convertirse en un conflicto de interés en el futuro.

La finalidad de esta regla es que las Entidades desarrollen, dentro del marco legal, lineamientos e implementen medidas de carácter preventivo que permitan evitar situaciones que comprometan la actuación honesta, imparcial, transparente e independiente de los funcionarios que participan en los procesos de contratación y que los lleven a privilegiar sus intereses económicos, financieros o personales en perjuicio de los intereses del Estado. Se busca, en suma, que, a través de estos lineamientos, quienes participan en los procesos de contratación transparenten debidamente sus intereses, de manera tal que las situaciones de conflicto sean apropiadamente manejadas a efectos de evitar decisiones o acciones en dichos procesos que favorezcan intereses particulares en detrimento del interés general. Es importante destacar que la regla establece la responsabilidad de la Entidades para prevenir y solucionar los conflictos de interés lo cual supone la adopción de medidas y acciones razonables que pueden consistir, por ejemplo, en políticas, lineamientos o directivas para transparentar la información o para conocer posibles relaciones o vínculos que impliquen situaciones de conflicto. No obstante, si pese a la adopción de dichas acciones existen conductas de ocultamiento o falsedad en la información proporcionada a la Entidad por quienes se



encuentran involucrados en el conflicto de intereses u otras similares, la responsabilidad recaerá en los que incurran en dichas conductas y no en los funcionarios de la Entidad que adoptaron las medidas razonables para prevenir y solucionar esas situaciones.

2.1.7. Supervisión de la Entidad (artículo 10°)

En el artículo 10° se ha incorporado un párrafo con la finalidad de establecer que cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato de supervisión debe comprender hasta la liquidación de la obra o conclusión del servicio; siguiendo las condiciones previstas en el Reglamento.

Como el contrato de supervisión es un contrato de naturaleza accesoria lo que se busca con esta modificación es que, desde un inicio, el plazo de ejecución contractual del contrato de supervisión se extienda hasta cuando se haya emitido pronunciamiento final con respecto a la liquidación del contrato de obra o haya concluido el servicio objeto del contrato a supervisar, de manera tal que el plazo de ejecución contractual del contrato de supervisión esté vinculado efectivamente a la duración de la prestación supervisada.

2.1.8. Impedimentos (artículo 11°)

La normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta, pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado. Este libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal, así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en la Constitución Política.

Por tales consideraciones, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones del Estado, solo pueden ser establecidos mediante ley.

En ese sentido, se han introducido en este artículo las siguientes modificaciones:

- El impedimento se ha ampliado a todo proceso de contratación pública durante el ejercicio del cargo en el caso de: los Gobernadores Regionales, Vicegobernadores Regionales y Consejeros de Gobiernos Regionales; los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores; los Titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva.
- La razón de dicha modificación radica en evitar los conflictos de interés que pueden suscitarse debido a la naturaleza, poder de



decisión o influencia que pudiesen tener estas personas mientras se encuentran en el ejercicio de sus funciones.

- En el caso de los Ministros y Viceministros se ha precisado que el impedimento para todo proceso de contratación pública aplica mientras ejercen el cargo y se restringe al ámbito de su sector desde que dejan el cargo hasta los doce (12) meses posteriores.
- En este artículo se ha añadido un nuevo impedimento para restringir la contratación en la entidad a la que pertenecen a quienes detentan influencia, poder de decisión, cuenten con información privilegiada sobre el proceso de contratación o mantengan conflictos de intereses por razón del cargo o función que desempeñan. El impedimento se mantiene hasta doce (12) meses después de que dejen el cargo.
- En el caso de las personas naturales o jurídicas con intervención directa en el proceso de contratación se ha mejorado la redacción con la finalidad de establecer que el impedimento alcanza entre otros a quienes intervengan en la elaboración de los documentos del procedimiento de selección, elaboración de estudios e pre-inversión, estudios definitivos y expedientes técnicos, así como en la emisión de conformidad de las prestaciones objeto del contrato derivado del procedimiento, con excepción del caso de los contratos de supervisión en los que el consultor de obra participe en la determinación de las características técnicas y el valor referencial.
- En lo que se refiere a los impedimentos que alcanzan al cónyuge, conviviente o parientes de las personas impedidas se ha modificado el supuesto reduciendo la limitación a quienes mantengan relación hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- Tratándose de las personas jurídicas en las que tienen participación las personas impedidas, se ha modificado la restricción a fin de señalar que la misma alcanza a aquéllas en las cuales las personas impedidas tengan o hayan tenido una participación superior al 30% del capital o patrimonio social, dentro de los doce meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección; esto a fin de alinear criterios con las normas tributarias respecto a vinculación por propiedad.
- Se ha incorporado un nuevo supuesto de impedimento que alcanza a las personas naturales que hayan sido condenadas en el país o en el extranjero por la comisión de delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias y actos ilícitos en remates, licitaciones, concursos públicos o delitos equivalentes, precisándose que el impedimento alcanza a las personas jurídicas cuyos representantes legales hayan sido condenados por los mismos delitos así como a la persona jurídica cuando el delito ha sido cometido en su nombre o por cuenta de ella y en su beneficio directo o indirecto comprobado judicialmente. También se precisa que el impedimento alcanza a las



personas naturales o jurídicas cuando estas, directamente o a través de sus representantes o personas vinculadas, hubieran admitido o reconocido la comisión de los delitos ante autoridad nacional o extranjera competente.

- Otra modificación introducida en este artículo es la referida al impedimento que se establece para las personas naturales o jurídicas cuando por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia que se pueda demostrar, se determine que son una continuación, derivación, sucesión o testamento de una persona impedida o inhabilitada o de alguna manera esta posee su control efectivo. Con esta disposición se busca comprender dentro del alcance del impedimento a aquellas personas por intermedio de las cuales una persona impedida o inhabilitada, valiéndose de un ropaje o formalidad jurídica, busque evadir los alcances y las consecuencias de su impedimento.
- Se precisa también en este artículo que el impedimento alcanza en un mismo proceso de selección a las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, con la finalidad evitar prácticas que puedan limitar la competencia y afectar el interés público que subyace a la contratación.
- Finalmente, en este artículo se amplía el impedimento para aquellas personas inscritas en el Registro de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional, Registro de Funcionarios y Servidores Sancionados con Destitución y en cualquier otro registro creado por ley que impida contratar con el Estado.

2.1.9. Calificación exigible a los proveedores (artículo 12°)

En el artículo 12° se ha precisado que al incluir las Entidades en los documentos del procedimiento de selección los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación, dichos requisitos deben establecerse de forma clara, esto es, empleando un lenguaje directo y de fácil comprensión. Esta precisión guarda correspondencia con el principio de transparencia que recoge el artículo 2° de la Ley, según el cual, las Entidades deben proporcionar información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia.

2.1.10. Participación en consorcio (artículo 13°)

Mediante la modificación del primer párrafo del artículo 13 se aclara expresamente que los proveedores pueden agruparse en consorcio no solo con la finalidad de ejecutar el contrato sino también con la finalidad de complementar sus calificaciones, con independencia de su participación, según las exigencias de las bases. De esta manera, se



promueve la libre y mayor concurrencia de postores lo que redundará en un mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas.

Por otro lado, se ha incluido una salvedad respecto de la responsabilidad solidaria de los integrantes del consorcio dado que, si bien todos los integrantes del consorcio son responsables solidariamente, resulta de justicia que se tomen en cuenta consideraciones objetivas y probadas que establezcan que esa responsabilidad deba ser atribuida de manera distinta entre los consorciados pudiendo incluso excluir a alguno de los integrantes. Al respecto, se establece que las infracciones cometidas por un consorcio se imputan a todos sus integrantes de manera solidaria, salvo que, debido a la naturaleza de la infracción, la promesa formal, contrato de consorcio o cualquier otro medio documental, de fecha y origen cierto, pueda individualizarse la responsabilidad. En ese supuesto, la sanción se aplica únicamente al consorciado que cometió la infracción.

Corresponde precisar que el Decreto Legislativo N° 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, en su artículo 5 establece que las entidades de la Administración Pública están prohibidas de exigir a los administrados o usuarios, en el marco de un procedimiento o trámite administrativo, entre otros, la legalización notarial de firmas, salvo que esta se exija por ley expresa. En virtud de lo señalado, se ha precisado en este artículo que el contrato de consorcio debe contar con firma legalizada.

Finalmente, en este artículo se establece que los documentos del procedimiento de selección podrán establecer un número máximo de integrantes del consorcio, en función a la naturaleza de la prestación.

2.1.11. Protección y promoción de la competencia (artículo 14°)

En el numeral 14.1 del artículo 14° se ha realizado una modificación por técnica legislativa a efectos de sustituir la referencia al Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas por una mención general a la normativa especial.

De otro lado, en el numeral 14.2 se ha precisado los alcances de la actuación del OSCE en los casos en los que detecte requisitos que afecten la competencia.

El texto original señalaba que cuando el OSCE advierta que un requisito establecido en los documentos del procedimiento de selección podría afectar la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, debía ordenar a la Entidad que lo sustente y/o elimine, según corresponda.

Se ha modificado la norma para indicar que, en aquellos casos en los cuales, en el marco de sus funciones, el OSCE tome conocimiento de que un requisito o regla en los documentos del procedimiento de selección afecta la competencia, contraviniendo los principios de libertad



de concurrencia y de competencia, debe ordenar a la Entidad que elimine el requisito o regla.

Como se puede advertir, la modificación precisa que el OSCE actúa cuando tome conocimiento, en el ejercicio de sus funciones, del requisito o regla indebidos y también establece que, en esos casos, el OSCE ordena directamente a la Entidad la eliminación del requisito o regla que contraviene los principios de libertad de concurrencia y de competencia.

2.1.12. Plan Anual de Contrataciones (artículo 15°)

En este caso la norma se ha modificado para precisar que las especificaciones técnicas y/o los términos de referencia de los requerimientos de bienes, servicios y obras que se programen en el Cuadro de Necesidades, pueden ser mejorados, actualizados y/o perfeccionados hasta antes de la convocatoria, con la finalidad de dar oportunidad a la Entidad para que perfeccione dichas especificaciones y/o términos si así se requiere haciendo más eficiente el proceso de contratación.

2.1.13. Requerimiento (artículo 16°)

En el artículo 16° se han introducido los siguientes cambios: en primer lugar se señala que si bien el área usuaria tiene la responsabilidad de formular de forma objetiva y precisa las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de los bienes, servicios u obras que la Entidad requiere, alternativamente, tal formulación puede ser realizada por el órgano encargado de las contrataciones, es decir, al área de logística o abastecimiento, en aquellos casos en los cuales el área usuaria no tenga la especialidad, el conocimiento o la capacidad técnica para realizar dicha formulación, debiendo, sin embargo, aprobar el área usuaria el contenido de los documentos que formule el órgano a cargo de las contrataciones. La razón de dicha modificación radica en que, si el área usuaria no cuenta con el conocimiento y/o las capacidades necesarias para elaborar de forma objetiva y precisa las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, debe permitirse que la formulación de esos documentos recaiga en quien, por razón de las actividades que realiza, tiene el conocimiento y se encuentra en mejor posición para hacerlo, esto es, en el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad. Es importante mencionar que con esta modificación no se busca descargar del área usuaria la responsabilidad de formular las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico sino únicamente de establecer que, alternativamente, cuando dicha área no tenga la capacidad o el conocimiento suficiente para hacerlo, esa tarea se traslade al órgano encargado de las contrataciones, debiendo el área usuaria otorgar su aprobación.

La segunda modificación consiste en precisar que las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico deben formularse de modo tal que no generen obstáculos o direccionamiento que perjudique la competencia. Aunque tal exigencia deriva de la



aplicación del principio de libertad de concurrencia se ha querido en este artículo destacar la prohibición de generar direccionamiento para subrayar el cuidado que debe tener el área responsable de elaborar las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, a efectos de no limitar o perjudicar la competencia.

2.1.14. Homologación de requerimientos (artículo 17°)

La homologación de los requerimientos genera efectos importantes para el cumplimiento de objetivos institucionales. Con el objetivo de impulsar la homologación resulta necesario ampliar su alcance, siendo posible que las entidades que definan políticas públicas puedan determinar todos los componentes del requerimiento como son las características técnicas de lo que se contratará y los requisitos de calificación (perfil del proveedor). Siendo así, resulta razonable que estos beneficios alcancen a todas las Entidades sin importar el régimen de contratación que se utilice.

En ese sentido se plantea la modificación a este artículo a fin de permitir reducir los costos de transacción y fomentar la mayor participación de postores en la medida que se establece características o requisitos únicos, eliminando la multiplicidad de requerimientos que antes existía.

2.1.15. Valor referencial (artículo 18°)

En este artículo se elimina el concepto de valor estimado y se retorna al concepto único de valor referencial. Actualmente, el valor referencial aplica para obras y consultoría y el valor estimado para bienes y servicios. Con la modificación se plantea utilizar el concepto único de Valor Referencial y se menciona cómo se establece según se tratae de bienes y servicios, obras y consultoría de obras, así como que se debe considerar una pluralidad de potenciales postores, los factores de evaluación y demás condiciones conforme a lo que establezca el reglamento.

2.1.16. Certificación de crédito presupuestario (artículo 19°)

La modificación realizada en el artículo 19° tiene como objetivo precisar que la certificación presupuestaria y la previsión presupuestaria son figuras propias del Sistema Nacional de Presupuesto Público regulado por la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. Asimismo, se ha mejorado la redacción de tal manera que el numeral 19.1 haga referencia al instrumento de certificación presupuestaria, que constituye el requisito general para convocar un procedimiento de selección bajo sanción de nulidad, mientras que en el caso del numeral 19.2 se ha desarrollado el instrumento de previsión presupuestaria que es aplicable, de manera excepcional, en los procedimientos de selección cuya convocatoria se realice dentro del último trimestre de un año fiscal y el otorgamiento de la buena pro y suscripción del contrato se realice en el siguiente año fiscal.



2.1.17. Licitación pública y concurso público (artículo 22°)

En este artículo se ha modificado la redacción a fin de eliminar la referencia al valor estimado, dada la modificación realizada en el artículo 18° que suprimió este concepto. Asimismo, se incluye el concepto de modalidad mixta que implica la prestación de servicios y la ejecución de obras de manera conjunta cuya contratación esté orientada a la gestión de resultados. Se considera importante incorporar esta modalidad a efectos de que se pueda convocar a través de un mismo procedimiento de selección tanto la prestación de servicios como la ejecución de obras precisándose que en el reglamento se establecerán las reglas que se aplicarán a esta modalidad.

Adicionalmente, a fin de agilizar los procedimientos de selección y evitar dilaciones se ha establecido un plazo límite de siete (7) días hábiles para que el OSCE se pronuncie en caso de cuestionamiento del pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

2.1.18. Adjudicación simplificada (artículo 23°)

Al igual que en el caso del artículo 22°, en el artículo 23° se ha modificado el texto para eliminar la referencia al valor estimado.

2.1.19. Selección de consultores individuales (artículo 24°)

En este artículo se modifica la redacción a efectos de eliminar la referencia al valor estimado.

2.1.20. Comparación de precios (artículo 25°)

La comparación de precios es un procedimiento de selección ágil que se utiliza para bienes y servicios que son altamente comerciales, cuyas características han sido definidas en el mercado y que pueden ser ofrecidas por una diversidad de proveedores.

El límite establecido en la Ley vigente no ayuda a que esta ágil herramienta pueda ser utilizada, puesto que para la aplicación de este procedimiento el valor debe estar entre S/. 32,400 (8 UIT) y S/. 40,000, lo cual hace su utilización reducida, pero sobre todo inflexible.

En tal sentido, a efectos de poder contar con un procedimiento que ayude a la mejora de la gestión del abastecimiento de la Entidad, la modificación establece que los límites se puedan adaptar a la realidad del mercado más no a una disposición documentaria que no necesariamente ha sido determinada recogiendo esa realidad del mercado en sus distintos supuestos; así, dicha definición debe regularse en el reglamento luego de un estudio más detallado de la casuística y las potencialidades de esta herramienta.



2.1.21. Contrataciones directas (artículo 27°)

El artículo 27° de la Ley regula las causales de contratación directa que son los supuestos en los que carece de objeto realizar un proceso de selección, toda vez que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. En este artículo se han realizado dos modificaciones, una en el literal k) y otra en el literal m).

La modificación realizada en el literal k) tiene como finalidad precisar que procede la contratación directa de los servicios de asesoría legal para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y policiales siempre que se trate de actos funcionales, es decir, de actos, omisiones o decisiones adoptadas en el ejercicio regular de sus funciones.

La modificación realizada en el literal m) tiene como propósito modificar los requisitos para la contratación directa de servicios de capacitación regulada en ese literal. En primer lugar se precisa que debe tratarse de servicios que sean de interés institucional, para aclarar que el supuesto contemplado es la capacitación pero alineada con la naturaleza, el rol, los objetivos, las funciones o finalidades de la Entidad, eliminándose la mención a servicios "educativos" por redundante. El segundo requisito es que los servicios deben ser prestados o proporcionados por entidades autorizadas o por organismos internacionales especializados, esto es, por entidades debidamente acreditadas para prestar dichos servicios o por organizaciones internacionales que cuenten con la especialización requerida y no por cualquier entidad. Se elimina en este caso el requerimiento de que las entidades que brindan capacitación cuenten con procedimiento de admisión o selección para el ingreso o aceptación de los funcionarios o servidores dado que dicha exigencia no necesariamente es relevante para definir la calidad de los servicios de capacitación o la conveniencia de la contratación, siendo de mayor importancia la autorización, acreditación o especialización con que cuenten estas instituciones, lo que será regulado en el reglamento.

2.1.22. Rechazo de ofertas (artículo 28°)

En el artículo 28° se ha modificado el texto a efectos de establecer que la Entidad puede rechazar las ofertas, por debajo del valor referencial, en el caso de bienes y servicios, si determina, mediante razones objetivas, la existencia de un riesgo de incumplimiento del contrato por parte del proveedor. La norma antes hacía referencia a que se susciten dudas razonables. Con la modificación planteada se busca destacar que el rechazo procede cuando existan y se acrediten razones objetivas en las cuales la Entidad pueda basar su apreciación sobre el riesgo de incumplimiento y siempre que se haya solicitado por escrito o por medios electrónicos al proveedor la descripción a detalle de la composición de su oferta para asegurarse de que pueda cumplir satisfactoria y legalmente sus obligaciones del contrato. Como se puede ver, este cambio persigue descartar el rechazo de ofertas basado en apreciaciones o juicios



subjetivos y obliga a las Entidades a motivar su decisión en circunstancias objetivas, a fin de no perjudicar la competencia y garantizar la observancia de los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia y competencia.

Asimismo, en este artículo se ha modificado lo referido al rechazo de las ofertas en el caso de ejecución de obras y de consultoría de obras. Antes se establecía que la Entidad debía rechazar las ofertas que se encuentren por debajo del 90% del valor referencial o que excedan este en más del 10%. Con la reforma planteada se siguen rechazando las ofertas que excedan en más del 10% el valor referencial, pero también se rechazan las ofertas que excedan en menos del 10% el valor referencial si no es posible que la Entidad incremente su disponibilidad presupuestal para atender los compromisos derivados de la ejecución del respectivo contrato. La finalidad de esta modificación es evitar que se acepten propuestas por encima del valor referencial que den lugar a compromisos posteriores de la entidad producto de la adjudicación que no cuenten con la suficiente disponibilidad de recursos para su atención, generando el riesgo de que el Estado incumpla con sus obligaciones. En lo que se refiere al rechazo de las ofertas que se encuentren por debajo del valor referencial, la norma también ha sido modificada para precisar que se rechazarán las ofertas que se encuentren, ya no por debajo del 90% del valor referencial, sino por debajo, en un 20% o más, del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el valor referencial.

2.1.23. Declaratoria de desierto (artículo 29°)

En este artículo se han eliminado los dos últimos párrafos referidos a la declaratoria de desierto de los procedimientos de selección cuyo objeto sea la contratación de un seguro patrimonial o la contratación de productos farmacéuticos y dispositivos médicos, pues dichos casos ya se encuentran regulados como supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión del OSCE en los literales f) y g) del artículo 5° de la Ley.

2.1.24. Cancelación (artículo 30°)

La modificación planteada en el artículo 30° persigue aclarar que la cancelación del procedimiento de selección por la Entidad es mediante resolución debidamente motivada. Asimismo, se ha precisado que entre las razones que puede esgrimirse para la cancelación del procedimiento ya no puede encontrarse que el presupuesto asignado sea insuficiente - pues se entiende que en el Plan Anual de Contrataciones aprobado deben preverse las contrataciones cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura-, sino solo que el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente. Igualmente, se suprime la posibilidad de que la Entidad pueda fundar la cancelación del procedimiento en otras razones justificadas, lo que significa que únicamente podrá hacerlo por los motivos expresamente señalados en la norma.



2.1.25. Métodos especiales de contratación (artículo 31°)

En el artículo 31° se ha modificado el texto con la finalidad de precisar que el Reglamento establecerá no solo los procedimientos para implementar o mantener los Catálogos Electrónicos del Acuerdo Marco, sino también las condiciones de aplicación y políticas de rotación entre proveedores, la verificación de los requisitos de capacidad técnica y legal de los proveedores y las demás particularidades que sean necesarias para la ejecución de este método especial de contratación. De otro lado, en este artículo se ha suprimido la facultad de establecer por reglamento otros métodos especiales de contratación.

2.1.26. Contrato (artículo 32°)

El artículo 32° contiene modificaciones importantes relacionadas con los contratos de ejecución de obras. Uno de los problemas que se presenta en este tipo de contratos es la inadecuada definición, estimación y asignación de los riesgos asociados al cumplimiento de esta clase de contratos, lo que termina originando una serie de conflictos que tienen incidencia no sólo en el presupuesto asignado a la obra sino también en la calidad de la misma, los plazos de entrega y las responsabilidades asumidas por los contratantes.

En ese sentido, se introduce en el artículo 32° una regla de acuerdo con la cual, en los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación, debiendo dicho análisis formar parte del expediente técnico y realizarse conforme a las directivas que se emitirán para tal efecto. Con esta regla se persigue que en el expediente técnico se incorpore un estudio o evaluación de riesgos que permita conocer aquellas situaciones o circunstancias asociadas al cumplimiento del contrato que pueden presentarse y suponer un riesgo para su debida ejecución, de modo tal que puedan preverse oportunamente acciones y planes de intervención para hacerles frente, así como las responsabilidades y obligaciones de las partes con respecto a ellas. Se busca evitar con esto que, a consecuencia de una inadecuada planificación del contrato y de los riesgos asociados a él, se inicien obras que luego no se puedan terminar o que no se encuentren dentro de los términos de tiempo, recursos, calidad y condiciones exigidos.

Adicionalmente, a la luz de las buenas prácticas internacionales, se ha previsto que los contratos regulados por la presente norma, deben incluir una cláusula anticorrupción.

Igualmente, en el artículo 32° se ha precisado que si bien en para la ejecución de obras la Entidad debe contar con la disponibilidad física del terreno, excepcionalmente tal disponibilidad puede acreditarse mediante entregas parciales siempre que las características de la obra lo permita y esta información se consigne en los documentos del procedimiento de selección. Ello con la finalidad de permitir que, en los supuestos en los cuales no se pueda contar desde origen con la disponibilidad del terreno,



se pueda recurrir a la modalidad de entregas parciales, si los términos del procedimiento de selección así lo prevén.

De otro lado, en este artículo se indica que en el caso de ejecución de obras que cuenten con residentes o supervisores a tiempo completo, estos no podrán prestar servicios a tiempo completo en otras obras, a efectos de asegurar y garantizar la calidad y dedicación de sus servicios.

En este artículo también se incorporan algunas reglas aplicables a todos los contratos. Así, se incorpora la obligación de que en todo contrato se incluya, necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas de prevención de prácticas indebidas o de corrupción en línea con el principio de integridad que recoge el artículo 2 de la Ley. También se precisa la responsabilidad que compete al contratista para ejecutar correctamente las prestaciones a las que se encuentra obligado, así como para apoyar el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos. De esta manera lo que se quiere es subrayar el papel y responsabilidad del contratista como contraparte de la Entidad en el contrato estatal para la obtención de una finalidad u objetivo público, lo que supone el deber, no solo de ejecutar correctamente todas las prestaciones a las que se encuentra comprometido, sino también de apoyar y contribuir con el adecuado cumplimiento de la relación obligatoria creada por el contrato, actuando en consecuencia con ese cometido. Se trata, pues, de una regla que impone al contratista un verdadero deber de conducta para alcanzar la finalidad pública del contrato estatal.

Finalmente, se ha introducido un último párrafo en este artículo para señalar que la responsabilidad por la adecuada formulación del expediente técnico o estudios definitivos corresponde al proyectista y al supervisor de acuerdo al alcance de sus respectivos contratos, y que es responsabilidad de la Entidad la entrega de la completa información que es puesta a disponibilidad de los postores así como la aprobación de los expedientes o estudios definitivos.

2.1.27. Modificaciones al contrato (artículo 34°)

En este artículo se ha precisado que el Titular de la Entidad puede autorizar prestaciones adicionales de obra mayores al 15% y hasta un máximo del 50% del monto contratado, entre otros casos, por causas no previsibles en el expediente de obra y que no sean de responsabilidad del contratista.

Igualmente, se suprime la referencia contenida en la Ley en virtud de la cual el monto hasta por el que se podían aprobar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra debía ser proporcional al incremento del monto de la obra como máximo. En este caso simplemente se indica que no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.2.

