

CASAHIERRO | ABOGADOS

BRINDAMOS SERVICIOS LEGALES INTEGRALES BAJO ESTÁNDARES INTERNACIONALES



De las buenas prácticas como proveedor del Estado, desde la perspectiva de la Ley de Contrataciones y su Reglamento

Julia Sánchez

5 de marzo de 2019



BUENAS PRÁCTICAS COMO PROVEEDOR DEL ESTADO

Artículo 138 RLCE

“138.4. Cláusulas Anticorrupción

Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas tienen el siguiente contenido mínimo

- a) La declaración y garantía del contratista de **no haber**, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7, **ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.***
- b) La obligación del contratista de **conducirse en todo momento**, durante la ejecución del contrato, con **honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente** o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7.*
- c) El compromiso del contratista de: i) **comunicar** a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, **cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento**; y ii) **adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.**”*

BUENAS PRÁCTICAS COMO PROVEEDOR DEL ESTADO

Conjunto de lineamientos que debe seguir toda empresa que se dedica al rubro “venta gobierno” con la finalidad de:

- Diseñar una estrategia para el acceso a la mayor cantidad de oportunidades de negocios con el estado.
- Control en los cuestionamientos respecto de la autenticidad de la documentación que se presenta en las ofertas.
- Corrección del mercado, retirando a las empresas con conductas desleales y conductas anti compliance.
- Culminación del contrato, sin recurrir a conciliación y/ arbitraje.

INDAGACIÓN DEL MERCADO

Artículo 16 LCE

*“16.1 El **área usuaria** requiere los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de **formular las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, así como los requisitos de calificación**”*

*16.2 (..) especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico **deben proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo**”*

Artículo 29 RLCE

*“29.3. Al definir el requerimiento **no se incluyen exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias** referidas a la calificación de los potenciales postores que **limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos.**”*

*“29.11. 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 (...). Las modificaciones cuentan con la aprobación del área usuaria.”*

Artículo 32 RLCE

*“32.2. Al **realizar la indagación de mercado**, el órgano encargado de las contrataciones puede recurrir a información existente, incluidas las contrataciones que hubiera realizado el sector público o privado, respecto de bienes o servicios que guarden similitud con el requerimiento (...)”*

*“32.3. La **indagación de mercado** contiene el análisis respecto de la **pluralidad de marcas y postores** (...)”*

Buenas Prácticas en la indagación del mercado

1

Cuando la **solicitud** de cotización se encuentra **incompleta**: La empresa debe **solicitar** a la Entidad **toda la información** que requiera para enviar una **cotización seria**.

2

Cuando la **solicitud** de cotización incluye **información** que **direcciona** el proceso a un **proveedor**: Se debe dar respuesta indicando que **NO** es posible dar respuesta a la cotización, advirtiendo el direccionamiento del proceso, y proponer el bien/servicio comercializado indicando la cotización por este.

3

Cuando a la **solicitud** incluye información cuyo bien o servicio **no cumple con lo ofrecido por la empresa**: Dar respuesta a la cotización, **proponiendo** el producto/bien que comercializa indicando su cotización de su producto/servicio.

Pronunciamiento N° 203-2018/OSCE- DGR-SIRC

Debe guardar
identidad entre las
especificaciones
técnicas
referenciadas en el
estudio de
mercado y aquellas
que se indican en
las Bases.

De la revisión del documento se observó que las especificaciones técnicas referenciadas en el estudio de mercado y aquellas que se indican en las Bases.

Publicar en el SEACE, en virtud del Principio de Transparencia, un **informe técnico, validado por el área usuaria y el órgano encargado de las contrataciones**, en el cual se indique que la especificación técnica referida a que “el tamaño de la micra debe ser 0.03 micras hasta 0.1 micras” **formó parte del requerimiento con el cual se efectuó el estudio de mercado en el cual se determinó la pluralidad de proveedores y marcas.**

De la revisión del documento se observó que las especificaciones técnicas referenciadas en el estudio de mercado y aquellas que se indican en las Bases.

En el artículo 14 de la Ley y el artículo 8 del Reglamento, se establece que las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el presupuesto básico, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y general de las características y requisitos funcionales necesarios para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe mediar la contratación. Asumiendo como axioma verídico que el efecto de requerimiento no debe producirse por una desproporción en la oferta de la contratación, es necesario que las especificaciones técnicas y los términos de referencia, así como el presupuesto básico, sean claros y precisos, para evitar la ambigüedad en la interpretación y la selección de proveedores y marcas.

Pronunciamiento N° 305-2018/OSCE- DGR-SIRC

Se hace hincapié en las especificaciones técnicas que sustenta el estudio de mercado y sobre las cuales se determinó la pluralidad de postores.

Ahora bien, en el presente caso, de la revisión del pliego absolutorio se advierte que mediante las consultas y/u observaciones N° 6, N° 7, N° 9, N° 45 y N° 47, los participantes señalaron que **existirían deficiencias en el estudio de mercado que determinó la pluralidad de marcas y postores en capacidad de atender el requerimiento**, toda vez que, según señalaron, **las especificaciones técnicas correspondientes a los Dataloggers serían restrictivas y estarían direccionadas a una marca en específica**, y que además dicha marca solo sería comercializada por un único proveedor, agregado a ello los participantes señalaron que, **de los tres proveedores consignados en el estudio de mercado, no se advertirían que cumplen con la totalidad de las especificaciones técnicas**; situación que representaría un riesgo al Principio de Libertad de Concurrencia

Deberá publicarse en el SEACE, en virtud al Principio de Transparencia, el listado total de las marcas determinadas en el estudio del mercado, que cumplen con las especificaciones técnicas, en su integridad, siendo que, de verificarse que estas no cumplen con todo el requerimiento se advertiría deficiencias en el estudio de mercado que afectarían la validez del procedimiento.

CONSULTAS Y OBSERVACIONES

Artículo 72 RLCE

*“72.1. (...) Las **consultas** son solicitudes de **aclaración** u otros pedidos de cualquier extremo de las bases”*

Artículo 72 RLCE

*“72.2. (...) formular **observaciones** a las bases, de manera fundamentada, por supuestas **vulneraciones** a la **normativa** de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación.”*

Artículo 72 RLCE

*“72.4. La **absolución** se realiza de manera **motivada** mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones que se elabora conforme a lo que establece el OSCE; en el caso de las observaciones se indica si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen.”*

Buenas Prácticas en las consultas y observaciones

1

Si el procedimiento está **direccionado** a un proveedor; se debe observar indicando, **expresamente, a que marca o proveedor se está beneficiando**. Así como **acreditar** tal situación.

2

Si lo establecido en las Bases del procedimiento de **selección no permitirán que el postor pueda presentar la oferta**; se debe solicitar la apertura del procedimiento debidamente sustentado.

3

Los requerimientos sea como consultas y/o observaciones Deben ser **sustentados y debidamente acreditados**.

Se debe sustentar
(acreditar) los
requerimientos o la
solicitudes.

- El participante señala que la Entidad está requiriendo como plazos de entrega tiempos reducidos para la asignación de puntaje, señalando que **la fabricación de este tipo de unidades demora el tiempo promedio de 45 a 60 días**, por lo que sería **prácticamente imposible que un postor pudiese cumplir con dicho criterio**, solicitando reformule lo señalado con plazos de entrega más realistas, sin modificar el requerimiento de 90 días calendario.

Pronunciamiento N° 137-2018/OSCE- DGR-SIRC

Se debe sustentar
los requerimientos
o la solicitudes, no
son válidas
suposiciones.

"El participante SELCONP CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. cuestionó la absolución de su consulta y/u observación N° 10, por lo siguiente:

*"(...) Es preciso señalar que de acuerdo al cuadro comparativo que ha sido publicado con el pliego absolutorio de consultas y/u observaciones se ha considerado en la fuente COTIZACIONES ACTUALIZADAS a dos empresas dedicadas al rubro de transportes; sin embargo, al efectuar la consulta RUC en la página web de SUNAT, una de ellas se dedica al transporte de carga, por lo tanto, **no es posible determinar que exista pluralidad de postores**. Más aun tomando en consideración que al momento de efectuar la absolución de observaciones respecto al requisito de calificación EXPERIENCIA DEL POSTOR, el comité de selección ha considerado como servicios similares a los servicios de transporte en camionetas y/o buses excluyendo a los servicios en camiones, transporte de equipo y/o maquinaria".*

ELEVACIONES DE BASES

Artículo 72 RLCE

*“72.9. Dentro de los tres (3) días hábiles de vencido el plazo para **solicitar la elevación** indicada en el numeral anterior, y siempre que ésta se haya producido, la Entidad registra en el SEACE los documentos previstos en el TUPA del OSCE y en la Directiva correspondiente”.*

Artículo 72 RLCE

*“72.10. El **pronunciamiento** que emite el OSCE se encuentra **motivado** e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto trascendente de las bases y realiza la integración definitiva”.*

Buenas Prácticas en la elevación de Bases

1

La solicitud de elevación de Bases debe incluir los **argumentos que refuten lo señalado por el Comité Especial**. Estos argumentos deben estar debidamente **sustentados**, solo así podremos motivar al OSCE proceda a requerir previo a la Integración el sustento técnico.

2

Si el procedimiento está **direccionado** un proveedor; al elevar se la respuesta de la Entidad se debe, expresamente, indicar a que marca o proveedor se está beneficiando. Así como acreditar tal situación.

3

No agotar los argumentos en la solicitud de elevación, el proveedor puede presentar escritos ampliatorios e incluso solicitar formalmente reunión con la DTN del OSCE.

Pronunciamiento N° 192-2017/OSCE- DGR-SIRC

Se sustentó el
direccionamiento
desde la etapa del
estudio de
mercado.

*"(...) de la revisión del Resumen Ejecutivo publicado en el SEACE, se aprecia que en el estudio de mercado se consideró las cotizaciones para el paquete N° 1 de nuestra empresa y del REPRESENTACIONES HOSPITALARIAS NACHACCOV E.I.R.L., con lo cual vuestra Entidad indicó que se **determinó la pluralidad de postores**, conforme lo establece el artículo 8 del Reglamento; **no obstante, no existe correspondencia entre las especificaciones técnicas brindadas en la cotización y las especificaciones técnicas de las bases** (incluyendo el pliego de absolución de consultas y observaciones), por lo que consideramos que **no estaríamos frente a pluralidad de postores** en la medida que (...) ya **no habría correspondencia entre las especificaciones técnicas del producto cotizado por nuestra empresa y las especificaciones técnicas del producto requerido en bases.**"*

La Entidad deberá verificar que la solicitud de cotización remitida a la empresa PRODUCTOS ROCHE Q.F.S.A, así como la respuesta a la misma, que fue considerada para determinar la pluralidad de postores y el valor referencial en el Estudio de Mercado, considera las mismas especificaciones técnicas del Ítem paquete 1 que han sido consignadas en las Bases

Pronunciamiento N° 849- 2018/OSCE-DGR

Se presentó
escritos
complementarios a
la solicitud de
elevación de Bases.

*"CYMED MEDICAL. S.A.C., remitió un análisis complementario al remitido en su **solicitud de elevación** de cuestionamientos, referente al presente extremo del cuestionamiento, señalando entre otros aspectos lo siguiente:"*

*"(...) conocimiento de las necesidades que pretende satisfacer, por lo tanto, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente extremo cuestionamiento; sin **perjuicio de ello**, en virtud del Principio de Transparencia, se emitirá la siguiente disposición:*

*1. **Deberá publicarse un informe técnico validado por el área usuaria**, en el cual se detallen las **razones** de orden técnico por las cuales **no correspondería aceptar la modificación propuesta por el participante CYMED MEDICAL S.A.C.**, la misma que se detalla a continuación:*

FORMULACIÓN DE OFERTAS

Artículo 2 LCE

*“Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes **principios**, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación:*

(...)

*j) **Integridad.** La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, **evitando cualquier práctica indebida**, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.”*

Artículo 52 RLCE

“Los documentos del procedimiento establecen el contenido de las ofertas. El contenido mínimo es el siguiente:

*b) Declaración jurada declarando que:
(..)*

*vii. Es **responsable de la veracidad de los documentos** e información que presenta en el procedimiento”*

Artículo 59 RLCE

*“El **postor** es **responsable** de la **exactitud y veracidad** de dichos documentos.”*

Buenas Prácticas en la formulación de ofertas

1

Se debe revisar todas las Bases antes de formular la oferta.

2

Lo expuesto en la oferta debe pasar por los filtros del área técnica, el área comercial y el área legal.

3

El postor **debe verificar la exactitud y veracidad** de la documentación que presenten en la oferta, aun cuando este documento sea aportado por un tercero.

Resolución N° 1346-2018-TCE- S3

No se exime de responsabilidad, el hecho que un tercero haya aportado el documento falsa.

*"Por lo tanto, **todo argumento** dirigido a sostener que la señora Margot López García, su trabajadora, fue la **persona quien habría adjuntado o proporcionado los documentos cuestionados**, no resulta un argumento capaz de desvirtuar la **responsabilidad por la presentación de documentos falsos**, ni tiene asidero alguno, por cuanto en el marco de un proceso de selección el Postor es quien participa en el mismo y no el trabajador"*

*"Ello es así, puesto que en el caso de un posible **beneficio** derivado de la presentación de un **documento falso adulterado dentro del proceso de selección o durante su ejecución**, que no ha sido detectado en su momento, éste será aprovechable directamente por el proveedor que participa en la contratación; consecuentemente, **resulta razonable que sea él también quien soporte los efectos de la sanción administrativa que corresponde**, en caso que dicho documento falso o adulterado y/o inexacto sea detectado, y **no un tercero**; esto es así, debido a que la norma administrativa imputada solo sanciona la acción de presentar en sí del documento falso o adulterado en el marco de un procedimiento de selección, en consecuencia, siendo el **postor y/o contratista quien lo presenta como parte de su propuesta ante la Entidad**, es ésta el único responsable de dicha infracción".*

Resolución N° 1036-2017- TCE- S1

No existe “buena fe” por parte del postor.

Es obligación del postor verificar la autenticidad de la documentación que se presenta en la oferta.

26. Al respecto, el Postor argumenta que no puede controlar los errores administrativos de terceros ajenos a su empresa, ya que su actuar se basa en el principio de buena fe. Asimismo, refiere que solicitó la documentación al personal controlado para realizar el servicio quienes le presentaron los documentos cuestionados.

*“En este punto, debe dejarse claramente establecido que es **obligación** de cada **postor** comprobar la **autenticidad de los documentos presentados** ante las entidades, responsabilidad que no puede ser trasladada a terceros, toda vez que son los postores quienes responden ante el Estado por las faltas cometidas. En esa línea, **aun cuando sea un tercero quien a su vez envíe o gestione la obtención y presentación de determinada documentación**, ello no releva al postor de cumplir con su obligación de verificar o comprobar la veracidad de los documentos presentados ante el Estado. Ello **sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal que pueda atribuirse a la persona que creó el documento falso y/o inexacto**, para lo cual compete al postor activar las vías legales que estime pertinentes”*

continuidad en las propuestas es de entera responsabilidad de los postores. Esta obliga a que los promotores, postores y contratistas sean diligentes en cuanto a la verificación de la autenticidad, veracidad y fiabilidad de los documentos y de la información que presentan dentro del marco de un proceso de selección, que, por lo demás, constituye una obligación que forma parte de sus deberes como administrados y le da contenido al principio de buena fe que rige sus actuaciones con la Administración.

Resolución N° 633-2011-TC-S1

Se exime de responsabilidad al postor por presentación de documentación falsa por haber guardado la debida diligencia.

24. “Al respecto, debe destacarse que la **Contratista** **contrató** al mencionado **trabajador** luego de haber **obtenido la máxima evaluación** hecha por MANPOWER, que es una de las empresas más conocidas del mercado mundial en materia de reclutamiento de personal, lo cual **denota su alta preocupación por incorporar en sus filas a personal de alta calidad y capacidad**. Más aún, debe tenerse en cuenta en el presente caso que es la propia empresa MANPOWER la que seleccionó al señor Bazán, entre otros postulantes, asegurando que según los resultados de las evaluaciones cumplía integralmente con el perfil y el grado académico requerido por la Contratista, ingeniero titulado, motivo por el cual recomendó la incorporación como trabajador de la Contratista en el cargo de Ingeniero de Redes”

25. “De lo expuesto, queda acreditado que la **Contratista** **tuvo la diligencia debida** y la precaución de utilizar los servicios de la empresa MANPOWER, la cual es una especialista en la evaluación de personal, para cerciorarse de la aptitud del señor Bazán Ascencios, tal y como puede apreciarse de Informe Resumen exhibido a este Colegiado, en la cual se indica claramente que el señor Bazán Ascencios es una persona óptima para el cargo de Ingeniero de Redes, por lo **tanto la Contratista no tenía ningún motivo que lo hiciera desconfiar de la autenticidad de los documentos que el referido señor alcanzo en su oportunidad. (...)**”

EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Artículo 160 RLCE

*“160.1. Las **modificaciones** previstas en numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, cumplen con los siguientes requisitos y formalidades:*

(...)

*c) La **suscripción de la adenda** y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE”*

Artículo 162 RLCE

*“162.5. El **retraso** se **justifica** a través de la **solicitud de ampliación** de plazo debidamente aprobado”*

Buenas Prácticas en la ejecución del contrato

1

Las solicitudes de **ampliación de plazo** **debe ser sustentados y acreditados** por el proveedor, la Entidad ni un potencial arbitro puede suponer, que estos conocen el evento que generó el atraso.

2

La **modificaciones al contrato** (salvo adicionales o reducciones) debe ser materializados por **adenda**.

3

Toda **comunicación** debe ser canalizada a los **funcionarios** con los que se firmó el **Contrato** o el **indicado en las Bases** para determinadas solicitudes.

Opinión N° 074- 2018/DTN

El contratista debe sustentar y cuantificar su solicitud de ampliación de plazo.

2.1.3. Como se aprecia, tanto la regulación anterior como la vigente establecen los supuestos por los cuales el contratista puede solicitar la ampliación de plazo, al

*“De ello se desprende que el hecho o la circunstancia invocada como **causal de ampliación de plazo debe estar adecuadamente acreditada y sustentada por el contratista** y en la solicitud este debe cuantificar el plazo adicional que resulte necesario para culminar su prestación; y en función de ello, la Entidad evalúa la pertinencia de otorgar una ampliación de plazo.”*

contratista y en la solicitud este debe cuantificar el plazo adicional que resulte necesario para culminar su prestación; y en función de ello, la Entidad evalúa la pertinencia de otorgar una ampliación de plazo.

*“En virtud de lo expuesto, atendiendo al tenor de la consulta materia de análisis y sus antecedentes, debe señalarse que tanto en la regulación anterior como en la vigente se establecen los supuestos por los cuales el **contratista puede solicitar ampliación de plazo en los contratos de bienes, servicios y ejecución de obras, siendo responsabilidad del contratista cuantificar y sustentar su solicitud(...)**”.*

órganos responsables de revisar la solicitud) evaluar dicha solicitud y analizar si los hechos y el suceso presentados por el contratista configuran la causal invocada para así poder aprobar la solicitud.

AV. VICTOR ANDRÉS BELAUNDE N° 280 – OFICINA 401

LIMA - PERÚ

TEL: (511) 222-5599

(511) 715-6546

WWW.CSAHIERROABOGADOS.COM.PE

ENCUÉTRANOS EN :

