

# UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

### *“LA EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA CON EL ESTADO”*

**Tesis para optar el título profesional de Abogada**

**Autora:**

Bach. Mariela Amelí Grados Fabian de Fernández

**Asesor:**

Ms. Santiago Manuel López Valverde



**Trujillo - Perú  
2019**

## **DEDICATORIA**

Mi tesis la dedico con todo mi amor a mis padres, Miguel y Antonia, quienes permanentemente me apoyaron con espíritu alentador, contribuyendo incondicionalmente a lograr las metas y objetivos propuestos.

A mis amadas hijas, Ivanna y Yeslly, por ser mi fuente de motivación e inspiración para poder superarme cada día más y a mi querido Esposo Ricardo por su apoyo incondicional, cariño y comprensión.

A mi hermano Jarvey por su apoyo incondicional.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, en todo momento y lugar, por bendecir y permitirme el desarrollo de esta tesis.

A los dilectos maestros de UPAO por las enseñanzas ofrecidas en las aulas.

A mi asesor de Tesis, Santiago Manuel López Valverde, por cada una de sus lecciones y consejos a lo largo del desarrollo de la presente investigación.

## PRESENTACIÓN

**SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:**

**Presente.**

MARIELA AMELÍ GRADOS FABIAN, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de esta Universidad, cumpliendo con los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de Tesis de la Facultad de Derecho, tengo el honor de presentar a ustedes el presente trabajo de investigación titulado: “LA EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA CONTRATACION DIRECTA CON EL ESTADO” Por tanto, dejo a su criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Aprovechando la oportunidad para expresarles sentimientos de mi consideración y estima personal.

Trujillo, 21 de Noviembre del 2019.

---

BACH. MARIELA AMELÍ GRADOS FABIAN

## RESUMEN

En principio, nuestra legislación en contrataciones del Estado contempla situaciones especiales en donde carece de objeto la tramitación por etapas de un procedimiento selectivo ordinario (Actos Preparatorios, Procedimiento de Selección y Ejecución del Contrato); por lo que, atendiendo a razones coyunturales, económicas o de mercado, la institución pública contrata directamente con un determinado proveedor.

No obstante, para la aprobación y ejecución de las contrataciones directas, el Reglamento de la Ley N° 30225, ha previsto circunstancias y requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de las Entidades.

Sobre el particular, el artículo 49° del Reglamento establece los requisitos de calificación que las Entidades “pueden adoptar”, siendo estos: (i) Capacidad legal; (ii) Capacidad técnica y profesional; y (iii) Experiencia del postor (iv) Solvencia Económica; asimismo, resulta importante mencionar que dichos requisitos podrían resultar de carácter obligatorio o facultativo según el tipo de prestación (bien, servicio, consultoría u ejecución de obra) a contratar.

De lo anterior se colige que, dado el carácter expeditivo que tienen las contrataciones directas, la normativa vigente menciona determinados requisitos mínimos que deben contener sus Bases y otorga discrecionalidad a las Entidades para que puedan definir aquellos otros requisitos a considerar; sin embargo, ni la Ley ni el Reglamento han dispuesto imperativamente la exigencia del requisito **“la experiencia del postor”**, mucho menos, el tiempo de experiencia mínimo con el que deba contar el proveedor.

## ABSTRACT

In principle, our state contracting legislation contemplates special situations where the processing by stages of an ordinary selective procedure is lacking purpose (Preparatory Acts, Contract Selection and Execution Procedure); Therefore, based on short-term, economic or market reasons, the public institution contracts directly with a specific provider.

However, for the approval and execution of direct contracting, the Regulation of Law No. 30225, has provided circumstances and requirements of mandatory compliance by the Entities.

In this regard, article 49 of the Regulations establishes the qualification requirements that the Entities “may adopt”, being these: (i) Legal capacity; (ii) Technical and professional capacity; and (iii) Bidder experience (iv) economic solvency; It is also important to mention that these requirements could be mandatory or optional depending on the type of service (good, service, consulting or execution of work) to be contracted.

From the foregoing, it is agreed that, given the expeditious nature of direct contracting, current regulations mention certain minimum requirements that their Bases must contain and grant the Entities discretion so that they can define those other requirements to consider; however, neither the Law nor the Regulations have imperatively set out the requirement of the “experience of the bidder” requirement, much less, the minimum experience time that the supplier must have.

## Tabla de contenido

CAPÍTULO 1. Introducción .....	9
1.1. Problema. ....	9
1.1.1. Planteamiento del problema. ....	9
1.1.2. Enunciado del problema:.....	18
1.2. Hipótesis:.....	18
1.2.1. Variables: .....	18
1.3. Objetivos: .....	19
1.3.1. Objetivo General. ....	19
1.3.2. Objetivos Específicos:.....	19
1.4. Justificación.....	19
CAPITULO 2. Marco Teórico .....	20
2.1. Antecedentes .....	20
2.2. Bases Teóricas.....	25
CAPITULO 3. Metodológico.....	36
3.1. Tipo de investigación .....	36
3.1.1 Por su finalidad.....	36
3.1.2 Por su profundidad. ....	37
3.1.3 Por su naturaleza. ....	37
3.2 Material de estudio .....	38
3.3 Recolección de datos.....	38
3.3.1 Técnicas.....	38
3.3.2 Instrumentos: .....	39
3.4 Análisis de datos.....	39
CAPITULO 4. Resultados y Discusión.....	41
4.1 Resultados .....	41
Conclusiones y Recomendaciones .....	60

## Índice de Tablas

TABLA N° 1: Opinión acerca de la contratación directa.....	55
TABLA N° 2: Opinión si resultan aplicables los principios de libre competencia e imparcialidad en las contrataciones directas .....	57
TABLA N° 3: Opinión si resulta obligatoria la experiencia del postor en la contratación directa .....	58



## CAPÍTULO 1. Introducción

### 1.1. Problema.

#### 1.1.1. Planteamiento del problema.

De manera previa, debe indicarse que, con fecha 30 de enero del 2019, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444 -que modifica la Ley N° 30225- y el Decreto Supremo N° 344-2018 EF -que modifica el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, que entra en Vigencia el 30 de Enero del 2019, cuyas disposiciones son de aplicación a partir de la fecha mencionada salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados con anterioridad a ella, los cuales se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria<sup>1</sup>.

Por lo general, todo Proceso de la Contratación cuenta con tres etapas: Actos Preparatorios, Procedimiento de Selección y Ejecución del Contrato; sin embargo, en el proceso de Contratación Directa no se realiza el “procedimiento de selección” ya que se contrata inmediatamente al proveedor en situaciones especiales establecidas en la nueva Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N° 30225).

Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos taxativos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección competitivo, toda vez que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27° de la Ley y constituyen las causales de contratación directa.

Cabe resaltar que, la aprobación de una contratación directa faculta a la Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor; sin embargo, ello no enerva su obligación de aplicar las disposiciones de la normativa de

---

<sup>1</sup> De conformidad con lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del D. Leg. N° 1444.

contrataciones del Estado que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual, debiendo observarse los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías propios de estas fases<sup>2</sup>.

Expuesto lo anterior, corresponde indicar que, para la aprobación y ejecución de las contrataciones directas, el Reglamento de la Ley N° 30225, ha previsto circunstancias y requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de las Entidades.

Así, el numeral 101.1°, del artículo 101°, del Reglamento, establece que para la aprobación de las contrataciones directas se requiere la resolución del Titular de la Entidad o acuerdo de Consejo Regional, Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado —según corresponda—; debiendo contar tales documentos con el respectivo sustento técnico y legal, el mismo que debe desprenderse del informe o informes previos que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la contratación<sup>3</sup>.

Por su parte, el numeral 102.1, del artículo 102, del Reglamento señala que una vez aprobada la contratación directa, la Entidad debe efectuar acciones inmediatas, invitando a un solo proveedor cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases, las cuales deben contener *como mínimo* lo indicado en los literales a), b), e), f), l) y o) del numeral 48.1 del artículo 48°, del Reglamento, referidos a: (i) la denominación del objeto de la contratación; (ii) los términos de referencia, para el caso de servicios; (iii) la modalidad de ejecución de llave en mano, de corresponder; (iv) el sistema de contratación; (v) las garantías aplicables; y, (vi) la proforma del contrato, cuando corresponda.

De lo anterior puede inferirse que, dado el carácter expeditivo que tienen las contrataciones directas, la normativa vigente menciona determinados requisitos mínimos que deben contener sus Bases y otorga cierto grado de discrecionalidad

---

<sup>2</sup> De conformidad con el numeral 102.2, del artículo 102 del Reglamento.

<sup>3</sup> De conformidad con el numeral 101.2, del artículo 101 del Reglamento.

a las entidades para que puedan definir aquellos otros requisitos a considerar, **para lo cual deberán tomar en cuenta la información detallada en su requerimiento.**

Sobre este último punto, debe precisarse que según el artículo 29° del Reglamento<sup>4</sup>, todo requerimiento formulado por el área usuaria incluye, entre otros aspectos, los requisitos de calificación que se estimen necesarios, a efectos de verificar que los postores cuentan con las capacidades suficientes para ejecutar el contrato.

Abundado lo anterior, el artículo 49°, del Reglamento establece los requisitos de calificación que las Entidades pueden adoptar, siendo estos: (i) Capacidad legal; (ii) Capacidad técnica y profesional; y (iii) **Experiencia del postor en la Especialidad** (iv) Solvencia Económica; asimismo, resulta importante mencionar que dichos requisitos podrían resultar de carácter obligatorio o facultativo según el tipo de prestación (bien, servicio, consultoría u ejecución de obra) a contratar.

De lo anterior puede inferirse que, ni la Ley ni el Reglamento han dispuesto imperativamente la exigencia del requisito “la experiencia del postor”, mucho menos, el tiempo de experiencia mínimo con el que deba contar el proveedor; por lo que debe recurrirse a criterios de interpretación que cubran aquella laguna de la norma legal, implicando un análisis de la Ley para tomar una decisión acorde con ésta, lo que significa ejercer una actividad eminentemente subjetiva, cargada de valoraciones e ideas en la función pública, es decir, ejercicio de la discrecionalidad.

Así, el significado lexical del término ‘discrecional’ se define como “aquello que no está sometido a regla sino que depende del criterio de una persona o

---

<sup>4</sup> El artículo 29°, del Reglamento señala: “Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico de Obra, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que se ejecuta incluyendo obligaciones de levantamiento digital de información y tecnologías de posicionamiento espacial tales como la georreferenciación en obras y consultorias de Obras. **El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.**” (El subrayado es agregado).

autoridad dada” (SECO Y RAMOS, 1999). Según BULLINGER (1986), la discrecionalidad es posible definirla, de modo general, como “el margen de libertad que se deriva para la Administración Pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una Ley ni puede ser totalmente revisada por un Tribunal” (p. 896).

En efecto, bajo esta salvedad legal, donde los requisitos descritos por el Reglamento resultan facultativos para la Contratación Directa, implica que las entidades públicas pueden omitir o exagerar el cumplimiento del requisito acerca de la “experiencia del postor” en el requerimiento. Siendo que, gracias a la discrecionalidad imperante en muchos procesos de contrataciones, se ha ido favoreciendo con contratación de postores que previamente fueron elegidos por los funcionarios responsables, vulnerando principios rectores en la Contratación Pública.

#### **CASO: UGEL (MORROPÓN Y HUANCABAMBA).**

En el presente año, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), detectó diversas irregularidades en las contrataciones directas realizadas por las Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL) de Morropón y Huancabamba, bajo el supuesto de la situación de emergencia por El Niño Costero.

El monto observado de los procesos tomados solo como muestra para su evaluación durante dicho periodo ascienden a **S/628,614**.

La UGEL Huancabamba decidió contratar de manera directa a la empresa IPMG E.I.R.L., para realizar el servicio a todo costo de “Instalación de cobertura liviana, incluida canaleta”, por **S/ 205,618**.

De acuerdo al portal del OSCE, el proceso se lanzó el 22 de junio del 2017. Ese mismo día, el postor presentó su oferta y al día siguiente, la Ugel aprobó su contrato.

No obstante, la Subdirección de Identificación de Riesgos en Contrataciones Directas y Supuestos Excluidos del OSCE advirtió que dicho proceso fue irregular porque no se solicitó la aprobación del Consejo Regional de Piura, sino que se autorizó bajo resolución directoral N° 1699-2017, emitida por el titular de la UGEL, Hugo Negreyros.

Además, de acuerdo a la SUNAT, dicha empresa inició sus actividades el 7 de setiembre de 2016 y fue precisamente la UGEL Huancabamba la que le adjudicó el primer servicio en junio del 2017.

A ello se suma que dicha empresa, cuyo titular-gerente es Cesar Martín Guerra Manrique, solo registra como historial en el OSCE una (01) contratación más, que también fue adjudicada directamente por la Ugel Huancabamba, pero que se llevó a cabo un mes antes.

Se trata de la contratación a todo costo del servicio de “Construcción de cuatro ambientes de 7x6 metros”, cuyo valor asciende a S/72,000. Este proceso no ha sido incluida en la evaluación realizada por el OSCE.

De igual manera, el organismo supervisor ha observado el proceso realizado por la Ugel Huancabamba para el “Mantenimiento de infraestructura de las II.EE afectadas”, cuyo monto de inversión es de S/118,096.

En este caso, la empresa Arrifer Constructores E.I.R.L., cuyo titular-gerente es Rolando Alejandro Arrieta Vásquez, también registra solo dos procesos como historial de contrataciones, las mismas que fueron adjudicadas por la UGEL Huancabamba.

Además, de acuerdo al reporte de contrataciones, el titular-gerente de dicha empresa se desempeña como supervisor en la Municipalidad Distrital San Miguel de El Faique.

En ambos casos, la UGEL Huancabamba obvió incluir las especificaciones técnicas de los trabajos que iba a ejecutar la empresa.

*“No se evidencia el análisis efectuado para determinar si lo contratado respondía a lo estrictamente necesario para la atención de la emergencia, dado que solo se hace referencia a la contratación, sin mayor análisis”,* indica el OSCE

**(Fuente: Diario CORREO, 24 de Febrero del 2018).**

### **CASO: CARLOS MORENO**

El Hospital Arzobispo Loayza cuenta en su interior con un tomógrafo contratado a una empresa particular, pero de manera repentina la dirección del Hospital contrató sin licitación a una compañía que no tenía experiencia, presuntamente relacionada con Carlos Moreno, según denuncia ante la fiscalía.

El Sr. Carlos Moreno Chacón, ex jefe del Centro Nacional de Referencia de Gastroenterología del Hospital Arzobispo Loayza, está involucrado en un caso investigado por la Segunda Fiscalía Especializada en Corrupción de Funcionarios. A este sujeto, quien se desempeñó como asesor presidencial en temas de salud, se le atribuye la responsabilidad de haber direccionado la contratación de una empresa específica para que ofrezca el servicio de tomografía.

Desde hace más de siete (07) años en el hospital Loayza, la compañía IMÁGENES DIGITALES DIAGNÓSTICAS instaló un tomógrafo para la atención de los pacientes en el Pabellón Óscar Soto del Servicio de Diagnóstico por Imágenes.

En marzo del 2016, de manera sorprendente, las autoridades del hospital declararon la existencia de una supuesta situación de desabastecimiento del servicio de tomografía con el propósito de contratar a un proveedor, sin embargo, que la firma IMÁGENES DIGITALES DIAGNÓSTICAS tenía el equipo y atendía a los pacientes en el mismo hospital.

Cuando la empresa IMÁGENES DIGITALES DIAGNÓSTICAS intentó presentarse en el concurso, la dirección del hospital Loayza le negó la oportunidad, a pesar de que siendo proveedor activo le correspondía.

Como consta en el registro del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), se presentó como único postor el laboratorio clínico DIAGNOLAB, al que se le asignó de inmediato el contrato de servicios de tomografía por tres meses, el 30 de marzo del 2016, por la suma de S/. 938,493.00.

De acuerdo con las fuentes de la fiscalía, Carlos Moreno Chacón intervino para que se le diera el contrato sin licitación alguna al laboratorio clínico DIAGNOLAB, con cuyos propietarios mantiene una relación de amistad.

En el momento de la contratación directa, el laboratorio clínico DIAGNOLAB no contaba con el tomógrafo, por lo que los pacientes fueron derivados a la clínica La Luz, en la cuadra 11 de la avenida Arequipa, en Lince, según consta en la indagación fiscal.

Según la investigación fiscal, Moreno interfirió ante el director del hospital Loayza, Luis García Bernal, para que se contratara sin ningún tipo de evaluación al laboratorio clínico DIAGNOLAB mediante una modalidad similar a la que él mismo describe en las conversaciones que le fueron grabadas recientemente y motivaron su salida de Palacio de Gobierno.

*"Moreno usó todo su poder e influencia sobre el director García, creó la falsa situación de desabastecimiento y montó la adjudicación directa a dedo a favor de la clínica de su amiga Doris Auris",* dijeron fuentes relacionadas con la investigación fiscal.

La República pidió su versión al director del hospital Loayza, Luis García Bernal, pero no respondió.

Con la misma modalidad de adjudicación directa, el 1° de setiembre de este año, es decir, sin invitar a otras empresas para conseguir los mejores precios, el hospital Loayza volvió a contratar al laboratorio clínico DIAGNOLAB por otros tres meses y por S/. 993,323. En setiembre, Carlos Moreno ya estaba cumpliendo funciones como asesor presidencial en materia de salud.

El laboratorio clínico DIAGNOLAB carecía de experiencia en el servicio de tomografía y tampoco contaba con profesionales. De hecho, como único antecedente, registra en el OSCE que en el 2010 el Sistema Metropolitano de Salud le alquiló un inmueble en Chiclayo. Nada más.

La Sra. Doris Auris, gerente general del laboratorio clínico DIAGNOLAB, desmintió que su empresa no contaba con el tomógrafo cuando fue contratada por el hospital Loayza. Pero aceptó que había sido una reciente adquisición y, con inusitada rapidez, ganó la adjudicación directa que le otorgó el hospital Loayza, a pesar de que dicho nosocomio contaba con dicho servicio.

*"En noviembre del 2015 accedimos a un préstamo bancario para comprar el equipo, incluso hasta ahora lo seguimos pagando. Lo compramos para otras atenciones, pero luego se dio la oportunidad de participar en la licitación del hospital Arzobispo Loayza. Hemos atendido a los pacientes del Sistema Integral de Salud (SIS) sin problemas, sin ninguna irregularidad",* explicó Doris Auris.

**(Fuente: Diario LA REPUBLICA 12 de Octubre del 2016)**

En este sentido, atendiendo a los casos anteriores, resulta evidente una afectación a principio rectores en la Contratación Pública como el **Principio de Libre Concurrencia y Competencia**<sup>5</sup>, en virtud del cual los procesos de contrataciones deben incluir regulaciones o tratamientos que fomenten la concurrencia amplia, objetiva e imparcial y la participación plural de los potenciales postores, además del **Principio de Imparcialidad** previsto en el literal d) del artículo 4° de la Ley, "Los acuerdos y resoluciones de los

---

<sup>5</sup> "c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores."



funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas”.

Por lo tanto, advertimos que la formulación del requerimiento en la Contratación Directa no debe estar sujeta a la voluntad del funcionario o a su plano interpretativo, mucho menos en el tiempo que éste decida, pues debe encontrarse delimitado por Ley, ya que entendemos que, la discrecionalidad no significa libertad absoluta para la administración pública, sino fijar límites a la potestad concedida a través de la norma legal.

Así lo señala RETAMOZO L. (2011) cuando explica que: “La esencia jurídica de la potestad discrecional radica “en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la administración puede elegir con libertad” para atender las diversas circunstancias en el cotidiano devenir burocrático, las mismas que son objeto de control mediante la verificación del cumplimiento de los límites establecidos en la Ley” (p. 180). Por ende, la discrecionalidad de la entidad pública siempre tendrá límites o alcances que la Ley le otorgue, no se trata de una libertad absoluta, siendo imposible copar todos los elementos de dicha potestad sin que la Ley lo establezca.

En ese orden de ideas, dentro del requerimiento formulado por el área usuaria se deben prever los requisitos de calificación que resulten aplicables de acuerdo con el tipo de prestación a contratar, y a partir de dicha información se deben elaborar las Bases de una contratación directa o de un procedimiento de selección competitivo.

En tal sentido, creemos necesario el cumplimiento obligatorio del requisito previsto en el literal iii) del artículo 49 ° del Reglamento acerca de la experiencia del postor para la formulación del requerimiento por el área usuaria, a efecto de limitar la discrecionalidad que goza la entidad pública, y de esta manera se logre respetar irrestrictamente los principios de Libre Concurrencia y Competencia, e Imparcialidad.

**1.1.2. Enunciado del problema:**

¿De qué manera, resulta necesario cumplir obligatoriamente con el requisito acerca de la experiencia del postor en el requerimiento del área usuaria para una contratación directa, a fin de respetar los principios de libre competencia y competencia, e imparcialidad en las Contrataciones con el Estado?

**1.2. Hipótesis:**

Resulta necesario cumplir obligatoriamente con el requisito acerca de la experiencia del postor en el requerimiento del área usuaria para una contratación directa, a fin de respetar los principios de libre competencia y competencia, e imparcialidad en las Contrataciones con el Estado; toda vez, que permitirá la participación plural, objetiva e imparcial de los postores al momento de ser elegidos.

**1.2.1. Variables:****1.2.1.1. Variable Independiente.**

El cumplimiento obligatorio del requisito acerca de la experiencia del postor en el requerimiento del área usuaria para una contratación directa

**1.2.1.2. Variable Dependiente.**

Principios de libre Competencia y competencia, e imparcialidad en las Contrataciones con el Estado.

### **1.3. Objetivos:**

#### **1.3.1. Objetivo General.**

Determinar si, resulta necesario cumplir obligatoriamente con el requisito acerca de la experiencia del postor en el requerimiento del área usuaria para una contratación directa, a fin de respetar los principios de libre concurrencia y competencia, e imparcialidad en las Contrataciones con el Estado.

#### **1.3.2. Objetivos Específicos:**

**1.3.2.1.** Analizar los principios de libre concurrencia y competencia, e imparcialidad en las Contrataciones con el Estado.

**1.3.2.2.** Describir los supuestos para la Contratación Directa con el Estado.

**1.3.2.3.** Explicar la obligatoriedad del requisito de la experiencia del postor en la formulación del requerimiento.

**1.3.2.4.** Determinar la modificatoria de la Ley de Contrataciones del Estado.

### **1.4. Justificación.**

Se justifica la presente investigación por la importancia del tema, ya que la Ley de contrataciones del Estado contiene disposiciones y lineamientos que deben ser observadas por las entidades públicas en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras. Igualmente, existen principios especiales propios de esta ley, orientadas a que las contrataciones se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento para la administración pública y los terceros que contratan con ella.

Asimismo, resulta útil la investigación del tema, pues demostrar que el requisito acerca de la experiencia del postor es necesaria para respetar los Principios de libre Concurrencia y competencia, e imparcialidad, obligará a las instituciones públicas a su irrestricto cumplimiento, en aras de un mejor proceso de contrataciones para el Estado.

## **CAPITULO 2. Marco Teórico**

### **2.1. Antecedentes**

#### ***ESPAÑA***

Podemos citar el trabajo de MARTÍNEZ J. (2015) en su tesis *“Transparencia versus corrupción en la contratación pública. Medidas de transparencia en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción”* para la Universidad de León. En dicho trabajo el autor concluye que: La clave para alcanzar una contratación pública íntegra, eficiente y abierta, se encuentra en la “transparencia”, en su doble acepción, como principio de la contratación pública y como política de datos abiertos. El principio de transparencia, implica a su vez, el de igualdad de trato, el cual es un principio básico, estructurante y transversal que debe materializarse en todas las fases de los contratos públicos para garantizar eficiencia, al haber una mayor concurrencia y competencia en igualdad de condiciones. Los datos de una contratación así efectuada deberán publicarse de manera sistematizada y accesible a los ciudadanos para facilitar su participación en el conocimiento y control del gasto público, ofreciendo una “contratación abierta” De esta manera, se logrará el “derecho a una buena Administración” en el ámbito de la gestión pública, contemplado el artículo 41º, de la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea. Asimismo, afirma que para lograr la aplicación plena de la transparencia en la contratación pública se han propuesto a lo largo de este estudio medidas tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. Se han expuesto los aspectos más vulnerables a la corrupción a lo largo del procedimiento de contratación y las propuestas de la doctrina especializada y de diferentes Instituciones (OCDE, Transparencia Internacional); a partir de ahí y de mi propia experiencia como gestor de contratos públicos durante veinte años en la Administración local, se han planteado medidas para garantizar la materialización del “principio de transparencia” en todas las etapas de la contratación pública, todas ellas con respaldo legal y en la doctrina jurisprudencial, de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, órganos consultivos y órganos de fiscalización externa. Estas medidas cuentan por lo tanto con cobertura suficiente para su aplicación inmediata y podrán seguir siendo utilizadas con la nueva Ley de Contratos del Sector Público (en tramitación al cerrarse este trabajo y a cuyo anteproyecto se ha acudido en cada una de ellas), ya que se fundamentan en la regulación de las Directivas Comunitarias sobre contratación que ha de transponer.

## **COLOMBIA**

Otro aporte lo alcanza BARRETO (2016) en su investigación “*Importancia del principio de la transparencia en la contratación administrativa*”, donde el autor fundamenta su investigación con la teoría base del Movimiento Constitucional Liberal, el cual nace en el siglo XVII, en Europa y buscaba que los estados estuvieran regidos por los principios básicos de la democracia liberal: Separación de poderes, soberanía popular, derechos individuales, libertades públicas, etc. Colombia aplicó las reformas que son sujetos de análisis en la investigación, en

donde indica que la contratación estatal consagra básicamente tres principios como son: la transparencia, la economía y la responsabilidad. El objetivo de la investigación fue determinar si la Ley 1150 de 2007, que modifica a la Ley 80 de 1993, cumplió con la ejecución de las medidas para la eficiencia y la transparencia del mecanismo contractual en la administración del recurso público y contribuyó en la lucha contra corrupción. Los resultados obtenidos en el estudio fue que sólo el 25.3% de la contratación administrativa, cumple con la publicación a la ciudadanía en general de toda la trazabilidad del proceso, lo cual es exigido por el principio de la transparencia, estipulado en la Ley 1150. Entre las conclusiones a las que arribó el autor, se tienen: que el principio de transparencia debe ejercerse en condiciones de igualdad, con libertad de participación y de difusión de lo actuado entre la administración y los oferentes y los contratantes; el principio de transparencia constituye un instrumento para evitar la corrupción administrativa, permite la actuación del Estado y la participación ciudadana en la fiscalización y control de la gestión administrativa: que el principio de transparencia comprende los derechos de evaluación y rendición de cuentas, publicidad y acceso a la información que constituyen instrumentos propios de los ciudadanos para garantizar la transparencia y legalidad de los funcionarios públicos y permiten la fiscalización constante y participación ciudadana en la toma de decisiones, evitando la arbitrariedad, el abuso y protegiendo el derecho de los administrados.

### ***PERÚ.***

Empezamos citando la tesis de VÁSQUEZ V. (2018), titulada: *“Las contrataciones del Estado y la transparencia de los servidores públicos en la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, 2018”* la cual concluye que, respecto a la

relación entre las contrataciones del Estado y la transparencia de los servidores públicos en la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, 2018, se halló una relación moderada o media entre ambas variables, donde las contrataciones y adquisiciones del Estado constituyen un elemento crítico dada su afectación a casos de corrupción, en muchos de los casos con la participación de funcionarios y servidores, de allí la necesidad de ampliar la facultad sancionadora al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE para la aplicación de sanciones de modo que se evite la impunidad administrativa. Asimismo, se determinó que, respecto a la relación entre contrataciones del Estado y transparencia, se evidencia que normas en materia de contratación pública son primordiales para garantizar la satisfacción de la colectividad y conducir el desarrollo de los procesos con transparencia y rectitud.

Asimismo, podemos citar la tesis doctoral de BOCANEGRA L. (2015) titulado: *“Ley de Contrataciones y sus efectos en el Distrito de José Crespo y Castillo– Leoncio Prado – 2014”*, donde concluyó: a) Se determinó que el control interno influye significativamente sobre los procesos de selección para ejecución de obras de la Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo –Leoncio Prado, toda vez que se obtuvo un 95.40% de porcentaje que representa el nivel de influencia de la variable X sobre la variable Y, relacionada con la adecuada aplicación del control interno que deben efectuar los funcionarios y/o servidores de la Entidad con la finalidad de llevar a cabo procesos de selección con criterios de objetividad y enmarcados en la normativa legal, y b) 2.- Se estableció que el componente ambiente de control influye significativamente en los procesos de selección para ejecución de obras de la Municipalidad, por cuanto, se obtuvo un porcentaje de

93% de nivel de influencia de la variable X sobre la variable Y, relacionada con la promoción de las buenas prácticas, valores, conductas y reglas apropiadas, que deben llevar a cabo los miembros de la entidad a fin de generar una cultura de control interno.

Citamos también, la tesis de maestría realizada por AGUILAR Z. (2015) denominada *“Ampliación De La Facultad Sancionadora Del Organismo Supervisor De Las Contrataciones Del Estado (OSCE)”*, donde concluye que, si el Estado amplía la facultad sancionadora del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE para sancionar a los servidores y funcionarios que infrinjan la normativa de contratación del estado en los procesos de selección y contratación, se reducirá la impunidad administrativa en cada institución; además, dicha ampliación de facultades para el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) se encontraría enmarcado dentro de la Constitución; ya que, la finalidad de dicho órgano es verificar el cumplimiento de la normativa de contrataciones con el Estado; facultado para sancionar tanto a proveedores como árbitros, garantizando los principios constitucionales y legales del derecho a la defensa, legalidad y debido procedimiento.

Y por último, tenemos la tesis de maestría elaborada por ZAMORA D. (2016) titulada *“Principios Rectores de las Contrataciones Públicas Y la Participación de los Postores en los Procesos de Selección. Municipalidad Provincial De Chota, Cajamarca 2015”*, donde concluye que, la inobservancia de los principios de trato justo e igualitario, equidad, imparcialidad, razonabilidad, eficiencia, economía, publicidad, transparencia y moralidad que rigen las contrataciones públicas, se



relaciona con la restringida concurrencia de los postores en los procesos de selección instauradas por la Municipalidad Provincial de Chota. Asimismo, concluye que, las exigencias establecidas en los requerimientos técnicos mínimos o términos de referencia elaboradas por el área usuaria y contenidas en las bases administrativas del concurso, son desproporcionados con lo establecido en los principios rectores y con el objeto de la contratación.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. Teorías asociadas a las Contrataciones del Estado**

#### **2.2.1.1. El Contrato Administrativo**

##### **2.2.1.1.1. Denominación y Definición**

La definición del Contrato de la Administración Pública según SALAZAR (2012, p. 15) "Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública". Asimismo, ULLOA (2006), señala que no es posible tener una concepción hermética de la contratación pública, dado que son los gobiernos quienes realizan las compras, por lo cual afirma que: Para una definición inclusiva, digamos que las Compras Públicas son todas las adquisiciones de bienes, servicios e infraestructura, demandadas por los gobiernos para su uso propio (i.e., no para reventa), para la provisión de bienes públicos (v.g. infraestructura) o financiadas con recursos públicos (p. 12).

Otra definición la alcanza TORRES (2012) quien sostiene que el contrato administrativo es "un acto administrativo celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de sus funciones administrativas, con otro órgano administrativo o con un particular con la finalidad de satisfacer el interés general" (p. 153). En el mismo sentido DROMI (2005) afirma que el contrato administrativo "es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa" (p. 297). Sin embargo, la definición que más se aproxima al propósito de la investigación es la que describe MARIENHOFF (1992) "es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas" (p. 8).

#### **2.2.1.1.2. Teorías**

*Teoría negatoria.* - Es la teoría más antigua, afirma que todos los contratos realizados por la administración están sometidos al derecho privado, es decir, niega la existencia de una nueva categoría de contrato entre la

Administración Pública y un administrado.

MARIENHOFF (1992) explica los argumentos que sostiene esta teoría:

- a. Desigualdad de las partes.
- b. Sólo hay actos administrativos "unilaterales" y no bilaterales.
- c. Los objetos sobre los que generalmente versan están fuera del comercio (función o empleo público, bienes públicos, servicios públicos).
- d. La Administración Pública no puede enajenar por vía contractual las facultades y prerrogativas de que dispone para salvaguardia de los intereses públicos (p. 4).

***Teorías positivistas.***- El contrato administrativo es la teoría de aceptación general, demostrada en la práctica y fundamentándose legalmente en los ordenamientos jurídicos en diversos países. Existen dos teorías que pretenden explicar el régimen aplicable y sus características. Doble personalidad del Estado Afirma la existencia de dos personalidades del Estado: una personalidad pública en representada en el poder y una personalidad privada que indica una situación que no es poder. En su personalidad pública, el Estado realiza contratos (contratos administrativos), en los cuales el Estado posee atribuciones especiales a favor; como el

resolver o modificar unilateralmente el contrato, sin que esto conlleve responsabilidad por parte del Estado y sin la posibilidad de reclamo por la otra parte.

En su personalidad privada, el Estado realiza contratos (de naturaleza privada), en los cuales el Estado carece de atribuciones especiales a su favor, en caso de no llegar a un acuerdo de voluntades para resolver o modificar el contrato, el Estado está absolutamente obligado como cualquier otro particular al cumplimiento del contrato.

Personalidad única del Estado Esta teoría sostiene que el Estado tiene una única personalidad pública. En palabras de DROMI (2005) Esa personalidad jurídica es única y siempre pública, aun cuando actúe en gestión de servicios públicos o en gestión de empresa pública, a pesar de que su actividad puede estar regulada por el derecho público o el derecho privado, según los casos (p. 297).

## **2.2.1.2. Las Contrataciones del Estado**

### **2.2.1.2.1. Definición**

La Ley de Contrataciones del Estado fue aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF fue aprobado su

Reglamento (Decreto legislativo N° 1017, 2008), luego modificado el 20 de setiembre del 2012 mediante Decreto Supremo No. 138-2012-EF (Ley N° 29873, 2012). Posteriormente se promulga la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y mediante Decreto Supremo No. 350- 2015-EF se aprueba su Reglamento, el cual fue modificado el 03 de abril de 2017 con Decreto Supremo N° 056-2017-EF (Decreto Supremo N° 056, 2017), asimismo con Decreto Legislativo N° 1341 se modifica la ley 30225 (Decreto legislativo N° 1341, 2017). El D.S. N° 344-2018-EF. El cual esta vigente hasta la actualidad. Los constantes cambios en la normativa permiten apreciar, por un lado, que hay un interés por parte del estado en mejorar los procesos normativos que regulan las contrataciones del Estado, y por otra parte, señalan la necesidad de que autoridades y servidores públicos deben mantenerse actualizados.

#### **2.2.1.2.2. Fases o Etapas:**

La ley de contrataciones del Estado Nro. 30225 y su reglamento (Decreto legislativo N° 344-2018) indica que las contrataciones del Estado cuentan con tres fases: programación y actos preparatorios, selección y ejecución contractual; para el desarrollo de las contrataciones del Estado. Estas fases son correlativas y

a la vez cuentan con sub fases. Asimismo, las fases deben desarrollarse en el orden establecido en la Ley, considerando que para llevar a cabo cada sub fase, es necesario contar con la documentación que haya sido generada en la sub fase que antecede, incluso siendo esta última perteneciente a una fase anterior.

#### **2.2.1.2.3. Principios:**

En el artículo 2° de la Ley de contrataciones del Estado N° 30225, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1444, se señalan los principios inherentes al proceso de las contrataciones del Estado, como son:

- a) Libertad de Concurrencia.** Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.
- b) Igualdad de trato.** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente

situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

- c) **Transparencia.** Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.
- d) **Publicidad.** El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.
- e) **Competencia.** Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

- f) Eficacia y Eficiencia.** El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben 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 del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.
- g) Vigencia Tecnológica.** Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.
- h) Sostenibilidad ambiental y social.** En el diseño y desarrollo de los procesos de contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.
- i) Equidad.** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades



que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

### **2.2.2. La Contratación Directa:**

De conformidad con lo establecido en el artículo 21°, de la Ley N° 30225: “Una Entidad puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento (...)”

Las causales de contratación directa se encuentran la prevista en el literal i) del artículo 27°, de la misma Ley, en virtud de la cual la Entidad “puede” contratar directamente “(...) los bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico, cuyo resultado pertenezca exclusivamente a la Entidad para su utilización en el ejercicio de sus funciones.”.

Ahora bien, debemos diferenciar a quienes llamamos contratista, proveedor, participante y postor, con la finalidad de identificar su rol en cada una fase de las contrataciones del Estado. Las definiciones de cada uno de ellos, las encontramos en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

**2.2.2.1. Contratista**

El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento de las contrataciones del Estado.

**2.2.2.2. Proveedor**

Aquella persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios generales o de consultoría o ejecuta obras.

**2.2.2.3. Participante**

Es el proveedor que puede intervenir en el proceso de selección por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases.

**2.2.2.4. Postor**

Es la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa, según corresponda.

**2.2.2.4.1. Experiencia del Postor**

De conformidad con las Opiniones N° 010-2012-/DTN, N° 082-2012/DTN, N° 032-2014/DTN, N° 040-2015/DTN, N° 166-2016/DTN y N° 088-2018/DTN la experiencia del postor *“Es la destreza adquirida por la*

*reiteración de determinada conducta en el tiempo; es decir, por la habitual transacción del bien, servicio u obra que constituye el giro del negocio del proveedor en el mercado. Dicha experiencia genera valor agregado para su titular, incrementando sus posibilidades de acceso a los contratos con el Estado”.*

#### **2.2.2.5. Requerimiento**

Solicitud del bien, servicio en general, consultoría u obra formulada por el área usuaria de la Entidad que comprende las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el Expediente Técnico de Obra, respectivamente, así como los requisitos de calificación que corresponda según el objeto de la contratación

## **CAPITULO 3. Metodológico**

### **3.1. Tipo de investigación**

#### **3.1.1 Por su finalidad.**

##### **3.1.1.1. Investigación Básica**

En puridad, tiene como propósito mejorar el conocimiento y comprensión de la contratación directa en las contrataciones del estado, en otras palabras, es el fundamento de nuestra investigación.

Este tipo de investigación se realizó con el propósito de acrecentar los conocimientos teóricos acerca de las contrataciones del Estado, específicamente en el tipo de contrataciones directas, sin interesarse en sus posibles aplicaciones o consecuencias prácticas; por tanto la investigación es más formal y persigue propósitos teóricos en el sentido de aumentar el acervo de conocimientos de una teoría.

Por otro lado, tenemos como finalidad primordial avanzar en el conocimiento del derecho administrativo especial: Procedimiento de Contrataciones del Estado a fin de desarrollar o ratificar teorías explicativas. Es básica, porque nuestros hallazgos servirán de fundamento para cualquier otro tipo de investigación en esta rama del derecho.

Atendiendo a la información mostrada en el marco teórico y los resultados obtenidos a través de la aplicación de los instrumentos, se

identificará la importancia de la experiencia del postor en las Contrataciones directas con el Estado, conocimiento en el ámbito jurídico.

### **3.1.2 Por su profundidad.**

#### **3.1.2.1 Investigación Descriptiva**

Nuestra investigación fue descriptiva, pues seleccionamos instituciones jurídicas de las contrataciones del Estado para describirlas cada una de ellas independientemente de las otras.

A través de la investigación descriptiva trabajamos considerando que para las distintas realidades de las instituciones públicas, resulta necesario la exigencia de la experiencia del postor. Nuestra preocupación primordial radica en descubrir características fundamentales de las instituciones de la contratación directa que permitan poner de manifiesto su tratamiento dentro de las instituciones públicas. De esta forma se pueden obtener las notas que caracterizan a la realidad estudiada.

### **3.1.3 Por su naturaleza.**

#### **3.1.3.1 Investigación Documental**

Para nuestra investigación se revisaron tesis, libros y revistas, en un promedio de diez (10) autores: Bermejo Vera José, Dromi, J. R., Bullinger M., Garcia De Enterria, Eduardo y Ramón Fernandez Hyman, Herbert, Marienhoff, M., Salazar R., Seco M. y Ramos G., Retamozo Linares Alberto, Torres A., Ulloa A.; y cinco (06) tesis: Aguilar

Zavaleta Cinthya Fiorela, Barreto, Bocanegra Laguna Ronald Crippen, Martínez J., Vásquez Valderrama Félix Juan y Zamora D. Rosa Luzmila siendo los aportes relevantes para la confección del presente informe.

Además, de la información recopilada se identificó los elementos esenciales de las variables de investigación, así como sus características, permitiendo obtener un conocimiento claro y preciso de la incidencia que tiene la imprecisión el artículo 54°, de la Ley para provocar conflictos de competencia entre municipalidades.

### **3.2 Material de estudio**

Conformado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; asimismo las opiniones vertidas por el OSCE a través de la Dirección Técnica Normativa.

### **3.3 Recolección de datos**

Con el fin de realizar la recolección de datos, en la presente investigación se han empleado técnicas e instrumentos los cuales son los cuales serán detallados a continuación:

#### **3.3.1 Técnicas.**

**Fichaje.-** Se utilizó esta técnica para facilitar la sistematización bibliográfica acerca de la contratación directa en las contrataciones con el Estado y el principio de libre competencia y competencia y el principio de imparcialidad, además servirá para la ordenación lógica de los conceptos y el acopio de información en síntesis.

**Análisis de Contenido.-** Consistió en el estudio de las opiniones emitidas por el OSCE a través de la Dirección Técnica Normativa, referentes a consultas realizadas sobre la experiencia del postor en una contratación directa y la aplicación del principio de libre concurrencia y competencia, e imparcialidad.

**Entrevista.-** Utilizamos la entrevista para recopilar información mediante la conversación con capacitadores del OSCE en materia de actos preparatorios en la ciudad de Lima, la misma que fue “estructurada” mediante un cuestionario acerca del tema.

### **3.3.2 Instrumentos:**

- Fichas
- Protocolo de Contenido
- Cuestionario

### **3.4 Análisis de datos**

En la presente investigación, para el procesamiento de datos se utilizó el programa Microsoft Excel 2010 de los resultados recopilados, que se obtuvieron a través de la entrevista que estuvo conformado por 03 preguntas dirigidas a capacitadores del OSCE en materia de actos preparatorios.

Las técnicas que utilizamos para el procesamiento de datos son:

- Tablas estadísticas: Nos permitieron estructurar los resultados obtenidos en cuadros y/o tablas las que se analizaron e interpretaron lo resultados obtenidos con las encuestas.
- Análisis e interpretación.



## CAPITULO 4. Resultados y Discusión

### 4.1 Resultados

#### 4.1.1. Opiniones legales

##### De la Dirección Técnica Normativa del OSCE

Las consultas que absuelve este organismo facultado por el OSCE, 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 o) del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

<b>DIRECCIÓN TÉCNICA NORMATIVA - OSCE</b>	
<b>OPINIÓN N°:</b>	<b>116-2017/DTN</b>
<b>SOLICITANTE:</b>	Municipalidad Provincial de Tumbes
<b>ASUNTO:</b>	Proceso de Estandarización.
<b>ANTECEDENTES:</b>	El Gerente General de la Municipalidad Provincial de Tumbes formula una consulta referida a los presupuestos necesarios para aprobar una estandarización de bienes o servicios.
<b>CONSULTA:</b>	<i>“Es viable Aprobar la Estandarización para la Adquisición de Unidades Móviles de determinada Marca por constituir Equipos que van a permitir complementar el equipamiento preexistente en la Entidad de la misma marca?”</i>
<b>ANÁLISIS:</b>	➤ En primer lugar, corresponde señalar que, de conformidad con los artículos 16° de la Ley y 29° del Reglamento, el área usuaria, o alternativamente el órgano

	<p>encargado de las contrataciones, es responsable de definir en las especificaciones técnicas o términos de referencia que integran el requerimiento, las características técnicas, requisitos funcionales relevantes y/o condiciones aplicables a los bienes y servicios que requiera para el cumplimiento de sus funciones, de forma precisa y objetiva, justificando además la finalidad pública que se busca alcanzar con la contratación.</p> <p>➤ En relación con ello, la normativa de contrataciones del Estado consagra la prohibición de marca, es decir, al momento de formular su requerimiento, el área usuaria no puede : (i) hacer referencia a una fabricación o procedencia determinada ni procedimiento concreto que caracterice los bienes o servicios ofrecidos por determinado proveedor; ni tampoco (ii) realizar la distinción de marcas, patentes, tipos, origen o producción determinados, o cualquier otra descripción que busque favorecer o descartar ciertos productos o proveedores, u orientar la contratación hacia alguno en particular. No obstante ello, existe un supuesto excepcional a dicha regla, el cual resulta aplicable de manera restringida, este supuesto lo constituye el proceso de estandarización autorizado por el Titular de la Entidad .</p> <p>➤ Dicho lo anterior, cabe señalar que el primer párrafo del numeral 7.1 de la Directiva N° 004-2016-OSCE/CD "Lineamientos para la contratación en la que se hace referencia a determinada marca o tipo particular", precisa que "La estandarización debe responder a criterios técnicos y objetivos que la sustenten, debiendo ser necesaria para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente en la Entidad". (El resaltado y subrayado es</p>
--	---

	<p>agregado).</p> <ul style="list-style-type: none"><li>➤ De lo indicado se desprende que la estandarización parte del supuesto de que la Entidad posea determinada infraestructura o equipamiento (maquinarias, equipos, vehículos, u otro tipo de bienes, así como ciertos servicios especializados), cuya funcionalidad, operatividad o el mantenimiento de su valor económico sólo resultan posibles mediante la implementación de bienes o servicios que responden a marcas, tipos o fabricantes específicos.</li><li>➤ Ahora bien, el segundo párrafo del numeral 7.2 de la Directiva N° 004-2016-OSCE/CD señala, a manera enunciativa, determinados circunstancias en las cuales no procede realizar un proceso de estandarización; mencionando los siguientes casos:<ul style="list-style-type: none"><li>i) La Entidad posee determinado equipamiento o infraestructura, pudiendo ser maquinarias, equipos, vehículos, u otro tipo de bienes, así como ciertos servicios especializados;</li><li>ii) Los bienes o servicios que se requiere contratar son accesorios o complementarios e imprescindibles para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico de dicho equipamiento o infraestructura.</li></ul></li><li>➤ En esa medida, resulta importante precisar que el carácter accesorio o complementario que puedan tener ciertos bienes o servicios con respecto al equipamiento o la infraestructura con la que cuenta una Entidad, no justifica -por sí solo- que se lleve a cabo un proceso de estandarización, sino que para ello, la Entidad también deberá acreditar que es necesario seleccionar bienes o servicios de una determinada marca, tipo o modelo, debido a que sólo así se garantiza la funcionalidad, operatividad o valor económico de la infraestructura o</li></ul>
--	---

	<p>equipamiento preexistente.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ En ese orden de ideas, no procede aprobar una estandarización cuando los bienes o servicios a contratar -independientemente de su accesoriadad o complementariedad- sean susceptibles de ser suplidos por otros de diferente tipo, modelo, o marca, sin que con ello se altere o haga perder la operatividad, funcionalidad o el valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente; en esa línea, el uso de dicho mecanismo solo está permitido en caso que ello responda a criterios técnicos y objetivos, y no cuando obedezca a apreciaciones subjetivas de valoración o a la intención de uniformizar el equipamiento o infraestructura por razones estéticas.</li> <li>➤ Finalmente, debe indicarse que <u>cada Entidad es responsable de verificar que se cumplan los presupuestos y formalidades necesarios para aprobar la estandarización de bienes o servicios; debiendo cuidar, además, que a través de dicha figura no se esté limitando indebidamente la libre concurrencia y competencia de proveedores o direccionando los procesos de contratación que estas realicen.</u></li> </ul>
<b>CONCLUSIÓN:</b>	<p>No procede aprobar una estandarización cuando los bienes o servicios a contratar <i>-independientemente de su accesoriadad o complementariedad-</i> sean susceptibles de ser suplidos por otros de diferente tipo, modelo, o marca, sin que con ello se altere o haga perder la operatividad, funcionalidad o el valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente; de ese modo, el uso de dicho mecanismo solo está permitido en caso que ello responda a criterios técnicos y objetivos, y no cuando obedezca a apreciaciones subjetivas de valoración o a la intención de uniformizar el equipamiento o infraestructura por razones estéticas.</p>

**Discusión:**

Como se observa en la presente opinión, en aras de respetar la libre competencia y competencia de proveedores o direccionando los procesos de contratación que estas realicen, la descripción de las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes o servicios a contratar debe ser realizada de manera genérica, sin orientación alguna hacia determinada marca o tipo en particular; salvo que, de forma previa y con carácter excepcional, la Entidad haya efectuado el respectivo proceso de estandarización.

Es importante recordar que el artículo 29° del Reglamento consagra la prohibición de marca; es decir la prohibición de que las Entidades describan los bienes o servicios requeridos haciendo referencia a una marca o tipo de producto determinado, señalando expresamente que “En la definición del requerimiento no se hace referencia a fabricación o procedencia, procedimiento de fabricación, marcas, patentes o tipos, origen o producción determinados, ni descripción que oriente la contratación hacia ellos , salvo que la Entidad haya implementado el correspondiente proceso de estandarización debidamente autorizado por su Titular, en cuyo caso deben agregarse las palabras “o equivalente” a continuación de dicha referencia”.

En ese sentido, el área usuaria al momento de definir el requerimiento para una contratación, no deberá hacer referencia a marcas, nombres comerciales, patentes o cualquier otra descripción que oriente la contratación de un determinado proveedor, salvo que de forma previa la Entidad haya aprobado un proceso de estandarización.

<b>DIRECCIÓN TÉCNICA NORMATIVA - OSCE</b>	
<b>OPINIÓN N°:</b>	<b>N° 199-2017/DTN</b>
<b>SOLICITANTE:</b>	Contraloría General de la República
<b>ASUNTO:</b>	Participación del veedor en una contratación pública
<b>ANTECEDENTES:</b>	El Jefe del Órgano de Control Institucional (e) del Gobierno Regional de Moquegua consulta sobre las facultades que otorga la normativa de contrataciones del Estado a la participación de

	un veedor en una contratación pública.
<b>CONSULTA:</b>	<p><b>“(...) respecto al alcance y facultades que otorga la normativa de contrataciones del Estado a la participación del Veedor, representante del Sistema Nacional de Control (...) precisando si tales facultades (previstas en los artículos 73, 74, 81, 91 y 97 del Reglamento) implican el acceso a la documentación materia de evaluación por parte del veedor; obtención de copias fotostáticas, autenticadas o certificadas de la misma; efectuar tomas fotográficas y de video de la documentación y/o actividades desarrolladas u otras propias de la labor de control en los actos citados en el párrafo anterior y todo el procedimiento de selección, tanto público como privado”.</b></p>
<b>ANALISIS:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ En primer lugar, debe indicarse que, con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad- y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario , el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos, requisitos y excepciones señalados en la ley.</li> <li>➤ En ese contexto, la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional, la cual, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado, la misma que</li> </ul>

representa la normativa especial aplicable en materia de compras públicas.

- Ahora bien, dentro de los principios que rigen a las contrataciones públicas se tiene al “Principio de Transparencia”, por el cual las Entidades deben proporcionar información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; mientras que, de conformidad con el “Principio de Publicidad”, el proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.
- En atención a los principios de transparencia y publicidad antes descritos, y considerando el ejercicio del control gubernamental llevado a cabo por la Contraloría General de la República, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la participación de un representante del Sistema Nacional de Control en diversas actuaciones, el cual dicha normativa le otorga participación en calidad de “veedor”.
- De otro lado, dentro de las acciones de control que realiza la Contraloría General de la República –de conformidad con su normativa especial dictada por dicha autoridad– se encuentra el control simultáneo, el cual se realiza a los actos, hechos o actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de la Entidad sujeta a control gubernamental, con el objeto de alertar oportunamente al Titular de la Entidad, o a quien haga sus veces, sobre la existencia de hechos que ponen en riesgo el resultado o el logro de sus objetivos, a fin de

	<p>que la entidad defina las acciones que correspondan para el tratamiento de estos.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>➤ Por tanto, existe una normativa especial que regula el desarrollo de los procesos de contratación que realicen las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras asumiendo el pago con fondos públicos, la misma que está conformada por la normativa de contrataciones del Estado ; y por otro lado, existe una normativa especial referida al Sistema Nacional de Control, dictada por la Contraloría General de la República y organismos competentes, que tiene por objeto el desarrollo del control gubernamental.</li><li>➤ Efectuadas las precisiones anteriores, debe señalarse que la normativa de contrataciones del Estado contempla la posibilidad de que un Representante del Sistema Nacional de Control pueda participar en calidad de “veedor” en los supuestos previstos en los artículos 73, 74, 81, 91 y 97 del Reglamento, entre los cuales se encuentra la participación en actos públicos de presentación de ofertas y en la evaluación de las mismas cuando se realice el sorteo entre los postores que hayan empatado, conforme a las disposiciones consideradas en tales artículos.</li><li>➤ En este punto, es preciso mencionar que de conformidad con el Principio de Legalidad , según el cual: “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”, en el desarrollo del proceso de contratación la normativa de contrataciones del Estado le otorga al Representante del Sistema Nacional de Control la posibilidad de participar en determinadas actuaciones pero únicamente en la calidad de veedor, ello</li></ul>
--	---



	<p>sin perjuicio de las facultades señaladas en la normativa relativa al Sistema Nacional de Control.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Por tanto, el rol que le otorga la normativa de contrataciones del Estado al Representante del Sistema Nacional de Control se refiere a la posibilidad de participar en los procedimientos de selección únicamente en calidad de veedor, ello significa, por ejemplo, que no cuenta con las facultades propias del Comité de Selección ni las del Órgano Encargado de las Contrataciones; es decir, su actuación no debe interferir el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de las funciones que le corresponden conforme a la normativa de control gubernamental.</li> <li>➤ Efectuadas las precisiones anteriores y en atención a la consulta formulada, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado únicamente contempla la participación de Representantes del Sistema Nacional de Control en determinadas actuaciones en calidad de veedor, sin que tal normativa haya previsto que dicho representante cuente con la posibilidad de obtener copias fotostáticas autenticadas o certificadas de la documentación materia de observación, efectuar tomas fotográficas o de video a la documentación que obra en el expediente de contratación, entre otros, correspondiendo para ello evaluar la normativa que regula la actuación de dichos Representantes en el marco del Sistema Nacional de Control.</li> </ul>
<b>CONCLUSIÓN:</b>	<p>La normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de que un Representante del Sistema Nacional de Control pueda participar en determinadas actuaciones en calidad de veedor, sin que ello signifique que cuenta con las facultades propias del Comité de Selección o del Órgano encargado de las Contrataciones, por lo que su actuación no debe interferir el</p>

	desarrollo del procedimiento de selección, sin perjuicio de las funciones que le corresponden conforme a la normativa de control gubernamental.
--	---

**Discusión:**

Atendiendo a la presente opinión, advertimos que el principio de libre concurrencia y competencia se encuentra referido a la promoción por parte de la entidad pública convocante, de prácticas y condiciones alcanzables por los proveedores en general, para que éstos puedan acceder y participar, compitiendo con los otros proveedores dentro del proceso de selección son más limitaciones que las formalidades mínimas de control simultaneo establecidas.

Por otro lado, conforme al principio de imparcialidad que solo se consigue por la transparencia en la actuación del estado, para alcanzar, los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la Ley de Contrataciones y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.

Siendo así, tenemos que en atención a los principios de transparencia y publicidad antes descritos, y considerando el ejercicio del control gubernamental llevado a cabo por la Contraloría General de la República, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la participación de un representante del Sistema Nacional de Control en diversas actuaciones, el cual dicha normativa le otorga participación en calidad de “veedor”.

<b>DIRECCIÓN TÉCNICA NORMATIVA - OSCE</b>	
<b>OPINIÓN N°:</b>	N° 249-2017/DTN
<b>SOLICITANTE:</b>	Hospital de Huaycán - Ministerio de Salud
<b>ASUNTO:</b>	Contratación Directa
<b>ANTECEDENTES:</b>	Mediante el documento de la referencia, el Director del Hospital de Huaycán formula varias consultas relacionadas con el procedimiento a seguir en las contrataciones directas.
<b>CONSULTA:</b>	<i>“En un procedimiento para la contratación directa de un servicio, debe la empresa prestadora del servicio contar con EXPERIENCIA en el rubro o no es necesario”</i>
<b>ANÁLISIS:</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos taxativos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección competitivo, toda vez que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad requiere contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer su necesidad. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27° de la Ley y constituyen las causales de contratación directa.</li> <li>➤ Cabe resaltar que, la aprobación de una contratación directa faculta a la Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor; sin embargo, ello no enerva su obligación de aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual, debiendo observarse los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías propios de estas fases.</li> <li>➤ Expuesto lo anterior, corresponde indicar que, para la aprobación y ejecución de las contrataciones directas, el Reglamento ha previsto circunstancias y requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de las Entidades.</li> <li>➤ Así, el artículo 86 del Reglamento establece que para la aprobación de las contrataciones directas se requiere la</li> </ul>

	<p>resolución del Titular de la Entidad o acuerdo de Consejo Regional, Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado —según corresponda—; debiendo contar tales documentos con el respectivo sustento técnico y legal, el mismo que debe desprenderse del informe o informes previos que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la contratación.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>➤ Por su parte, el numeral 102.1, del artículo 102°, del Reglamento, señala que una vez aprobada la contratación directa, la Entidad debe efectuar acciones inmediatas, invitando a un solo proveedor cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases, las cuales deben contener como mínimo lo indicado en los literales a), b), e), f), m) y q) del numeral 48.1, del artículo 48°, del Reglamento, referidos a: (i) la denominación del objeto de la contratación; (ii) los términos de referencia, para el caso de servicios; (iii) la modalidad de ejecución de llave en mano, de corresponder; (iv) el sistema de contratación; (v) las garantías aplicables; y, (vi) la proforma del contrato, cuando corresponda.</li><li>➤ De lo anterior puede inferirse que, dado el carácter expeditivo que tienen las contrataciones directas, la normativa vigente menciona determinados requisitos mínimos que deben contener sus Bases y otorga cierto grado de discrecionalidad a las Entidades para que puedan definir aquellos otros requisitos a considerar, para lo cual deberán tomar en cuenta la información detallada en su requerimiento.</li><li>➤ Sobre este último punto, debe indicarse que de conformidad con el artículo 29° del Reglamento, el requerimiento formulado por el área usuaria incluye,</li></ul>
--	--

	<p>entre otros aspectos, los requisitos de calificación que se estimen necesarios, a efectos de verificar que los postores cuentan con las capacidades suficientes para ejecutar el contrato.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Abundado lo anterior, el artículo 49°, del Reglamento establece los requisitos de calificación que las Entidades pueden adoptar, siendo estos: (i) Capacidad legal; (ii) Capacidad técnica y profesional; y (iii) Experiencia del postor; (iv) Solvencia económica; asimismo, resulta importante mencionar que dichos requisitos podrían resultar de carácter obligatorio o facultativo según el tipo de prestación (bien, servicio, consultoría u ejecución de obra) a contratar.</li> <li>➤ En ese orden de ideas, dentro del requerimiento formulado por el área usuaria se deben prever los requisitos de calificación que resulten aplicables de acuerdo con el tipo de prestación a contratar, y a partir de dicha información se deben elaborar las Bases de una contratación directa o de un procedimiento de selección competitivo.</li> <li>➤ De esta manera, cuando en las Bases de una contratación directa se incluya el requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, el proveedor a quien la Entidad invite a contratar deberá acreditar documentalmente el cumplimiento del mismo.</li> <li>➤ Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que, aun cuando la Entidad no prevea en las Bases de una contratación directa el empleo del requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, ésta debe procurar seleccionar a un proveedor que cuente con la capacidad, solvencia y experiencia suficiente para ejecutar las prestaciones requeridas de manera oportuna y eficiente.</li> </ul>
	<p>Cuando en las Bases de una contratación directa se incluya el</p>

<p><b>CONCLUSIÓN:</b></p>	<p>requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, el proveedor a quien la Entidad haya invitado a contratar deberá acreditar documentalmente el cumplimiento del mismo.</p> <p>Aun cuando la entidad no prevea en las Bases de una contratación directa el empleo del requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, ésta debe procurar seleccionar a un proveedor que cuente con la capacidad, solvencia y experiencia suficiente para ejecutar las prestaciones requeridas de manera oportuna y eficiente.</p> <p>El requerimiento formulado por el área usuaria no debe incluir requisitos y/o exigencias irracionales, innecesarias o que no sean congruentes con el objeto de la contratación; asimismo, debe permitir, en principio, la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores.</p>
---------------------------	---

**Discusión:**

A través, de la presente opinión, podemos darnos cuenta que, cuando en las Bases de una contratación directa se incluya el requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, el proveedor a quien la entidad haya invitado a contratar, deberá acreditar documentalmente el cumplimiento del mismo.

No obstante, también advierte que cuando la entidad no prevea en las Bases de una contratación directa el empleo del requisito de calificación referido a la “experiencia del postor”, ésta debe procurar seleccionar a un proveedor que cuente con la capacidad, solvencia y experiencia suficiente para ejecutar las prestaciones requeridas de manera oportuna y eficiente, en consonancia con los principios de libertad de concurrencia y competencia, así como el principio de imparcialidad.

Por último, el requerimiento formulado por el área usuaria no debe incluir requisitos y/o exigencias irracionales, innecesarias o que no sean congruentes con el objeto de la contratación; asimismo, debe permitir, en principio, la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores.

#### 4.2.2. Entrevistas

En este ítem, presentamos los resultados de las entrevistas efectuadas a tres (03) capacitadores del OSCE (Lima) especialistas en Actos Preparatorios. Para la elección de nuestros entrevistados, tomamos en cuenta la función que cumplen dentro de la institución en torno a sus conocimientos en Actos Preparatorios.

Las entrevistas al formularse fueron aplicadas en mérito a un cuestionario previamente desarrollado, en el cual se han involucrado puntos claves para la comprensión de nuestro tema.

**TABLA N° 1: OPINIÓN ACERCA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA**

<b>ITEM FUNCIONARIO</b>	<b>ES UN MÉTODO</b>	<b>ES UN PROCEDIMIENTO</b>
<b>Capacitador OSCE N° 01</b>	X	
<b>Capacitador OSCE N° 02</b>	X	
<b>Capacitador OSCE N° 03</b>		X
<b>SUB TOTAL</b>		

**Fuente:** Entrevista a Capacitadores OSCE, Ciudad de Lima 2019  
**Elaboración Propia**

Conforme a la opinión de nuestros entrevistados, la mayoría concluye que la contratación directa es un método de contratación de Estado antes que un procedimiento.

Iniciamos con la respuesta del **Capacitador OSCE N° 01**, quien alude a la importancia de la Contratación Directa, señalando que:

*“...La Contratación Directa es uno de los métodos para contratar con el Estado, sean bienes, servicios, obras o consultorías de algún proveedor. Si bien, se encuentra prevista en la Ley de Contrataciones del Estado, esta figura es utilizada cuando el Estado necesita contratar a un proveedor en específico de forma directa, sin pasar por tantas formalidades de los otros procesos...”*

Asimismo, el **Capacitador OSCE N° 02** hace algunas precisiones en cuanto a la contratación directa, pues afirma que:

*“...Si bien el OEC por ejemplo publica tanto la convocatoria, como la presentación de ofertas y el otorgamiento a través del SEACE, esto no es igual al procedimiento de selección. Lo hacen en mérito a la transparencia de la gestión. Además, tampoco se pueden apelar la decisión de contratar directamente...”*

Por el contrario, el **Capacitador OSCE N° 03** expuso las contingencias que produce las fiscalizaciones a los espectáculos eventuales, pues manifiesta que:



*“...Es un procedimiento como cualquier otro, pues las contrataciones del Estado se realizan con el dinero de los ciudadanos del Perú. Por ello, deben cumplirse ciertos requisitos para garantizarse que no se defraude el presupuesto público...”*

**TABLA N° 2: OPINIÓN SI RESULTAN APLICABLES LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA E IMPARCIALIDAD EN LAS CONTRATACIONES DIRECTAS**

<b>ITEM FUNCIONARIO</b>	<b>SON APLICABLES</b>	<b>NO SON APLICABLES</b>
<b>Capacitador OSCE N° 01</b>	X	
<b>Capacitador OSCE N° 02</b>	X	
<b>Capacitador OSCE N° 03</b>	X	
<b>SUB TOTAL</b>		

**Fuente:** Entrevista a Capacitadores OSCE, Ciudad de Lima 2019  
**Elaboración Propia**

Del cuadro advertimos que la posición de los entrevistados es categórica, los principios de libre concurrencia y competencia e imparcialidad deben ser aplicados en las contrataciones directas.

Sobre el particular el **Capacitador OSCE N° 01**, opinó lo siguiente:

*“...los principios de las contrataciones del Estado resultan aplicables a cualquier procedimiento, independientemente de ser especial o no, ello guarda relación con la función integradora que tienen los principios frente a legislaciones especiales...”*

El **Capacitador OSCE N° 02** enfatiza la observancia de estos principios en las contrataciones directas, señalando que

*“...deberían ser tomados en cuenta por el área usuaria, a efecto de no ser evidente la contratación de un proveedor sin mayor competencia, buscando siempre la imparcialidad con la concurrencia de varios proveedores con las mismas condiciones...”*

Luego, el **Capacitador OSCE N° 02** a manera de comentario, sostiene:

*“...los principios de libre competencia y concurrencia, como el de imparcialidad son fundamentales en todo proceso, aplicables a la contratación directa, a fin de evitar el favoritismo de proveedores que tanto mal causan al Estado...”*

**TABLA N° 3: OPINIÓN SI RESULTA OBLIGATORIA LA EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA**

<b>ITEM FUNCIONARIO</b>	<b>ES OBLIGATORIA</b>	<b>NO ES OBLIGATORIA</b>
<b>Capacitador OSCE N° 01</b>		X
<b>Capacitador OSCE N° 02</b>	X	
<b>Capacitador OSCE N° 03</b>	X	
<b>SUB TOTAL</b>		

**Fuente:** Entrevista a Capacitadores OSCE, Ciudad de Lima 2019  
**Elaboración Propia**

De conformidad con última tabla acerca de la incorporación obligatoria del requisito de la experiencia del postor en las contrataciones directas, tenemos los siguientes resultados:

Para el **Capacitador OSCE N° 02** es obligatoria, atendiendo a lo siguiente:

*“La experiencia del postor es fundamental porque garantiza la compra de un mejor producto o la atención de un mejor servicio para el Estado, entonces es importante para conseguir los objetivos trazados por las instituciones públicas, aplicarlas obligatoriamente en cualquiera de sus proceso o métodos de contratación”*

Asimismo, el **Capacitador OSCE N° 03** resaltó la importancia de este requisito de contratación, de la siguiente manera:

*“Con la experiencia del postor en el requerimiento de la contratación directa, evitamos que las entidades públicas terminen contratando con proveedores con dudosa calidad del trabajo que ofrecen, por tanto, debe cumplirse e incluirse como una exigencia para contratar en la ley...”*

No obstante, el **Capacitador OSCE N° 01** por el contrario, refirió lo siguiente:

*“Tal como está la legislación, no es obligatorio. Como ya lo mencione, esta figura es utilizada cuando el Estado necesita contratar a un proveedor en específico de forma directa, sin pasar por tantas formalidades de los otros procesos, es la esencia de esta figura...”*

## Conclusiones y Recomendaciones

### Conclusiones.

- 1.1. Es necesario la obligatoriedad por cumplir con el requisito acerca de la experiencia del postor en la formulación del requerimiento para una contratación directa, a fin de respetar los principios de libre concurrencia y competencia, e imparcialidad en las Contrataciones con el Estado.
- 1.2. Con la transparencia del proceso mediante el cual, las instituciones públicas proporcionen información clara y coherente del proceso de contratación se alcanzará la imparcialidad deseada, y bajo la publicidad de los actos, se garantizará su difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.
- 1.3. El cumplimiento obligatorio del requisito sobre la experiencia del postor en la contratación directa obligará a la entidad pública a fomentar la participación plural, objetiva e imparcial de los postores mediante la difusión y transparencia, y de esta manera, se respetará los principios de libre concurrencia y competencia, e imparcialidad en las Contrataciones con el Estado.

**Recomendaciones.**

Texto Actual del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. 350-2015-EF:

**“Artículo 49.- Criterios de calificación**

*La Entidad verifica la calificación de los postores conforme a los criterios que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, a fin de determinar que estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato.*

*Los criterios de calificación **que pueden adoptarse** son los siguientes:*

- a) Capacidad legal: aquella documentación que acredite la representación y habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación;*
- b) Capacidad técnica y profesional: aquella que acredita el equipamiento, infraestructura y/o soporte, así como la experiencia del personal requerido;*
- c) Experiencia del postor en la especialidad.*
- d) Solvencia económica.*

*La capacidad legal es un criterio de precalificación en aquellas licitaciones públicas en los que se convoque con esta modalidad.*

*La Entidad no puede imponer criterios y requisitos distintos a los señalados en el presente artículo y en los documentos estándar aprobados por el OSCE.*

*El consorcio puede acreditar como experiencia la sumatoria de los montos facturados, previamente ponderados, de aquellos integrantes que se hubieran comprometido a*

Propuesta:

**“Artículo 49.- Criterios de calificación**

*La Entidad verifica la calificación de los postores conforme a los criterios que se indiquen en los documentos del procedimiento de selección, a fin de determinar que estos cuentan con las capacidades necesarias para ejecutar el contrato.*

*Los criterios de calificación **que obligatoriamente deben adoptarse** son los siguientes:*

*a) Capacidad legal: aquella documentación que acredite la representación y habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación;*

*b) Capacidad técnica y profesional: aquella que acredita el equipamiento, infraestructura y/o soporte, así como la experiencia del personal requerido;*

*c) Experiencia del postor en la especialidad.*

*d) Solvencia económica.*

*La capacidad legal es un criterio de precalificación en aquellas licitaciones p6blicas en los que se convoque con esta modalidad.*

*La Entidad no puede imponer criterios y requisitos distintos a los señalados en el presente artículo y en los documentos estándar aprobados por el OSCE.*

*El consorcio puede acreditar como experiencia la sumatoria de los montos facturados, previamente ponderados, de aquellos integrantes que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente el objeto materia de la convocatoria, conforme a la Directiva que*

## **Bibliografía**

BERMEJO VERA, José (2005). Derecho Administrativo. Parte Especial. Sexta Edición Thomson. Civitas. España.

DROMI, J. R. (2005). Derecho Administrativo. Lima: Gaceta Jurídica

BULLINGER, M. (1986). “La discrecionalidad de la Administración pública. Evolución, funciones, control judicial”. Edit. La Ley, VII. Madrid

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Palestra Temis. Lima – Bogotá 2006.

HERNÁNDEZ Sampieri R FERNÁNDEZ Collado C y Lucio P (1996) Metodología de la investigación. México: McGraw-Hill.

HYMAN Herbert (1984), Diseño y análisis de las encuestas sociales. Buenos Aires: Amorrortu

MARIENHOFF, M. (1992). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot

SALAZAR, R. (2012). Introducción a la Contratación Estatal. Lima: Aula Virtual OSCE.

SECO, M. y RAMOS, G. (1999), Diccionario del Español Actual, Aguilar, Madrid.

RETAMOZO LINARES, Alberto (2011). Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Octava Edición. Jurista Editores. Lima.

TORRES, A. (2012). Teoría General del Contrato. Lima: Pacífico Editores S.A.C

ULLOA, A. (2006). El mercado público y los acuerdos comerciales, un análisis económico. Santiago de Chile: CEPAL- SERIE Comercio internacional

**Tesis Consultadas:**

AGUILAR Zavaleta, Cinthya Fiorela (2015). *Ampliación De La Facultad Sancionadora Del Organismo Supervisor De Las Contrataciones Del Estado (OSCE)*. Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú.

BARRETO (2016). *Importancia del Principio de La Transparencia en La Contratación Administrativa*. Bogotá, Colombia

BOCANEGRA Laguna Ronald Crippen (2015). *Ley de Contrataciones y sus efectos en el Distrito de José Crespo y Castillo– Leoncio Prado – 2014*. Universidad de Huánuco. Huánuco, Perú.

MARTÍNEZ J. (2015). *Transparencia versus corrupción en la contratación pública. Medidas de transparencia en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción*. Universidad de León. España

VÁSQUEZ Valderrama, Félix Juan (2018). *Las contrataciones del Estado y la transparencia de los servidores públicos en la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores, 2018*. Universidad Privada César Vallejo. Trujillo, Perú.

ZAMORA Delgado, Rosa Luzmila (2016). *Principios rectores de las Contrataciones Públicas y la participación de los postores en los Procesos de Selección. Municipalidad Provincial De Chota, Cajamarca. 2015*. Universidad Privada César Vallejo. Trujillo, Perú.