

CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PERSPECTIVAS DESDE
LA PRÁCTICA DEL DERECHO

*Monica
Nuñez Salas*

*Andrés
Talavera Cano*

Editores

Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

CONTRATACIONES CON EL ESTADO

PERSPECTIVAS DESDE
LA PRÁCTICA DEL DERECHO

*Monica
Nuñez Salas*

*Andrés
Talavera Cano*

Editores

Fondo
Editorial



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

La complejidad del requerimiento y sus implicancias en la ejecución contractual

KARINA ALVARADO LEÓN

Sumilla

La consecuencia de tener requerimientos deficientes o dirigidos no solo obedece a escenarios de corrupción, sino también a la falta de conocimiento técnico y capacidad para trabajar los requerimientos de menor a mayor complejidad, y a la falta de filtros de control técnico, de mercado y legal, que terminan afectando la oportunidad y calidad de bienes y servicios destinados al ciudadano para mejorar sus condiciones de vida. La solución a esta problemática involucra modificaciones a la normativa y una adecuada intervención tanto de los actores internos de una entidad como de los actores externos involucrados en la supervisión y control de los procedimientos de contratación pública.

1. Introducción

Cada día, la ciudadanía es más partícipe de las irregularidades advertidas en las compras que tienen a su cargo las entidades del aparato estatal al adquirir bienes, servicios u obras con fondos públicos, y el comentario cuasi unánime es que es una compra corrupta. Lo preocupante de esto es que se viene normalizando en el ciudadano asumir que todos los funcionarios ingresan al aparato estatal a robar, y acepta un bien en mal estado o un servicio de mala calidad sin exigir lo contrario.

El propósito del presente artículo es evidenciar las razones técnico-legales que influyen en la problemática existente sobre el requerimiento y sus implicancias en la ejecución contractual, para reflexionar sobre que no todo se trata de compras

corruptas, sino que también hay compras ineficientes porque el requerimiento no está bien formulado o no representa una compra que tenga los filtros de calidad, o se cuenta con un requerimiento con observaciones legales por desconocimiento. Asimismo, busca trasladar, a título personal, propuestas de solución.

Adicionalmente, vamos a evidenciar las necesidades de modificación del requerimiento en la ejecución contractual a fin de cumplir con la finalidad pública que se persigue con dicha contratación.

El artículo se centrará en el análisis del tema «requerimiento» regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, en adelante la Ley, y por su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, en adelante, el Reglamento, que ha sido modificado mediante Decreto Supremo N.º 377-2019-EF, Decreto Supremo N.º 168-2020-EF y Decreto Supremo N.º 250-2020-EF.

De conformidad con el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en adelante OSCE, ente supervisor de la legalidad de los procedimientos de contratación pública, tiene entre sus funciones absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las entidades, así como por el sector privado y la sociedad, emitiendo para ello opiniones.

Así, el OSCE ha emitido la Opinión N.º 050-2019-DTN, en la que señala que el procedimiento de contratación pública se distribuye en tres fases, que son: (i) fase de actuaciones preparatorias, (ii) fase de selección y (iii) fase de ejecución contractual (OSCE, 2019a).

La fase de actuaciones preparatorias es la primera, en la que se inicia una contratación pública, y justamente comienza con el requerimiento, donde se define el tipo de bien, servicio u obra (insumos) que se va a requerir para que se convierta en productos (bienes y servicios) que lleguen al ciudadano y mejoren su condición de vida, tales como el servicio de salud, el servicio de educación, infraestructura, agua, luz, etc., debiendo el aparato estatal promover y lograr la calidad en la prestación de los bienes y servicios a su cargo, tal como lo establece el numeral 8.1 del artículo 8 del Reglamento del Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública, aprobado por Decreto Supremo N.º 123-2018-PCM.

De acuerdo con el alcance y detalle que tenga el requerimiento, este se determinará e influirá en el resto de la información de una contratación pública. Se determinará el valor estimado (en bienes, servicios en general y consultoría en general) o valor referencial (en consultoría de obras y ejecución de obras), producto de las indagaciones o estudio de mercado; si existe o no pluralidad de postores y

marcas; el tipo de proceso de selección; y la disponibilidad presupuestal para su compra. Asimismo, con base en el requerimiento y la información antes indicada, se elaboran las reglas de competencia, es decir, los documentos que contienen las reglas de selección y reglas contractuales, como, por ejemplo, las bases.

Por ello, es importante determinar de manera objetiva y detallada el requerimiento, dado que este influye radicalmente en el resto de las actuaciones preparatorias. Así, si se determina un mal requerimiento, se efectuará una compra ineficiente que afectará la oportunidad y calidad del bien o servicio destinado al ciudadano, y se generarán gastos ineficientes; y si se trata de una compra corrupta, somos todos los peruanos quienes perdemos porque no vamos a obtener un bien o servicio de calidad y oportuno o no vamos a recibir ningún servicio.

Sabiendo la radical importancia que recae en el requerimiento, la prioridad inicial de la normativa, así como de los gestores públicos, es delimitar a quién debe corresponder trabajar los requerimientos y proveerlo de la información básica necesaria para su adecuado contenido y detalle.

2. Definición del requerimiento

El numeral 29.1 del artículo 29 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento, precisa sobre el requerimiento lo siguiente:

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 consultorías de obras. El requerimiento incluye, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios.

Conforme a lo antes citado, el requerimiento está constituido por dos componentes:

1. Las especificaciones técnicas o términos de referencia o expediente técnico, si se requiere un bien, servicio u obra, respectivamente, y
2. Los requisitos de calificación.

En lo que respecta al primer componente, está referido al detalle y las características del bien, servicio u obra que el área usuaria requiere y las condiciones de ejecución en que se va a efectuar la prestación, como el plazo, el lugar, el modo, etc.

El segundo componente está referido a los requisitos de calificación. Al respecto, el artículo 49 del Reglamento establece que son las capacidades que se va a requerir acreditar a los postores para verificar que están en la capacidad de entregar el bien, servicio u obra, y que se definen con base en lo señalado en los documentos del procedimiento de selección, siendo clasificadas en capacidad legal, capacidad técnica y profesional, y experiencia del postor en la especialidad.

Como se puede advertir, cada componente cumple un propósito diferente. En el primer componente, se señala el tipo de bien, servicio u obra que requiere cada área usuaria, el detalle que debe tener, las condiciones de ejecución y los requisitos funcionales. Mientras que el segundo componente ya no tiene como fin señalar lo anterior, sino qué capacidades debe cumplir con acreditar el postor para garantizar a la entidad que puede cumplir la prestación; por ejemplo, si está habilitado legalmente para efectuar la prestación, si cuenta con la disponibilidad técnica del equipamiento o infraestructura estratégica requerida, si puede acreditar cierto monto facturado como experiencia en la especialidad en el objeto de compra, o si tiene capacidad financiera para ejecutar la obra.

2.1 Competencia para la definición del requerimiento

El artículo 8 de la Ley establece que el área usuaria está a cargo de la elaboración del requerimiento, pudiendo ser la dependencia que tiene la necesidad o tiene la especialidad y función y canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias. A esto debe sumarse que el área usuaria debe efectuar la revisión técnica de la prestación efectuada por el contratista para otorgar la conformidad, para lo cual debe verificar que lo entregado guarde coherencia con el requerimiento.

Pues bien, en cada entidad del aparato estatal existe una diversidad de dependencias que son órganos de apoyo administrativo, así como otras dependencias que son órganos de línea, pero todas en algún momento asumen el rol de área usuaria y deben elaborar su requerimiento.

Acá vamos a advertir el primer problema, dado que los requerimientos demandan de menor a mayor complejidad técnica y, si van a estar a cargo de dependencias que tienen la necesidad pero no tienen el conocimiento técnico, resulta complicado asegurar la calidad técnica de la información conformante del requerimiento.

Algunas entidades se han organizado mejor, y existen ciertas dependencias que fungen de áreas técnicas y apoyan a las áreas usuarias (determinadas por tener la necesidad) aportando la información técnica. El problema radica en que las áreas usuarias determinadas debido a tener la necesidad terminan otorgando la

conformidad, que implica la revisión técnica de lo recibido, sin tener para ello el conocimiento técnico o terminan participando en conjunto con el apoyo del área técnica. Aquí es válido preguntarse si esto podría funcionar en requerimientos de mayor complejidad o en los que la carga técnica es mayor.

Este tipo de realidades hacen que, cada año, los requerimientos adolezcan de los mismos problemas de falta de detalle en las especificaciones técnicas y términos de referencia que no permiten comprar bienes y servicios de calidad. Por el contrario, generan cuestionamientos y responsabilidades administrativas por las deficiencias del requerimiento advertidas en la ejecución contractual. Muchas de estas deficiencias obligan a la Administración Pública a aprobar adicionales, lo que implica pagar más de lo que se pactó en el contrato original. Todas estas realidades nos obligan a analizar esta problemática y saber hasta qué punto el área usuaria está en la capacidad de elaborar el requerimiento.

En la Opinión N.º 002-2020-DTN, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), ente supervisor de la legalidad de los procedimientos de contratación pública, precisó que las áreas usuarias solo podrían ser las dependencias de una entidad que tengan conocimiento técnico respecto del bien, servicio u obra que van a requerir; por tanto, el área que tiene la necesidad solo podría estar a cargo de la elaboración del requerimiento en la medida en que tenga conocimiento técnico del objeto de compra.

Considero acertada la postura del OSCE, porque no podemos exigir buenos requerimientos si dejamos u obligamos a las dependencias que tienen la necesidad a que también estén a cargo de preparar los requerimientos sin tener el conocimiento técnico para su elaboración y, así, asegurar compras de calidad.

También debo señalar que la postura dada por el OSCE será chocante para una realidad de la Administración Pública en la que muchas dependencias que tienen la necesidad pero no el conocimiento técnico siguen asumiendo el rol de áreas usuarias y elaboran su requerimiento.

No obstante, me parece acertado el que los requerimientos deban ser elaborados por áreas que tienen el conocimiento técnico en el objeto de convocatoria. Aquí una pregunta válida es si las entidades cuentan con dependencias que tengan el conocimiento técnico para elaborar todos sus requerimientos o tendrían que tercerizar alguno de ellos. De una u otra forma, las entidades necesitarán organizarse para delimitar, cuando corresponda, las nuevas áreas usuarias.

Una propuesta interesante para evaluar, a título personal, es si se podría contar con comités usuarios que estén a cargo de la elaboración de diversos requerimientos agrupados en función del tipo de conocimiento técnico que se demande, lo

cual podría enriquecerse con la contratación de un consultor como experto técnico para obtener requerimientos mejor elaborados con filtros de calidad, con características estandarizadas cuando corresponda. A este comité usuario podría incorporarse un funcionario o servidor público del órgano encargado de las contrataciones (en adelante, el OEC), por el conocimiento que tiene en contrataciones públicas, y uno de asesoría jurídica, para que también haya filtros de control legal.

2.2 Primer componente del requerimiento

Respecto del primer componente, la normativa no establece una estructura con contenidos básicos que deba contemplar el requerimiento para bienes, servicios y obras, a pesar de que hay varias figuras reguladas en el Reglamento que pertenecen al primer componente del requerimiento, hay posturas o tendencias definidas por el OSCE respecto a elementos del requerimiento, y el OSCE publicó una estructura en anteriores normativas. El problema es que, sabiendo las usuales deficiencias del requerimiento, se requiere una estructura de mayor detalle y actualizada.

En cambio, respecto del segundo componente, el OSCE ha elaborado formatos detallados de cuáles deben y pueden ser los requisitos de calificación por utilizar de acuerdo con el tipo de procedimiento de selección y objeto de compra, los cuales están insertos en el numeral 3.2 del capítulo III de la sección específica de las bases estándar que el OSCE ha aprobado mediante Directiva N.º 001-2029-OSCE/CD (OSCE, 2019a).

2.3 La complejidad del requerimiento desde una perspectiva legal

Desde la Ley N.º 26850 hasta la Ley actual han transcurrido alrededor de 20 años, y la estructura inicial del requerimiento se sigue manteniendo, con la diferencia de que en las últimas normativas se ha incluido el segundo componente: requisitos de calificación, al cual ya nos hemos referido como aquel que tiene como propósito verificar que los postores acrediten tener la capacidad para ejecutar la prestación.

El Reglamento precisa que el segundo componente del requerimiento se determina según lo descrito en los documentos del procedimiento de selección; sin embargo, este documento lo elabora el comité de selección, y en una etapa posterior a la elaboración del requerimiento. Por tanto, debe precisarse en el Reglamento que el área usuaria, al elaborar el segundo componente del requerimiento, debe utilizar los formatos descritos en los documentos del procedimiento de selección estándar aprobados por el OSCE.

Tal vez hubiera resultado mejor que el OSCE apruebe y publique una estructura en la que incorpore una propuesta detallada del primer y el segundo componente del requerimiento. Así, sería una herramienta clave para las áreas usuarias al elaborar sus requerimientos.

Al estar detallado el segundo componente en los documentos del procedimiento de selección, han surgido en los operadores de la normativa dudas razonables acerca de quién debe elaborarlas, si el área usuaria o el comité de selección, cuando, en realidad, al ser un componente del requerimiento, debe ser elaborado por el área usuaria.

Otro aspecto legal que se suma a este terreno no claro es que la normativa exige que cuando el área usuaria requiera que los postores acrediten un monto por experiencia en la especialidad en el objeto de convocatoria, este se debe determinar en función del valor estimado, el cual se determina con posterioridad al requerimiento y es competencia del OEC. Así, cuando es elaborado por el área usuaria, no se sabe con certeza cuál es el valor estimado y, por tanto, se trabaja con base en proyecciones. Entonces, cuando se determine el valor estimado, ¿el OEC debe correr traslado al área usuaria para volver a determinar otro monto de experiencia o ratificar el primero señalado? Estos aspectos no han sido tomados en cuenta por la normativa, y esto hace que cada entidad adopte sus propias medidas de cómo manejar este aspecto.

Este tipo de regulaciones específicas no hace más que generar dudas a quien elabora los requisitos de calificación: el comité de selección o el área usuaria.

El no tener una sola estructura detallada de los dos componentes del requerimiento y, además, tener la información dispersa del requerimiento, promueve diferentes lecturas y contenidos por cada área usuaria. Esto genera tanto observaciones que deben ser modificadas, como también nulidades del proceso de selección. Estas últimas son innecesarias, pues el OSCE ya tiene o podría extraer, de los rutinarios vicios de nulidad, una herramienta que minimice estos riesgos.

Consideramos necesario que el OSCE, con toda la experiencia obtenida en materia de requerimiento por los pronunciamientos u opiniones y resoluciones emitidos, elabore y apruebe un instrumento de orientación respecto de una estructura de requerimiento que reúna los dos componentes con más detalle que el ofrecido en las bases estándar, que sea una herramienta de uso para las diferentes áreas usuarias y sirva para minimizar los riesgos de deficiencias de requerimiento desde una revisión legal.

Este documento de orientación será una herramienta que el área usuaria podrá utilizar al inicio de una contratación pública.

Por otro lado, existen ciertas figuras jurídicas vinculadas al requerimiento que no se sabe aún quién debe determinar porque la normativa de contrataciones públicas no lo establece de manera expresa; no obstante, considero que el área usuaria es la más indicada para su determinación. Me refiero a las figuras sobre el sistema de contratación regulado en el artículo 35 del Reglamento y modalidad de contratación regulada en el artículo 36 del Reglamento.

El sistema de contratación tiene relación directa con el requerimiento y se define en función de poder establecer de manera exacta o referencial la magnitud total del requerimiento y, por tanto, su incidencia en el costo. Por ejemplo, citamos el sistema de contratación de suma alzada, que se determina cuando se sabe con exactitud el alcance y la magnitud total que abarca la prestación y, por tanto, genera una mayor seguridad de que, en la ejecución contractual, no demandará cambios o extensiones del requerimiento, y que, por consiguiente, el costo que se determine y el monto contractual no tenderán a modificarse en la ejecución contractual (por ejemplo, servicio de seguridad de vigilancia, compra de mobiliario, obras a suma alzada, etc.).

De otro lado, tenemos el sistema de contratación de precios unitarios, el cual funciona de manera contraria al sistema de suma alzada, en donde el alcance y magnitud de lo que abarca el requerimiento no se puede determinar, sino solo una estimación de estos. Entonces, en este caso, el consumo o necesidad total recién se sabrá en el momento de la ejecución contractual. Por ende, el costo inicial es estimado primero y el real recién se determina en la ejecución contractual en función del consumo real. A manera de ejemplos, podemos señalar la adquisición de combustible, servicio de mensajería, obras a precios unitarios, etc.

Al estar vinculado el sistema de contratación al requerimiento, considero que es el área usuaria la que debe determinarlo, y corresponderá, en el estudio de mercado, ser validado o modificado en función de lo que el mercado señale y aporte.

La otra figura es la modalidad de contratación: llave en mano y concurso oferta. La primera está referida a las condiciones de ejecución del requerimiento que involucra bienes y obras que deben ser instaladas o tener montaje y puesta en funcionamiento; por ejemplo, adquisición de ventiladores (además del internamiento del bien, estos deben ser instalados y puestos en funcionamiento). La otra modalidad es el concurso oferta, que está destinada a requerimientos que involucran en el mismo contratista las obligaciones de elaborar el expediente técnico y la ejecución de obra.

Así, la modalidad de ejecución contractual está también directamente vinculada con el requerimiento, por tanto, debe ser determinada inicialmente por el área usuaria.

Otra figura que debe incorporarse con mayor alcance en la estructura del requerimiento es la del artículo 39 del Reglamento, que regula la posibilidad de realizar reajustes en las contrataciones públicas de bienes, servicios y obras. Ello considerando las diversas condiciones que se pueden presentar en el mercado y que hacen necesario un reajuste en los precios; dicha incorporación con mayores alcances debería facilitar su entendimiento y aplicación cuando corresponda. Esta figura tiene muy poca regulación y alcances, pero resulta ser requerida en situaciones de coyuntura como la ocurrida con la pandemia, en la que se ha incrementado notablemente el costo de ciertos insumos a nivel nacional e internacional que podrían generar supuestos de reajuste. Sin embargo, la Administración Pública, al no tener reglas claras y realistas, tiene el temor de pagar más de lo pactado contractualmente y que esto sea sindicado como corrupción, por lo que prefiere resolver el contrato, con lo cual el problema persiste y se afecta la oportunidad de la compra.

2.4 La complejidad de la revisión del requerimiento desde una perspectiva técnica

En cada capacitación que he desarrollado dirigida al sector privado, es muy común escuchar que el requerimiento está dirigido a determinado proveedor por contener una característica técnica que reduce la posibilidad de que otros proveedores participen, y que dicha especificación técnica no hace necesariamente que el producto sea de mayor calidad.

También es muy común escuchar que el área usuaria se aferra a un contenido de requerimiento que podría promover una mayor participación del mercado si se incorporaran especificaciones técnicas de otras marcas que tengan la misma funcionalidad o componente. Esto implica conocer con mayor detalle el alcance y la funcionalidad de diferentes marcas que ofrecen los proveedores del mercado respecto del objeto de compra o similar a este.

Conocer lo que el mercado ofrece implica hacer gestiones transparentes, como reunirse con los proveedores que ofrecen las diferentes marcas, reuniones en las que estén presentes no solo el área usuaria sino operadores del OEC, órganos de control, con el objetivo de obtener información técnica y de mercado que permita mejorar los requerimientos y promover una mayor participación del mercado y satisfacer adecuadamente las necesidades del área usuaria. No obstante, este nivel de interacción es impensable a estas alturas porque inmediatamente se asocia a corrupción. Hemos pasado de un extremo al otro, y el resultado sigue siendo el mismo: compras ineficientes.

Lo que no se termina de entender es si, mientras menos se interactúe con el mercado y se trabaje solo a nivel de área usuaria, el direccionamiento de una compra será más fácil. Esto debido a que, si existe un contenido técnico dirigido, difícilmente lo sabrá detectar el OEC cuando haga el estudio de mercado. Este organismo, ante las observaciones sobre el mercado, remitirá el estudio al área usuaria, y esta sustentará técnicamente por qué requiere la especificación técnica o término de referencia que dirige la compra. Así, para cumplir con el filtro legal, se validarán dos cotizaciones y se determinará el valor estimado, logrando una apariencia de legalidad.

Una vez que se convoque el proceso de selección, los proveedores confían en que, observando el requerimiento, habrá una detección del direccionamiento si piden la elevación de sus observaciones al OSCE, pero chocan con una realidad frustrante, dado que se terminará ratificando el requerimiento dirigido, puesto que el OSCE no trabaja con un equipo de diversos especialistas relacionados con el objeto de compra en ingeniería, en salud, en infraestructura, en alimentos, en equipos, en vehículos, en maquinarias, en medicamentos, en insumos, etc. Por tanto, el OSCE, por muy buena intención que tenga, no podría observar ningún requerimiento por observaciones técnicas y optará por ratificar la posición del área usuaria, trasladándole que es el único responsable por el requerimiento ante irregularidades advertidas con posterioridad.

Estas ratificaciones dan una apariencia de legalidad al requerimiento dirigido, y será una compra que no promueva una mayor participación de los proveedores.

Es seguro que el OSCE sabe de esta debilidad de no poder cuestionar la parte técnica del requerimiento debido a no contar con especialistas para ello, y a la dificultad de tenerlos por la diversidad de los requerimientos. Podría tal vez contar con el asesoramiento de entidades especializadas mediante contrato de servicios. Lo cierto es que esta es una realidad que se viene dando desde hace varios años, y que quienes quieren dirigir sus compras por corrupción pueden utilizar esta modalidad.

Algo parecido sucede en la propia entidad, debido a que las áreas que reciben el requerimiento no tienen conocimiento técnico para detectar observaciones técnicas, sino tan solo legales. Por ello, consideramos necesario evaluar nuevas posturas para mejorar la elaboración de los requerimientos con filtros de control interno técnico y legal. Por ello, nos atrevemos a proponer la formación de comités usuarios integrado por usuarios, miembros del OEC, asesoría jurídica y un consultor experto si fuere necesario, quienes asumirán la elaboración de requerimientos clasificados en función del conocimiento técnico similar que demanden

y contarán con los filtros de conocimiento de mercado, técnico y jurídico que son necesarios.

Es importante que estos comités usuarios realicen una gestión de riesgos que permita advertir causas que podrían provocar modificaciones al contrato y escenarios de posible conflicto. Asimismo, debe trabajarse una estructura de ejecución de la prestación que proyecte plazos reales de ejecución, y que sean ratificados en un estudio de mercado efectuado por el OEC. Esta herramienta será útil para analizar a futuro solicitudes del contratista de ampliación de plazo que pudieran presentarse en la ejecución contractual.

Con estas medidas, buscamos evitar lo que viene sucediendo en las compras públicas, como compras que realmente no se necesitan y compras deficientes que deben ser modificadas para su corrección, pero que, al no tener presupuestos, terminan truncadas por procedimientos interminables.

Los objetivos y cambios constantes de la normativa sobre el requerimiento hacen que los usuarios se preocupen más por no faltar a la normativa, que no conocen bien, que por esmerarse en buscar la mejor alternativa que ofrece el mercado respecto de los bienes, servicios y obras que necesitan las áreas usuarias.

3. Implicancias del requerimiento en la ejecución contractual

Cuando la entidad contrata con el postor ganador del proceso de selección, se generan las obligaciones jurídicas entre las partes; la entidad espera que el contratista cumpla con su prestación al 100%, tal y como se requirió en las bases, y el contratista espera que la entidad le pague por la prestación efectuada según el monto contractual.

Pretender que los requerimientos siempre se deben hacer tal y como se efectuaron, sin excepciones, es una utopía, puesto que las condiciones iniciales del requerimiento y del contrato se formaron en un tiempo y un contexto diferentes a los de la ejecución contractual, que es cuando se efectuará la prestación, y podrían presentarse escenarios que motiven una necesaria modificación de contrato.

Con los problemas de antes y de hoy en las compras públicas, se han satanizado las modificaciones al contrato como figuras que promueven corrupción, aunque en cualquier contratación privada o internacional tales modificaciones, cuando son necesarias, se tienen que realizar para poder cumplir con la finalidad que se persigue con cada contrato.

Cuestionar una modificación al contrato simplemente por cuestionarla o por apreciaciones subjetivas significaría cuestionar la propia normativa que lo regula y la finalidad que se busca con ello.

Ahora bien, en lo que respecta al requerimiento, la normativa contempla diversas modificaciones, por ejemplo, las modificaciones emanadas por unilateralidad de la Administración Pública mediante adicionales o reducciones, las modificaciones al contrato por ampliaciones de plazo y las modificaciones bilaterales.

3.1 Adicionales y reducciones

Es aquí donde nos interesa desarrollar las implicancias de un requerimiento defectuoso. Este tipo de modificación del contrato es una excelente figura jurídica cuyo propósito permite que se logre alcanzar la finalidad del contrato y no se trunque la obtención del insumo necesario para generar la producción de bienes y servicios destinados al ciudadano.

El artículo 157 del Reglamento establece sobre los adicionales y reducciones lo siguiente:

157.1. Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual corresponde contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

157.2. Igualmente, puede disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

Así, la normativa permite la aprobación de adicionales cuando:

1. Se advierten deficiencias en el requerimiento que demandan la necesidad de que se efectúen mayores prestaciones a cargo del contratista para alcanzar la finalidad del contrato.
2. Se advierte la necesidad de mayores prestaciones por hechos imprevisibles que no pudieron ser determinados en el momento de la elaboración del requerimiento.

Resulta claro que es al ejecutar la prestación cuando se podrá verificar si hay escenarios de requerimiento no señalados que no permitan continuar con la prestación, dado que no se podrá alcanzar la finalidad por la cual se contrató. Por ejemplo, un hospital tiene como finalidad contractual contar con una planta de oxígeno que funcione bajo determinadas condiciones, pero, si en el camino de la ejecución contractual se advierten errores u omisiones en el requerimiento que

demandan que el contratista efectúe mayores prestaciones para tener una planta de oxígeno que opere bajo determinadas condiciones, es claro que se deben aprobar prestaciones adicionales para que se pueda concretar y concluir satisfactoriamente el contrato, para lo cual debe cumplirse con el procedimiento regulado en el Reglamento y contarse con el presupuesto adicional necesario.

La necesidad de aprobar prestaciones adicionales no tiene como propósito justificar la deficiencia de un requerimiento, sino buscar soluciones técnico-legales para que se pueda continuar y culminar la prestación, y alcanzar así la finalidad pública que se persigue con el contrato.

Ahora bien, en la medida en que se sigan cometiendo errores en la elaboración del requerimiento, esta advertencia se dará en la ejecución contractual y, claramente, demandará la necesidad de aprobar adicionales que generan modificaciones al contrato, el cual está normado y tiene un propósito en pro del interés público.

No obstante esta posibilidad legal, muchas áreas usuarias prefieren negarse a evidenciar deficiencias en el requerimiento para evitar responsabilidades administrativas. Estas medidas truncan la continuidad del contrato, y provocan resoluciones de contrato que generan arbitrajes y recursos de anulación en el Poder Judicial, los cuales se hacen interminables y, al mismo tiempo, provocan que no se logre satisfacer de manera oportuna las necesidades del área usuaria y, por ende, afectan la prestación adecuada y eficiente de bienes y servicios destinados al ciudadano.

Por eso, nos interesa que se minimicen los riesgos de modificación del contrato por deficiencias en el requerimiento, y ello implica trabajar en las actuaciones preparatorias, esto es, al inicio de la elaboración del requerimiento, con los filtros técnicos, legales y de mercado necesarios.

Por otro lado, también debemos entender que, si se detectan deficiencias en el requerimiento, la gestión de cada entidad debe promover la aprobación de adicionales pro gestión para resultados y adoptar medidas de mejora en la elaboración de requerimientos, un aspecto que no sabemos cuánto se ha logrado, pues vemos que seguimos en la misma problemática de deficiencias en el requerimiento.

3.2 Ampliaciones de plazo

Otro escenario de modificación del contrato vinculado al requerimiento es la ampliación del plazo, considerando que el plazo es un elemento conformante del requerimiento.

El artículo 158 del Reglamento regula el procedimiento de ampliación de plazo para bienes y servicios y señala:

Artículo 158. Ampliación del plazo contractual

158.1. Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

- a) Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
- b) Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.

158.2. El contratista solicita la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

158.3. La Entidad resuelve dicha solicitud y notifica su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

158.4. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

158.5 Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, se paga al contratista el gasto general y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.

Es tradicional determinar un plazo con base en los plazos históricos determinados para un requerimiento, pero no se trabaja con base en una estructura o cronograma detallado de los tiempos que demande a ejecutar la prestación, que sean corroborados en un estudio de mercado con el objetivo de obtener plazos reales de ejecución y promover que, durante el proceso de selección, las ofertas de los postores sean sobre plazos reales de ejecución en función del objeto de contratación.

En la práctica, sucede todo lo contrario. Además de trabajar sobre un plazo estimado no real, este se debilita aún más cuando se utiliza como factor de evaluación el «plazo de entrega», en el que se otorga puntaje si se oferta un plazo menor que el establecido como requerimiento. Esto agudiza el problema con el plazo de entrega, dado que todos los postores, en el afán de ganar, ofertarán el menor plazo que les permita obtener el puntaje para ganar la buena pro, algo que es interés de todos los postores que compiten en el proceso de selección.

Esta situación provocará que, cuando se suscriba un contrato, salgan a flote los plazos reales y se generen solicitudes de ampliación para modificar el plazo a su tiempo real, las cuales a menudo serán rechazadas por considerarse que no se puede modificar el plazo que fue ofertado y porque esta fue una de las razones por las que el postor ganó el proceso de selección.

Lo que debe entenderse es que la modificación del plazo de ejecución contractual responde a situaciones ocurridas en la ejecución contractual y no en el proceso de selección o antes de él. Así, es válido que se amplíe el plazo si hay situaciones que generan atrasos o paralizaciones por causas no imputables al contratista o cuando se aprueba un adicional. Es claro que estos hechos válidamente podrían modificar el plazo de ejecución contractual cuando el contratista los sustenta, y que en esto nada tiene que ver el plazo fijado inicialmente en el requerimiento y que fue ofertado por el postor. A esto se suma que, en la ejecución contractual, a menudo surgen situaciones de atraso provocadas por la propia entidad, de manera justificada o injustificada, y hay una resistencia a aceptarlo y se prefiere rechazar los pedidos de ampliación de plazo, cuando la vía correcta es aprobar formalmente estos pedidos para obtener un plazo real.

Uno de los aspectos que se deben mejorar es trabajar en el requerimiento con cronogramas de plazo de ejecución detallados secuencialmente en función de las actividades que implican la ejecución de la prestación. Este plazo primero debe ser trabajado a nivel de requerimiento; luego, debe ser ratificado o modificado en el estudio de mercado; y, cuándo haya un ganador de la buena pro, se le debe pedir, para la firma del contrato, presentar el cronograma detallado de la ejecución a su cargo. Esta herramienta facilitará evaluar los diversos pedidos de ampliación de plazo que llegara a formular el contratista con los medios de prueba que lo sustenten, y reduciría los problemas clásicos de diferente valoración que tiene la gestión de cada entidad sobre diversas solicitudes de ampliación de plazo idénticas o similares.

3.3 Modificaciones bilaterales

Se debe reconocer la conveniencia, para una gestión para resultados, de haber incluido la posibilidad de modificar el contrato por acuerdo de partes, en la que incluso se podría modificar el requerimiento no necesariamente para efectuar prestaciones adicionales, sino por razones legales. Por ejemplo, para introducir los protocolos o medidas sanitarios para prevenir el contagio de la COVID-19.

Existe la posibilidad de que las partes acuerden modificaciones al contrato por razones diferentes a los adicionales y reducciones y ampliaciones de plazo, pero que podrían también implicar modificaciones al requerimiento y, además, podrían modificar el monto contractual por equilibrio económico financiero.

El artículo 160 del Reglamento establece lo siguiente:

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

a) Informe técnico legal que sustente: i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación y iii) que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no son imputables a las partes.

b) En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor.

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

160.2. Cuando la modificación implique el incremento del precio, adicionalmente a los documentos señalados en los literales precedentes, corresponde contar con lo siguiente:

[...]

160.3. Adicionalmente a los supuestos de modificación del contrato establecidos en el artículo 34 de la Ley, este puede ser modificado cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan la necesidad de la Entidad. Tales modificaciones no varían las condiciones que motivaron la selección del contratista.

En esta coyuntura, el ejemplo perfecto es que las partes acuerden modificar el contrato para incorporar en el requerimiento la implementación de las medidas sanitarias para prevenir el contagio de la COVID-19 en la ejecución de las prestaciones, las cuales son obligatorias legalmente. Esta modificación responde a un hecho sobreviniente a la suscripción del contrato que no es imputable a ninguna de las partes: que debe cumplirse con las medidas sanitarias; por lo tanto, debe adecuarse el contrato para que continúe y culmine, y logre así su finalidad contractual. Debe además adecuarse el monto contractual en función del costo que determine la implementación de las medidas sanitarias en el cumplimiento de la prestación.

4. Conclusiones

Si los requerimientos son elaborados por áreas que tienen la necesidad, pero no el conocimiento técnico, de mercado y legal, corren el riesgo de ser requerimientos deficientes o dirigidos que afectarán la oportunidad y calidad en la prestación de bienes y servicios destinados al ciudadano para mejorar sus condiciones de vida.

Una propuesta legal por considerar es la conformación de comités usuarios integrados por áreas usuarias con conocimiento técnico, miembros del OEC, asesoría jurídica y un consultor externo, que asuman varios requerimientos en función del conocimiento técnico similar que demanden. Así, se logrará una mejora al obtener requerimientos con sustento técnico, filtros de mercado y filtros legales que minimicen los riesgos de provocar nulidad de procesos o contratos resueltos o inconclusos.

El OSCE debe aprobar y publicar una estructura detallada del requerimiento distribuido en sus dos componentes, y debe actualizarla para que sea una herramienta de uso efectivo para la elaboración de los requerimientos.

Con los problemas de antes y de hoy en las compras públicas, se han satanizado las modificaciones al contrato como figuras que promueven la corrupción, aunque, en cualquier contratación privada o internacional, tales modificaciones, cuando son necesarias, se tienen que realizar para poder cumplir con la finalidad que se persigue con cada contrato.

Referencias

- OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). (2019a). *Directiva N.º 001-2019-OSCE/CD*. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas_2019/DIRECTIVA_01-2019-OSCE.CD_Bases%20estandarizadas.pdf
- OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). (2019b). *Opinión N.º 050-2019-DTN*. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/290886-opinion-n-050-2019-dtn>
- OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). (2020). *Opinión N.º 002-2020-DTN*. Recuperado de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1299377/002-20%20-%20JOSE%20CRUZ%20FLORES%20GUERRERO%20-%20Funciones%20del%20C3%A1rea%20usuaria.pdf>