

LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. ANÁLISIS PRELIMINAR DESDE EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y OBSERVACIONES SOBRE LA SUPERVISIÓN DE DECISIONES DISCRECIONALES

Mario Ernesto Linares Jara *

Resumen:

El artículo brinda un análisis de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, en lo que respecta a la fase de selección del contratista, advirtiéndose innovaciones pero también omisiones que hacen que la selección sea ineficiente en algunos aspectos, sobre todo en contratos complejos. Igualmente el artículo trata la problemática no superada de la supervisión de las decisiones discrecionales de la Administración.

Sumario:

I. Introducción.- II. Principio de eficiencia.- III. Discrecionalidad administrativa.- IV. Régimen unitario de contratación pública, tipología contractual, exclusión de la modalidad de “Proyectos y Obra” o Concurso Oferta.- V.- Supervisión del ejercicio discrecional de elección de los factores de exclusión, evaluación y adjudicación. VI.- Procedimientos de selección del contratista y nulidad del contrato.

I. Introducción.

La vigente Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225¹, resulta innovadora en muchos aspectos en relación a sus antecesoras que siempre se habían remitido en cuanto a su estructura a la Ley primigenia N° 26850 de 1998.

* Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho y Economía de los Servicios Públicos por las Universidades Carlos III de Madrid y Paris X Nanterre. Ha sido profesor en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, es profesor de Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad San Ignacio de Loyola. Es Árbitro inscrito en la Cámara de Comercio de Lima, Socio de Linares Consultores y de Mario Linares Abogados.

¹ Publicada en el Diario Oficial “*El Peruano*” el 11 de Julio de 2014.

Aquella norma a su vez fue innovadora en su tiempo en relación a los dos cuerpos normativos que regían las contrataciones públicas. Por un lado, el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP) y, por otro, el Reglamento Único de Adquisiciones (RUA), dispositivos estos que carecían o acaso contenían de forma incipiente institutos y principios del derecho administrativo de los contratos públicos.

Así como en su tiempo hubo una ruptura con la Ley N° 26850 respecto de la regulación antecesora, así también, aunque en menor grado, la Ley N° 30225 presenta esquemas distintos a los que se encontraban vigentes desde 1998.

En el presente trabajo no podemos abordar por razones obvias todas las innovaciones, abarcando este solo la parte relativa a la fase de selección del contratista, quedando pendiente para otro escenario el análisis sobre la fase previa, ejecución contractual, solución de controversias, procedimiento sancionador y otros.

II. Principio de eficiencia.

Uno de los principios recogidos por la normativa de contratación pública es el de eficiencia. Este principio está orientado como se sabe a la administración pública en cuanto a la correcta utilización de los recursos públicos, más su utilización sirve también como garantía para los particulares en cuanto a la orientación de la conducta de los funcionarios públicos, sobretodo en el ejercicio de atribuciones discrecionales.

Ahora bien, la eficiencia no es solo económica tal como señala Guimeo Feliu², el principio cuenta también con acepciones de índole social y ambiental por ejemplo, en concordancia con otros principios.

² GUIMENO FELIU, José María. *El Principio de Eficiencia*, en la obra colectiva, dirigida por Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, La Ley, Nueva Imprenta, 2010, p.1256.

En cuanto a la Eficiencia Técnica, Luciano Parejo³ señala que es la relación entre los recursos físicos y los resultados físicos, resaltando que dado ello y la eficiencia económica, la Administración debe saber elegir lo que le permita satisfacer sus necesidades, siendo parte de ese análisis la evaluación de si ejecuta sus tareas a través de la propia Entidad mediante órganos especializados o requiere la contratación de un tercero⁴.

El Principio de Eficiencia es abordado en el artículo 2º, literal f), por la Ley de Contrataciones del Estado, la cual lo determina como un parámetro a tener en cuenta por quienes intervengan en las contrataciones.

“Artículo 2: Principios que rigen las Contrataciones:

(...)

*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 (...)”.*

La particularidad del principio es que se aborda el Principio de Eficacia y Eficiencia como un todo, lo cual es errado, pues “*si bien etimológicamente parece coincidir con el de eficacia⁵, presenta notas propias, aunque el principio de eficiencia incluye de suyo el principio de eficiencia*”, todo ello en atención a que la eficiencia se distingue de la eficacia, pues existe una medida eficaz pero ineficiente.

³ PAREJO, Luciano. *Eficacia y Administración*. Tres estudios, Instituto Nacional de Administración Pública, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p.97.

⁴ LINARES JARA, Mario. *Contratación Pública: Derecho Local, Internacional y de la Integración*. 2a ed., Editorial F. M Servicios Gráficos S.A, Lima, Octubre 2013, p. 147-148.

⁵ PAREJO ALFONSO, L. *Eficacia y Administración*. Tres Estudios, MAP, 1995, p. 92.

III. Discrecionalidad administrativa

Hay muchas definiciones de discrecionalidad, nos remitimos a la más aceptada, la de constituir una capacidad de elección de entre varias opciones todas igualmente válidas⁶, pudiendo ser esta implícita o explícita, es decir, otorgada por la misma norma de forma total o incompleta dejando algún punto para la estimación del funcionario⁷.

Ahora bien, en palabras de Gamba⁸, citado por Valverde González, debe considerarse que existen pautas determinadas en la propia norma que delimitan el ejercicio de la discrecionalidad:

“(…)El legislador, al regular la actuación administrativa en determinados ámbitos, debe renunciar a encontrar la solución al caso concreto y conformarse con fijar meras directrices, pautas, criterios, cánones, patrones, etc., que a la vez que permitan un control de su adecuación a los mismos por la Administración, limiten la discrecionalidad, pero sin impedir una continua adaptación a los cambios permanentes (...)”.

Puede que los criterios existan claramente o estén ausentes, puede inclusive que no se vislumbre actuación discrecional alguna de una apreciación integral del ordenamiento especial, en esos supuestos, se hace más tangible el criterio de actuación discrecional por el interés público específico o por la finalidad pública encomendada por ley a la Entidad.

Así pues, si no aparece delimitada alguna atribución de algún órgano del organismo público, primero de forma reglada, luego por medio de un concepto indeterminado o por medio de discrecionalidad explícita o implícita, queda

⁶ Ibídem. p. 466-467

⁷ MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Ob.cit. p. 141.

⁸ GAMBA VALEGA, César. *Breves apuntes sobre la discrecionalidad en el derecho tributario*. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Vol. 37. Diciembre, 1999, pág. 110. Citado por VALVERDE GONZÁLES, Manuel Enrique. *Notas sobre el ejercicio o limitaciones de la Plena Jurisdicción respecto a la Discrecionalidad Administrativa*. En: Revista de Derecho Administrativo. Vol. 11. Junio 2012, p. 212-213.

siempre el camino de actuación respaldada por la finalidad pública específica, esto por los cometidos públicos de la Entidad estatal, finalidad esta que si se encuentra explícita en la Ley.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, indica:

“(…) Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.

De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor.

La discrecionalidad mayor es aquélla en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente. Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

Discrecionalidad menor es aquélla en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley.

En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. (...) Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurran en cada caso (...).”

Ahora bien, discrecionalidad, como se sabe, no es sinónimo de arbitrariedad. Existen técnicas de control precisas para evitar el abuso de poder mediando los Principios Generales del Derecho y principios específicos del derecho administrativo reconocidos ambos por la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley de Contrataciones del Estado, por el Código Civil y por la Constitución Política del Perú, principios que por lo tanto son de obligatorio cumplimiento. Así pues, la decisión discrecional deberá ser objetiva e imparcial, razonable, proporcionada, adecuada a la finalidad pública perseguida. Va de suyo que lo que sirve para el control sirve igualmente para la supervisión. De ahí que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en adelante OSCE, no puede rehusarse a supervisar las decisiones discrecionales de las Entidades contratantes.

IV. Régimen unitario de contratación pública, tipología contractual, exclusión de la modalidad de “Proyecto y Obra” o Concurso Oferta.

Siempre hemos dicho, en concordancia casi unánime con la doctrina nacional, que nuestro régimen de Contratos Públicos es unitario en contraposición al régimen dualista de coexistencia de Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración. Así, nuestro régimen legal encuentra total

correspondencia con la tesis de García de Enterría y Fernández en relación a las modulaciones de Derecho Público en más o en menos sobre los contratos civiles, dependiendo la intensidad de la regulación, del Interés Público contenido en los objetos contractuales.

Consecuencia de lo anterior es que no existen tales o cuales contratos con el rótulo de “Administrativos” dependiendo de la voluntad del Legislador y con la consecuencia inmediata de un régimen jurisdiccional distinto de los contratos “Privados” que celebre la Administración y de potestades o prerrogativas públicas que resulten exorbitantes de los contratos “comunes”.

Los contratos innominados por tanto pueden ser utilizados por la Administración, encontrándonos con una facultad discrecional implícita cuyo ejercicio dependerá de la satisfacción de las diversas necesidades del Estado, pudiendo existir por ejemplo un Contrato de Obra con múltiples servicios y suministros al mismo tiempo o un Contrato de Consultoría y Servicios todos con las variables que exija la satisfacción eficiente de las necesidades públicas.

Ahora bien, todo lo anterior sirve también para interpretar de forma debida la definición de Contrato contenida en el anexo de definiciones del Reglamento de la Ley N° 30225⁹ - Aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015:

“(..)Es el acuerdo para crear, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del presente Reglamento(..)”.

No creemos que pueda limitarse las relaciones jurídicas contractuales a los contratos típicos contenidos en la ley especial, ello haría imposible que la Administración Pública satisfaga innumerables necesidades de carácter complejo que pueden suscitarse de acuerdo a las competencias de las Entidades Públicas. Deberá entenderse por tanto que la referencia “*dentro de los alcances de la Ley y del presente Reglamento*” se dirige solo a los objetos genéricos de obras,

⁹ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de Diciembre de 2015.

consultorías, servicios, suministros y adquisición de bienes, siendo admisible cualquier combinación. Esto no podría ser de otra manera no solo a la luz del Principio de Eficiencia y habida cuenta de la expresa exclusión de tipos contractuales en la propia Ley N° 30225¹⁰.

Mención aparte merece la exclusiva utilización del contrato de proyecto y obra en la Ley N° 30225, reservado solo al Poder Ejecutivo.

Si bien el trato que se le daba al contrato cuyo objeto es de consultoría (Elaboración del expediente técnico) y de ejecución de obra, la ley nacional siempre abordó la regulación con un enfoque más procedimental, es decir, a la luz del denominado “Concurso Oferta”¹¹.

¹⁰ Artículo 4.- *Supuestos Excluidos del Ámbito de Aplicación*

“(…)La presente Ley no es de aplicación para

- a) Contratos bancarios y financiero que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley 28563 o norma que la sustituya.*
- b) Las contrataciones que realicen los órganos del Servicio Exterior de la Republica, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional.*
- c) Las contrataciones que efectuó el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú, de la transmisión del mando supremo y de cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional y sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes del Estado, jefes de Gobierno, así como de altos dignatarios y comisionados, siempre que tale contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los tratados y otro compromisos internacionales que incluyan disposiciones en materia de contratación pública, de los que el Perú es parte.*
- d) La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la presente norma y su reglamento*
- e) Los servicios brindados por conciliadores, arbitro, centros de conciliación, instituciones arbitrales, miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley y el reglamento para la etapa de ejecución contractual.*
- f) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o Entidadeses cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones*
- g) Los contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios, que desempeñen funciones a tiempo completo en las Entidadeses o Empresas del Estado.*
- h) La compra de bienes que realicen las Entidadeses mediante remate público, las que se realizan de conformidad con la normativa de la materia (...).”*

¹¹ Decreto Legislativo N° 1017.

En efecto, la Ley no prevé nada en relación al “Concurso Oferta” y el Reglamento señala en la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final que solo mediante resolución del titular, las entidades del Poder Ejecutivo pueden aprobar la ejecución de obras bajo la modalidad de Concurso Oferta, indicando también que esta solo puede aplicarse en la modalidad de ejecución de obra de edificaciones que por su naturaleza corresponda utilizar el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial de la obra sea superior a los diez millones de soles (S/ 10'000.000).

La Exposición de Motivos de la Ley N° 30225 señala en el punto 3.5 lo siguiente:

“3.5 Ejecución de obras

(...) 3.5.1 Modalidad de Contratación

Actualmente la normativa de contrataciones con el Estado, recoge la modalidades de ejecución contractual de Llave en Mano aplicable a los bienes y obras, y Concurso Oferta aplicable solo a obras, la cual define el alcance de las prestaciones a cargo del contratista y la asunción del riesgo por este en dicha ejecución orientando la contratación hacia el logro de un resultado específico, la puesta en funcionamiento de los bienes y la puesta en operación de las obras.

Artículo 41 .- Modalidades de Ejecución Contractual

“(...)Cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato, pudiendo ésta ser:

- a. Concurso Oferta: Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra.
En el caso de obras convocadas bajo las modalidades anteriores, en que deba elaborarse el Expediente Técnico y efectuarse la ejecución de la obra, el postor deberá acreditar su inscripción en el RNP como ejecutor de obras y consultor de obras. En caso que el postor sea un consorcio, la acreditación de la inscripción en el RNP se efectuará de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva que el OSCE apruebe para tal efecto (...) (...)”.*

Cabe indicar que la normativa de contrataciones con el Estado, si bien recogía la posibilidad de que ambas modalidades pueden preverse prestaciones referidas a la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra, no establecía disposiciones especiales para su correcta aplicación en la ejecución contractual lo que conllevaba a las Entidades tengan dificultades al utilizar dicha modalidad.

Asimismo, conforme a lo señalado en la Opinión N°058-2013/DTN se advirtió que la modalidad de Llave en Mano que incluía la prestación de elaboración de expediente técnico y la ejecución de la obra, no establecía disposiciones especiales para su correcta aplicación en la ejecución contractual lo que conllevaba que las entidades tengan dificultades al utilizar dicha modalidad.

Asimismo, conforme a lo señalado en la Opinión N°058-2013/DTN se advirtió que la modalidad de Llave en Mano que incluía la prestación de elaboración de expediente técnico se encontraba siendo usada por ciertas entidades bajo el sistema de precios unitarios, lo que significaba que a través de tales contratos en dichas entidades permitían modificar el monto pactado para la obra, en tanto no se contaba con el presupuesto de obra definido en el expediente técnico, vulnerando los precios fijados en la oferta y la regla de la invariabilidad del precio pactado.

Atendiendo a lo señalado, el Reglamento solo ha considerado regular la modalidad Llave en Mano, mediante la cual se oferta la construcción, equipamiento, montaje y de ser el caso la operación asistida a la obra, se permitía que luego de la puesta en operación o funcionamiento de la obra y por un plazo que deberá determinarse en los documentos del procedimiento, con la finalidad de garantizar la transferencia de conocimiento y el entrenamiento necesario al personal de la Entidad.

Por otro lado, considerando que excepcionalmente la modalidad de Concurso Oferta podría ayudar a cumplir con los objetivos de las Entidades,

se está permitiendo su utilización, pero únicamente a las Entidades del Gobierno Nacional, siempre que el monto de la contratación supere los diez millones de soles (S/ 10'000.000) y se traten de obras de edificación que por su naturaleza correspondan al sistema de Suma Alzada (...)”.

Como es de verse, aparentemente el legislador sustenta la exclusión de la modalidad de Concurso Oferta en que no existían disposiciones especiales para su correcta aplicación en la fase de ejecución contractual y que también se advirtió que los Contratos Llave en Mano con elaboración de expediente técnico eran usados bajo el sistema de precios unitarios, lo que permitía modificar el monto de la obra, pues no se contaba con el presupuesto definido en el expediente técnico. Remata la exposición de motivos dando a entender que si bien es cierto esas dos causales son suficientes para privar a la Administración Pública toda de la modalidad de Concurso Oferta, no lo son para el Ejecutivo porque para este, si podría (en condicional y sin expresión de causa), servirle para cumplir con sus objetivos.

Nosotros creemos que y al menos en este caso, que lo no es bueno para uno, no es bueno para nadie y si hay excepciones, estas deben ser justificadas razonablemente.

Del análisis practicado afirmamos que se ha tomado como un privilegio sin sustento la utilización de la señalada modalidad en exclusividad para el Poder Ejecutivo, en perjuicio de cientos de proyectos que se encontraban a punto de convocarse en el ámbito Regional y Municipal y que no trataban de la justificación invocada de expedientes Llave en Mano a Precios Unitarios.

¿No era acaso más conveniente mejorar la regulación en vez de privilegiar solo al ejecutivo con la utilización de la tipología contractual “Proyecto - Obra”? Solo a nivel de Lima Metropolitana se han retrasado procedimientos por quinientos millones de soles (S/ 500'000.000). Obras que no solamente vienen a significar el retraso de la satisfacción de necesidades públicas, muchas de ellas apremiantes, sino que también y aunados a otros Gobiernos Regionales y Provinciales, implican

un retraso importante en la ejecución presupuestal, ejecución que se requiere también como medida contra cíclica por el enfriamiento de la economía a nivel global.

A la luz del Principio de Eficiencia la regulación de la Ley N° 30225 respecto del Concurso Oferta, al menos de forma inmediata, no ha sido acertada.

V. Supervisión del ejercicio discrecional de elección de los factores de exclusión, evaluación y adjudicación.

La nueva normativa de Contrataciones del Estado no distingue ordenadamente entre los criterios de exclusión, de selección y de adjudicación del contrato. Lo hace pero con distinta denominación.

Los criterios de exclusión están contenidos en el régimen de inhabilidades para contratar, los mismos que están detallados como Impedimentos para ser participantes, postores y/o contratistas en el artículo 11° en concordancia con lo dispuesto en el artículo 248° del Reglamento.

Por otro lado, los criterios de selección vendrían a ser los requisitos de calificación del Reglamento, artículo 28°. Es decir, capacidad legal, técnica y profesional, entendida las dos últimas por la acreditación del equipamiento, infraestructura y experiencia del personal requerido, además de la experiencia del postor.

En cuanto a los criterios de adjudicación, estos existen bajo la denominación de factores de evaluación, cuya aplicación da por resultado la anodina y sin precedente en el derecho comparado, “Buena Pro”, término que debió eliminarse por lo correcto: Acto Administrativo de Adjudicación del Contrato.

Antes de entrar al detalle de la regulación de los factores de evaluación previstos en la nueva normativa divididos según el objeto contractual, debemos detenernos en una consideración estructural, esto es, en que el régimen de los factores de evaluación sigue siendo mayoritariamente de tipo tasado (cumple o no

cumple y si cumple tal puntaje), y no de carácter discrecional como se indica en doctrina y legislación comparada. Ello genera que el acto administrativo de adjudicación del contrato sea proveniente de actividad reglada y no discrecional, pudiendo interpretarse por el caso de las entrevistas y por la supervivencia del Concurso Oferta a nivel del Poder Ejecutivo - el mismo que incluye factores que tienden a soluciones de diseño por ejemplo y cuya evaluación implica por naturaleza una margen de apreciación -; que nos acercamos mas al Sistema Mixto español de criterios de adjudicación, esto es, la utilización de criterios tasados y discrecionales, dependiendo del tipo contractual o la complejidad de este. Sin embargo, ello no es así.

En efecto, para el caso de los Concursos Ofertas que subsisten para el ejecutivo no media ninguna disposición que revierta los efectos de pronunciamientos reiterados del OSCE en torno a forzar una facultad de escogencia comparativa discrecional en factores tasados como si se tratase de un objeto contractual sencillo. De otro lado, en el factor de evaluación “Entrevista”, previsto en el Reglamento de Contrataciones del Estado para las Consultores Individuales y que ha sido regulado complementariamente mediante la Directiva N° 001-2016-OSCE/CD - Solicitud de expresión de interés estándar de selección de consultores individuales, se señala:

C. ENTREVISTA Evaluación: Se evaluará el dominio temático y habilidades a demostrar por el consultor, según los criterios y subcriterios establecidos. IMPORTANTE: • <i>Consignar cada uno de los subcriterios que serán considerados y la escala de valoración de cada uno de ellos.</i>	10 puntos												
	<table border="1"> <tr> <td>Dominio temático</td> <td>[...] puntos</td> </tr> <tr> <td>[...]</td> <td>DE [] A []</td> </tr> <tr> <td>[...]</td> <td>DE [] A []</td> </tr> <tr> <td>Habilidades</td> <td>[...] puntos</td> </tr> <tr> <td>[...]</td> <td>DE [] A []</td> </tr> <tr> <td>[...]</td> <td>DE [] A []</td> </tr> </table>	Dominio temático	[...] puntos	[...]	DE [] A []	[...]	DE [] A []	Habilidades	[...] puntos	[...]	DE [] A []	[...]	DE [] A []
Dominio temático	[...] puntos												
[...]	DE [] A []												
[...]	DE [] A []												
Habilidades	[...] puntos												
[...]	DE [] A []												
[...]	DE [] A []												
PUNTAJE TOTAL	100 puntos¹⁰												

Es decir, no existe margen de apreciación o discrecionalidad respecto del factor sino que se trata de forzar el mismo dentro de esquemas de otorgamiento

de puntaje por cumplir o incumplir determinada exigencia. Se sigue forzando factores o criterios que por su naturaleza son susceptibles de un margen de apreciación. Debiera ser que la estimación sea realizada en alguna medida de forma discrecional, pasando la decisión comparativa por ser razonable, proporcional y adecuada a la finalidad pública perseguida. No terminamos de comprender por qué no se sincera de una vez la elección de profesionales especializados de la Administración Pública cuya elección además de guardar el cumplimiento de criterios de evaluación básicos objetivos, debiera estar sujeta también a una apreciación que no por subjetiva devenga en arbitraria. Sigue pues evitándose la supervisión y el control de la actividad discrecional de los funcionarios, cuestión que no solo es factible como hemos indicado inicialmente sino que también es conveniente para el caso de objetos contractuales complejos. Se cierra pues - porque no se incentiva ello -, la posibilidad que las empresas ofrezcan medidas innovativas o nuevas tecnologías para satisfacer necesidades. Da lo mismo presentar lo usual, lo corriente, pues la calificación será siendo tasada. Todas las propuestas cumplirán lo requerido para el puntaje señalado, las que cumplan lo solicitado mínimamente y las que desarrollen propuestas más eficientes.

Refiriéndonos específicamente a los factores de evaluación indicados en el artículo 30° del Reglamento de la Ley de Contrataciones para los bienes, servicios en general y obras, tenemos un caso de ejercicio discrecional del Comité, pues este puede decidir elegir solamente como factor de evaluación al precio.

Además, el artículo en cuestión, no es limitativo sino que otorga la facultad discrecional implícita al Comité de establecer otros factores de evaluación:

“Art. 30. Factores de Evaluación.

(...)

1. *En el caso de bienes, servicios en general y obras el precio debe ser un factor de evaluación y adicionalmente, pueden establecer los siguientes factores:*

(...)

b. Las características particulares que se ofrecen para el objeto de contratación, como pueden ser las relacionadas a la sostenibilidad ambiental o social, mejoras para bienes y servicios, entre otras (...)."

En el caso de consultoría en general o consultoría de obra además del precio debe elegirse al menos uno de los factores de evaluación indicados en el artículo 30°, esto es la metodología propuesta, calificaciones y/o experiencia del personal clave, factores referidos al objeto.

Las facultades discrecionales del órgano evaluador y adjudicador referidas a escoger solo como factor de evaluación al precio o a algún otro criterio, podrá ser controlada al menos en un primer momento por los propios concursantes, mediando consultas y observaciones a las Bases utilizando el principio de proporcionalidad y razonabilidad. El problema proviene aquí del propio organismo supervisor de los contratos públicos, del OSCE.

En efecto, no se ha regulado nada en la normativa reciente que cambie los criterios establecidos de ausencia de supervisión por el órgano de "supervisión" del OSCE en relación a la actuación discrecional del Comité cuando elige tal o cual factor de evaluación. Contradictoriamente, por otro lado, como se ha visto, se prohíbe la calificación discrecional ahí donde se utilizan factores por naturaleza de apreciación discrecional, forzándose formulas de tipo tasado.

Explicamos con detalle. El OSCE tiene la insana práctica de responder a las observaciones de factores de evaluación o de especificaciones técnicas en donde los principios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia con el objeto de la convocatoria no son satisfechos; denotando parcialidad o direccionamiento

mediante fórmulas o párrafos estandarizados que aluden a que las entidades al poseer el conocimiento de las necesidades que pretenden satisfacer, es de su competencia y responsabilidad el establecimiento de los factores de evaluación, por lo que no es admisible que el OSCE acoja observaciones a las decisiones de la Entidad Licitante:

Pronunciamiento 063-2013 Ministerio del Interior Licitación Pública N° 033

“Observación N° 1: Contra los requerimientos técnicos mínimos – Impresora Multifuncional

(...)

En ese sentido, de conformidad con lo indicado precedentemente, la Entidad convocante resulta competente para determinar los requerimientos técnicos mínimos, en la medida que posee la información y conocimiento de las necesidades que pretende satisfacer con la realización del proceso de selección.

Por lo expuesto, considerando que el observante pretende modificar los requerimientos técnicos mínimos del ítem N° 1, que la Entidad, a través del pliego absolutorio de observaciones, ha ratificado que los equipos requeridos deben cumplir con los requerimientos técnicos mínimos para satisfacer su necesidad, y dado que su determinación es competencia y exclusiva responsabilidad de ella, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la presente observación. (...)”

Evidentemente, la normativa al no regular de forma suficientemente clara las competencias del OSCE en su rol supervisor, no soluciona el incumplimiento entre otros, del principio de eficiencia de parte del propio supervisor, situación que es grave como podrá apreciar el lector. Cualquier acierto de la normativa pierde sentido si no se soluciona este error en el cual ha persistido el OSCE.

VI. Procedimientos de selección del contratista y nulidad del contrato.

Los cambios no solo están referidos a las denominaciones sino que y como era necesario, se supera el error de referirse como procesos a los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas en correspondencia a la naturaleza del procedimiento selectivo y en concordancia con la Ley del Procedimiento Administrativo General de aplicación supletoria, Ley N° 27444. Se ha considerado con acierto terminar con el procedimiento de menor cuantía en el que se había confundido la causal con el procedimiento habiendo optado el legislador por excluir las compras menores del ámbito de la Ley N° 30225¹².

Ya no existe pues como última categoría de los procedimientos de selección, el denominado como de menor cuantía, disponiendo la norma la existencia de las Licitaciones y Concursos Públicos para los objetos contractuales de mayor valor. Para el caso de Licitaciones, procedimiento reservado a obras y bienes, existe como novedad la inclusión de la preclasificación para cuantías mayores (iguales o superiores a veinte millones de soles (S/ 20'000.000)), exigiéndose a los interesados en contratar con el Estado, mayores exigencias relativas a solvencia económica y capacidad de gestión entre otros. Aquí, al igual que en los casos antes mencionados, se hace necesario incidir en la conveniencia de la utilización de factores de evaluación con algún margen de apreciación y cuando ello sea necesario. Además, debió ampliarse la Licitación con precalificación no solo por importancia de la cuantía sino también para casos de objetos contractuales complejos en donde sea necesaria la utilización de factores discrecionales que tiendan a la evaluación de innovaciones tecnológicas. No se ha previsto igualmente el procedimiento de diálogo competitivo previo, procedimiento que sirve para que en competencia los postores presenten proyectos tendentes a solucionar necesidades complejas, obteniendo las entidades mediante este

¹² Artículo 5. *Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos supervisión.*

“(...) Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley.

- a. *Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco (...) (...)*”

mecanismo, conclusiones que lleven a establecer las soluciones correspondientes, estableciendo los requisitos técnicos mínimos y los factores de devaluación.

Reemplazando a las impropias adjudicaciones directas se encuentra el procedimiento de Adjudicación Simplificada. Pretendiendo reemplazar a los contratos de prestación de servicios se encuentra ahora el procedimiento de selección de consultores individuales.

Subsiste la subasta inversa aunque solo la modalidad electrónica y se introduce el procedimiento de comparación de precios referido a bienes y servicios de disponibilidad inmediata de fácil obtención o de valor estándar en el mercado, limitado además a la décima parte del límite mínimo establecido para las licitaciones y concursos públicos. Se ha procedido con acierto además a unir en una sola oportunidad la formulación de consultas y observaciones a las Bases.

En el procedimiento de selección de contratistas se presentan declaraciones juradas y documentos en fotocopias de acuerdo al Principio de Presunción de Veracidad. La infracción del citado principio al igual que los supuestos contenidos en el artículo 44° de la Ley N° 30225¹³, aparejan la nulidad del contrato.

¹³ Artículo 44. Declaratoria de Nulidad

“(…) El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que reconozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan disposiciones legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita en la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

El Titular de la Entidades declara de Oficio la nulidad de actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas – Compras Perú, en los procedimientos de implementación o mantenimiento de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Después de celebrados los contratos, la Entidades puede declarar la Nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidades, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.*
- b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato.*
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.*
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.*

La normativa no ha establecido si esta facultad tiene un plazo de caducidad pudiendo generarse confusiones en torno a la aplicación supletoria de las disposiciones contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General respecto del Acto Administrativo. Al respecto debemos decir que debe distinguirse entre la declaración de nulidad del acto administrativo de la del contrato y que si no se ha señalado en la Ley o el Reglamento el plazo para el ejercicio de dicha prerrogativa, esta debe por lo tanto subsistir durante toda la vida del contrato, pues de lo contrario no se podría cumplir con el propósito de la norma. Cuestión aparte es la decisión discrecional de aplicar o no la prerrogativa.

En efecto, el artículo 44° de la Ley, al igual que en la normativa anterior, señala que la Entidad **puede** declarar la nulidad de oficio de los contratos después de celebrados los mismos. La palabra “puede” revela el ejercicio discrecional de la declaración de nulidad. En tanto que esta no solo implica la libertad de elección de entre varias opciones válidas sino también la elección que se debe tomar como resultado de confrontar y ponderar aspectos e intereses¹⁴. Lo normal debería ser que la Entidad, atendiendo a la dinámica funcional del Principio de Presunción de Veracidad opte por la declaración de nulidad. Solo excepcionalmente, no ejercerá tal facultad porque ponderará resultados convenientes a la Administración, como por ejemplo que si se declarase la nulidad, se retrasará la obra o consultoría por la dificultad del objeto contractual, más aún, si el contrato se encuentra bastante avanzado. La Entidad tendrá entonces que sustentar su decisión en los Principios de Razonabilidad, Proporcionalidad y de Eficiencia en la respectiva resolución, dado que lo contrario significaría premiar arbitraria e irracionalmente a quien cometi6, sino una ilicitud penal, cuando menos una ilegalidad.

-
- e) *Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su 6mbito de aplicaci6n. En este supuesto, asumen responsabilidad, los funcionarios y servidores de la Entidades, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.*
 - f) *En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selecci6n que corresponda. (...) (...)”.*

¹⁴ SESÍN, Domingo. Ob. cit., p. 138.

El supuesto de superar por razones de interés público la nulidad de los contratos y mantener su ejecución, se encuentra previsto en el derecho comunitario europeo. Es ilustrativo que lo regulado se encuentre previsto en razones de Interés Público y sea excepcional y por lo tanto restrictivo.

Así pues la Directiva 89/665/CE modificada por la Directiva 2007/66/CE, indica que *“el poder adjudicador puede acordar mantener la eficacia del contrato anulado “por razones imperiosas de interés general”¹⁵.*

La normativa española, ha optado mediante el artículo 35.3c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por permitir de forma excepcional la no declaración de nulidad no obstante la concurrencia de vicios determinantes de esta para evitar consecuencias desproporcionadas:

“(..).Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave transtorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio (...).”

De otro lado, Italia aplica la normativa comunitaria mediante el Decreto Legislativo N° 163 de 2006, que aprueba el Código de Contratos relativos a obras, servicios y suministros (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). Marina Jalvo, indica comentando el artículo 245°:

“(..). La anulación del contrato resulta obligada en los supuestos de graves vulneraciones en los que el interesado no haya podido hacer uso de los medios ordinarios de recurso con carácter previo a la estipulación del

¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos II. Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación pública”, en: El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, primera edición, diciembre 2011, p.99.

contrato y, en consecuencia, haya visto frustradas sus expectativas de adjudicación del contrato. Sin embargo, como ya se ha adelantado, excepcionalmente, podrá mantenerse la eficacia del contrato, sin perjuicio de la sanción alternativa que corresponda, cuando concurren exigencias imperativas de interés general que así lo exijan (...).¹⁶.

Entender la locución “podrá”, como sinónimo de facultad irreflexiva, sin más, esto es sin motivación¹⁷, sin atender al contexto, a los principios de eficiencia, de razonabilidad o de proporcionalidad, equivale además de dar carta libre a la arbitrariedad, avalar un comportamiento vedado en un Estado de Derecho. La decisión es competencia de las Entidades contratantes, la supervisión adecuada de dicha facultad corresponde al OSCE. Dada la interpretación del supervisor entendiendo que esta facultad discrecional no es tal cosa sino una facultad sin más que no obliga a sustentar la decisión (existen casos documentados); tan lamentable y vergonzoso error, debió ser erradicado legislativamente.

¹⁶ MARINA JAVO, Belén. *El derecho de la contratación pública en Italia*, en: El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, primera edición, diciembre 2011, p. 287.

¹⁷ Tomás Ramón Fernández, al respecto indica: *La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia éntrelo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario (...)*. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administración*, THOMSON, CIVITAS, Quinta edición ampliada, Navarra, 2008, p.81.