

Los procedimientos de selección en la Ley N.º 30225, Ley de contrataciones del estado

Selection procedures in law N.º 30225, state contracting law

Alberto Retamozo Linares*

*Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Facultad de Derecho y Ciencia Política*

SUMARIO: I. Los actos separables y la impugnación.— II. Los derechos que se generan en el procedimiento de selección.— III. El procedimiento de selección y el contrato.— IV. Definición de procedimiento de selección.— V. De los distintos tipos de procedimientos de selección.— VI. Determinación del procedimiento de selección.— VII. Disposiciones generales aplicables a los procedimientos de selección.— 1. La convocatoria: requisitos y contenido.— 2. El registro de participantes.— 3. Cómputo de plazos.— 4. Prórrogas o postergaciones.— 5. Régimen de notificaciones.— 6. Idioma de la documentación y otras formalidades.— 7. La oferta.— 8. Acceso a la información y publicidad de las actuaciones.— 9. Distribución de la buena pro.— 10. Notificación y consentimiento de la buena pro.— 11. Culminación de los procedimientos de selección.— 12. Declaratoria de Desierto.— 13. Cancelación del procedimiento de selección.— VIII. Referencias bibliográficas.

» RESUMEN

El autor estudia los procedimientos de selección regulados por la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, analiza la formación de la voluntad administrativa y la relación desprendida de las contrataciones públicas. De esta manera describe el rol del participante o postor como actor del procedimiento de selección.

» PALABRAS CLAVE

Procedimiento de selección; Administración; Licitación pública; Buena pro

Fecha de recepción: 18-09-2017

Fecha de aprobación: 10-10-2017

La formación de la voluntad administrativa se inicia a partir del requerimiento del área usuaria y de la precisión de lo que será objeto de adquisición o contratación, después de lo cual corresponde la programación respectiva, la formulación de las bases, la convocatoria, la presentación de ofertas, la selección y finalmente la adjudicación u otorgamiento de la buena pro; procedimiento que se realiza con el objetivo de atender el interés general.

Contacto: jretamozol@unmsm.edu.pe

© Este artículo, publicado por la revista *Aequitas* de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, es de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución -No Comercial-Compartirigual 4.0 Internacional. <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>>, que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada. Para uso comercial, por favor póngase en contacto con revista@equitas.fdcp@unmsm.edu.pe.

» ABSTRACT

The author studies the selection procedures regulated by Law No. 30225, State Contracting Law. He also analyzes the constitution of the administrative will and the relationship detached from public contracts. In this way, it describes the role of the participant or bidder as an actor in the selection procedure.

» KEYWORDS

Selection procedure; Administration; public tender; Good pro

De este modo, la formación de la voluntad de la administración no se configura en un solo acto, sino que es producto de la ejecución de una serie de etapas preclusivas, que implican una relación dialéctica, ya que lejos de ser un procedimiento unilineal y acumulativo se constituye en uno contradictorio por cuanto puede ser afectado por las consultas, observaciones e impugnaciones que pueden terminar modificando lo inicialmente establecido por la entidad.

En las contrataciones públicas los extremos de la relación están constituidos por la entidad, los participantes y postores¹. La articulación entre ambos se

1 Son las condiciones jurídicas que alcanza uno de los extremos de la relación según la etapa en que se encuentre el proceso de

produce a partir de la convocatoria, que es cuando concluye la fase interna o previa de la entidad y se inicia la fase externa, en la que se involucra la decisión de la persona natural o jurídica de participar en el proceso de selección, vinculación que tiene implicancias jurídicas por cuanto genera derechos y deberes para cada una de ellos.

Si la administración actúa para atender el interés general, el participante y/o postor lo hace en función de su afán de lucro, encontrándose ambas racionalidades en el procedimiento administrativo de contratación que es el espacio donde busca materializarse la ecuación prerrogativa-garantía, protegiendo en su desenvolvimiento “tanto el ejercicio de las prerrogativas públicas como el de las garantías individuales”², articulando “el ejercicio de las distintas prerrogativas al mismo tiempo que el de los derechos y libertades públicas”³.

Al tener el procedimiento de selección la condición de procedimiento administrativo, que es el medio a través del cual la administración ejecuta su actuación y realiza sus fines, es ella quien decide respecto de cualquier consulta, observación o impugnación que pudieran presentar los administrados, en este caso los participantes o postores. Pero esta es solo la mitad de la historia.

Tal como hemos indicado, en el otro extremo de la relación se encuentra el participante o postor, en términos generales administrado, quien además de poseer el derecho subjetivo por haberse registrado como participante y actuar como postor en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, se constituye también en parte interesada, ya que es actor del procedimiento y lo que se resuelva a él lo afectará directamente.

Al estar regulada la totalidad del procedimiento de selección, a medida que se van ejecutando las distintas etapas de estos se van configurando diferentes derechos subjetivos para los participantes o postores.

selección. Se distinguen dos condiciones jurídicas la de participante y la de postor. Participante es el proveedor “que puede intervenir en el proceso de selección, por haber sido habilitado por la entidad convocante, ya sea por haber cancelado el derecho correspondiente (adquisición de bases) o por haber sido invitado en forma expresa, según sea el caso”; postor es la “persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta”.

- 2 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, Madrid: Civitas, 2000, p. 75.
- 3 Ver DROMI, Roberto, *Licitación pública*. 2.ª ed. actualizada, Buenos Aires, 1995, p. 169.

En principio, todo aquel que participa en un procedimiento de selección tiene el derecho subjetivo a ser evaluado, a competir, pero no a ser adjudicado, ese es su interés.

El participante o postor es el titular del interés legítimo, por cuanto los distintos actos que puedan realizarse en las diferentes fases del procedimiento pueden reportarle “un beneficio, bien porque este derive positivamente o derive negativamente al hacer desaparecer el perjuicio”⁴. Esta situación implica la ampliación de la definición, ya que no estamos ante una persona, sino ante un grupo de personas que pueden tener la misma condición jurídica. En este sentido, el interés legítimo se produce cuando existe una “conurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial por tener un interés personal y directo en la impugnación del acto”⁵, por lo que el interés termina perteneciendo a un círculo definido y limitado de individuos.

Tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo generan en los administrados el derecho de exigir a la entidad el cumplimiento de la normativa, la cual debe estar plasmada en las bases.

I. LOS ACTOS SEPARABLES Y LA IMPUGNACIÓN

Tal como hemos indicado, los procedimientos de selección constituyen la vía para la formación de la voluntad administrativa contractual, la cual se inició en la fase interna o preparatoria, estando constituidos por un conjunto de etapas preclusivas y de actos separables, donde cada uno de ellos engendra derechos en las partes intervinientes, razón por la cual la dinámica o dialéctica termina siendo su característica esencial. La selección es la fase esencial del procedimiento de contratación, ya que comprende a todos “los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista, donde las relaciones que se entablan son bilaterales [...]”⁶.

En este contexto se entiende que la naturaleza jurídica del procedimiento de selección se relaciona con los actos administrativos, los actos de administración, hechos administrativos, documentos de naturaleza reglamentaria como son las bases, siéndoles aplicables las normas que regulan el procedimiento administra-

4 GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de procedimiento administrativo*, ob. cit., p. 159.

5 DROMI, *Licitación pública*, ob. cit., p. 191.

6 DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 10.ª ed. Buenos Aires-Madrid, 2004. p. 501.

tivo general en la medida en que la propia ley especial no regule el ámbito en cuestión.

En relación con la preclusividad del proceso, tenemos que en la Resolución N.º 2294-2010-TC-S1 el Tribunal estableció que el establecimiento de etapas “supone que estas tienen carácter preclusivo; es decir, que transcurrido el plazo establecido para el desarrollo de una etapa y habiéndose iniciado otra nueva y sucesiva, no es posible que en esta última se realicen actos correspondientes a aquella”.

La consecuencia es que la separabilidad y la cualidad de cada acto permiten su impugnación por parte de los demás oferentes, terceros ajenos a la relación contractual, en defensa de sus derechos e intereses⁷. El requisito para la impugnabilidad del acto es que este sea “un acto administrativo decisorio, pues los simples actos de la administración, meramente preparatorios, no pueden ser objeto de impugnación”⁸. Así, separabilidad de los actos y la posibilidad de ser impugnados vía el recurso de apelación, constituye otra de sus características.

II. LOS DERECHOS QUE SE GENERAN EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

En cuanto a la interrelación jurídica que mencionáramos precedentemente, entre administración y administrado, y los derechos que en ella se generan, tenemos que en el procedimiento de selección el poder público se traduce en derechos subjetivos del Estado, los que se exteriorizan “en actos del poder o prerrogativas como formas del ejercicio de su competencia”⁹; por otro lado, se establece para el administrado oferente, “el derecho-deber de participación y colaboración en la preparación, formación, impugnación y fiscalización de la voluntad administrativa contractual”¹⁰, situación que varía según la distinta condición jurídica que pueda tener, como son la de proveedor, participantes y postor.

En cuanto a los deberes, se plantea que las entidades se encuentran obligadas a tener una conducta diligente y respetuosa de las normas que rigen la contratación pública, en aras de que sus contrataciones “sean expeditivas y eficientes, debiendo adoptar tratamientos y acciones que beneficien el dinamismo de las contrataciones públicas, con el fin de evitar circunstancias o conductas que perjudiquen innecesariamente el proceso de selección, el derecho de los postores y produz-

can el incremento de los costos de transacción de la contratación pública, haciéndola más onerosa, lenta e ineficiente”¹¹; mientras que los participantes y postores, “administrado oferente” tendría “el derecho-deber de participación y colaboración en la preparación, formación, impugnación y fiscalización de la voluntad administrativa contractual”¹², derecho subjetivo que va variando según muta su condición jurídica (proveedor, participantes, postor, postor ganador de la buena pro).

III. EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y EL CONTRATO

En algunas ocasiones se identifica procedimiento de selección con contrato administrativo, siendo que, en virtud de ello, se pretende aplicar la racionalidad del procedimiento al contrato. Posición que no compartimos.

El origen de la confusión radica en el hecho de que se pretende abordar el contrato administrativo a partir de la teoría del acto administrativo, cuando en realidad debe ser analizado desde la doctrina del contrato en general y del contrato administrativo en particular. Criterio que subyace en la doctrina.

“El procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (precontractual) no debe confundirse con el contrato, que es el resultado del encuentro de aquella con la voluntad del contratista (persona física o jurídica, privada o pública estatal o no estatal). El vínculo contractual nace solo cuando se perfecciona el contrato por el procedimiento legal previsto al efecto”¹³. Así, el procedimiento de selección finaliza cuando la buena pro queda consentida, después de lo cual se procede a la suscripción del contrato, adquiriendo este su propia especificidad.

IV. DEFINICIÓN DE PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Hasta aquí hemos descrito en forma resumida en qué consiste; pero, ¿qué se entiende por procedimiento de selección? Teniendo en cuenta lo expuesto, el glosario de términos del RLCE lo define como el procedimiento administrativo especial “conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar un contrato para la adquisición de bienes, la contratación

7 DROMI, *Licitación pública*, ob. cit., p. 167.

8 *Loc. cit.*

9 *Ibid.*, p. 188.

10 *Ibid.*, p. 189.

11 Resolución N.º 438/2007/TC-S2

12 DROMI, *Licitación pública*, ob. cit., p.189

13 DROMI, *Licitación pública*, ob. cit., p.159.

de servicios o la ejecución de una obra”¹⁴. Asimismo, se le define también como “el sistema aplicado por la administración respecto de la selección de candidatos que pueden presentar ofertas”¹⁵.

V. DE LOS DISTINTOS TIPOS DE PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

En la exposición de motivos de la LCE se hace referencia a la eliminación de algunos procedimientos de selección (AMC, AD, ADP), y a la incorporación de otros:

- La adjudicación simplificada.
- La selección de consultores individuales.
- La comparación de precios.

Esta eliminación e incorporación de procedimientos se debía, indica la exposición de motivos, a que el anterior esquema no estaba recogiendo “las características particulares de algunos proveedores y mercados”, lo que estaba originando “que las entidades no logren maximizar el valor del dinero de sus contrataciones”; por lo que se hacía necesario incorporar a la legislación nacional “procedimientos de selección aplicados tanto en otros países con sistemas de adquisiciones más desarrollados como en organismos internacionales, de manera de que se logre mejores contrataciones se promueva la integración del mercado nacional de contratación pública con mercados internacionales”¹⁶. En atención a ello, la propuesta, que se plasmó en ley, era la de simplificar procedimientos de selección, estableciendo otros que sean acordes a las características de los mercados.

Establecido este marco general, tenemos que en el artículo 21 de la LCE y 32 del RLCE, establecen los tipos de procedimiento de selección, los cuales deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

En cuanto a los tipos de procedimientos de selección, el artículo 21 de la LCE remite al artículo 32 del RLCE la precisión de ellos, siendo este el que indica que para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras, la entidad debe utilizar, según corresponda, los siguientes procedimientos de selección:

- Licitación pública.
- Concurso público.
- Adjudicación simplificada.
- Subasta inversa electrónica.
- Selección de consultores individuales.
- Comparación de precios.
- Contratación directa.

VI. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

El artículo 32 del RLCE establece las siguientes reglas para la determinación de los procedimientos de selección:

- En atención al objeto de la contratación.
- La cuantía del valor estimado o del valor referencial, según corresponda.
- Las demás condiciones para su empleo previstos en la LCE y el RLCE.
- En el caso de contrataciones que involucren un conjunto de prestaciones de distinta naturaleza, el objeto se determina en función de la prestación que represente la mayor incidencia porcentual en el valor estimado y/o referencial de la contratación.

Por otro lado, tenemos que el artículo 16 de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017 establece que la determinación de los procedimientos de selección para efectuar las licitaciones públicas, concursos públicos, adjudicaciones simplificadas y selección de consultores individuales en todas las entidades del sector público comprendidas en el artículo 3 de la LCE, se sujetan a los montos siguientes:

Ley N.º 30508
Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017 (art. 16)
LCE (arts. 21, 22, 23, 24, 25, 26)

TIPO DE PROCEDIMIENTO	VALOR REFERENCIAL OBRAS	VALOR ESTIMADO BIENES	VALOR REFERENCIAL SERVICIOS	
			Servicios en general	Consultorías en general y consultoría de obras
Licitación pública	>= S/ 1 800 000.00	>= S/ 400 000.00	-----	-----
Concurso público	-----	-----	-----	>= a S/ 400 000.00
Adjudicación simplificada	< S/ 1 800 000.00 > S/ 32 400.00	< S/ 400 000.00 > S/ 32 400.00	-----	< S/ 400 000.00 > S/ 32 400.00
Contratación de consultores Individuales	-----	-----	=< S/ 40 000.00 > S/ 32 400.00	-----
Comparación de precios	-----	< S/ 40 000.00 > S/ 32 400.00	=< S/ 40 000.00 > S/ 32 400.00	-----
Subasta inversa electrónica	-----	> S/ 32 400.00	> S/ 32 400.00	-----

14 Resolución N.º 1011/2005/TC-SU.

15 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 11.ª ed., vol. II, Madrid: Tecnos, 2002, p. 96.

16 Exposición de motivos de la LCE, p. 101.

Inaplicación de la LCE sujeta a supervisión del OSCE	=< 8 UITs	=< 8 UITs	=< 8 UITs
No se exige inscripción en el RNP y no se encuentra sujeta a supervisión del RNP	=< 1 UIT	=< 1 UIT	=< 1 UIT

Cuando el valor referencial de una obra pública sea igual o mayor a 4 300 000,00 soles, el organismo ejecutor debe contratar, obligatoriamente, la supervisión y control de obras.

VII. DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

Establecidos los tipos de procedimientos de selección y la forma de determinar cada uno de ellos, corresponde, antes de analizar en forma específica a estos, establecer el marco general que los regula, disposiciones que se encuentran contenidas en el RLCE, que seguidamente exponemos.

1. La convocatoria: requisitos y contenido

En lo sustantivo, la convocatoria constituye un acto administrativo¹⁷ por cuanto es una declaración unilateral, dictada en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos individuales y directos¹⁸, mediante la cual se exterioriza la voluntad de la entidad pública de contratar “sujetándose a las bases y cláusulas elaboradas para su preparación y ejecución”¹⁹, comunicando, para tal efecto, su decisión a todas las personas, naturales o jurídicas para que participen del procedimiento de selección presentando sus propuestas. A través de la convocatoria, la Administración pública comunica y explica a los interesados “lo que desea y aclara cuándo y dónde deberán ofrecer sus propuestas. Esclarece, además, tanto la forma por la cual se examinará y calificarán las propuestas como los criterios que regirán la elección de la mejor, así como también las condiciones en que pretende realizar el contrato”²⁰.

1.1. Relación entre convocatoria y la invitación a ofrecer

Desde la perspectiva que comprende a los procedimientos de selección como un conjunto de actos separables, se entiende que la convocatoria, al ser uno de

estos actos, tiene esta misma cualidad jurídica, por lo que goza de autonomía e independencia de los demás, “inclusive de su publicación”. La convocatoria “impone su publicidad y esta presupone aquel. La publicación es la forma de comunicarlo de manera general e impersonal. La publicación le da eficacia jurídica al llamado a licitación”²¹, genera derechos y deberes entre las partes, por lo que no cabe identificación, ni confusión entre ellas. Ambas poseen un régimen distinto, mientras la convocatoria es un acto administrativo, la publicación constituye una actividad material²².

Por otro lado, se debe tener presente que la convocatoria no es normalmente una efectiva oferta, “sino un acto administrativo dirigido a provocar la presentación de una pluralidad de ofertas privadas”, que tampoco es una oferta de contrato, sino una invitación a presentar ofertas, donde la proposición de la empresa tampoco implica aceptación definitiva “porque el contrato no nace de esta actuación privada sino de la aprobación de la Administración. La mecánica del contrato del Estado es triangular: invitación o convocatoria; proposición u oferta; aceptación o aprobación”²³.

Sobre este tema, en la Resolución N.º 2055-2007/TC-S4, el Tribunal estableció, respecto de la relación entre convocatoria y oferta, que la convocatoria “constituye una invitación a ofrecer, debiendo observar los oferentes las disposiciones consignadas en las bases y los requerimientos técnicos expresados en dicho documento”.

Al respecto, los artículos 20 y 33 del RLCE regulan la convocatoria, tanto en los requisitos, como en la información que debe considerar, indicando el segundo que la convocatoria de los procedimientos de selección, con excepción de la comparación de precios, se realiza a través de la publicación en el SEACE.

1.2. Requisitos para la convocatoria

El artículo 20 del RLCE establece que, para convocar a un procedimiento de selección, se debe contar previamente con los siguientes requisitos:

- El expediente de contratación aprobado.
- Estar incluido en el Plan Anual de Contrataciones.
- Haber designado al comité de selección cuando corresponda.

17 DROMI, *Derecho administrativo*, ob. cit., p. 515.

18 DROMI, *Licitación pública*, ob. cit., p. 279.

19 DROMI, *Licitación pública*, ob. cit., p. 277.

20 DROMI, *Derecho administrativo*, ob. cit., pp. 516-517.

21 *Ibid.*, pp. 516-517.

22 DROMI, *Licitación pública*, ob. cit., p. 286.

23 DROMI, *Licitación pública*, ob. cit., p. 286.

- Contar con los documentos del procedimiento de selección aprobados que se publiquen con la convocatoria, de acuerdo a lo que establece el RLCE.
- Tratándose de procedimientos de selección para la ejecución de obras se requiere contar adicionalmente con el expediente técnico y la disponibilidad física del terreno.

1.3. Contenido de la convocatoria

En cuanto al contenido, el artículo 33 del RLCE dispone que se debe incluir la siguiente información:

- La identificación, domicilio y RUC de la entidad que convoca.
- La identificación del procedimiento de selección.
- La descripción básica del objeto del procedimiento.
- El valor referencial en los casos previstos en el artículo 18 de la LCE²⁴.
- Es obligatorio registrar en el SEACE el valor estimado de la contratación, el cual es difundido en el sistema luego del otorgamiento de la buena pro. Tratándose del procedimiento de selección de consultores individuales la difusión del valor estimado se realiza con la convocatoria.
- El costo de reproducción de los documentos del procedimiento de selección que se registren con la convocatoria.
- El calendario del procedimiento de selección.
- El plazo para el cumplimiento de las prestaciones.
- La indicación de los instrumentos internacionales bajo cuyos alcances se encuentra cu-

24 Artículo 18. Valor estimado y valor referencial

La Entidad debe establecer el valor estimado de las contrataciones de bienes y servicios y el valor referencial en el caso de consultorías y ejecución de obras, con el fin de establecer la aplicación de la presente Ley y el tipo de procedimiento de selección, en los casos que corresponda, así como gestionar la asignación de recursos presupuestales necesarios, siendo de su exclusiva responsabilidad dicha determinación, así como su actualización.

No corresponde establecer valor estimado en los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

bierto el procedimiento de selección, información que es incluida por el SEACE.

1.4. La convocatoria en los procedimientos de selección en el marco de los instrumentos internacionales

El citado artículo 33 refiere que en aquellos procedimientos de selección que se encuentren bajo la cobertura de uno o más instrumentos internacionales, el OSCE se encarga de elaborar y publicar una versión en idioma inglés de la convocatoria.

1.5. Otros medios de convocatoria

Además de los medios de convocatoria indicados, el artículo citado dispone que las entidades pueden utilizar, adicionalmente, otros medios a fin de que los proveedores puedan tener conocimiento de la convocatoria del procedimiento de selección.

2. El registro de participantes

El registro de participantes se vincula a la convocatoria. No puede haber registro sin difusión y convocatoria sin procedimiento de selección. Sobre el tema de registro de participantes, en la Opinión N.º 001-2011-DTN se estableció, respecto del cambio de denominación social y mantenimiento del número de registro, que “resultaría procedente la admisión de un postor que, luego de haberse registrado como participante, comunica a la entidad que ha cambiado su denominación social pero que mantiene el mismo número de RNP, toda vez que tal hecho confirmaría que existe identidad entre el participante registrado y el postor que presenta la propuesta”.

En este orden, el artículo 34 del RLCE dispone que todo proveedor que desee participar en un procedimiento de selección debe registrarse como participante, debiendo contar para ello con inscripción vigente en el RNP, conforme al objeto de la contratación. Asimismo se establecen las siguientes reglas para el registro de participantes:

- Es gratuito y electrónico, a través del SEACE, lo que “permite hacer más eficiente las contrataciones mediante el uso de las tecnologías de la información”²⁵.
- En el caso de obras, el registro otorga el derecho al participante a recabar el expediente

25 Exposición de motivos del RLCE, p. 26.

técnico de obra, previo pago de un derecho que no puede ser mayor al costo de reproducción de dicho expediente.

- El proveedor que se registra como participante se adhiere al procedimiento de selección en el estado en que el mismo se encuentre.
- El registro de participantes se lleva a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de ofertas o recepción de expresiones de interés, según corresponda.
- En las licitaciones públicas con precalificación, el registro de participantes se realiza hasta antes del término del plazo para la presentación de solicitudes de precalificación.

3. Cómputo de plazos

En el marco de la normativa de contrataciones públicas tenemos que los plazos y términos inherentes a él son entendidos como máximos. Asimismo, los plazos se computan independientemente de cualquier formalidad, y obligan por igual a la Administración y a los administrados, quienes tienen recíprocamente el deber de cumplirlos y poder exigir su cumplimiento en la sede que corresponda, en aquello que respectivamente les concierna²⁶. No existen plazos flexibles para uno, y para otro no. Los plazos son obligatorios para ambas partes. El plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento, salvo disposición expresa.

Al respecto, el artículo 35 del RLCE establece que en los procedimientos de selección, desde su convocatoria hasta el perfeccionamiento del contrato, se computan por días hábiles, precisando que no son hábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables, y los declarados no laborables para el sector público.

4. Prórrogas o postergaciones

Las prórrogas y postergaciones son circunstancias que se presentan en los procedimientos de selección. Sobre este tema, el artículo 36 del RLCE establece que la prórroga o postergación de las etapas de un procedimiento de selección deben registrarse en el SEACE modificando el calendario original, caso en el cual el comité de selección comunica dicha decisión

a través del SEACE y, opcionalmente, a los correos electrónicos de los participantes.

5. Régimen de notificaciones

El régimen de notificaciones es de suma importancia para el participante en un procedimiento de selección, por cuanto mediante él no solo se le notifican las actuaciones propias del procedimiento, sino que, además, le permite a él, como parte interesada, mantener un seguimiento del mismo.

Con relación a las actuaciones realizadas en los distintos tipos de procedimientos y modalidades de selección, el artículo 37 del RLCE establece que todos los actos que se realicen a través del SEACE durante los procedimientos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación. La notificación a través del SEACE prevalece sobre cualquier medio que se haya utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad de quienes intervienen en el procedimiento el permanente seguimiento de este a través del SEACE.

6. Idioma de la documentación y otras formalidades

En un mundo globalizado, y en un escenario donde operan los TLCs y otros, el idioma de los documentos y la formalidad deviene en relevante. Sobre el particular, el artículo 38 del RLCE establece las reglas respecto del idioma de la documentación que se presenta en los procedimientos de selección, así como de la formalidad. Veamos:

- Respecto del idioma, se indica que los documentos que acompañan a las solicitudes de precalificación, las soluciones técnicas, las expresiones de interés, las ofertas y cotizaciones, según corresponda, se presentan en idioma castellano o, en su defecto, acompañados de traducción oficial o sin valor oficial efectuada por traductor público juramentado o traducción certificada efectuada por traductor colegiado certificado, salvo el caso de la información técnica complementaria contenida en folletos, instructivos, catálogos o similares, que puede ser presentada en el idioma original. El postor es responsable de la exactitud y veracidad de dichos documentos.

En cuanto a que se entiende por traducción oficial, el Reglamento de Traductores Públicos aprobado por Decreto Supremo N.º 126-

26 Ver Resolución N.º 500-2008-TC-S1.

2003-RE y publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de noviembre del 2003, establece que es “aquella realizada por traductor público juramentado, a partir de documentos que cuentan con las legalizaciones oficiales correspondientes”. Respecto a su presentación, en la Resolución N.º 057/2006/TC-SU se indicó que para saber si un documento de la propuesta técnica de un postor que se encuentra en idioma extranjero debe estar acompañado de su traducción oficial es necesario determinar si se trata de un documento que contiene información esencial o no”. En cuanto a la formalidad, refiere que las solicitudes de precalificación, las soluciones técnicas, expresiones de interés, ofertas y cotizaciones deben llevar la rúbrica del postor o de su representante legal, apoderado o mandatario designado para dicho fin.

7. La oferta

La oferta constituye una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato “establecer, crear y modificar relaciones jurídicas” entre el postor proponente y la Administración, así como con los demás postores oferentes, siendo un procedimiento reglado que comprende actos que involucran tanto al postor como a la entidad. Se articulan a la oferta, el acto de presentación, recepción y apertura, subsanación, admisión y rechazo, los cuales pueden ser impugnados por el postor que considere que ha sido agraviado por alguna decisión del comité de selección²⁷.

La determinación de la naturaleza jurídica de la oferta pasa por establecer el carácter de la misma, tal como quedó establecido en la Resolución N.º 009-2011-TC-S2, donde el Tribunal estableció: “debe tenerse presente que lo declarado por los postores en sus propuestas busca una plena vinculación del mismo con aquello que oferta, mediante su aceptación y responsabilidad de todos y cada uno de los documentos que presenta en su propuesta integral; por ello, resultan sumamente importante tener en cuenta que las declaraciones formuladas por estos resultan ser un medio que busca mantener la seguridad jurídica y en consecuencia, permitir a la entidad tener la certeza de la voluntad de obligarse del postor con una determinada oferta”.

Por otro lado, en la Resolución N.º 2055-2007/TC-S4 se estableció:

27 Ver DROMI, *Derecho administrativo*, ob. cit., pp. 521 y 522.

“Atendiendo a la invitación formulada, los postores deben formular sus ofertas, las que deben ser completas, de modo que para el perfeccionamiento del contrato lo único que haga falta sea la aceptación de la oferta por parte de la entidad licitante, lo que se materializa con la adjudicación de la buena pro a la mejor oferta, génesis del contrato a suscribirse entre las partes.

En este orden de ideas, la oferta de un postor debe encontrarse formulada de tal manera que contenga lo necesario para la configuración del contrato, conteniendo todos los elementos que permitan mediante la sola aceptación de la entidad, materializada a través de la adjudicación, la coincidencia de las declaraciones de voluntad de ambas partes. Por lo tanto, la formulación de una oferta en términos diferentes a lo señalado resulta incompleta, y por lo tanto, no válida para hacer nacer un vínculo contractual, atendiendo a que no aporta los elementos suficientes para determinar el alcance de la oferta”.

En relación con ella tanto el Tribunal como la Gerencia Técnico Normativa han establecido algunos criterios básicos a seguir tanto por los postores, como por la entidad, algunos de los cuales seguidamente citamos:

- Deben ser autónomas, completas y suficientes, “de modo que ellas contengan ofertas que reflejen de manera manifiesta, precisa y directa la voluntad del proponente de obligarse frente a la entidad de ejecutar a cabalidad las prestaciones a su cargo”²⁸.
- Deben ser serias, firmes, concretas y determinadas y no contener cláusulas condicionales ni contradictorias²⁹.
- Deben pasar primero “el tamiz de la observancia de los requerimientos de cumplimiento obligatorio y, en segundo lugar, son sometidas a la aplicación de los factores de evaluación consignados en las bases”³⁰.
- La formulación y presentación de las propuestas son de entera y exclusiva responsabilidad de cada postor, “por lo que las consecuencias de cualquier deficiencia o defecto en su elaboración, que impida que la propuesta se ajuste a las bases, deben ser asumidos por aquel”³¹.

28 Resolución N.º 435/2004/TC-SU.

29 Resolución N.º 465/2004/TC-SU.

30 Pronunciamiento N.º 147-2003 (GTN).

31 Resolución N.º 411-2008-TC-S1.

7.1. La subsanación de ofertas

Tema relevante en el día a día de los procedimientos de selección. Al respecto, tenemos que, desde una perspectiva conceptual, los meros defectos formales “que no afectan sustancialmente la validez de la oferta, no producen su rechazo”, pudiendo la entidad “emplazar al oferente para que perentoriamente los subsane bajo apercibimiento de rechazo o desestimación”³².

Sobre este tema, el artículo 39 del RLCE establece que, durante el desarrollo de la admisión, precalificación, evaluación y calificación, el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, puede solicitar a cualquier postor que subsane o corrija algún error material o formal de los documentos presentados, siempre que no alteren el contenido esencial de la oferta.

7.1.1. ¿Cuáles son los aspectos subsanables de la oferta?

Al respecto el artículo en mención indica que son subsanables, entre otros:

- Errores materiales o formales. En cuanto a lo que se debe entender por error, en la Resolución N.º 295/2006/TC-SU el Tribunal opinó que para la entidad “un error es materia de subsanación siempre que con ello no se modifique el alcance de la oferta, es decir, que no represente un cambio o alteración de las condiciones inicialmente planteadas”.
- La no consignación de determinada información en formatos y declaraciones juradas, distintas a las que contienen el precio u oferta económica.
- Los referidos a las fechas de emisión o denominaciones de las constancias o certificados emitidos por entidades públicas.
- Falta de firma o foliatura.
- Los referidos a certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones de lo ofrecido, siempre que tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y hubieren sido referenciadas en la oferta.

- Las omisiones de los documentos que forman parte de la oferta pueden ser subsanados siempre que hayan sido emitidos por entidad pública o un privado ejerciendo función pública, con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificaciones que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga.
- El precio. En el documento que contiene el precio ofertado u oferta económica puede subsanarse la rúbrica y la foliación. En caso de divergencia entre el precio cotizado en números y letras, prevalece este último. En el sistema de contratación a precios unitarios cuando se advierta errores aritméticos, corresponde su corrección al órgano encargado de las contrataciones o comité de selección, debiendo constar dicha rectificación en el acta respectiva.
- No cabe subsanación alguna por omisiones o errores en la propuesta económica. Sobre el particular, el Tribunal precisó, en la Resolución N.º 148/99.TC-S1, que no constituía un error de forma el hecho de que el postor, en su propuesta económica, oferte cada ítem (precio unitario) como total mensual sin IGV: “Esta omisión bajo ningún concepto podrá considerarse como error de forma y subsanable, no siendo función del Comité Especial enmendar o corregir los errores cometidos por el postor”.

7.2. Criterios del Tribunal

- No corresponde otorgar plazo de subsanación “cuando el postor haya omitido la presentación de algún documento en la propuesta técnica o cuando el defecto del documento presentado sea de naturaleza sustantiva o de fondo, que modifique el alcance de la propuesta; debiéndose, en tales casos, tener por no presentada la propuesta y devolverla al postor”³³.
- La conservación del acto. Mediante Resolución N.º 520/2004/TC-SU el Tribunal estableció que cuando la entidad “no

32 Dromi, Roberto, *Licitación pública*, ob. cit., p. 369.

33 Resolución N.º 944/2005/TC-SU.

posibilita que el postor subsane los defectos de forma que no modifican el alcance de su propuesta técnica [...] prevalece válidamente la conservación del acto administrativo”.

- Subsanción de las copias que se deben presentar. Al respecto, en la Resolución N.º 580-2008-TC-S4 se estableció que “el impedimento para la subsanción de la propuesta impuesto por la normativa de la materia está referido a la no corrección o modificación de la propuesta, no descartándose la posibilidad que la falta de presentación de copias de la propuesta pueda ser objeto de subsanción”.
- Consignación errónea del procedimiento de selección en el que se participa. En la Resolución N.º 1319/2007/TC-S4 se estableció que “la consignación errónea del proceso de selección en la documentación presentada constituye un simple vicio de forma que no afecta la sustancia de los términos de la propuesta, y que resulta irrelevante a efectos de elegir la mejor oferta en pro de satisfacer el interés de la entidad [...]”.
- Los plazos como deficiencia no subsanable. En la Resolución N.º 1951/2007/TC-S1 el Tribunal estableció que los errores de plazo en la propuesta técnica no constituyen defectos subsanables por cuanto los datos consignados en ella, las bases y la proforma del contrato tienen implicancias jurídicas en la etapa contractual.
- Improcedencia de subsanar errores en la traducción. Al respecto, tenemos que en la Resolución N.º 1207-2010-TC-S4, el Tribunal estableció que “considerando que los protocolos de análisis constituyen documentos exigidos por la entidad para acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de los bienes ofertados, lo cual constituye un requisito de admisibilidad de la propuesta de los postores, y en la medida de que la normativa de contrataciones vigente equipara a las traducciones y a los documentos originales presentados, este Colegiado considera que los errores presentados en las traducciones respecto de la documentación requerida para acreditar los requerimientos técnicos mínimos no resulta subsanable [...]”

7.3. El procedimiento de subsanción y vigencia de la oferta

Establecida la posibilidad de subsanción, corresponde determinar el procedimiento para efectivizar la misma. Al respecto, el artículo 39 del RLCE establece que, cuando se requiera subsanción, la oferta continua vigente para todo efecto, a condición de la efectiva subsanción dentro del plazo otorgado, el que no puede exceder de 3 días hábiles. La presentación de las subsanciones se realiza a través de la Unidad de Tramite Documentario de la entidad. La subsanción corresponde realizarla al mismo postor, su representante legal o apoderado acreditado.

En el caso de subasta inversa electrónica, el procedimiento para la subsanción se realiza en forma electrónica, a través del SEACE.

7.4. Rechazo de ofertas

Un tema novedoso en la nueva normativa es el referido al rechazo de ofertas. Al respecto, el artículo 28 de la LCE, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341 y 47 del RLCE establecen la posibilidad del rechazo de ofertas, distinguiendo los casos de contratación de bienes y servicios, de la de ejecución y consultoría de obras. Todo rechazo de la oferta debe estar fundamentado.

7.4.1. El rechazo de las ofertas en el caso de bienes, servicios en general y consultoría en general

Al respecto, el numeral 28.1 del modificado artículo 28 de la LCE indica que, para la contratación de bienes y servicios, la entidad puede rechazar la oferta por debajo del valor referencial si determina que, luego de haber solicitado por escrito o por medios electrónicos, al proveedor la descripción a detalle de su oferta, para asegurarse que pueda cumplir satisfactoria y legalmente sus obligaciones del contrato se acredita mediante razones objetivas un probable incumplimiento. El rechazo de la oferta debe encontrarse fundamentado.

- ¿En qué consiste la duda razonable de cumplimiento del contrato?

Sobre este tema, el artículo 47 del RLCE indica que se considera que existe duda razonable cuando el precio ofertado sea sustancialmente inferior al valor referencial y, de la revisión de sus elementos constitutivos, se advierta que algunas de las prestaciones no se encuentren

previstas o suficientemente presupuestadas, existiendo riesgo de incumplimiento por parte del postor.

Para estos efectos, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones debe solicitar al postor la descripción a detalle de todos los elementos constitutivos de su oferta, así como contar con información adicional que resulte pertinente.

Una vez cumplido con lo indicado en los párrafos precedentes, el Comité de Selección o el Órgano Encargado de las Contrataciones, según corresponda, determina si rechaza la oferta en la etapa de evaluación, decisión que debe ser fundamentada.

Esta disposición no es aplicable para la subasta inversa electrónica.

- Se indica también que la entidad puede rechazar la oferta que supere la disponibilidad presupuestal del procedimiento de selección, siempre que haya realizado las gestiones para el incremento de la disponibilidad presupuestal y este no se haya podido obtener.

7.4.2. Rechazo de ofertas en el caso de ejecución y consultoría de obras

En este caso, el numeral 28.2 del modificado artículo 28 de la LCE establece las siguientes reglas para la ejecución o consultoría de obras:

- Serán devueltas las ofertas que excedan el valor referencial en más de 10 %.
- En caso de que las propuestas que excedan el valor referencial en menos del 10 % serán rechazadas si no resulta posible el incremento de la disponibilidad presupuestal.
- La entidad rechaza las ofertas que se encuentren por debajo en un 20 % del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el valor referencial.

7.5. Fiscalización posterior de los documentos

El artículo 42 del RLCE se refiere a la fiscalización posterior en el caso de la documentación y traducciones presentadas por el ganador de la buena pro,

indicando que las entidades efectúan la fiscalización conforme a lo previsto en el artículo 32 de la LPAG³⁴.

8. Acceso a la información y publicidad de las actuaciones

El acceso a la información y publicidad de las actuaciones se vinculan a la transparencia que debe prevalecer en la gestión pública. Sobre el particular, el artículo 40 del RLCE se refiere al acceso a la información por parte de los postores, estableciendo las siguientes reglas sobre la oportunidad de la entrega:

- **Apertura de sobres y no entrega de información**

Después de la apertura de los sobres que contienen las ofertas no debe darse a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado la adjudicación de la buena pro.

34 Artículo 32. Fiscalización posterior

32.1 Por la fiscalización posterior, la entidad ante la que es realizado un procedimiento de aprobación automática o evaluación previa, queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado.

32.2 La fiscalización comprende no menos del diez por ciento de todos los expedientes sujetos a la modalidad de aprobación automática, con un máximo de 50 expedientes por semestre, pudiendo incrementarse teniendo en cuenta el impacto que en el interés general, en la economía, en la seguridad o en la salud ciudadana pueda conllevar la ocurrencia de fraude o falsedad en la información, documentación o declaración presentadas. Dicha fiscalización deberá efectuarse semestralmente de acuerdo a los lineamientos que para tal efecto dictará la Presidencia del Consejo de Ministros.

32.3 En caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a comunicar el hecho a la autoridad jerárquicamente superior, si lo hubiere, para que se declare la nulidad del acto administrativo sustentado en dicha declaración, información o documento; imponga a quien haya empleado esa declaración, información o documento una multa en favor de la entidad entre dos y cinco Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago; y, además, si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el Título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, ésta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente.

- **Otorgamiento de la buena pro y entrega de información**

Una vez otorgada la buena pro, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito. Asimismo, también puede solicitarse dicho acceso en el acto público de otorgamiento de buena pro, mediante la anotación de su solicitud en el acta.

- **El caso de las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección**

En el caso de procedimientos convocados para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras, luego de otorgada la buena pro no debe darse a conocer las ofertas cuyos requisitos de calificación no fueron analizados y revisados por el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.

- **Publicidad de las actuaciones**

Por su parte, el artículo 45 del RLCE indica, respecto de la publicidad de las actuaciones, que la evaluación, calificación y el otorgamiento de la buena pro deben constar en actas debidamente motivadas, las mismas que deben ser publicadas en el SEACE en la oportunidad del otorgamiento de la buena pro.

9. Distribución de la buena pro

La distribución de la buena pro viene regulada por el artículo 41 del RLCE, el cual vincula la distribución a la indagación de mercado, por lo que el hecho de que se vaya distribuir no puede ser un hecho espontáneo, sino que debe estar previsto en las bases como consecuencia de la indagación efectuada. Así, el citado artículo indica que en el caso de que, de la indagación de mercado, se hubiese establecido que el requerimiento de la entidad no puede ser cubierto por un solo proveedor, las bases deben prever la posibilidad de distribuir la buena pro.

9.1. El procedimiento de la distribución de la buena pro

La distribución de la buena pro no se deja a discrecionalidad de los funcionarios y servidores públicos, sino que este procedimiento se encuentra debidamente regulado en el artículo 41 del RLCE establece el procedimiento a seguir en caso se haya previsto la posibilidad de distribución de la buena pro, el mismo que se caracteriza por una prelación de actos.

- El comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, otorga la buena pro al postor que hubiera obtenido el mejor puntaje, en los términos de su oferta y por la cantidad que hubiese ofertado.
- **La aceptación de la oferta hasta el 5 % superior a la que ganó la buena pro**

El saldo del requerimiento no atendido por el postor ganador es otorgado a los postores que le sigan, respetando el orden de prelación, siempre que cumplan con los requisitos de calificación y los precios ofertados no sean superiores al 5 % del precio del postor ganador.

- **Reducción de la oferta**

Cuando los precios ofertados superen dicho límite, para efectos de otorgarse la buena pro, los postores tienen la opción de reducir su oferta para adecuarse a la condición establecida en el párrafo anterior.

10. Notificación y consentimiento de la buena pro

La notificación y el consentimiento de la buena pro se vinculan al otorgamiento de esta, encontrándose regulados por los artículos 42 y 43 del RLCE.

10.1. La notificación de la buena pro: acto público y acto privado

Al respecto, el artículo 42 del RLCE distingue entre el otorgamiento de la buena pro en acto público y en acto privado.

- **El otorgamiento de la buena pro en acto público**

En este caso, el citado artículo 42 del RLCE indica que el otorgamiento de la buena pro se presume notificado a todos los postores en la fecha del acto, oportunidad en la que se les entrega a los postores copia del acta de

otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación. Dicha presunción no admite prueba en contrario. Esta información se publica el mismo día en el SEACE.

- **El otorgamiento de la buena pro en acto privado**

El mismo artículo 42 del RLCE establece que el otorgamiento de la buena pro en acto privado se publica y se entiende notificado a través del SEACE, el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones, debiendo incluir el acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación. Adicionalmente, se puede notificar a los correos electrónicos de los postores, de ser el caso.

10.2. El consentimiento de la buena pro

Luego de consentido el otorgamiento de la buena pro, que debe ser publicado en el SEACE al día siguiente de producido, el comité de selección remite el Expediente de Contratación al órgano encargado de las contrataciones de la entidad, el que se encarga de ejecutar los actos destinados a la formalización del contrato.

El momento en el cual se produce el consentimiento de la buena pro está en función de las circunstancias propias del procedimiento de selección, así como del tipo de procedimiento, tal como lo establece el artículo 43 del RLCE. Veamos:

- **Cuando se hayan presentado dos ofertas: LP, CP, AS, CI y CP**

El artículo 43 del RLCE indica que cuando se hayan presentado 2 o más ofertas, el consentimiento de la buena pro se produce a los 8 días hábiles de la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación.

En el caso de adjudicaciones simplificadas, selección de consultores individuales y comparación de precios, el plazo es de 5 días hábiles.

- 7 días hábiles
- 5 días hábiles

- **El caso de subasta inversa electrónica y cuando el valor estimado corresponde a una licitación pública o concurso público**

En caso de subasta inversa electrónica, el consentimiento de la buena pro se produce a los 5 días hábiles de la notificación de su otorgamiento, salvo que su valor estimado corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso se produce a los 8 días hábiles de la notificación de dicho otorgamiento.

- 8 días hábiles

- **Cuando se haya presentado una sola oferta**

En caso de que se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se produce el mismo día de la notificación de su otorgamiento.

11. Culminación de los procedimientos de selección

De acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del RLCE, los procedimientos de selección culminar cuando se realice cualquiera de los siguientes eventos:

- Se perfecciona el contrato.
- Se cancela el procedimiento.
- Se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la entidad.
- No se suscriba el contrato por las causales establecidas en el artículo 114 del RLCE³⁵.

12. Declaratoria de desierto

Los artículos 29 de la LCE y 44 del RLCE regulan los distintos aspectos que comprende la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección.

35 Artículo 114. Obligación de contratar

Una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar.

La Entidad no puede negarse a contratar, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del procedimiento de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad y el servidor al que se le hubieran delegado las facultades para perfeccionar el contrato, según corresponda. Esta situación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal sea la falta de presupuesto.

12.1. ¿Cuándo queda desierto un procedimiento de selección y cuándo debe publicarse?

El artículo 29 de la LCE, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341 y el 44 del RLCE establecen, respectivamente, que los procedimientos de selección quedan desiertos cuando se producen alguna de las siguientes circunstancias:

- No quede válida ninguna oferta.
- Cuando no se recibieron ofertas

Esta regla general que se va a ir modulando según los tipos de procedimiento de selección. Asimismo, se establece que la publicación de la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección debe registrarse en el SEACE el mismo día de producida.

- **El caso de la subasta inversa electrónica y el procedimiento a seguir cuando se declara desierto por segunda vez**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del RLCE, se declara desierto cuando no se cuenta con dos ofertas válidas, indicando también que si es declarada desierta por segunda vez, la siguiente convocatoria se realiza bajo el procedimiento de adjudicación simplificada.

En el supuesto que se haya excluido la ficha técnica objeto del procedimiento antes de la segunda convocatoria, esta debe efectuarse siguiendo el procedimiento de adjudicación simplificada.

12.2. El procedimiento luego de la declaratoria de desierto. El informe

El artículo 44 del RLCE establece el procedimiento a seguir luego de la declaratoria de desierto total o parcial de un procedimiento de selección, disponiendo que el órgano encargado de las contrataciones o el comité de selección, según corresponda, debe emitir un informe al titular de la entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del Expediente de Contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del procedimiento, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente.

Luego del informe se deberán adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente, lo que implica que “una vez detectado el origen, de corresponder una modificación de las bases en cualquiera de sus extremos, deberá remitirse estas al funcionario correspondiente para que las apruebe”³⁶.

36 Pronunciamento N.º 142-2005/GTN.

Esta es una exigencia de cumplimiento obligatorio que tiene como objetivo afinar las bases donde corresponda. Al respecto, el Pronunciamento N.º 088-2002 (GTN) estableció que “en principio, toda declaración de desierto da lugar a la revisión de los términos de las bases, por cuanto al constituir las reglas del proceso [...] las causas de la mencionada declaración de desierto podrán encontrarse en su formulación”.

12.3. El procedimiento de selección a seguir luego de la declaratoria de desierto

El artículo 44 del RLCE establece respecto de este tema las reglas siguientes:

- Cuando los procedimientos de selección se declaran desiertos, la siguiente convocatoria debe efectuarse siguiendo el mismo procedimiento de selección.
- En el caso de licitación pública sin modalidad o concurso público, la siguiente convocatoria debe efectuarse siguiendo el procedimiento de adjudicación simplificada.
- En el supuesto que en una licitación pública con precalificación no existieran dos o más participantes precalificados, debe declararse desierta, correspondiendo a la entidad definir si resulta necesario convocar un nuevo procedimiento con precalificación o uno sin modalidad.
- En caso de subasta inversa electrónica, el procedimiento de selección a implementar es la adjudicación simplificada.

13. Cancelación del procedimiento de selección

En principio, la entidad tiene la potestad de cancelar el procedimiento de selección en el estado en que se encuentre, en forma total o parcial, siempre y cuando no se haya suscrito el contrato respectivo. Esta es la diferencia con la declaratoria de desierto, donde el comité de selección es el actor principal. Luego de esta etapa, la de suscripción de contrato, la condición jurídica es distinta, ya no cabe hablar de cancelación del proceso, sino de la resolución o nulidad, lo que conducirá a los mecanismos de solución de controversias en ejecución de contrato.

La cancelación del procedimiento de selección se encuentra regulada en los artículos 30 de la LCE, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341, y 46 del RLCE.

13.1. Causales de cancelación

La cancelación puede ser total o parcial. Al respecto, el modificado artículo 30, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341, establece como disposición general que la entidad puede, bajo su responsabilidad, cancelar el procedimiento de selección, en cualquier momento previo a la adjudicación de la buena pro, mediante resolución debidamente motivada basada en cualquiera de las causales siguientes:

- **Fuerza mayor o caso fortuito**

El caso fortuito se refiere a los acontecimientos que provienen de la naturaleza, en tanto que la fuerza mayor es atribuida a los que provienen del hombre. En ambos casos la característica común es que el acontecimiento se encuentra fuera de la voluntad y del control de las partes contratantes, por lo que no pueden ser susceptibles de disposición por parte de los coestipulantes (entidad y contratista)³⁷.

- **Cuando desaparezca la necesidad de contratar**

En relación con estas causales tenemos que en la Opinión N.º 030-2010/DTN la Dirección Técnico Normativa, absolviendo una consulta estableció que

“A fin de determinar si resulta posible o no cancelar [...] por haber disminuido el requerimiento inicial debemos conocer el motivo por el que el requerimiento inicial ha disminuido.

Así, podría suceder que, antes de otorgada la buena pro, la entidad concluya que, debido a una mala programación, negligencia o algún otro motivo, se sobredimensionó su necesidad, por lo que para satisfacerla se requiere de una cantidad de prestaciones menor a la contemplada por las bases del proceso.

En tal supuesto, no nos encontramos ante ninguna de las causales de cancelación previstas por la normativa sino ante una mala determinación del requerimiento, por lo que para corregir tal situación no podrá cancelarse el proceso sino que deberá declararse la nulidad de este a fin de efectuar las correcciones respectivas.

Si, por el contrario, el proceso es convocado en atención a una necesidad real y adecuadamente determinada y, antes de otorgada la buena pro, dicha necesidad varía (en cantidad u otros aspectos) al punto de convertir en innecesaria la contratación en las condiciones previstas originalmente, podría afirmarse que la necesidad original ha desaparecido y, por lo tanto, estaríamos ante uno de los supuestos de cancelación [...]”.

- Cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo exclusiva responsabilidad
- Otras razones justificadas

13.2. El procedimiento

El artículo 46 del RLCE establece que cuando se decida cancelar un procedimiento de selección, la entidad debe seguir el trámite siguiente:

- Debe comunicar su decisión dentro del día siguiente y por escrito al comité de selección o al órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.
- Debe registrarse en el SEACE la resolución o acuerdo cancelatorio al día siguiente de esta comunicación y, de ser el caso, al correo electrónico señalado por los participantes.
- La resolución o acuerdo que formaliza la cancelación debe ser emitida por el funcionario que aprobó el expediente de contratación u otro de igual o superior nivel.

13.3. Consecuencias de la cancelación para la entidad y el administrado

La consecuencia de la cancelación del procedimiento de selección es la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal de la cancelación sea la falta de presupuesto.

En cuanto a los proveedores, se indica que la entidad no incurre en responsabilidad por el solo hecho de actuar de conformidad con lo establecido en la normativa, respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DROMI, R. *Derecho administrativo*. 10.ª ed., Buenos Aires-Madrid, 2004.
- DROMI, R. *Licitación pública*. 2.ª ed. Actualizada, Buenos Aires, 1995.
- GARRIDO, F. *Tratado de derecho administrativo*, vol. II.
- GONZÁLEZ, J. (2000). *Manual de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas.

37 Ver Pronunciamiento N.º 023-2001 (GTN).