

## **PRONUNCIAMIENTO N° 713-2024/OSCE-DGR**

Entidad : MTC - Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional)

Referencia : Concurso Público N° 21-2024-MTC-20-1, convocado para la contratación del “Servicio de gestión y conservación vial por niveles de servicio del corredor vial: EMP. PE28B (Kimbiri) - Pichari - Puerto Ene - Dv. Puerto Selva de Oro - Puerto Yoyato”

---

### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el formulario de solicitud de emisión de pronunciamiento recibido el 21 de noviembre de 2024<sup>1</sup> y subsanado el 12 de diciembre de 2024<sup>2</sup>, el presidente del comité de selección a cargo del procedimiento de selección de la referencia remitió al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) la solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones e integración de bases presentada por el participante **HENAN D.R. CONSTRUCTION GROUP CO., LTD. SUCURSAL DEL PERÚ - HNDR SUCURSAL DEL PERÚ**, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley N° 30225, en adelante la “Ley”, y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el “Reglamento”.

Asimismo, cabe precisar que, en la emisión del presente pronunciamiento, se utilizó el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio<sup>3</sup> y los temas materia de cuestionamientos de los mencionados participantes, conforme al siguiente detalle:

- **Cuestionamiento N° 1** : Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 12, referida a las “**Otras penalidades**”
- **Cuestionamiento N° 2** : Respecto a la absolución de las consultas y/u observaciones N° 13 y N° 14, referidas a las “**Ampliaciones de plazo**”
- **Cuestionamiento N° 3** : Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 15, referida al “**Plazo de**

---

<sup>1</sup> Mediante Expediente N° 2024-0160868.

<sup>2</sup> Mediante Expediente N° 2024-0171489.

<sup>3</sup> Para la emisión del presente Pronunciamiento se utilizará la numeración establecida en el pliego absolutorio en versión PDF.

## subsanción de observaciones”

- **Cuestionamiento N° 4** : Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 16, referida a la “**Cláusula de solución de controversias**”

## 2. CUESTIONAMIENTOS

De manera previa, cabe señalar que el OSCE no ostenta la calidad de perito técnico dirimente respecto a las posiciones de determinados aspectos del requerimiento (especificaciones técnicas, términos de referencia y expediente técnico de obra, según corresponda); sin embargo, puede requerir a la Entidad informes que contengan la posición técnica al respecto<sup>4</sup>, considerando que el área usuaria es la dependencia que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas de los bienes, servicios y obras que se habrán de contratar.

### Cuestionamiento N° 1

### Respecto a la “Otras penalidades”

El participante **HENAN D.R. CONSTRUCTION GROUP CO., LTD. SUCURSAL DEL PERÚ - HNDR SUCURSAL DEL PERÚ** cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 12, indicando que no existe un procedimiento objetivo para la identificación, prueba y aplicación de las otras penalidades, conforme a lo establecido en la Opinión N° 163-2018/DTN, toda vez que, según refiere, el procedimiento establecido en los términos de referencia para aplicar la otras penalidades no es suficiente con el informe del supervisor o inspector para determinar las otras penalidades. Por lo tanto, la pretensión del recurrente consiste en que **se incorpore un procedimiento objetivo y preciso para determinar la comisión de las otras penalidades.**

### Pronunciamiento

De la revisión del acápite 6.6.2 del numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

<i>“6.6.2 OTRAS PENALIDADES (...) A continuación, se indica la relación de OTRAS PENALIDADES en el servicio:</i>			
<i>N°</i>	<i>SUPUESTOS DE APLICACIÓN</i>	<i>FORMA DE CALCULO</i>	<i>PROCEDIMIENTO</i>
<i>1</i>	<i>Penalidad por deficiencia en el cumplimiento de niveles de servicio</i>	<i>En caso el NIVEL DE SERVICIO DEL TRAMO (NST) sea menor a 96% se aplicará una penalidad por deficiencia en el cumplimiento de</i>	<i><u>El Supervisor o Supervisión designada por la Entidad, que cuantificará</u></i>

<sup>4</sup> Ver el Comunicado N° 011-2013-OSCE/PRE.

	(Evaluaciones programadas).	<p><i>NIVELES DE SERVICIO, de acuerdo a la siguiente fórmula:</i></p> <p><i>Penalidad por Deficiencia NS = 30% x UIT x LONG. TRAMO (KM) x (100% - NST%)</i></p> <p><i>Nota:</i>  <i>UIT: Se refiere a la Unidad impositiva tributaria vigente al momento de constatar la causal.</i>  <i>NST: Nivel de servicio del tramo (NST) = 100% - (% promedio de incumplimientos de niveles de servicio en el tramo).</i>  <i>* Ver numeral de EVALUACIONES PROGRAMADAS de los presentes términos de referencia.</i></p>	<u><i>deficiencias y calculará las penalidades que correspondan.</i></u>
(...)	(...)	(...)	(...)

(...)

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Es así que, mediante la consulta y/u observación N° 12, se solicitó reformular el procedimiento de aplicación de las otras penalidades, dado que no se establece un procedimiento claro y objetivo para verificar el incumplimiento y no se define qué criterios debe tener el informe del supervisor o responsable designado por la Entidad, los medios probatorios necesarios, ni la posibilidad que el contratista presente sus descargos; ante lo cual, el comité de selección decidió no acoger lo solicitado, precisando, entre otros aspectos, que las Bases del procedimiento de selección, establecen que el supervisor designado por la Entidad será el encargado de verificar y calcular las penalidades correspondientes, según el tipo de penalidad; por lo que, las penalidades se han fijado conforme a las disposiciones de la normativa de contratación pública aplicable al presente procedimiento de selección.

En ese contexto, y teniendo en cuenta lo cuestionado por el recurrente, respecto a la absolución señalada en el párrafo precedente, mediante Informe Técnico ampliando las razones de la Absolución que son objeto de Solicitud de Elevación para Pronunciamiento<sup>5</sup>, el área usuaria de la Entidad indicó lo siguiente:

*“Primero se precisa que el Área Usuaria no está vulnerando los Principios que rigen las contrataciones del Estado, tales como:*

*i. Transparencia, puesto que la Entidad proporciona información clara y coherente con el fin de que todas las etapas del presente procedimiento sean comprendidas por los proveedores;*

<sup>5</sup> Remitido mediante Expediente N° 2024-0160868, de fecha 21 de noviembre de 2024.

- ii. Eficiencia y Eficacia, puesto que el presente procedimiento y las decisiones que se adoptan están orientadas al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad; y
- iii. Equidad, puesto que las prestaciones y derechos de las partes guardan razonable relación de equivalencia y proporcionalidad para la ejecución del presente Servicio.

Al respecto, conforme a lo señalado en el numeral (...) OTRAS PENALIDADES de los Términos de Referencia, dichas penalidades “tienen por finalidad disuadir el incumplimiento de una prestación y sancionar dicho incumplimiento”.

Es así que las penalidades establecidas por el área usuaria como “OTRAS PENALIDADES” se han identificado sobre hechos concretos y realizables durante la prestación del servicio y que han sido formulados bajo los siguientes criterios:

- ✓ Supuestos de aplicación de penalidad
- ✓ Forma de cálculo de la penalidad
- ✓ Procedimiento que verifica el supuesto de penalidad.

Conforme a lo establecido en el ítem f) del numeral 3.1 TÉRMINOS DE REFERENCIA de la Sección Específica de las Bases Estándar de Concurso Público para la Contratación de Servicios en General (Decimosegunda Disposición Complementaria Final del Reglamento) y concordante al numeral 163.1 del artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; para determinar el “monto de la penalidad”, guardando criterios de proporcionalidad y congruencia con la gravedad del incumplimiento.

Ante el cuestionamiento a la consulta/observación N° 12 por el participante HENAN D.R. CONSTRUCTION GROUP CO., LTD. SUCURSAL DEL PERÚ - HNDR SUCURSAL DEL PERÚ, indica que es “necesidad de establecer un procedimiento objetivo para la identificación, probanza y aplicación de penalidad, conforme a la opinión N° 163-2018/DTN. Entre ellos, los criterios mínimos que debe reunir un informe que aplicará penalidades. (...)”. Para ello, es necesario indicar que el “PROCEDIMIENTO” establecido como criterio para la aplicación de la penalidad establece que:

“El Supervisor o Supervisión designada por la Entidad o Según informe del Supervisor o Responsable designado por la Entidad que cuantificará y calculará las penalidades que correspondan.”

Asimismo, conforme al Instructivo N° 02-2013-MTC/20.7, aprobada mediante Memorándum N° 1663-2013-MTC/20.7, en su numeral 5.2 establece el perfil y funciones del Supervisor:

“Ingeniero Civil colegiado, habilitado, con experiencia en carreteras, representante de la Entidad quien tiene la responsabilidad de hacer cumplir lo indicado en las bases integradas y exigir el cumplimiento de los niveles de servicio establecidos en los términos de referencia, además deberá cautelar el cumplimiento del Programa de Conservación Vial aprobada así como las cláusulas del contrato de servicios y adendas si las hubiera. Deberá advertir al Contratista Conservador de cualquier situación que ponga en riesgo el cumplimiento de los niveles de servicio, y los casos en que el Contratista Conservador no cumpla con el Plan de Calidad (documentación) y demás planes que conforman el Programa de Conservación Vial.

Su actuación debe referirse a velar por cumplimiento de los niveles de servicio del tramo asignado estando facultado a aplicar las penalidades que correspondan, cuando el Contratista Conservador no cumpla con sus obligaciones contractuales.

De ello, se desprende que el Supervisor designado por la Entidad, deberá contar con el perfil y la experiencia profesional requeridos para las labores de supervisión en contratos por niveles de servicio y en base a sus competencias técnicas y profesionales determinará los

incumplimientos en la prestación del servicio y en consecuencia, las penalidades a aplicar bajo los criterios establecidos en el numeral (...) OTRAS PENALIDADES de los Términos de Referencia.

Finalmente, se indica al solicitante que las penalidades establecidas en el numeral 6.6.2 de los Términos de Referencia se aplicarán siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

i. Este tipificada en el Contrato (interpretación literal y conforme a lo dispuesto en los Términos de Referencia).

ii. Este acreditado el incumplimiento (el hecho se prueba objetivamente).

iii. El incumplimiento sea injustificado (la responsabilidad es del contratista).

En ese sentido, no se acoge la solicitud conforme a los fundamentos expuestos en atención al cuestionamiento del solicitante a la absolución a la consulta N°12 del pliego absolutorio de consultas y observaciones del Concurso Público N° 0021-2024-MTC/20 - Servicio de Gestión y Conservación Vial por Niveles de Servicio del Corredor Vial: Emp. PE-28B (Kimbiri) – Pichari - Puerto Ene– Dv. Puerto Selva De Oro - Puerto Yoyato”, enmarcado en los Principios de Transparencia, Eficiencia y Eficacia y Equidad enmarcados en el artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones, así como los numerales 7.4 y 8.2.6 de la Directiva N° 023-2016-OSCE/CD.”

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Al respecto, a través de la Opinión N° 002-2020/DTN se indicó que el área usuaria es la dependencia que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas de los bienes, servicios y obras que se habrán de contratar.

De otro lado, es pertinente indicar que el artículo 163 del Reglamento señala que “los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162, siempre que sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar”.

Así, en las Bases Estándar aplicables al presente procedimiento de selección, sólo se dispone que las otras penalidades deben estar compuestas por los siguientes tres (3) aspectos: i) Supuesto penalizable, ii) Monto a penalizar; y iii) Procedimiento de verificación, el cual se verifica el supuesto a penalizar, conforme al artículo 163 del Reglamento.

En relación a ello, debe tenerse en cuenta que el objeto de una penalidad es disuadir al contratista del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de las prestaciones a las que se comprometió al momento de presentar su oferta. Por tanto, los supuestos bajo los cuales se configura su aplicación deben estar directamente relacionados con la prestación del contratista, siendo potestad de la Entidad definir las “otras penalidades” – distintas a la penalidad por mora- que estime necesarias, siempre y cuando reúnan las siguientes características: objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación.

Ahora bien, en relación con el aspecto cuestionado por el recurrente, el área usuaria de la Entidad, siendo la responsable de la determinación del requerimiento y, por ende, la

mejor conocedora de sus necesidades, mediante el citado informe técnico, ratificó la absolución de la consulta y/u observación materia de análisis, así como su requerimiento, precisando que las otras penalidades se han realizado conforme a los lineamientos establecidos en las Bases Estándar aplicables al presente procedimiento de selección y a la normativa de contrataciones del Estado, guardando criterios de proporcionalidad y congruencia con la gravedad del incumplimiento de los supuestos contemplados como otras penalidades.

Asimismo, precisó que el procedimiento de aplicación de las otras penalidades, será realizado por un supervisor, cuya competencias técnicas y profesionales determinarán los incumplimientos en la prestación del servicio y en consecuencia, la aplicación de las penalidades correspondientes, siendo de notar que dicho proceso se realizará siguiendo los criterios definidos en el acápite relativo a las “*Otras penalidades*” de los Términos de Referencia.

Adicionalmente, señaló que, para que las penalidades sean aplicables, deben cumplir tres requisitos: i) estar tipificadas en el contrato, ii) ser probadas objetivamente y iii) ser causadas por un incumplimiento injustificado del contratista, es decir, atribuible a la responsabilidad del contratista.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede colegir que la Entidad como mejor conocedora de sus necesidades, decidió ratificar su requerimiento en lo referido al procedimiento que se le aplica al contratista en caso incurra en los supuestos contemplados como otras penalidades, para lo cual brindó los argumentos que respaldan dicha decisión, lo cual tiene carácter de declaración jurada y está sujeto a rendición de cuentas.

Adicionalmente, cabe indicar que, de la revisión del numeral 4.1 del Formato “Resumen Ejecutivo de las Actuaciones Preparatorias (Servicios a contratar en el marco de la Décimo Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento)”, la Entidad declaró la existencia de pluralidad de proveedores en la capacidad de cumplir con el íntegro del requerimiento; lo cual incluye el procedimiento de aplicación de los supuestos contemplados como otras penalidades.

En ese sentido, considerando que la pretensión del recurrente se encuentra orientada a que se acepte establecer en los términos de referencia un procedimiento objetivo y preciso para determinar la comisión de las otras penalidades, y en la medida que la Entidad mediante su informe técnico ha señalado las razones por las cuales no admite lo solicitado y ratifica su requerimiento; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento. Sin perjuicio de ello, se implementarán las siguientes disposiciones:

- **Se deberá tener en cuenta**<sup>6</sup> como complemento de la absolución de la consulta y/u observación N° 12, lo precisado por la Entidad en el Informe Técnico.

---

<sup>6</sup> Resulta pertinente precisar que, la presente disposición deberá ser considerada en la etapa correspondiente, no requiriendo su implementación y/o integración en las Bases Integradas definitivas.

- **Se deberá dejar sin efecto** toda disposición del pliego absolutorio, las bases o informe técnico que se oponga a la precedente disposición.
- Corresponderá al Titular de la Entidad **implementar las directrices pertinentes** en futuros procedimientos de selección, a fin de que el comité de selección cumpla con absolver de forma clara y precisa las peticiones formuladas por los participantes en sus consultas u observaciones, permitiendo reducir el número de aspectos que deberán ser corregidos o saneados con ocasión de la elevación de cuestionamientos.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación encargados de elaborar el requerimiento, indagación de mercado, el pliego absolutorio y **el Informe Técnico**, en virtud de la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

## **Cuestionamiento N° 2**

## **Respecto a las “Ampliaciones de plazo”**

El participante **HENAN D.R. CONSTRUCTION GROUP CO., LTD. SUCURSAL DEL PERÚ - HNDR SUCURSAL DEL PERÚ** cuestionó la absolución de las consultas y/u observaciones N° 13 y N° 14, indicando que la solicitud de ampliación de plazo es un derecho reconocido en los artículos 34.2 de la Ley de Contrataciones del Estado y 158.5 del Reglamento, que no altera el objetivo del servicio, ya que el plazo de ejecución puede modificarse debido a causas no imputables al contratista o a la Entidad, por lo que no se puede limitar la posibilidad de solicitar ampliaciones y reemplazarlas por el término “reprogramaciones” dado que es una figura que no está regulada por la normativa de contrataciones. Por lo tanto, la pretensión del recurrente consiste en **se deje sin efecto las disposiciones en las bases que limitan la posibilidad de solicitar ampliaciones de plazo.**

## **Pronunciamiento**

De la revisión del acápite 1.8 y 6.4 del numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

### ***“1.8 INICIO Y PLAZO DEL SERVICIO***

*(...)*

*El CONTRATISTA CONSERVADOR podrá solicitar **reprogramaciones** que modifique el plazo del componente de Conservación Periódica siempre y cuando estén debidamente sustentados con la conformidad de la supervisión y aprobados por el CONTRATANTE, **sin que ello implique una ampliación del plazo del contrato ni generen gastos adicionales al CONTRATANTE.***

*(...)*

***El plazo total del presente servicio no podrá ser ampliado.***

*(...)*

#### **6.4 SUSPENSIÓN DE INICIO O EJECUCIÓN DE PRESTACIONES.**

*Durante la ejecución del contrato de servicios, cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen interferencias al inicio o a la ejecución de algunas de las prestaciones contratadas, el CONTRATANTE puede comunicar, mediante oficio, al CONTRATISTA CONSERVADOR la suspensión total o parcial de las citadas prestaciones, hasta la comunicación del CONTRATANTE para retomar su ejecución, también mediante oficio, sin que ello implique una ampliación de plazo ni suponga el reconocimiento de gastos generales ni costos directos a cargo del CONTRATANTE, salvo aquellos costos, estrictamente necesarios, correspondientes a las prestaciones no suspendidas. (...)*

*(El subrayado y resaltado es nuestro)*

Es así que, mediante las consultas y/u observaciones N° 13 y N° 14, se solicitó que se elimine de los términos de referencia aquellos extremos que restringen las ampliaciones de plazo del contrato, dado que es un derecho del contratista solicitarlo cuando se reúnan las condiciones para su procedencia conforme a la normativa de contrataciones.

Ante lo cual, el comité de selección decidió no acoger lo solicitado, precisando entre otros aspectos, que **i)** la ejecución del servicio tendrá una duración de 1825 días calendario y abarca 125,230 km, incluyendo conservación rutinaria antes y después de la conservación periódica, siendo las actividades de conservación rutinaria de carácter permanente para mantener los niveles de servicio de la vía las cuales se ejecutarán en el plazo de 1,825 días y controlará por indicadores de niveles de servicio, no por avance de metrados; por lo que el plazo para la conservación de la vía no puede ser ampliado; y, que **ii)** la conservación periódica, que se ejecutará entre los meses 19 y 30 según el cronograma, puede ser reprogramada en caso fortuito o de fuerza mayor, pero sin extender el plazo ni generar costos adicionales para el contratante, toda vez que, de forma simultánea a la conservación periódica se debe ejecutar la conservación rutinaria (antes o después, según corresponda) y **iii)** las disposiciones sobre ampliaciones de plazo contractual, según el artículo 158 del Reglamento y el artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado, no aplican al tipo de intervención de este servicio.

En ese contexto, y teniendo en cuenta lo cuestionado por el recurrente, respecto a las absoluciones señaladas en los párrafos precedentes, mediante Informe Técnico ampliando las razones de la Absolución que son objeto de Solicitud de Elevación para Pronunciamiento<sup>7</sup>, el área usuaria de la Entidad indicó lo siguiente:

*“Primero se precisa que el Área Usuaria no está vulnerando los Principios que rigen las contrataciones del Estado, tales como:*

- i) Libertad de Concurrencia, puesto que se promueve el libre acceso y participación de los proveedores, sin adoptar prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores;*
- ii) Transparencia, puesto que la Entidad proporciona información clara y coherente con el fin de que todas las etapas del presente procedimiento sean comprendidas por los proveedores;*
- iii) Eficiencia y Eficacia, puesto que el presente procedimiento y las decisiones que se adoptan están orientadas al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad; y*

<sup>7</sup> Remitido mediante Expediente N° 2024-0133587, de fecha 2 de octubre de 2024.



iv) Equidad, puesto que las prestaciones y derechos de las partes guardan razonable relación de equivalencia y proporcionalidad para la ejecución del presente Servicio.

Al respecto, conforme al artículo 34 Modificaciones al contrato de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece que:

“34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el Reglamento, por orden de la entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. (...)

34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales, ii) reducción de prestaciones, iii) autorización de ampliaciones de plazo, y iv) otros contemplados en la Ley y el Reglamento.

(...)

34.9 El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el Reglamento.”

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el numeral 158.1 del artículo 158 Ampliación de plazo contractual del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que:

“158.1 Procede la ampliación de plazo en los siguientes casos:

a) Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. (...)

b) Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.”

**En ese sentido, dicho numeral precisa las causales específicas que, de verificarse, autorizan al contratista a solicitar la ampliación de plazo en los contratos de servicios, siempre que estas afecten el plazo.**

Es así que, en cumplimiento a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, **se suprimirá el texto del numeral 1.8 INICIO Y PLAZO DE SERVICIO de los Términos de Referencia, que dice:**

**“El plazo total del presente servicio no podrá ser ampliado.”**

Por otro lado, se reitera al solicitante que el presente servicio a un “SERVICIO DE GESTION Y CONSERVACION VIAL POR NIVELES DE SERVICIO” y no una “OBRA”, enmarcado bajo los alcances de la Decimosegunda Disposición Complementaria Final del Reglamento de las Contrataciones del Estado; cuya finalidad es mantener o conservar la infraestructura vial a través de la Conservación, ejecutando actividades como la conservación periódica, la conservación rutinaria y atenciones especiales.

**Asimismo, se aclara que el plazo de ejecución del presente servicio es de mil ochocientos veinticinco (1825) días calendario, conforme al numeral 1.8 de los Términos de Referencia, en los cuales el Contratista debe ejecutar, entre otros, la conservación rutinaria (1825 días) y la conservación periódica (365 días), de la cual se desprende que la conservación rutinaria se ejecuta en la totalidad del plazo de servicio (1825 días calendario), siendo que la actividad de Conservación Rutinaria tiene carácter permanente para conservar los niveles de servicio de la vía, el cual se ejecutará en el plazo del servicio y controlará por indicadores de niveles de servicio y no por avance de metrados, por lo que la Entidad ha determinado que el plazo máximo para la conservación de la vía corresponde a 1825 días calendario.**

**En cuanto, a la Conservación Periódica tiene carácter temporal y conforme a lo establecido en el numeral 4.4 DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES CONSERVACIÓN PERIÓDICA de los Términos de Referencia, el plazo de ejecución de la Conservación Periódica es hasta un plazo máximo de 365 días calendario, plazo que podrá ser reprogramado, en caso fortuito**

o de fuerza mayor debidamente sustentado y aprobado por el contratante, sin que ello represente una ampliación de plazo del contrato, toda vez que, de forma paralela a la Conservación Periódica se ejecutará la Conservación Rutinaria, según corresponda.

En resumen, la actividad que ha determinado el plazo del servicio es la Conservación Rutinaria y no la Conservación Periódica.

Por lo expuesto, es necesario precisar que en la presente contratación, las prestaciones involucradas (Conservación Rutinaria, Conservación Periódica y Atenciones Especiales), además de ser independientes y de ejecución sucesiva, son de “ejecución única”, puesto que el presente servicio agota su finalidad con la ejecución de un solo acto, situación que no varía aun habiéndose pactado la presentación de entregas parciales o entregables durante su ejecución, tal como la entrega de la Conservación Periódica en el plazo determinado, puede estar sujeta a postergaciones o reprogramaciones durante el plazo de ejecución del servicio.

Es así que, en cumplimiento a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se modificará el texto del numeral 4.4 DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES DE CONSERVACIÓN PERIÓDICA de los Términos de Referencia, donde dice:

“En los casos que por alguna de las causales previstas en el artículo 158° del Reglamento de la ley de contrataciones, y siempre y cuando estén debidamente sustentados con la conformidad de la supervisión y aprobados por el CONTRATANTE, EL CONTRATISTA CONSERVADOR podrá solicitar reprogramaciones al componente de Conservación Periódica, sin ampliar el plazo total del contrato y sin que se generen gastos adicionales al CONTRATANTE. En caso se aprueben las reprogramaciones no corresponde la aplicación de penalidades por retraso injustificado en el término de la conservación periódica, durante el periodo reprogramado. Dicha solicitud debe ser realizada dentro del plazo de la conservación periódica.”

Debe decir:

“En caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente sustentados con la conformidad de la supervisión y aprobados por el CONTRATANTE, EL CONTRATISTA CONSERVADOR podrá solicitar reprogramaciones al componente de Conservación Periódica, sin ampliar el plazo del contrato y sin que se generen gastos adicionales al CONTRATANTE. En caso se aprueben las reprogramaciones no corresponde la aplicación de penalidades por retraso injustificado en el término de la conservación periódica, durante el periodo reprogramado. Dicha solicitud debe ser realizada dentro del plazo de la conservación periódica.”

Con ello, se precisa que la aplicación de las reprogramaciones a las que hace mención el presente cuestionamiento, sólo tienen alcance a la actividad de Conservación Periódica, la cual tiene un plazo de ejecución determinado dentro del plazo de ejecución del servicio, la cual debe programarse en un plazo máximo de 365 días calendario (plazo menor al plazo de servicio), según cronograma aprobado por EL CONTRATANTE, salvo casos excepcionales no imputables al CONTRATISTA CONSERVADOR, se presentará un cronograma reprogramado el cual será evaluado y aprobado por EL CONTRATANTE, conforme a lo dispuesto en el numeral 4.7.4 CONTROL DE LA EJECUCION DE LA CONSERVACIÓN PERIÓDICA de los Términos de Referencia.

Asimismo, precisar que la reprogramación es una herramienta para las actividades contratadas, como las de Conservación Periódica que tiene una programación de ejecución dentro del plazo de ejecución contractual, y, de darse, no afecta el plazo de ejecución contractual, como ha sido precisado en los Términos de Referencia.

Finalmente, se indica al participante que, no existe prohibición para solicitar una ampliación de plazo, si se otorga o no dependerá exclusivamente del cumplimiento de los

**requisitos dispuestos en el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.**

*En ese sentido, (...) la solicitud conforme a los fundamentos expuestos en atención al **cuestionamiento** del solicitante a la absolución a la consulta N°13 del pliego absolutorio de consultas y observaciones del Concurso Público N° 0021-2024-MTC/20 - Servicio de Gestión y Conservación Vial por Niveles de Servicio del Corredor Vial: Emp. PE-28B (Kimbiri) – Pichari - Puerto Ene – Dv. Puerto Selva De Oro - Puerto Yoyato, enmarcado en los Principios de Transparencia, Eficiencia y Eficacia y Equidad enmarcados en el artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones, así como los numerales 7.4 y 8.2.6 de la Directiva N° 023-2016-OSCE/CD.*

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Al respecto, a través de la Opinión N° 002-2020/DTN se indicó que el área usuaria es la dependencia que cuenta con los conocimientos técnicos necesarios para definir las características técnicas de los bienes, servicios y obras que se habrán de contratar.

Ahora bien, en relación al aspecto cuestionado por el recurrente, el área usuaria de la Entidad, siendo la responsable de la determinación del requerimiento y, por ende, la mejor conocedora de sus necesidades, mediante el citado informe técnico, dispuso **rectificar** la posición adoptada en el pliego absolutorio, para lo cual suprimió la restricción sobre la ampliación de plazo en el acápite 1.8 y modificó el acápite 4.4 de los términos de referencia, para especificar que las reprogramaciones sólo aplican a la conservación periódica y que no afectarán el plazo de ejecución del presente servicio que ha sido determinado por la actividad de conservación rutinaria; por lo que la Entidad ha **cumplido con suprimir o adecuar aspectos de las bases que podrían haber conllevado a que el proveedor perciba que se le está restringiendo la posibilidad de presentar la solicitud de ampliación de plazo, en los casos que corresponda.**

Asimismo, señaló que el presente procedimiento de contratación incluye la actividad permanente de conservación rutinaria, que se ejecuta durante todo el plazo del servicio (1825 días calendario) y **la actividad temporal de conservación periódica (hasta 365 días calendario), cuyo plazo de ejecución puede ser reprogramado por caso fortuito o fuerza mayor, previa aprobación del contratante, sin que ello represente una ampliación del plazo del contrato,** toda vez que, según refiere, **la conservación rutinaria se ejecutará de forma paralela con la conservación periódica,** máxime si dichas prestaciones son independientes y sucesivas, pero se consideran de “ejecución única” **porque el servicio agota su finalidad con un solo acto,** aunque puedan presentarse entregas parciales o entregables sujetos a postergaciones o reprogramaciones durante la ejecución del servicio, como es el caso de la actividad de conservación periódica.

Finalmente, precisó que dichas reprogramaciones aplicables a la conservación periódica, deben ejecutarse en un plazo máximo de 365 días calendario dentro del plazo del contrato, según el cronograma aprobado por el contratante, siendo que en casos excepcionales no imputables al contratista conservador, se podrá presentar nuevo cronograma, que será evaluado y aprobado por el contratante, conforme a lo dispuesto en el numeral 4.7.4 relativo al “**control de la ejecución de la conservación periódica**” de los Términos de Referencia y **que no existe prohibición para solicitar una ampliación de plazo, dado que su aprobación dependerá del cumplimiento de los**

requisitos establecidos en el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese sentido, considerando que la pretensión del recurrente está orientada a que se deje sin efecto las disposiciones de las Bases que limiten la posibilidad de solicitar ampliaciones de plazo, y en tanto la Entidad decidió suprimir y adecuar las disposiciones que podría haber conllevado al contratista a realizar dicha afirmación, y además ha declarado que resulta viable que el contratista aplique la mencionada figura conforme al artículo 158 del Reglamento; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER** el presente cuestionamiento. Por lo que, con ocasión de la integración definitiva de las Bases, se implementarán las siguientes disposiciones:

- **Se deberá tener en cuenta**<sup>8</sup> como complemento de la absolución de las consultas y/u observaciones N° 13 y N° 14, lo precisado por la Entidad en el Informe Técnico.
- **Se adecuará**, el contenido de los acápites 1.8 y 4.4 del numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas Definitivas, conforme al siguiente detalle:

***“1.8 INICIO Y PLAZO DEL SERVICIO***

*(...)*

*~~El plazo total del presente servicio no podrá ser ampliado.~~*

*(...)*

***4.4 DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE CONSERVACIÓN PERIÓDICA***

*(...)*

*En ~~los casos que por alguna de las causales previstas en el artículo 158° del Reglamento de la ley de contrataciones, y siempre y cuando estén~~ caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente sustentados con la conformidad de la supervisión y aprobados por el CONTRATANTE, EL CONTRATISTA CONSERVADOR podrá solicitar reprogramaciones al componente de Conservación Periódica, sin ampliar el plazo total del contrato y sin que se generen gastos adicionales al CONTRATANTE. En caso se aprueben las reprogramaciones no corresponde la aplicación de penalidades por retraso injustificado en el término de la conservación periódica, durante el periodo reprogramado. Dicha solicitud debe ser realizada dentro del plazo de la conservación periódica.*

- **Se deberá dejar sin efecto** toda disposición del pliego absolutorio, las bases o informe técnico que se oponga a la precedente disposición.
- Corresponderá al Titular de la Entidad **implementar las directrices pertinentes** en futuros procedimientos de selección, a fin de que el comité de selección cumpla con absolver de forma clara y precisa las peticiones formuladas por los participantes en sus consultas u observaciones, permitiendo reducir el número de

---

<sup>8</sup> Resulta pertinente precisar que, la presente disposición deberá ser considerada en la etapa correspondiente, no requiriendo su implementación y/o integración en las Bases Integradas definitivas.

aspectos que deberán ser corregidos o saneados con ocasión de la elevación de cuestionamientos.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación encargados de elaborar el requerimiento, indagación de mercado, el pliego absolutorio y **el Informe Técnico**, en virtud de la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

### **Cuestionamiento N° 3**

### **Respecto al “Plazo de subsanación de observaciones”**

El participante **HENAN D.R. CONSTRUCTION GROUP CO., LTD. SUCURSAL DEL PERÚ - HNDR SUCURSAL DEL PERÚ** cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 15, indicando que los términos de referencia proponen un procedimiento, supuesto de aplicación de penalidades o plazos distintos a los establecidos en el artículo 168 y la décima segunda disposición complementaria final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Por lo tanto, la pretensión del recurrente consiste en que **se elimine el término “por única vez” establecido en el procedimiento para subsanar las observaciones de la presentación del Plan de Gestión Vial.**

### **Pronunciamiento**

De la revisión del acápite 2.2 del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente:

#### **“2.2 ELABORACIÓN DEL PLAN DE GESTIÓN VIAL (PGV)**

(...)

#### **➤ SEGUNDO INFORME:**

*Debe contener el Plan de Gestión Vial completo, indicado en los párrafos anteriores.*

*Forma y Plazos de presentación: esta documentación consiste en el Plan de Gestión Vial completo y será presentada en versión impresa (un original) y medio digital en archivos nativos al Supervisor en un plazo no mayor de 150 días calendario de iniciado el servicio, pudiendo ser presentado antes del plazo mencionado. La Supervisión lo revisará en un plazo de 15 días calendario, y emitirá al CONTRATANTE un informe con las observaciones o conformidad según corresponda. EL CONTRATANTE, a través del Comité de revisión de planes, revisará la documentación presentada en un plazo de 20 días calendario de recepcionada, y emitirá su conformidad para gestionar la Resolución de Aprobación o caso contrario emitirá las observaciones (de ser el caso) para su subsanación al Supervisor; **quien a su vez comunicará al CONTRATISTA CONSERVADOR, quien contará con un plazo de 15 días calendario para su subsanación por única vez, luego del cual el CONTRATANTE emitirá su conformidad, de ser el caso.***

*De encontrarse nuevamente observado, **serán emitidas sin plazo de subsanación y será contabilizado para la penalidad correspondiente cada día, desde la recepción de la notificación del CONTRATISTA CONSERVADOR (del documento físico o a la dirección electrónica remitida a la suscripción del contrato y con copia a la/el Gerente Vial).***  
(...)”.

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Es así que, mediante la consulta y/u observación N° 15, se observó que los términos de referencia permiten la subsanación de observaciones para la presentación completa de Plan de Gestión Vial, solo “*por única vez*”, lo cual contraviene lo dispuesto en el literal i) del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado, los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 168, así como la décimo segunda disposición complementaria final del Reglamento. Además, esta limitación se utiliza para imponer penalidades al contratista por retrasos derivados de subsanaciones adicionales; por lo que, se solicita eliminar el término “*por única vez*” establecido en el procedimiento de subsanación para los entregables que presentan el Plan de Gestión Vial (PGV) de forma completa o actualizar los términos de referencia incluyendo las penalidades vinculadas con dicho procedimiento de subsanación conforme a lo dispuesto en la citada normativa de contrataciones.

Ante lo cual, el comité de selección decidió no acoger lo solicitado, ratificando su requerimiento y precisando que el término “*por única vez*” se enmarca dentro del Principio de Eficacia y Eficiencia en las contrataciones públicas, debido a que la aprobación del PGV es crucial para la ejecución de la conservación periódica y para cumplir con los objetivos de la Entidad. No obstante, se debe tener en cuenta que el numeral 2.2 del Capítulo II de los términos de referencia no contradice lo establecido en el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ni en la Decimosegunda Disposición Complementaria Final. Además, el artículo 168.5 del Reglamento permite otorgar periodos adicionales para subsanar observaciones, aplicando penalidades por mora si no se cumplen los plazos dados.

En ese contexto, y teniendo en cuenta lo cuestionado por el recurrente, respecto a la absolución señalada en los párrafos precedentes, mediante Informe Técnico ampliando las razones de la Absolución que son objeto de Solicitud de Elevación para Pronunciamiento<sup>9</sup>, el área usuaria de la Entidad indicó lo siguiente:

*“En principio corresponde indicar el artículo 168. Donde Indica:*

*(...)*

*“168.6. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes.*

*En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar lo previsto en el numeral 168.4 del presente artículo, sin considerar los días de retraso en los que pudiera incurrir la Entidad.”*

*(...)*

***En ese sentido, dicho artículo precisa que la Entidad puede otorgar periodos adicionales para las correcciones pertinentes con la penalidad que corresponde, siendo una sola vez la comunicación de observaciones para su subsanación, al contratista; por lo cual el término “POR ÚNICA VEZ” no contraviene el Artículo 168.***

***Asimismo, si el contratista no subsana o subsana incorrectamente le corresponde la penalidad estipulada en los TDR.***

***Por todo lo anterior, el Área Usuaria se ratifica en su absolución de la Observación y en ese sentido, no se acoge la solicitud conforme a los fundamentos expuestos en atención al***

<sup>9</sup> Remitido mediante Expediente N° 2024-0160868, de fecha 21 de noviembre de 2024.

**cuestionamiento** del solicitante a la absolución a la consulta N°15 del pliego absolutorio de consultas y observaciones del Concurso Público N° 0021-2024-MTC/20 - Servicio de Gestión y Conservación Vial por Niveles de Servicio del Corredor Vial: Emp. PE-28B (Kimbiri) – Pichari - Puerto Ene – Dv. Puerto Selva De Oro -Puerto Yoyato, enmarcado en los Principios de Transparencia, Eficiencia y Eficacia y Equidad enmarcados en el artículo 2 del TULO de la Ley de Contrataciones, así como los numerales 7.4 y 8.2.6 de la Directiva N° 023-2016-OSCE/CD.”

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Al respecto, es pertinente señalar que, el artículo 168 del Reglamento indica lo siguiente:

“Artículo 168. Recepción y conformidad

(...)

“168.4. De existir observaciones, la Entidad las comunica al contratista, indicando claramente el sentido de estas, **otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de ocho (08) días. Dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar, o si se trata de consultorías, el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de quince (15) días. Subsanadas las observaciones dentro del plazo otorgado, no corresponde la aplicación de penalidades.**

(...)

168.6. Si pese al plazo otorgado, el contratista **no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede otorgar al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes. En este supuesto corresponde aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar lo previsto en el numeral 168.4 del presente artículo, sin considerar los días de retraso en los que pudiera incurrir la Entidad.** (...)”. El subrayado y resaltado es nuestro.

Asimismo, la Dirección Técnica Normativa del OSCE, a través de la Opinión N° 050-2021/DTN, señala lo siguiente:

“(…)

2.2.3. Así, cuando la Entidad observa la prestación ejecutada por el contratista, otorga un plazo según las reglas previstas en el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento para que este último realice la subsanación que corresponde; **sólo cuando el contratista no cumpla con subsanar dentro del plazo otorgado por la Entidad para tales efectos, se le aplicará la penalidad por mora computando el retraso para el cálculo de la penalidad desde el vencimiento del plazo que la Entidad le otorga al contratista para la subsanación.**

2.2.4. Otro supuesto que puede presentarse es cuando vencido el plazo otorgado por la Entidad para subsanar las observaciones, de acuerdo al numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento, **el contratista no las hubiese subsanado a cabalidad, en este caso, de conformidad con el numeral 168.6 la Entidad puede otorgarle un plazo adicional, correspondiendo aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento del plazo para subsanar otorgado** conforme a lo previsto en el numeral 168.4.

En conclusión, en el escenario en que la Entidad hubiese observado la prestación ejecutada por el contratista y le hubiese otorgado un plazo para subsanar las observaciones según las reglas establecidas en el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento, la penalidad por mora sólo

*se aplicará si el contratista no cumpliera con subsanar las observaciones de la Entidad dentro del referido plazo. De otro lado, si le hubiese dado un plazo adicional para la subsanación de acuerdo al numeral 168.6, se le aplicará la penalidad por mora computando el retraso desde el vencimiento del primer plazo otorgado. Adicionalmente, debe reiterarse que la conformidad consiste en las verificaciones que la Entidad realiza con relación a la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales respecto de las prestaciones ejecutadas por el contratista.”*

(El subrayado y resaltado es agregado)

Como se advierte, cuando la Entidad observa la prestación ejecutada por el contratista, le otorga un plazo según las reglas establecidas en el numeral 168.4 del artículo 168 del Reglamento; siendo que, dependiendo de la complejidad o sofisticación de las subsanaciones a realizar o en caso de consultorías, se le otorgará un plazo máximo de 15 días para que este último, realice la subsanación que corresponde. Asimismo, debe considerarse que sólo en el caso que el contratista no cumpla con subsanar las observaciones dentro del plazo otorgado por la Entidad, ésta tiene la potestad de poder otorgarle al contratista periodos adicionales para las correcciones pertinentes; no obstante, en dicho supuesto se le aplicará la penalidad por mora computando el retraso para el cálculo de la penalidad desde el vencimiento del plazo otorgado.

Ahora bien, en relación al aspecto cuestionado por el recurrente, el área usuaria de la Entidad, siendo la responsable de la determinación del requerimiento y, por ende, la mejor conocedora de sus necesidades, mediante el citado informe técnico ratificó la absolución de la consulta y/u observación materia de análisis, así como su requerimiento referido a otorgar sólo “por única vez”, el plazo de subsanación de observaciones para la presentación completa de Plan de Gestión Vial, para lo cual argumentó que no se contraviene lo dispuesto en el artículo 168.6 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que el citado artículo habilita la posibilidad de que la Entidad sólo deba comunicar las observaciones al contratista para subsanarlas por una vez.

Asimismo, precisó que, en caso el contratista no subsane las observaciones o lo hace de forma incorrecta, se le aplicará la penalidad establecida en los Términos de Referencia, siendo que en concordancia con dicha declaración, se advierte, de la revisión del acápite 6.6.1.6 la penalidad por retraso injustificado en la presentación del Plan de Gestión Vial (PGV).

De lo anterior, se desprende que la decisión de la Entidad de otorgar sólo “por única vez”, el plazo de subsanación de observaciones para la presentación completa de Plan de Gestión Vial, en las Bases del presente procedimiento de selección, se estriba en la potestad otorgada por la normativa de contrataciones del Estado, la cual dispone que la Entidad tiene la prerrogativa de otorgar un plazo adicional al contratista para las subsanaciones correspondientes, considerando que dicha condición podrán aplicarse a todas los demás supuestos en donde no se haya limitado la subsanación a una única vez.

Adicionalmente, cabe indicar que, de la revisión del numeral 4.1 del Formato “Resumen Ejecutivo de las Actuaciones Preparatorias (Servicios a contratar en el



marco de la Décimo Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento)”, la Entidad declaró la existencia de pluralidad de proveedores en la capacidad de cumplir con el íntegro del requerimiento; lo cual incluye el extremo cuestionado.

En ese sentido, considerando que la pretensión del recurrente está orientada a que se elimine el término “*por única vez*” establecido en el procedimiento para subsanar las observaciones de la presentación del Plan de Gestión Vial, y en la medida que la Entidad mediante su informe técnico ha señalado las razones por las cuales no admite lo solicitado y ratifica su requerimiento; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Finalmente, cabe precisar que de conformidad con el artículo 9 de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación encargados de elaborar el requerimiento, indagación de mercado, el pliego absolutorio y **el Informe Técnico, así como la atención de los pedidos de información requeridos**, en virtud a la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

#### **Cuestionamiento N° 4**

#### **Respecto a la “Cláusula de solución de controversias”**

El participante **HENAN D.R. CONSTRUCTION GROUP CO., LTD. SUCURSAL DEL PERÚ - HNR SUCURSAL DEL PERÚ** cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 16, indicando que la disposición condicionante de los centros de arbitraje y el orden de prelación que precisó la Entidad en la cláusula décima octava de la proforma del contrato, vulnera el artículo 223.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que la Entidad pretende imponer determinadas instituciones arbitrales contraviniendo el acuerdo previo y la naturaleza del convenio arbitral. Asimismo, precisó que el sustento de la Entidad para mantener dicha disposición arbitral es subjetivo ya que las instituciones arbitrales están debidamente autorizadas por el MINJUS y deben cumplir estrictos requisitos, máxime si la cláusula relativa sobre la designación de los árbitros por ambas partes para resolver las controversias, no se incluye en las Bases Estándar que son de obligatorio cumplimiento.

Por lo tanto, la pretensión del recurrente consiste en que **la cláusula de solución de controversias se adecúe a las Bases Estándar, y que las partes puedan acudir a cualquier institución arbitral, omitiendo cumplir el orden de prelación determinado en el Anexo N° 2.**

#### **Pronunciamiento**

De la revisión de la Cláusula Décima Octava de la proforma de contrato del capítulo IV de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia lo siguiente

“CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
--

*Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.*

*Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.*

*Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.*

**Las partes acuerdan que el proceso arbitral será de tipo institucional, conformado por un tribunal de 3 árbitros en la que cada parte elegirá al suyo y los dos designados elegirán al presidente. El arbitraje se realizará bajo la organización, administración, reglamento y normas complementarias de las instituciones arbitrales propuestas en el formato de declaración jurada de determinación de institución arbitral (Anexo 2 de la Resolución Ministerial N° 351-2024-MTC/01).**

*El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”*

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Es así que, mediante la consulta y/u observación N° 16, se solicitó suprimir la disposición condicionante de los centros de arbitraje que precisó la Entidad en la cláusula décima octava de la proforma del contrato, dado que se estaría estableciendo un orden de prelación de determinadas instituciones arbitrales, que contraviene el artículo 45 y el artículo 223.1 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

Ante lo cual, el comité de selección decidió no acoger lo solicitado, precisando que **i)** la Resolución Ministerial N° 429-2024-MTC/01, es de obligatorio cumplimiento para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y sus proyectos especiales bajo su ámbito de competencia, por lo que, la Entidad debe usar la cláusula arbitral de esta resolución y exigir el Anexo N° 2 como requisito para el perfeccionamiento del contrato, **ii)** el Anexo N° 2 permite que el proveedor adjudicatario proponga otras instituciones arbitrales, siempre que cumplan con las condiciones previstas en el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 351-2024-MTC/01 y determine el orden de prelación al presentar el Anexo N° 2 para perfeccionar el contrato, y **iv)** la cláusula arbitral no vulnera el artículo 223 del Reglamento, ya que el arbitraje institucional está permitido por el artículo 225 de dicho instrumento. Según la Opinión N° 080-2023-DTN, las disposiciones de la resolución son compatibles con la normativa estatal sobre contrataciones.

Adicionalmente a ello, de la revisión del numeral 2.3 del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases integradas, se aprecia lo siguiente:

**“2.3 REQUISITOS PARA PERFECCIONAR EL CONTRATO**

*El ganador de la buena pro debe presentar los siguientes documentos para perfeccionar el*

contrato:

(...)

o) Anexo N° 2 de la Resolución Ministerial N° 351-2024-MTC/01- FORMATO DE DECLARACIÓN JURADA DE DETERMINACIÓN DE INSTITUCIÓN ARBITRAL.

(...)”.

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Finalmente, de la revisión del contenido del Anexo N° 2 “Formato de declaración jurada de determinación de institución arbitral” incluido en las Bases integradas “no definitivas”, se aprecia lo siguiente:

<b>Anexo N° 2 de la Resolución Ministerial N° 351-2024-MTC/01 FORMATO DE DECLARACIÓN JURADA DE DETERMINACIÓN DE INSTITUCIÓN ARBITRAL</b> (...)	
<b>INSTITUCIONES ARBITRALES PROPUESTAS</b>	<b>ORDEN DE PRELACIÓN</b>
Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima	
Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú	
Centro de Arbitraje Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas S.A.C. - CEAR LATINOAMERICANO	
Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas del Colegio de Ingenieros del Perú - Consejo Departamental de Lima	
<u>Otros que cumplan con los criterios de evaluación señalados en el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 351-2024-MTC/01 y suscriban la declaración jurada de determinación de institución arbitral que se incluye en el Anexo N° 2 de la resolución antes mencionada.</u>	
(...)”.	

(El subrayado y resaltado es nuestro)

En ese contexto, y teniendo en cuenta lo cuestionado por el recurrente, respecto a la absolución señalada en los párrafos precedentes, mediante MEMORANDUM N° 5562-2024-MTC/20.2.1<sup>10</sup>, el área usuaria de la Entidad indicó lo siguiente:

“(...)”

Esta disposición se alinea con lo establecido por el Despacho Ministerial del Ministerio de Transporte y Comunicaciones a través de la Resolución Ministerial N° 351-2024-MTC/01, modificada por la Resolución Ministerial N° 429-2024-MTC/01, de cumplimiento obligatorio para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, así como para los programas y proyectos especiales bajo su ámbito de competencia.

En virtud de lo anterior, PROVIAS NACIONAL tiene la obligación de adoptar la cláusula arbitral contenida en dichas resoluciones. (...)”.

<sup>10</sup> Remitido mediante Expediente N° 2024-0133587, de fecha 2 de octubre de 2024.

(El subrayado y resaltado es nuestro)

De manera previa, es oportuno traer a colación la Opinión N° 80-2023/DTN, en la cual la Dirección Técnico Normativa del OSCE, señaló que la Entidad “puede” plantear términos y condiciones aplicables a la solución de controversias de la ejecución contractual, siempre que las disposiciones a ser incorporadas en la cláusula de solución de controversias -como por ejemplo- **la referida al procedimiento de arbitraje, a su tipo, cantidad de árbitros y/o a las instituciones arbitrales**, entre otras no contravengan lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

Ahora bien, en relación al aspecto cuestionado por el recurrente, el área usuaria de la Entidad, siendo la responsable de la determinación del requerimiento y, por ende, la mejor conocedora de sus necesidades, mediante el citado informe técnico ratificó la absolución de la consulta y/u observación materia de análisis, siendo que, dicha decisión se fundamenta en que la adopción de la cláusula arbitral establecida en las Resoluciones Ministeriales N° 351-2024-MTC/01 y N° 429-2024-MTC/01 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, son de cumplimiento obligatorio para el Ministerio, sus programas y proyectos especiales, lo cual incluye a PROVIAS NACIONAL, máxime si con ocasión del pliego absolutorio señaló que el postor adjudicatario será quien determine el orden de prelación al presentar el Anexo N° 2 para perfeccionar el contrato, garantizando así el consenso requerido por la normativa de contratación pública y evitando cualquier imposición por parte de la Entidad.

En relación con lo anterior, se aprecia que no se ha establecido la obligatoriedad de optar únicamente por las instituciones arbitrales establecidas en el referido Anexo, sino que se deja abierta la posibilidad de elegir otras instituciones arbitrales que cumplan con los criterios de evaluación señalados en el artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 351- 2024-MTC/01.

En ese sentido, considerando que la pretensión del recurrente está orientada a que a que la cláusula de solución de controversias se adecúe a las Bases Estándar, y que las partes puedan acudir a cualquier institución arbitral omitiendo cumplir el orden de prelación determinado en el Anexo N ° 2, y en la medida que la Entidad mediante su informe técnico ha señalado las razones por las cuales no admite lo solicitado y ratifica su requerimiento; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Finalmente, cabe precisar que de conformidad con el artículo 9 de la Ley, los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación encargados de elaborar el requerimiento, indagación de mercado, el pliego absolutorio y **el Informe Técnico, así como la atención de los pedidos de información requeridos**, en virtud a la emisión del presente pronunciamiento, con independencia del régimen jurídico que los vincule a la Entidad, son responsables de la información que obra en los actuados para la adecuada realización de la contratación.

### **3. ASPECTOS REVISADOS DE OFICIO**

Si bien el procesamiento de la solicitud de pronunciamiento, por norma, versa sobre los supuestos cuestionamientos derivados de la absolución de consultas y/u

observaciones, y no representa la convalidación de ningún extremo de las bases, este Organismo Técnico Especializado ha visto por conveniente hacer indicaciones puntuales a partir de la revisión de oficio, según el siguiente detalle:

### 3.1 Respetto de las otras penalidades

De la revisión del acápite 6.6.2 del numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases integradas no definitivas, se aprecia que el área usuaria de la Entidad ha considerado un total de 16 (dieciséis) supuestos de otras penalidades en su requerimiento.

Sin embargo, del contenido de la proforma de contrato, prevista en el Capítulo V de las mismas bases, se aprecia que el comité de selección no cumplió con realizar el traslado de la totalidad de las mismas en la Cláusula Décima Tercera de la referida proforma, pues únicamente trasladó 12 (doce) de dichos supuestos. De lo cual se colige que, existe contenido que no guarda congruencia en las Bases integradas publicadas en el SEACE.

En tal sentido, atendiendo al Principio de Transparencia, y a fin de evitar una posible confusión en los postores, con ocasión de la integración definitiva de las Bases, se implementará la siguiente disposición:

- **Se adecuará** el contenido de la Cláusula Décima Tercera de la proforma de contrato contenida en el Capítulo V de la Sección Específica de las Bases Integradas definitivas, conforme a lo siguiente:

N°	SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
(...)	(...)	(...)	(...)
13	<i>Penalidad por no atención de órdenes de trabajo (ODT).</i>	<p><i>En caso que el CONTRATISTA CONSERVADOR incumpla de manera injustificada con el plazo establecido en cualquier actividad de la ORDEN DE TRABAJO emitidos por la supervisión, se aplicará una penalidad por cada día de atraso y por cada ítem con plazo de las ODT, según la siguiente fórmula:</i></p> <p><i>Penalidad diaria = 0.5 x UIT</i></p> <p><i>Nota:</i></p> <p><i>UIT: Se refiere a la Unidad impositiva tributaria vigente al momento de constatar la causal.</i></p>	<p><i>El Supervisor o Supervisión designada por la Entidad, cuantificará y calculará las penalidades que correspondan.</i></p>

14	<i>Penalidad por incumplimiento de las medidas de prevención, control y/o mitigación para el manejo socio ambiental estipuladas en los Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA) aprobado y/o Incumplimiento de la normatividad ambiental vigente.</i>	<i>El incumplimiento de las acciones especificadas en el Plan de Manejo Ambiental estipuladas en el Instrumento de Gestión Ambiental (IGA), su modificación y/o actualización y/o el Incumplimiento de la normatividad ambiental vigente, según corresponda, tendrán una penalidad de treinta y cinco 35% de una (01) U.I.T vigente en la oportunidad que se produce la infracción, por día y por incumplimiento, en caso el Supervisor haya solicitado al CONTRATISTA CONSERVADOR la absolución de dicha observación hasta por tres veces seguidas o no consecutivas respecto al mismo incumplimiento y el CONTRATISTA CONSERVADOR haya hecho caso omiso, tardío o parcial.</i>	<i>Según informe del Supervisor o Responsable designado por la Entidad</i>
15	<i>Penalidad por retraso en la remisión del Instrumento de Gestión Ambiental (IGA) y/o Informes de Seguimiento Socio Ambiental de la implementación del IGA aprobado.</i>	<i>En caso de retraso en la remisión de Informes o demora en la subsanación de observaciones del Instrumento de Gestión Ambiental (IGA) y/o Informe de Seguimiento Socio Ambiental de la implementación del plan de manejo ambiental del IGA aprobado, u otro documento que haya sido aprobado por la Autoridad Ambiental Competente, dentro del plazo establecido, se aplicará una penalidad de 2% de una (01) U.I.T. vigente en la oportunidad que se produce la infracción, por día hasta la presentación del citado informe.</i>	<i>Según informe del Supervisor o Responsable designado por la Entidad</i>
16	<i>Penalidad por usar un área auxiliar que no cuenta con IGA aprobado, salvo en caso de emergencias, para lo cual cumplir el artículo II-A del Reglamento de Protección Ambiental del sector transporte modificado con DS. N° 008-2019-MTC.</i>	<i>Si el CONTRATISTA CONSERVADOR hace uso de un área auxiliar que no cuenta con la aprobación respectiva del Informe Técnico Sustentatorio (ITS) o modificación de IGA, de corresponder, por parte de la Autoridad Ambiental Competente, se procederá aplicar una penalidad de tres (03) U.I.T. vigente en la oportunidad que se produce la infracción, por cada área auxiliar.</i>	<i>Según informe del Supervisor o Responsable designado por la Entidad</i>

- **Se deberá dejar sin efecto** toda disposición del pliego absolutorio, las bases o informe técnico que se oponga a la precedente disposición.

### 3.2. Responsabilidad por vicios ocultos

De la revisión del acápite 6.8. del numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas, se aprecia lo siguiente:

#### **6.8 GARANTÍA DEL SERVICIO**

*En aquellas actividades y/o estructuras en que el CONTRATISTA CONSERVADOR haya tenido intervención durante la Conservación, se ha establecido las siguientes garantías:*

*- El CONTRATISTA CONSERVADOR, es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos del servicio, por un período de un (01) año a partir de la conformidad final otorgada por el CONTRATANTE.*

*Todo ello en conformidad a lo dispuesto en el Artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado.*

Por su parte, de la revisión de la Cláusula Duodécima de la proforma de contrato del Capítulo V de la Sección Específica de las Bases Integradas, se aprecia lo siguiente:

#### **CLÁUSULA DUODÉCIMA: RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS**

*La conformidad del servicio por parte de LA ENTIDAD no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, conforme a lo dispuesto por los artículos 40 de la Ley de Contrataciones del Estado y 173 de su Reglamento.*

*El plazo máximo de responsabilidad del contratista es de UN (1) año contado a partir de la conformidad final otorgada por LA ENTIDAD.*

Al respecto, en concordancia con lo establecido en el artículo 40 de la Ley, el contratista es responsable por los “vicios ocultos” que afecten a los bienes y servicios ofertados, por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. Es así como, los vicios ocultos se presentan cuando la prestación adolece de defectos cuya existencia es anterior o concomitante al momento en el que la Entidad emite la conformidad y que no pudieron ser detectados.

De lo expuesto, se advierte que la Entidad en los Términos de Referencia emplea el término “garantía del servicio” para referirse a la responsabilidad por vicios ocultos previsto en la normativa de contratación pública, lo cual no se condice con lo dispuesto en las Bases Estándar objeto de la presente contratación.

En ese sentido, considerando lo señalado previamente, con ocasión de la integración definitiva de las Bases, se implementarán las disposiciones siguientes:

- **Se adecuará** el acápite 6.8 del numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas Definitivas, conforme a lo siguiente:

#### **~~6.8 GARANTÍA DEL SERVICIO~~**

~~En aquellas actividades y/o estructuras en que el CONTRATISTA CONSERVADOR haya tenido intervención durante la Conservación, se ha establecido las siguientes garantías:~~

~~—EL CONTRATISTA CONSERVADOR, es responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos del servicio, por un período de un (01) año a partir de la conformidad final otorgada por el CONTRATANTE.~~

~~Todo ello en conformidad a lo dispuesto en el Artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado.~~

#### **6.8. Responsabilidad por vicios ocultos**

*La conformidad del servicio por parte de LA ENTIDAD no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos, conforme a lo dispuesto por los artículos 40 de la Ley de Contrataciones del Estado y 173 de su Reglamento.*

*El plazo máximo de responsabilidad del contratista es de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por LA ENTIDAD.*

- **Se deberá dejar sin efecto** toda disposición del pliego absolutorio, las bases o informe técnico que se oponga a la precedente disposición.

## **4. CONCLUSIONES**

En virtud de lo expuesto, este Organismo Técnico Especializado ha dispuesto:

**4.1** Se procederá a la integración definitiva de las Bases a través del SEACE, en atención a lo establecido en el artículo 72 del Reglamento.

**4.2** Es preciso indicar que contra el pronunciamiento emitido por el OSCE no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad y los proveedores que participan en el procedimiento de selección.

Adicionalmente, cabe señalar que, las disposiciones vertidas en el pliego absolutorio que generen aclaraciones, modificaciones o precisiones, priman sobre los aspectos relacionados con las Bases integradas, salvo aquellos que fueron materia del presente pronunciamiento.

**4.3** Una vez emitido el pronunciamiento y registrada la integración de Bases definitivas por el OSCE, corresponderá al comité de selección **modificar** en el cronograma del procedimiento, las fechas del registro de participantes, presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, teniendo en cuenta que, entre la integración de Bases y la presentación de propuestas no podrá mediar menos de siete (7) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la publicación de las Bases integradas en el SEACE, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento.



**4.4** Finalmente, se recuerda al Titular de la Entidad que el presente pronunciamiento no convalida extremo alguno del procedimiento de selección.

Jesús María, 13 de diciembre de 2024

*Código: 6.1, 22.1.*