

MEMORANDO N° 1408-2023-ANA-OAJ

A : PEDRO PABLO HUAMÁN PASCO
DIRECTOR
OFICINA DE ADMINISTRACIÓN

ASUNTO : Pérdida de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA

REFERENCIA : MEMORANDO N° 2825-2023-ANA-OA

FECHA : San Isidro, 04 de diciembre de 2023

Me dirijo a usted, en atención al documento de la referencia, que lleva adosado el Informe N° 2266-2023-ANA-OA-UAP de la Unidad de Abastecimiento y Patrimonio, en el que se recomienda que esta Oficina de Asesoría Jurídica evalúe la viabilidad legal de emitir la resolución jefatural que declare la pérdida de la buena pro del postor UNITY PERU S.A.C., en la Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA, al no haber cumplido con la subsanación de los requisitos para el perfeccionamiento del contrato.

1. DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE.

- 1.1. El numeral 136.1 del artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, prescribe que, 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.
- 1.2. El numeral 141.1 del artículo 141 del mismo Reglamento fija los plazos y el procedimiento que deben ser observados por las partes para suscribir el contrato; precisando en el literal c) de la referida norma que, *"Cuando no se perfeccione el contrato por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro. En tal supuesto, el órgano encargado de las contrataciones, en un plazo máximo de tres (3) días hábiles, requiere al postor que ocupó el segundo lugar que presente los documentos para perfeccionar el contrato en el plazo previsto en el literal a) del presente artículo. Si dicho postor no perfecciona el contrato, el órgano encargado de las contrataciones declara desierto el procedimiento de selección."* (El subrayado es agregado).
- 1.3. El literal r) del numeral 11.2.3 de la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD, Disposiciones aplicables para el acceso y registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, respecto del registro en la plataforma del



PERÚ

Ministerio
de Desarrollo Agrario
y Riego

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

SEACE, de la pérdida de la buena pro durante la ejecución del procedimiento de selección, establece que "El registro de la información se efectúa con la indicación del nombre o razón social del postor que pierde la buena pro, señalando el motivo de dicha pérdida. Asimismo, la Entidad debe registrar el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación o la declaratoria de desierto, según corresponda. En caso del otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación, de ser el caso, la Entidad registra el consentimiento de acuerdo a los plazos y condiciones previstas en el Reglamento, según el tipo de procedimiento de selección." (El subrayado es agregado).

- 1.4. En la Opinión N° 043-2021/DTN, respondiendo la consulta de si el registro de la pérdida de la buena pro del postor originalmente adjudicado y el de adjudicación de buena pro al segundo lugar se produce y/o realizan en un solo acto, la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones (OSCE), concluye que, "La pérdida de la buena pro y el otorgamiento de ésta al postor que ocupó el segundo lugar en el procedimiento de selección, constituyen actos distintos entre sí; no obstante, de configurarse éstos conforme a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado, ambos actos se registran el mismo día a través de la plataforma del SEACE (...) esto no implica que el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar quede consentido en ese mismo acto, pues para tal efecto debe cumplirse el plazo reglamentario que corresponda según el tipo de procedimiento de selección (de acuerdo al artículo 119 del Reglamento), para después registrar dicho consentimiento en el SEACE dentro del plazo correspondiente, conforme a lo dispuesto en el literal r) del numeral 11.2.3 de la Directiva." (El subrayado es agregado).

2. DEL REGISTRO EN EL SEACE DE LA PÉRDIDA DE LA BUENA PRO.

- 2.1. Respecto del registro en el SEACE de la pérdida de la buena pro de la empresa UNITY PERU S.A.C. en la Adjudicación Simplificada N° 018-2023- ANA, en el Informe N° 2266-2023-ANA-OA-UAP de la Unidad de Abastecimiento y Patrimonio de la Oficina de Administración, se manifiesta lo siguiente:

"3.17 Por otro lado, se debe tener en cuenta que el numeral 141.3. del Artículo 141° del Reglamento solamente establece que la pérdida de la buena pro debe quedar consentida, es decir, se debe comunicar al Adjudicatario a través del SEACE, para que ejerza su derecho a interponer recurso de apelación contra la pérdida de la buena pro, de estimarlo conveniente.

3.18 Sin embargo, la referida norma no establece qué documento debe ser registrado en el SEACE, para comunicar la pérdida de la buena pro al Adjudicatario, ni el funcionario (que) debe ser el que lo apruebe.



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024



PERÚ

Ministerio
de Desarrollo Agrario
y Riego

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

3.19 *Del mismo modo, el literal r) del numeral 11.2.3 "Del registro de las acciones durante la ejecución del procedimiento de selección" de la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD, establece lo siguiente:*

"Pérdida de la buena pro: El registro de la información se efectúa con la indicación del nombre o razón social del postor que pierde la buena pro, señalando el motivo de dicha pérdida.

Asimismo, la Entidad debe registrar el otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación o la declaratoria de desierto, según corresponda.

En caso del otorgamiento de la buena pro al postor que ocupó el siguiente lugar en el orden de prelación, de ser el caso, la Entidad registra el consentimiento de acuerdo a los plazos y condiciones previstas en el Reglamento, según el tipo de procedimiento de selección".

3.20 *La referida Directiva establece la obligación del registro en el SEACE de la pérdida de la buena pro, así como la información que se debe publicar, pero no establece que documento debe ser registrado por la entidad.*

3.21 *En consecuencia, no es correcto afirmar que el Órgano Encargado de las Contrataciones deba "publicar el acta de la pérdida de la buena pro", pues dicha obligación no se encuentra establecida en la normativa de Contrataciones del Estado vigente."*

2.2. Sobre el particular, corresponde señalar que es correcta la afirmación contenida en el informe respecto de la carencia de una forma establecida para registrar en el SEACE, la pérdida de la buena pro del postor que por causa propia no logra perfeccionar el contrato dentro del plazo establecido. Ni el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ni la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD establecen cuál ha de ser el documento idóneo que ha de servir para que la entidad cumpla con esa obligación.

2.3. Conforme a ello, si bien no se hace obligatorio el registro del acta de la pérdida de la buena pro en el SEACE para que se le dé trámite como tal, tampoco se prohíbe que dicha acta sea la que sirva para registrar la pérdida de la buena pro del postor UNITY PERU S.A.C. en la Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA, por lo que al no prescribirse una formalidad expresa para ello, corresponde al Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) de la entidad, determinar y ejecutar las acciones que permitan el mencionado registro en la plataforma del SEACE.

3. DE LA PÉRDIDA DE LA BUENA PRO Y SU COMUNICACIÓN AL POSTOR.



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024



PERÚ

Ministerio
de Desarrollo Agrario
y Riego

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

3.1. En relación a la comunicación que debe efectuarse a la empresa UNITY PERU S.A.C. dando cuenta de la pérdida de la buena pro en la Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA, en el Informe N° 2266-2023-ANA-OA-UAP de la Unidad de Abastecimiento y Patrimonio de la Oficina de Administración, se señala lo siguiente:

3.22 En el numeral 2.1 del Artículo 2° de la Resolución Jefatural N° 0001-2023-ANA, se ha delegado facultades a la Oficina de Administración en materia de Contrataciones del Estado, respecto a la aprobación de expedientes de contratación, designar a los integrantes de comités de selección, aprobación de bases de procedimientos de selección, aprobación de ofertas que superen el valor estimado, aprobar la modificación de contratos, aprobación de expedientes técnicos de obra, autorización de prestaciones adicionales y reducción de prestaciones de contratos de bienes y servicios, resolver las solicitudes de ampliación de plazo, entre otras. Sin embargo, no se ha delegado la facultad de comunicar la pérdida de la buena pro a los postores adjudicados.

3.23 Por lo tanto, a fin de proseguir con el trámite de pérdida de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA, debería emitirse la resolución jefatural declarando la pérdida de la buena pro del procedimiento de selección.

(...)

4.2 Se debe notificar a la empresa UNITY PERU S.A.C., a través del SEACE, la pérdida de la buena pro del procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA y registrarla en el SEACE, a fin de proceder con las acciones para el perfeccionamiento del contrato con el postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación.

4.3 Se debe emitir la resolución jefatural que declare la pérdida de la buena pro del procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA, al no haberse delegado dicha facultad a otro funcionario de la Entidad."

3.2. Como se ha reseñado precedentemente, el numeral 141.1 del artículo 141 del Reglamento, estipula que cuando el postor ganador de la buena pro no perfecciona el contrato dentro del plazo establecido en el Reglamento, se produce la pérdida automática de la adjudicación decretada a su favor, la misma que ocurre por el simple paso del tiempo; esto es, por el vencimiento de los plazos para la suscripción del contrato sin que se hayan cumplido los requisitos exigidos para ello. En consecuencia, la pérdida de la buena pro origina que el postor ganador pierda el derecho de contratar y por su parte la entidad se ve liberada de la obligación de contratar con él, sin necesidad que se emita adicionalmente un acto administrativo



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024



PERÚ

Ministerio
de Desarrollo Agrario
y Riego

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

que declare la pérdida del derecho a contratar del postor, por lo que no procede que se formalice y apruebe un acto resolutivo con el mismo fin.

- 3.3. Respecto de la comunicación a la empresa UNITY PERU S.A.C. dando cuenta de la pérdida de la adjudicación a su favor en la Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA al no cumplir con subsanar observación comunicada con la Carta N° 1060-2023-ANA-OA-UAP, ocasionando que no sea posible perfeccionar el contrato del procedimiento de selección por causa atribuible a la citada empresa, si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto expresamente la obligación de la entidad de comunicar la pérdida de la buena pro al postor ganador de la misma que no cumplió con los requisitos para suscribir el contrato, corresponde que la Entidad realice tal comunicación, en tanto dicha pérdida genera diferentes efectos jurídicos sobre los derechos y obligaciones de tal postor, como concluye la Dirección Técnico Normativa del OSCE en su Opinión N° 050-2014/DTN.
- 3.4. En consecuencia, no basta con notificar a la empresa UNITY PERU S.A.C., a través del SEACE, la pérdida de la buena pro en la Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA y registrarla en el SEACE, sino que se le debe comunicar formalmente, al domicilio consignado dentro del proceso de selección, pues esa pérdida constituye un acto apelable conforme a lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado.
- 3.5. Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones, aprobado a través del Decreto Supremo N° 018-2017-MINAGRI, concordado con la Resolución Jefatural N° 0001-2023-ANA, que delega determinadas funciones asignadas al Titular de la entidad en funcionarios de la Autoridad Nacional del Agua para el Año Fiscal 2023, corresponde al Director de la Oficina de Administración de la entidad, suscribir la comunicación que ha de cursarse a la empresa UNITY PERU S.A.C., dando cuenta de la pérdida de la buena pro en el procedimiento de selección - Adjudicación Simplificada N° 018-2023-ANA.

Atentamente,

FIRMADO DIGITALMENTE

AUGUSTO OVIDIO AVILA CALLAO
DIRECTOR
OFICINA DE ASESORIA JURIDICA



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024