

PRONUNCIAMIENTO N° 24-2020/OSCE-DGR

Entidad : Entidad Prestadora de Servicio de Saneamiento de Loreto S.A.
Referencia : Licitación Pública N° 5-2019-EPS LORETO-1, convocado para la “Adquisición de 3500 medidores de agua potable, accesorios, cajas, marcos, tapas termoplásticas y dispositivos de seguridad, incluye instalación”

1. ANTECEDENTES

Mediante el Formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamiento, recibido el 15.NOV.2019, mediante Trámite Documentario N° 2019-15972317-IQUITOS y subsanado el 31.DIC.2019, el presidente del comité de selección a cargo del procedimiento de selección, remitió al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) la solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y observaciones y Bases Integradas presentada por el participante **INDUSTRIAS TRIVECA S.A.C.**, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el TUO de la Ley, y el artículo 72 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el Reglamento.

Asimismo, cabe precisar que para la emisión del presente pronunciamiento se utilizará el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio; en ese sentido, considerando los temas materias de cuestionamientos del mencionado participante, este Organismo Técnico Especializado procederá a pronunciarse de la siguiente manera:

Cuestionamiento Único : Respecto a la absolución de las consultas u observaciones N° 1 y N° 11, referidas a las “*Otras obligaciones del contratista*”.

2. CUESTIONAMIENTO

Cuestionamiento Único: **Respecto a las “Otras obligaciones del contratista”**

El participante **INDUSTRIAS TRIVECA S.A.C.**, cuestionó la absolución de las consultas u observaciones N° 1 y N° 11, toda vez que, según refiere:

– **Respecto a la consulta y/u observación N° 1:**

“(…) en base a la absolución de nuestra consulta el comité de selección traslada a la contratista la responsabilidad por el deterioro de la unidad de medición o de las losas inclusive cuando las mismas son producidas por efectos de la naturaleza o por terceros, sin que la responsabilidad de las mismas sean atribuibles a negligencia o culpa inexcusable por parte de la contratista, hecho que vulnera el código civil en los

referidos casos fortuitos o de fuerza mayor, prescrito en el artículo 1315, así como también vulnera el principio de equidad establecido en el literal j del artículo 2 de la Ley de Contrataciones, el cual señala que entre las prestaciones de las partes contratantes deben de guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad siendo que en el presente caso atribuible a la contratista la reparación de losas o los costos por el deterioro de la unidad de medición cuando éste no fue el responsable de tales hechos”

– **Respecto a la consulta y/u observación N° 11:**

“(…) En la respuesta emitida por el comité especial si bien es cierto aclara nuestras interrogantes, vuelve a establecer una desproporción entre las prestaciones de las partes al trasladar a la contratista la responsabilidad de resguardar la integridad de los bienes instalados hasta la conformidad de cada prestación, cuando ello resulta materialmente imposible ya que la instalación se realiza en la vía pública y en puntos distantes uno del otro y responsabilizar a la contratista y castigarla con la reposición de los objetos destruidos o sustraídos por terceros o por causas de la naturaleza, atendiendo que luego de la instalación de los equipos y del trabajo realizado por la contratista (...) consideramos que la reposición y/o reemplazo de los medidores no han sido considerados en el valor estimado hecho que ha determinado el valor referencial y sobre el cual se han realizado las cotizaciones en el estudio de mercado. ”

Base Legal

- Artículo 16 de la Ley: “Requerimiento”.
- Artículo 29 del Reglamento: “Requerimiento”
- Artículo 72 del Reglamento: Consultas y observaciones.
- Directiva N° 001-2019-OSCE/CD “Bases Estándar de Licitación Pública para la contratación de bienes”.
- Numeral 4 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Pronunciamiento

Sobre el particular, cabe indicar que, la Opinión N° 156-2018/DTN, señala lo siguiente:

“Por su parte, a fin de determinar los conceptos de “caso fortuito o fuerza mayor” es necesario tener en consideración que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, establece que “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.” (El subrayado es agregado).

Sobre el particular, resulta necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica el mismo término, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Por último, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento”.

Cabe resaltar que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones”.

Por su parte, Opinión N° 214-2018/DTN, señala lo siguiente:

“(…) cabe precisar que, una vez ejecutada la prestación a cargo del contratista, la Entidad debe verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales aplicables, debiendo realizar las pruebas que resulten necesarias, a efectos de que el órgano o unidad orgánica competente emita la conformidad, de ser el caso”.

– **Responsabilidad durante la ejecución de los trabajos**

Mediante la consulta y/u observación N° 1, el recurrente solicitó, que se le aclare si en caso se generen deterioros por fenómenos naturales o terceras personas, asumirá el costo el contratista.

Ante lo cual, el comité de selección aclaró la petición del referido participante indicando que, el costo por deterioros de la unidad de medición o roturas de las losas de concreto en la conexión en ejecución o contiguas a la losa de trabajo de la vivienda del usuario, en la etapa de ejecución del servicio será a cuenta del contratista, incluyendo los fenómenos naturales o terceras personas; lo cual habría sido ratificado en el informe técnico.

De lo expuesto, considerando la naturaleza de los “casos fortuitos” y “de fuerza mayor”, se desprendería que hechos tales como “*fenómenos naturales*” o “*acciones de terceras personas*” que ocasionen el deterioro de los “medidores” estarían comprendidos dentro de tales situaciones, por lo que, no resultaría razonable que se traslade la responsabilidad al contratista por el deterioro de dichos bienes, toda vez que aquel estaría imposibilitado de ejecutar sus prestaciones.

Asimismo, cabe indicar que, las controversias suscitadas durante la ejecución contractual podrán resolverse mediante mecanismos previstos en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado; en consecuencia, existen mecanismos para determinar la responsabilidad durante la ejecución contractual.

En este sentido, considerando lo señalado en los párrafos precedentes, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER** el presente cuestionamiento; por lo que se emitirá una disposición al respecto:

- **Se dejará sin efecto** la absolución de la consulta y/u observación N° 1.
- **Se deberá tener en cuenta** que las controversias suscitadas durante la ejecución contractual podrán resolverse mediante mecanismos previstos en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado; en consecuencia, existen mecanismos para determinar la responsabilidad durante la ejecución contractual.

Aunado a ello se dejará sin efecto cualquier extremo que se oponga a la presente disposición.

- **Responsabilidad hasta la conformidad de la prestación**

Mediante la consulta y/u observación N° 11, el recurrente solicitó, entre otros, se precise lo siguiente: *“(...) cuál es el criterio para trasladar a la contratista la responsabilidad de la custodia de los bienes instalados hasta la conformidad si es que la supervisión verifica la correcta instalación de los bienes ya que trasladar esta responsabilidad a la contratista implica custodiar todos aquellos puntos en donde se ha realizado las instalaciones, hecho materialmente imposible (...)”*.

Ante lo cual, el comité de selección señaló que el criterio se basa en que es responsabilidad del contratista de custodiar la integridad de los medidores hasta la conformidad de cada prestación del servicio; lo cual habría sido ratificado en el informe técnico.

Ahora bien, de la revisión del requerimiento se advierte que la Entidad contará con un “Inspector” o “Supervisor” responsable de inspeccionar todos los trabajos de campo de forma diaria, además de realizar las verificaciones y remitir su informe conformidad de la prestación, previa verificación; en el plazo de 10 días calendarios siguientes a la prestación de la valorización de cada prestación establecida.

Asimismo, se señala que por la instalación de cada medidor se emitirán actas de instalación, las mismas que contienen, entre otros, los datos del usuario, número de suministro, copia de la verificación inicial del medidor, firma del usuario y de quien registra dicha acta de instalación; y las cuales serán entregadas al “Inspector” o “Supervisor” de la Entidad para su remisión al Área Usuaria.

De lo expuesto, se aprecia que la adecuada instalación de cada medidor estaría sujeta a una verificación por parte de un “Inspector” o “Supervisor” de la Entidad, de lo cual se desprendería que las instalaciones realizadas por el contratista y que no presenten observaciones por parte del referido “Inspector” o “Supervisor” habrían sido realizadas de acuerdo a la necesidad que se perseguiría satisfacer.

Por tanto, no resultaría razonable que el contratista sea responsable por el “resguardo” de medidores adecuadamente instalados hasta su conformidad, considerando que se contaría con un inspector o supervisor de la Entidad, encargado

de la inspección de los trabajos de campo diariamente, máxime si la integridad de dichos bienes podría verse afectada por “caso fortuito o fuerza mayor”.

En este sentido, considerando lo señalado en los párrafos precedentes, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER** el presente cuestionamiento; por lo que se emitirá una disposición al respecto:

- **Se suprimirá** de las Bases Integradas lo siguiente: *“Es preciso señalar que el contratista, es el único responsable de resguardar la integridad de la totalidad de los bienes instalados, hasta la fecha final de la entrega total y la conformidad de cada prestación”*.
- **Se dejará sin efecto** la absolución de la consulta y/u observación N° 11.

Aunado a ello se dejará sin efecto cualquier extremo que se oponga a la presente disposición.

3. ASPECTOS REVISADOS DE OFICIO

Si bien el procesamiento de la solicitud de pronunciamiento, por norma, versa sobre las supuestas irregularidades en la absolución de consultas y/u observaciones, a pedido de parte, 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 Vicios ocultos

En la cláusula duodécima “Responsabilidad por Vicios Ocultos” correspondiente a la proforma de contrato del Capítulo V de la Sección Específica de las Bases Integradas, se aprecia lo siguiente:

*“La recepción conforme de la prestación 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 [CONSIGNAR TIEMPO EN AÑOS, NO MENOR DE UN (1) AÑO] año(s) contado a partir de la conformidad otorgada por LA ENTIDAD.”*

De lo expuesto, se desprendería que, se habría omitido indicar el plazo máximo de responsabilidad del contratista por vicios ocultos, lo cual no resultaría congruente con los lineamientos establecidos en las Bases Estándar objeto de la presente convocatoria.

En relación a ello, este Organismo Técnico Especializado solicitó información a la Entidad, respecto al plazo máximo de responsabilidad por vicios ocultos; siendo que, con fecha 11.DIC.2019, la Entidad remitió lo solicitado mediante correo electrónico,

adjuntando el Informe N° 451-2019-EPS-SEDALORETO-SA-GC-DMED, lo cual tiene carácter de declaración jurada; por lo que, con ocasión de la integración de las Bases Definitivas, **se consignará** en la cláusula decima cuarta de la proforma del contrato, el plazo de doce (12) meses contados a partir de la conformidad de la recepción total de la obra.

En ese sentido, se emitirá una disposición al respecto.

Se precisará en el Capítulo III y de la cláusula duodécima de la proforma del contrato del Capítulo IV, ambos de la Sección Específica de las Bases integradas definitivas, el plazo de responsabilidad por vicios ocultos, por el plazo de doce (12) meses.

Cabe precisar que, deberá dejarse sin efecto toda disposición de las Bases o del Pliego Absolutorio que se oponga a lo establecido en la presente disposición.

3.2 Forma de pago:

De la revisión del numeral 2.5 Forma de Pago del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases, se aprecia que se ha consignado, entre otros, lo siguiente:

La Entidad realizará el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista en PAGOS A CUENTA, por avance de la ejecución.

Para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad debe contar con la siguiente documentación:

- *Informe del funcionario responsable del Jefe del Departamento de Medición, emitiendo la conformidad de la prestación efectuada.*
- *Comprobante de pago.*
- *Informe del Contratista.*

Dicha documentación se debe presentar en el Departamento de Medición, sito en Av. Guardia Civil 1260 – Iquitos – Maynas – Loreto.

Al respecto, las Bases estándar objeto de la presente contratación señalan que se ha previsto que, para el pago de la contraprestación ejecutadas por el contratista, la entidad debe contar, entre otros, con dos datos del área de almacén o la que haga sus veces para la recepción.

Con relación a ello, mediante Informe Técnico N° 451-2019-EPS-SEDALORETO-SA-GC-DMED de fecha 31 de Diciembre de 2019, la Entidad precisó el área que realizará la recepción, conforme al detalle siguiente:

El pago se realizará dentro de los 15 días calendario, siguientes al otorgamiento de la conformidad de la prestación respectiva, efectuándose las valorizaciones de acuerdo a la siguiente estructura.

ESTRUCTURA DE VALORIZACION			CANTIDAD	PREC. UNIT.	Total, Valorización de la Prestación
	Suministro e Instalación por cada prestación				
1	1.1	Medidor Chorro Único 15 mm, incluye accesorios			
	1.2	Caja, Marco y Tapa termoplástica			
	1.3	Instalación de Medidores, Accesorios, Caja, Marco y Tapas			

Para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad debe contar con la siguiente información:

- *Informe del funcionario responsable del jefe del Departamento de Medición y de la Supervisión, emitiendo la conformidad de la prestación efectuada.*
- *Comprobante de pago.*
- *Informe del contratista.*

Dicha documentación se debe en el Departamento de Medición, sitio en Jr. Huallaga N° 328 – Iquitos – Maynas – Loreto.

4. CONCLUSIONES

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

- 4.1. **Proceder** a la integración definitiva de las Bases a través del SEACE, en atención a lo establecido en el artículo 72 del Reglamento, el cual será publicado dentro de los doce (12) días hábiles desde el día siguiente de que la Entidad registró en el SEACE los documentos previstos en el TUPA del OSCE y en la Directiva correspondiente.
- 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, asimismo, cabe señalar que, las disposiciones del Pronunciamiento priman sobre aquellas disposiciones emitidas en el pliego absolutorio y Bases integradas que versen sobre el mismo tema.
- 4.3. El comité de selección deberá **modificar** las fechas de registro de participantes, presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, para lo cual deberá tenerse presente que los proveedores deberán efectuar su registro en forma electrónica a través del SEACE hasta antes de la presentación de propuestas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 del Reglamento; asimismo, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento, 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.

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