

PRONUNCIAMIENTO N° 439-2023/OSCE-DGR

Entidad : Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL

Referencia : Concurso Público N° 24-2023-SEDAPAL-1, convocado para la contratación del “Servicio de extracción de residuos sólidos de las bocatomas de la planta La Atarjea y Río Surco”

1. ANTECEDENTES:

Mediante el Formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamiento, recibido el 20 de setiembre de 2023¹ y subsanado el 27² de setiembre de 2023, 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 u observaciones y Bases integradas presentada por la empresa participante **GRESCONTE INVERSIONES S.A.C.**, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la “Ley”, y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el “Reglamento”; y sus modificatorias.

Ahora bien, cabe indicar que en la emisión del presente pronunciamiento se empleó la información remitida por la Entidad, mediante la Mesa de Partes de este Organismo Técnico Especializado, la cual tiene carácter de declaración jurada.

Asimismo, cabe precisar que en la emisión del presente pronunciamiento se utilizó el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio³ y los temas materia de cuestionamientos del mencionado participante, conforme el siguiente detalle:

- **Cuestionamiento N° 1:** Respecto a la absolución de la consulta y observación N° 1, referida a la “*reducción contractual*”
- **Cuestionamiento N° 2:** Respecto a la absolución de la consulta y observación N° 3, referida al “*personal mínimo requerido*”
- **Cuestionamiento N° 3:** Respecto a la absolución de la consulta y observación N° 8, referida al “*Pago de las remuneraciones al personal del servicio*”.
- **Cuestionamiento N° 4:** Respecto a la absolución de la consulta y observación N° 10.

¹ Mediante Trámite Documentario N° 2023-25261190-LIMA.

² Mediante Trámite Documentario N° 2023-25279350-LIMA.

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

2. CUESTIONAMIENTOS

Cuestionamiento N°1

Respecto a la “reducción contractual”

La empresa participante GRESCONTE INVERSIONES S.A.C., cuestionó la absolución de la consulta u observación N° 1, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

“En dicha consulta, se ha solicitado que la Entidad especifique con claridad Que sucede si no se llega a ejecutar al menos el 75% del monto contractual (considerando que el monto máximo de reducción contractual es del 25%, de conformidad con lo establecido en el Artículo N°157 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) por más que más de encontrarnos en un sistema de precios unitarios, dado que el Contratista asume los costos y gastos fijos que se ven directamente influenciados por todo el monto contractual como carta fianza, pólizas de seguros, equipos, uniformes, epps, exámenes médicos, entre otros para todo el personal descrito en los términos de referencia.

(...)

Entendiendo que la entidad, se limita a indicar que sólo realizará el pago de prestaciones ejecutadas, solicitamos al OSCE su pronunciamiento para determinar si la Entidad está en la obligación de reconocer el pago de las prestaciones que representen el 75% del monto contractual, por más que el Contratista no las haya ejecutado, sustentado en lo descrito en el Art. 157 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado sobre el monto máximo de reducción contractual del 25%.

Finalmente precisar, que la no ejecución del 75% del monto contractual sería generado por un sobredimensionamiento, una deficiente programación o gestión en el servicio, por parte del área usuaria u órgano competente de la Entidad, que estaría provocando un perjuicio económico al Contratista.” (El subrayado y resaltado es agregado).

Pronunciamiento

De la revisión del acápite 7 “descripción de las actividades del servicio” de los términos de referencia, contenido en las Bases de la convocatoria, se aprecia que la Entidad consignó, lo siguiente:

“7. Descripción de las actividades del servicio:

(..)

El servicio consiste en el retiro de residuos sólidos flotantes, palizadas, etc., que son transportados por el cauce del Río Rímac hacia la cámara de rejillas de las bocatomas de la Planta La Atarjea y canal río Surco y alrededores, está considerado bajo la modalidad de Horas Hombre (h-H) con una cantidad de 40 816 h-H a ser cubierto en el periodo de la actividad.

Si al término del periodo de vigencia de la prestación del servicio, no se ha ejecutado el total de las 40,816 h-H; se liquidará el servido, considerando el avance ejecutado alcanzado.” (El subrayado y resaltado es agregado).

Así, mediante la consulta u observación N° 1, la empresa GRESCONTE INVERSIONES S.A.C, solicitó se indique: i) si necesariamente SEDAPAL consumirá como mínimo el 75% de las horas hombre proyectadas, considerando que, la reducción

máxima de un contrato establecida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sería máximo de 25%, y ii) si en caso no se llegase a consumir dicha cantidad, la Entidad reconocería el pago del mencionado servicio al contratista; ante lo cual, el comité de selección aclaró que: i) la Entidad podría reducir las prestaciones del contrato hasta el límite del 25% del monto del contrato, de conformidad al artículo N° 157 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ii) debido a que el presente procedimiento de selección sería bajo el sistema de Precios Unitarios, el postor formulará su oferta en función a las cantidades referenciales contenidas en los documentos del procedimiento de selección, las cuales se valorizarán de acuerdo a su ejecución real en un plazo determinado.

El recurrente en su solicitud de elevación cuestionó la absolución brindada por el comité de selección, aludiendo que la Entidad se habría limitado a indicar que sólo se realizará el pago de prestaciones ejecutadas; solicitando se determine si la Entidad estaría en la obligación de reconocer el pago de las prestaciones que representen un 75% del monto contractual, a pesar de que el contratista no las ejecutase.

Con relación a ello, en virtud del aspecto cuestionado por el recurrente, mediante el Informe Técnico N° 176-2023-EGIP de fecha 20 de setiembre de 2023, remitido con ocasión de la solicitud de emisión de pronunciamiento, la Entidad señaló lo siguiente:

“Mayores alcances al cuestionamiento:

En los servicios contratados bajo el sistema de precios unitarios se paga al contratista por aquello efectivamente ejecutado, de acuerdo con los precios unitarios ofertados y teniendo como límite el monto total del contrato.

Si bien dentro de un contrato de servicios a precios unitarios, puede darse el caso que su ejecución real sea menor a la inicialmente programada, la reducción que se apruebe para tales efectos no podrá sobrepasar el porcentaje establecido en el artículo 157 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.” (El subrayado y resaltado es agregado).

Al respecto, cabe señalar que, en el artículo 16 de la Ley y el artículo 29 del Reglamento, se establece que el área usuaria es la responsable de la elaboración del requerimiento (en el caso de servicios, los términos de referencia y requisitos de calificación), debiendo estos contener la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación.

Asimismo, es preciso señalar que, la normativa de las compras públicas, a través de la Opinión N° 002-2020/DTN, 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.

Por su parte, es pertinente señalar que, el artículo 157 del Reglamento, establece que, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de adicionales y reducción de prestaciones hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, pudiendo en el caso de reducciones, solicitar la disminución en la misma proporción las garantías que hubiera otorgado.

Aunado a ello, es pertinente precisar que, a través de la Opinión N° 162-2015/DTN, la Dirección Técnico Normativa señaló lo siguiente:

“Del artículo citado, se tiene que, cuando el sistema de contratación establecido en las Bases es el de precios unitarios, no se conoce la cantidad exacta de prestaciones requeridas, por lo cual, el postor debe formular su propuesta ofertando precios en función a las unidades de medida de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases, y por un determinado plazo de ejecución.

Cabe notar que en este sistema de contratación el pago al contratista se efectúa conforme a la valorización de lo efectivamente ejecutado durante el plazo de ejecución del contrato, empleando los precios unitarios ofertados por el contratista.

En este orden de ideas, en los contratos bajo el sistema de contratación a precios unitarios las partidas o cantidades previstas en las Bases - que forman parte del contrato - son referenciales; en este sentido, la Entidad no tiene la obligación de requerir la ejecución del íntegro de las cantidades del servicio previstas en el contrato, sino que debe requerir la cantidad de prestaciones necesarias para satisfacer la necesidad que dio origen a la contratación.

2.2.3 Adicionalmente, debe señalarse que la Opinión N° 066-2014/DTN establece que "(...) siempre que se cumplan las condiciones y requisitos previstos por la normativa de contrataciones del Estado, en los contratos de servicios a precios unitarios podrá ordenarse la reducción de prestaciones en la medida que ello no tenga como consecuencia una reducción del monto del contrato superior al 25%.

En este sentido, si bien dentro de un contrato de servicios a precios unitarios, puede darse el caso que su ejecución real sea menor a la inicialmente programada, esta no podrá sobrepasar el límite establecido para ejercer la potestad de reducción."

Por tanto, de acuerdo a la citada opinión, cuando en los contratos de servicios bajo el sistema de contratación a precios unitarios se requieran cantidades de servicio menores a las previstas en el contrato, aun cuando las mismas sean referenciales, la Entidad deberá ordenar la reducción de las mismas, conforme al procedimiento y requisitos previstos en los artículos 41 de la Ley y 174 del Reglamento, las que no pueden superar al veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. (...)." (El subrayado y negrita es agregado).]

Adicionalmente, mediante la Opinión N° 202-2019-DTN, la Dirección Técnico Normativa indicó lo siguiente:

"2.1.3. Precisado lo anterior, y tomando en consideración el tenor de la consulta planteada, resulta oportuno señalar que –con independencia del sistema de contratación invocado- la potestad de aprobar la reducción de prestaciones le ha sido conferida a la Entidad, en reconocimiento de su calidad de garante del interés público, que subyace a la contratación estatal.

Tal potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público -como es el régimen de contrataciones del Estado-, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado.

*De esta manera, considerando el rol de representante del interés general que cumple la Administración Pública, **la Entidad puede aprobar la reducción de prestaciones siempre que se cumplan los presupuestos legales que la normativa de contrataciones del Estado contempla para dicho fin.***

*2.1.4. Ahora bien, es preciso señalar que el artículo 34 de la Ley establece los supuestos que habilitan a la Entidad a efectuar modificaciones contractuales –tales como la reducción de prestaciones-, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente; sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 34.1 del referido artículo “Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; **en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad**”. (El subrayado y negrita es agregado).*

Dicho lo anterior, se aprecia que la Entidad mediante su informe técnico habría ratificado lo señalado en el pliego absolutorio, indicando que, si bien dentro de un contrato de servicios a precios unitarios puede darse el caso que su ejecución real sea menor a la inicialmente programada, **la reducción que se apruebe para tales efectos no podrá sobrepasar el porcentaje establecido en el artículo 157 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.**

Respecto a lo vertido por la Entidad tanto en la absolución así como en el citado informe, corresponde señalar que aquella es la responsable de determinar la reducciones al contrato que correspondan, siempre que se cumplan con las disposiciones previstas en la normativa de contratación pública, siendo una de estas, que dichas reducciones no superen el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original y que tales modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

En este sentido, considerando lo señalado precedentemente; y en tanto que la pretensión del recurrente, estaría orientada a que, se determine si la Entidad estaría en la obligación de reconocer el pago de las prestaciones que representen un 75% del monto contractual, a pesar de que el contratista no las ejecutase; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER PARCIALMENTE** el presente cuestionamiento, por lo que, se implementarán las disposiciones siguientes:

- Se **deberá tener en cuenta**⁴ la Opinión N° 162-2015/DTN, de la Dirección Técnico Normativa en el extremo siguiente: “(...) Por tanto, de acuerdo a la citada opinión, cuando en los contratos de servicios bajo el sistema de contratación a precios unitarios se requieran cantidades de servicio menores a las previstas en el contrato, aun cuando las mismas sean referenciales, la Entidad deberá ordenar la reducción de las mismas, conforme al procedimiento y requisitos previstos en los artículos 41 de la Ley y 174 del Reglamento, las que no pueden superar al veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. (...)”

⁴ Resulta pertinente precisar que la presente disposición deberá tenerse en cuenta en la etapa correspondiente, no siendo necesario su integración en las Bases.

- Se **deberá tener en cuenta**⁵ la Opinión N° 202-2019-DTN, de la Dirección Técnico Normativa en el extremo siguiente: “(...) *es preciso señalar que el artículo 34 de la Ley establece los supuestos que habilitan a la Entidad a efectuar modificaciones contractuales –tales como la reducción de prestaciones-, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente; sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 34.1 del referido artículo “Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad”.*”.
- Se **deberá tener en cuenta**⁶ como ampliación de la consulta u observación N°1 del pliego absolutorio, lo citado del Informe Técnico N° 176-2023-EGIP, de fecha 20 de septiembre de 2023.
- 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 consultas y/u observaciones formuladas por los participantes, permitiendo reducir el número de aspectos que deberán ser corregidos o saneados con ocasión de la elevación de cuestionamientos.
- Se **deberá dejar sin efecto** toda disposición del pliego absolutorio, las Bases o informe técnico que se opongan a las presentes disposiciones.

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, 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° 2

Respecto al “Personal mínimo requerido”

La empresa participante GRESCONTE INVERSIONES S.A.C., cuestionó la absolución de la consulta y observación N° 3, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

*“En dicha consulta, **se ha solicitado que la Entidad pueda brindar información de manera transparente sobre la cantidad de personal que ha ejecutado el servicio, en el periodo diciembre 2022 y mayo 2023, por cada mes.** sin embargo, la Entidad sólo indica revisar la tabla N° 9 de los TDR*
(...)“

⁵ Resulta pertinente precisar que la presente disposición deberá tenerse en cuenta en la etapa correspondiente, no siendo necesario su integración en las Bases.

⁶ Resulta pertinente precisar que la presente disposición deberá tenerse en cuenta en la etapa correspondiente, no siendo necesario su integración en las Bases.

Conforme a lo descrito, solicitamos pronunciamiento del OSCE, con la finalidad de que la Entidad pueda atender la consulta en nuestra calidad de postor con la finalidad de presentar una oferta con sustento estadístico de ejecuciones pasadas evitando ofertas temerarias". (El subrayado y resaltado es agregado).

Pronunciamiento

Al respecto, de la revisión del acápite 11 del numeral 3.1 "términos de referencia" del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases de la convocatoria, se aprecia que la Entidad consignó lo siguiente:

"11. PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO

Las labores a desarrollar es extraer los residuos sólidos flotantes y palizadas en la cámara de rejillas de las bocatomas con una herramienta-trinches (ver ANEXO) de aproximadamente 15 Kg de peso por lo cual se sugiere una buena selección de su personal.

El CONTRATISTA designará, para un estimado de 152 días calendarios de servicio lo siguiente:

Tabla N°9 horas/Hombre estimado

	HOMBRES	DÍAS	horas/Hombre
Mínimo	6	12	576
Promedio	25	110	22000
Máximo	76	30	18240

Total, H-h/ año = 40 816 h-H

(...)"

Mediante consulta y observación N° 3, la empresa participante GRESCONTE INVERSIONES S.A.C., consultó si se podría remitir a los postores la cantidad promedio de personal requerido en la anterior campaña durante los meses de diciembre 2022 a mayo 2023; ante lo cual, el comité de selección señaló que, en la Tabla N°9 del numeral 11 de las Bases se habría estimado la cantidad de horas hombre a consumir durante los 152 días del servicio en función a los años anteriores.

El recurrente en su solicitud de elevación cuestionó la absolución brindada por el comité de selección, aludiendo que la Entidad sólo habría indicado que el recurrente deba de revisar la tabla N° 9 de los Términos de Referencia, reiterando su pedido de información respecto a la cantidad de personal que ha ejecutado el servicio, en el periodo diciembre 2022 y mayo 2023, por cada mes, pues, lo consideraría como un sustento estadístico para presentar su oferta.

En relación a ello, en virtud del aspecto cuestionado por el recurrente, mediante Informe Técnico N° 183-2023-EGIP, de fecha 26 de setiembre de 2023⁷, la Entidad señaló lo siguiente:

(...)"

⁷ Remitido mediante Trámite Documentario N° 2023-25279350-LIMA de fecha 27 de setiembre de 2023

Mayores alcances al cuestionamiento:

En el numeral 11. Personal Mínimo Requerido, se encuentra la Tabla N° 9, en la cual se ha estimado la cantidad de horas hombre a consumir durante los 152 días del servicio en función a las actividades programadas para el presente servicio.

El CONTRATISTA designará, para un estimado de 152 días calendarios de servicio lo siguiente:			
Tabla N°9 horas/Hombre estimado			
	HOMBRES	DÍAS	horas/Hombre
Mínimo	6	12	576
Promedio	25	110	22000
Máximo	76	30	18240
Total, H-h/ año = 40 816 h-H			

Se estima que durante la ejecución del presente servicio que tiene un periodo de ejecución de 152 días (columna de "días" de la tabla: $12+110+30=152$ días), se ejecutará probablemente de la siguiente manera:

12 días con 6 operarios por día = 576 horas

110 días con 25 operarios por día = 2200 horas

30 días con 76 operarios por día = 18240 horas

Siendo esto un estimado, puede variar de acuerdo a las condiciones operativas que maneja el área usuaria, razón por la cual la valorización es a precios unitarios por h-H. Por lo expuesto se requiere que la estimación sea basada en las condiciones propuestas en estas bases.

Sin perjuicio a lo mencionado, **se informa que en el periodo anterior de diciembre 2022 a abril 2023 (mes de mayo 2023 no hay servicio), la cantidad promedio de personal requerido fue de:**

Diciembre 2022= 19 operarios, enero 2023= 28 operarios, febrero 2023= 44 operarios, marzo 2023=43 operarios y abril 2023= 9 operarios

Nota: El valor considera la sumatoria de los operarios que trabajaron en el mes, dividido entre el número de días del mes.

Además, considerando que el escenario actual es la probable ocurrencia de un fenómeno del niño moderado, consideramos que para la presentación de ofertas los postores se deben basar en lo señalado en la tabla N°9" (El subrayado y resaltado es agregado)

En razón a lo expuesto, corresponde señalar que, el Principio de Transparencia, consignado en el literal c) del artículo 2 de la Ley, establece que la Entidad debe proporcionar información clara y coherente con el fin que esta sea comprendida por todos los potenciales proveedores; es así que, el artículo 72 del Reglamento y la Directiva N° 23-2016-OSCE/CD establecen que al absolver las consultas y/u observaciones, el comité de selección deberá detallar de manera clara y motivada la totalidad de las respuestas a las solicitudes formuladas por los participantes y el análisis respectivo.

En tal sentido, el Principio de Transparencia contempla el derecho a la información en la compra pública, el cual tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la Entidad convocante; para lo cual, **se exige que todas las condiciones del procedimiento estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en las Bases o en las respuestas brindadas en el pliego absolutorio,** con el fin de que, por una parte, todos los postores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la Entidad convocante pueda

comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los postores responden a los criterios aplicables al contrato.

Ahora bien, en atención al tenor de lo cuestionado por el recurrente, corresponde señalar que, el comité de selección en el pliego absolutorio no brindó los alcances requeridos en la petición, toda vez que, el participante solicitó remitir la cantidad promedio de personal requerido en el periodo diciembre 2022 a mayo 2023; mientras que, el comité de selección se limitó a indicar que en la tabla N° 9 se encuentra la cantidad mínima de horas requeridas.

No obstante, la Entidad mediante Informe Técnico posterior, precisó que en el periodo referido no se ha prestado el servicio; sin embargo, indicó que la cantidad promedio de personal requerido en el periodo anterior de diciembre 2022 a abril 2023, fue la siguiente:

- Diciembre 2022= 19 operarios
- Enero 2023= 28 operarios
- Febrero 2023= 44 operarios
- Marzo 2023=43 operarios
- Abril 2023= 9 operarios

Aunado a ello, señaló que, en el escenario actual es probable la ocurrencia de un fenómeno del niño moderado; reiterando que para la presentación de ofertas los postores se deben basar en lo señalado en la tabla N° 9 citada precedentemente.

Así, se puede colegir que, mediante Informe técnico posterior, la Entidad habría brindado los alcances relativos a la petición efectuada en la consulta u observación en cuestión, lo cual permitiría una mayor concurrencia de postores.

En ese sentido, considerando que la pretensión del participante está orientada que se precise la cantidad de personal requerida en el periodo diciembre 2022 a mayo 2023, y en la medida que la Entidad recién en su Informe Técnico ha precisado ello, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER PARCIALMENTE** el presente cuestionamiento, por lo que, se emitirán las disposiciones siguientes:

- Se **deberá tener en cuenta**⁸ como absolución de la consulta u observación N° 3, lo citado del Informe Técnico N° 183-2023-EGIP, de fecha 26 de septiembre de 2023.
- Corresponde que el Titular de la Entidad **imparta directrices** correspondientes a fin de que el Comité de Selección absuelva todas las consultas y/u observaciones formuladas por los participantes, de tal manera que se realice un análisis detallando de manera clara y precisa de lo solicitado por cada participante, de conformidad con lo señalado en el artículo 72 del Reglamento y en la Directiva N.º 23-2016/OSCE/CD.

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

⁸ La presente disposición no requiere implementación en las Bases.

elaborar el requerimiento, estudio 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° 3

Respecto al “Pago de las remuneraciones al personal del servicio”

La empresa participante GRESCONTE INVERSIONES S.A.C., cuestionó la absolución de la consulta y observación N° 8, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

“En dicha absolución de consulta, la Entidad está exigiendo a las MYPE que por más que tengan un régimen diferente del régimen general presupuesten y presenten su oferta en base al régimen general por lo que consideramos se estaría vulnerando la libertad empresarial en escoger el tipo de empresa a ser constituida y los diferentes beneficios a los que puede acogerse y que también se encuentran previstos en la Ley de Contrataciones y su Reglamento.

De otro lado, confirmar si en el caso de oferta en Consorcio, donde uno de sus integrantes es MYPE y además si dicho integrante se ha comprometido a tener al personal en planilla, sería suficiente para que el Consorcio efectúe el pago del personal bajo el régimen MYPE.
(...)

Solicitamos pronunciamiento del OSCE en relación a dicha elevación de consulta para que se estructure una oferta conforme al marco de la Ley de Contrataciones de la Entidad.” (El subrayado y resaltado es agregado).

Pronunciamiento

Al respecto, de la revisión del acápite 11.5 “remuneraciones del personal del contratista”, consignado en el numeral 3.1 “términos de referencia” del Capítulo III de las Bases de la convocatoria, se aprecia que la Entidad estableció que, las remuneraciones del personal requerido para la contratación deberán ser pagadas considerando el “régimen laboral general con el pago de beneficios sociales”, conforme se aprecia a continuación:

“11.5 Remuneraciones del personal del contratista

A fin de que, el rendimiento del trabajador del servicio no se vea afectado, es obligación del CONTRATISTA remunerar a su personal con un salario pagados de manera mensual, su incumplimiento dará lugar a la aplicación de penalidad establecida en las Bases.
(...)

Las remuneraciones deberán ser pagadas de manera mensual, su incumplimiento dará lugar a la aplicación de penalidad establecida en las bases. Deberán considerar el régimen laboral general y el pago de los Beneficios Sociales en el orden siguiente:

GRATIFICACIONES.

16,67 %

GRATIFICACION VACACIONAL	8,33 %
CTS	9,72 %
ESSALUD	11,25 %
TOTAL	45,97 %
SUBSIDIO FAMILIAR	10 % RMV (*)
TRABAJO DE RIESGO (SCTR)	1,24 % (**)

(*) El subsidio familiar se otorga al trabajador que sustente carga familiar.

(**) El porcentaje correspondiente al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo deberá ser incluido en el análisis de costos.

Sólo serán aceptadas boletas de pago, cualquier otro documento será rechazado.

Todo pago de las remuneraciones del personal CONTRATISTA es a través de una Entidad Financiera-Banco.

El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) corresponderá al registrado por las aseguradoras, con cobertura en salud y pensión, deberá ser incluido en el análisis de costo. La copia de las constancias con la Aseguradora debe ser presentada en los informes mensuales. ”

Mediante la consulta y observación N° 8, la empresa participante GRESCONTE INVERSIONES S.A.C., solicitó se especifique en las bases: i) que las empresas MYPE realizarán el pago de la remuneración y los beneficios sociales a su personal tal como su régimen lo establezca y, ii) en el caso de Consorcio, si el integrante que tiene la obligación de pagar al personal o llevar la planilla sería el único que debería tener la condición de MYPE; ante lo cual, el comité de selección precisó que, las empresas al elaborar sus ofertas deberán considerar que los beneficios laborales regulados serán bajo el régimen laboral general y no bajo el régimen laboral especial de las MYPES.

Ahora bien, cabe señalar que el recurrente en su solicitud de elevación cuestionó la absolución brindada por el comité de selección, precisando lo siguiente:

- I. Se estaría vulnerando la libertad empresarial, debido a que la absolución no permitiría escoger el tipo de empresa a ser constituida, ni los diferentes beneficios a los que podrían acogerse las empresas participantes; exigiendo a las MYPE que por más que tengan un régimen diferente del régimen general presupuesten y presenten su oferta en base al régimen general.
- II. Se confirme, si ante la oferta de un Consorcio, donde uno de sus integrantes es un MYPE comprometido a tener al personal en planilla, sería suficiente para que el consorcio efectúe el pago del personal bajo el régimen MYPE.
- III. Solicitaría que este Organismo Técnico Especializado se pronuncie en relación a la elevación de la citada absolución, para que se estructure una oferta conforme al marco de la Ley de Contrataciones de la Entidad.

En relación a ello, en virtud del aspecto cuestionado por el recurrente, mediante el Informe Técnico N° 176-2023-EGIP de fecha 20 de setiembre de 2023⁹, la Entidad señaló lo siguiente:

⁹ Remitido mediante Trámite Documentario N°2023-25261190-LIMA

“Mayores alcances al cuestionamiento:

Las empresas, al elaborar sus ofertas, **deberán considerar los beneficios laborales regulados bajo el régimen laboral general**, a fin de lograr la equiparación de los derechos laborales de los trabajadores **y no bajo el régimen laboral especial de las MYPES**” (El subrayado y resaltado es agregado).

Al respecto, cabe señalar que, en el artículo 16 de la Ley y el artículo 29 del Reglamento, se establece que el área usuaria es la responsable de la elaboración del requerimiento (en el caso de servicios, los términos de referencia y requisitos de calificación), debiendo estos contener la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación y las condiciones en las que debe ejecutarse aquella, lo cual incluye el personal del servicio.

Asimismo, es preciso señalar que, la normativa de las compras públicas, a través de la Opinión N° 002-2020/DTN, 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.

Por su parte, el artículo 50, contenido en el título VII “Régimen Laboral de la Micro y Pequeña Empresa”, del Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE “Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial” y sus modificatorias; dispone la creación del “*Régimen Laboral Especial*” dirigido a fomentar la formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas; señalando que, dicho Régimen Laboral Especial comprende: remuneración, jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobretiempo, descanso semanal, descanso vacacional, descanso por días feriados, protección contra el despido injustificado.

Asimismo, el artículo 59 - Beneficios de las empresas comprendidas en el régimen especial, del citado TUO, dispone que, “a efectos de contratar con el Estado y participar en los Programas de Promoción del mismo, **las microempresas deberán acreditar el cumplimiento de las normas laborales de su régimen especial o de las del régimen general, según sea el caso**, sin perjuicio de otras exigencias que pudieran establecerse normativamente.”.

De manera previa al análisis del presente cuestionamiento, cabe señalar que, el OSCE no tiene calidad de perito técnico dirimente respecto a la pertinencia o no de características técnicas y/o condiciones del requerimiento; sin embargo, es posible requerir que la Entidad respalde su posición mediante el Informe Técnico respectivo, según el Comunicado N° 11-2013/OSCE-PRE.

Ahora bien, en atención al aspecto cuestionado por el participante, corresponde señalar lo siguiente:

- Mediante requerimiento, la Entidad estableció que, las remuneraciones del personal requerido para la presente contratación deberán ser pagadas

considerando el "régimen laboral general con el pago de beneficios sociales que detalla en sus términos de referencia".

- La Entidad, mediante su Informe Técnico habría ratificado su absolución de la consulta u observación en cuestión, señalando que, las empresas, independientemente del tipo de empresa que es constituida, al elaborar sus ofertas, deberán considerar los beneficios laborales regulados bajo el régimen laboral general; añadiendo en dicho Informe, que ello sería a fin de lograr la equiparación de los derechos laborales de los trabajadores; lo cual, resultaría congruente con las atribuciones del área usuaria de la Entidad para la determinación de su requerimiento.
- Adicionalmente, cabe señalar que, para la determinación del valor estimado y pluralidad de proveedores de la presente contratación, los mismos habrían sido determinados en base a empresas que cotizaron el requerimiento en su totalidad, lo cual incluye el pago de remuneraciones del personal requerido para la presente contratación, considerando el "régimen laboral general con el pago de beneficios sociales que detalla en sus términos de referencia".

Así, se puede colegir que el área usuaria de la Entidad, como conocedora de sus necesidades y responsable de determinar las características y/o condiciones de su requerimiento, habría determinado que las remuneraciones del personal requerido para la presente contratación deberán ser pagadas considerando el "régimen laboral general con el pago de beneficios sociales que detalla en sus términos de referencia", para lo cual, las empresas al elaborar sus ofertas, deberán considerar que los beneficios laborales regulados serán bajo el régimen laboral general; lo cual permitiría lograr la equiparación de los derechos laborales de los trabajadores.

En ese sentido, considerando lo señalado en los párrafos precedentes, y que la pretensión del recurrente se encontraría orientada a que los postores no consideren necesariamente el régimen laboral general para formular sus ofertas; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Finalmente, cabe precisar que, de conformidad con el artículo 9 del TUO 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 “absolución de la consulta u observación N° 10”

La empresa participante GRESCONTE INVERSIONES S.A.C., cuestionó la absolución de la consulta y observación N° 10, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamientos lo siguiente:

“En dicha consulta, se ha solicitado que la Entidad pueda brindar información de manera transparente sobre las penalidades aplicadas al anterior contratista del servicio a contratar, sin embargo la Entidad no atiende de manera adecuada la consulta formulada.
(...) *”*

Conforme a lo descrito, solicitamos pronunciamiento del OSCE, con la finalidad de que la Entidad pueda atender la consulta en nuestra calidad de postor, con la finalidad de conocer a detalle las implicancias que pueda influenciar en la presentación de una oferta seria.” (El subrayado y resaltado es agregado).

Pronunciamiento

Al respecto, mediante consulta y observación N° 10, la empresa participante GRESCONTE INVERSIONES S.A.C., solicitó indicar cuáles y cuántas penalidades se han aplicado a la campaña anterior del contratista en el periodo diciembre 2022 a mayo 2023; ante lo cual, el comité de selección señaló que, i) el objeto de la convocatoria no sería la aplicación de penalidades, ii) las bases establecen penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, y que, iii) para la presente convocatoria la formulación y consultas es con respecto a CP N°024-2023-SEDAPAL.

Al respecto, cabe señalar que, el artículo 72 del Reglamento establece que, todo participante puede realizar consultas y observaciones respecto a cualquier extremo de las Bases.

Así, el citado artículo dispone que los participantes pueden cuestionar la absolución de las consultas y observaciones e integración de las Bases, siempre que se determine una vulneración a la normativa de contrataciones u otras normas que regulen el objeto de la contratación.

En tal sentido, corresponde señalar que las consultas y observaciones, así como la elevación de cuestionamientos que se basan en estas, deben estar orientadas a corregir o clarificar cualquier extremo de las Bases.

Así, en el presente caso, se aprecia que el cuestionamiento a la absolución de la referida consulta y/u observación no se encontraría orientada a aclarar u observar algún extremo de las Bases del procedimiento de selección, por el contrario, tendría como finalidad que se brinde información de otros procedimientos de selección contratados por la Entidad, esto es, que se brinde información sobre penalidades que se han aplicado a la campaña anterior del contratista en el periodo diciembre 2022 a mayo 2023, las cuales se habrían generado en función de las circunstancias particulares de la ejecución del contrato anterior.

En ese sentido, considerando lo señalado en los párrafos precedentes; este Organismo Técnico Especializado ha decidido **NO ACOGER** el presente cuestionamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en el numeral 161.1 del artículo 161 del Reglamento, se dispone que “*el contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.*”; por lo que, 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.

Asimismo, cabe señalar que de acuerdo a las Bases Estándar aplicables, la oferta incluye todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del servicio a contratar.

Finalmente, en el artículo N° 7 de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se dispone que, “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública. En ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho.”; por lo que, en caso el recurrente requiera que se le brinde información de otros procedimientos de selección contratados por la Entidad, deberá solicitarlo a la Entidad mediante el procedimiento que prevé la citada Ley.

3. ASPECTOS REVISADOS DE OFICIO

Si bien el procedimiento 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 Respecto a Otras Penalidades

De la revisión del acápite 24 “tabla de otras penalidades”, contenido en el numeral 3.1 “términos de referencia” del Capítulo III de las Bases integradas, se aprecia lo siguiente:

N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
12	INCUMPLIMIENTO O CALIDAD EN LA EJECUCIÓN <i>Por no ejecutar la carga de trabajo en la fecha establecida o dejarla abandonada o mal ejecutado. La penalidad será por ocurrencia y por día de demora hasta su cumplimiento.</i>	5%UIT	Numeral 3

De lo expuesto, se desprendería que la citada penalidad comprendería un supuesto relacionado con el "incumplimiento o la calidad en la ejecución del servicio"; pudiéndose advertir que dicha situación resultaría en un retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto de contrato, correspondiendo a la Entidad aplicar la penalidad por mora.

En razón a ello, mediante notificación electrónica de fecha 25 de septiembre de 2023, esta Dirección solicitó a la Entidad, remitir un informe del área usuaria mediante el cual, brinde el sustento por el cual el supuesto de penalidad N° 12 no sería una penalidad por mora, caso contrario, suprimir dicha penalidad.

En respuesta, mediante Informe Técnico N° 183-2023-EGIP, de fecha 26 de setiembre de 2023¹⁰, la Entidad señaló lo siguiente:

"Del análisis realizado a la tabla de penalidades, la penalidad relacionada a "incumplimiento o la calidad en la ejecución del servicio", se advierte que dicha situación resultaría en un retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto de contrato, correspondiendo a la Entidad aplicar la pena por mora.

Por lo expuesto se procede a suprimir dicha penalidad."

Dicho lo anterior, se aprecia que la Entidad habría indicado que, el supuesto de penalidad N° 12 resultaría en una penalidad por mora, por lo que dispuso suprimir la misma.

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

- Se **suprimirá** en el acápite 24 "tabla de otras penalidades", contenido en el numeral 3.1 "términos de referencia" del Capítulo III de las Bases integradas definitivas, **la penalidad N° 12**, conforme a lo siguiente:

N°	SUPUESTO DE APLICACIÓN DE PENALIDAD	FORMA DE CÁLCULO	PROCEDIMIENTO
12	INCUMPLIMIENTO O CALIDAD EN LA EJECUCIÓN Por no ejecutar la carga de trabajo en la fecha establecida o dejarla abandonada o mal ejecutado. La penalidad será por ocurrencia y por día de demora hasta su cumplimiento.	5%UIT	Numeral 3

- Se **dejará sin efecto** todo extremo del Pliego, las Bases o Informe Técnico que se opongan a las precedentes disposiciones.

4. CONCLUSIONES

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

¹⁰ Recepcionado mediante Trámite Documentario N° 2023-25279350-LIMA, de fecha 27 de setiembre de 2023

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 Un vez emitido el pronunciamiento y registrada la integración de Bases Definitiva por el OSCE, corresponderá al comité de selección **modificar** en el cronograma del procedimiento, las fechas de 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, 5 de octubre de 2023

Códigos: 6.1 y 12.6