

La importancia de saber pedir

A propósito del requerimiento en los actos preparatorios de las compras públicas

Roberto Carlos **BENAVIDES PONTEX*** **

RESUMEN

En el presente artículo, el autor realiza un análisis profundo del impacto que tiene la determinación adecuada del requerimiento en el cumplimiento de la finalidad pública, señalando que constituye la piedra angular en la contratación pública. Asimismo, efectúa una comparación entre el régimen de la contratación pública y el régimen de la reconstrucción con cambios a fin de comprender los alcances del requerimiento especial. Adicionalmente, hace referencia a la evolución del tratamiento normativo que han tenido las opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado. Finalmente, el autor efectúa un análisis de los diversos cambios que han sufrido el valor estimado y el valor referencial.



MARCO NORMATIVO

TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado (D.S. N° 082-2019-EF): *passim*.

Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado (D.S. N° 344-2018-EF): *passim*



PALABRAS CLAVE: Georreferenciación / Actos preparatorios / Requerimiento / Requerimiento especial / Expresión de interés / TDR / EETT / Expediente técnico / Modificaciones sustanciales / Constantes cambios normativos / Opiniones de OSCE / Compras públicas /

Piedra angular de la contratación pública / Cadena de abastecimiento / Estudio de posibilidades de mercado / Indagación de mercado / Valor Estimado / Valor Referencial / Órgano encargado de las contrataciones / Área usuaria

Recibido: 27/09/2019

Aprobado: 07/10/2019

INTRODUCCIÓN

A fin de dar inicio al presente artículo de investigación, a continuación, describiremos un caso hipotético como ejemplo.

* Agradecimientos por su valiosa colaboración en la elaboración del presente artículo a la Dra. Mary Carmen Ríos Vidalón y a Frans Pariona Caja.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y con estudios de maestría en Derechos Humanos y Resolución de Conflictos por el Centro de Altos Estudios Nacionales (CAEN). Con diversos postgrados en Gestión de las Contrataciones con el Estado en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP y Universidad ESAN. Postgrados en Arbitraje en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y de Arbitraje Comercial Internacional y de Inversión en la American University Washington College of Law.

Una entidad pública, a cargo de la ejecución de vías en el país, (en adelante, la **Entidad**) firmó un contrato con el **Consorcio Vial de Bambasana** (en adelante el **Consorcio**) para la “Elaboración del estudio definitivo para la construcción del camino vecinal entre el Centro Poblado de bambasana y Paraje Yimay”.

Es decir, el **Consorcio** será el que elabore el documento que en un futuro será denominado como el “expediente técnico de obra”, el cual será indispensable para la posterior ejecución de la obra.

Una vez producida la entrega de terreno, el **Consorcio** solicitó la remisión del perfil del proyecto a la **Entidad** pues resultaba indispensable para el inicio de los trabajos, al tratarse de una obra de construcción y que no se tenía ninguna referencia sobre el trazo del proyecto; ello motivó que la **Entidad** solicitó la copia del estudio del perfil del proyecto a la Municipalidad Distrital de Bamba (en adelante, la Municipalidad), que se encontraba a cargo de la elaboración del referido estudio de perfil.

Asimismo, la **Entidad** solicitó información sobre las vías de acceso y del puente que se colocaría sobre el río Yimay.

Posteriormente, la **Entidad** cumplió con entregarle al **Consorcio** el mencionado estudio de perfil; sin embargo, el **Consorcio** refirió que no se advertían las coordenadas del inicio y fin del tramo, información de vital importancia para la elaboración del expediente técnico de obra; ello motivó que la **Entidad** solicite los puntos georreferenciados del trazo y/o los planos correspondientes en formato físico legible a la Municipalidad.

Por conducto notarial, el **Consorcio** requirió a la **Entidad** que cumpla con entregar el trazo geométrico georreferenciado del perfil y el diseño vial con sus correspondientes coordenadas UTM a fin de continuar con los

trabajos de elaboración del estudio, otorgándole un plazo de cinco (5) días. La **Entidad** señaló que cumplió con remitirle el referido estudio de perfil.

No obstante, el **Consorcio** decidió resolver el contrato, alegando un incumplimiento de obligaciones por parte de la **Entidad**, lo cual finalmente motivó a que se iniciara un arbitraje.

Cabe precisar que el ejemplo antes descrito, lamentablemente coincide muchas veces con casos reales, siendo el común denominador la falta de determinación del lugar de **georreferenciación** para el inicio del estudio y elaboración de un expediente técnico de obra; y, de este modo, se perjudica la futura ejecución de la obra.

Por ello, el actual Reglamento de Contrataciones con el Estado (en adelante, RLCE) ha concebido la inclusión de la georreferenciación en los requerimientos que deben ser elaborados por las entidades cuando se trate de obras y consultorías de obras.

Cabe resaltar que, si bien lo antes descrito nos podría parecer obvio, lógico y elemental, sin embargo, a lo largo de los años, para la mayoría de los funcionarios a cargo de elaborar los requerimientos en diversas entidades públicas no lo ha sido, motivo por el cual se hizo necesario que se efectuara la inclusión normativa antes comentada.

En el presente trabajo, nos centraremos en algunas modificaciones sustanciales que se han realizado al requerimiento y parte de las actuaciones preparatorias, siendo esta etapa la piedra angular de una buena gestión de las contrataciones con el Estado.

Es importante anotar que ante la deficiente elaboración del requerimiento, existen altas probabilidades que se presenten diversos problemas en la ejecución de un contrato público.

I. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Para poder entender a cabalidad la parte esencial de actos preparatorios debemos realizar primero una mirada retrospectiva, para lo cual desarrollaremos a continuación la evolución de la normativa de contrataciones con el Estado.

Debemos precisar que el Régimen General de las Contrataciones con el Estado está actualmente regulado por la Ley N° 30225 con las dos modificatorias que ha sufrido; sin embargo, este no es el único régimen, sino que actualmente contamos con más de cincuenta (50) regímenes especiales de contratación pública¹.

Es importante señalar que el Perú no es el único país donde ocurre esta situación, por ejemplo en Colombia, parafraseando a

(Benavides, 2014), señalamos que la Corte Constitucional avaló la existencia de los regímenes especiales puesto que la Ley N° 80/93, ley que regula las compras públicas, tiene la naturaleza de un estatuto general, mas no único.

Para fines de este artículo nos centraremos en la norma general, es decir, la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, LCE), solo mencionaremos al régimen correspondiente a la Reconstrucción con Cambios en cuanto a lo referido a la figura de “expresión de interés” a fin de comprender lo señalado por la Vigésimo Segunda Disposición Complementaria Final del RLCE, comparando ambos regímenes.

La evolución de la norma de contrataciones con el Estado es la siguiente²:

NORMA	FECHA PUBLICACIÓN	VIGENCIA
Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento	11 de julio del 2014	La LCE sigue vigente, pero con 2 modificatorias El RLCE estuvo vigente desde el 9 de enero del 2016 al 2 de abril del 2017
D.S. N° 350-2015-EF	10 de diciembre del 2015	
D.L. N° 1341, Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento	7 de enero del 2017	Este cambio normativo entró en vigencia desde el 3 de abril del 2017 al 29 de enero del 2019
D.S. N° 056-2017-EF	19 de marzo del 2017	
D.L. N° 1444, Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento	16 de setiembre del 2018	Este cambio normativo se encuentra vigente desde el 30 de enero del 2019 hasta la actualidad
D.S. N° 344-2018-EF	31 de diciembre del 2018	Hasta la actualidad
Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado (D.S. N° 082-2019-EF)	13 de marzo del 2019	Hasta la actualidad

Cuadro de Elaboración Propia

1 Sobre el particular podemos señalar que entre los regímenes más conocidos de contratación pública se cuenta con los Decretos de Urgencia, el D.U. N° 048-2011 y el D.U. N° 054-2011, asimismo, las compras que realiza el programa de alimentación escolar, conocido como Qali Warma, así como las compras que realiza la Autoridad de Reconstrucción con Cambios (ARCC), la cual modificó su Reglamento el 23 de agosto del 2019, además de otros regímenes existentes.

2 Se puede mencionar que los cambios realizados por el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Legislativo N° 1444 han realizado modificación en más de un 50 % del articulado original de la Ley N° 30225.

Como se puede apreciar, se han suscitado constantes cambios normativos³, lo cual genera una inestabilidad entre los diversos actores de las compras públicas, cabe recordar que actualmente se implementará el Sistema Nacional de Abastecimiento⁴ (en adelante, SNA), el mismo que intenta generar un orden más armónico del Sistema Integral de Compras Públicas con el Sistema Nacional de Inversión Pública, en el marco de la modernización del Estado, o como lo señala el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1039, generar una integración intersistémica.

No obstante, si bien es cierto que se intenta armonizar el Sistema Integral de las Compras Públicas, cabe preguntarse si el Ministerio de Economía y Finanzas, responsable de todo este Sistema de Contratación Pública, tiene realmente una política pública clara sobre la materia o si es que se encuentra regulando de forma reactiva los diversos escándalos que se han presentado.

Podemos apreciar que el tema se torna interesante y que el objetivo del SNA resulta bastante loable.

En la legislación comparada en materia comparada podemos parafrasear a Benavides

(2014), quien señala que en Colombia la reglamentación de los contratos públicos presenta un panorama complejo e inestable, en el que la improvisación de decretos se manifiesta con su sustitución apenas estos se encuentran publicados; como se aprecia es un caso similar al que tenemos en nuestra legislación.

II. RELEVANCIA DE LAS OPINIONES EMITIDAS POR EL OSCE

En más de una oportunidad se ha escuchado que se hacen distintas menciones a las opiniones que emite el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (en adelante, OSCE), en el literal n) del artículo 52 de la LCE se señala que estas versan sobre el sentido y el alcance de la normativa de contrataciones; sin embargo, salta la duda de si las mismas tienen o no el carácter vinculante para los operadores de la norma, esto debido a los constantes cambios que ha sufrido la norma.

Para iniciar esta parte debemos mencionar que no es la primera vez que se genera esta discusión respecto de si las opiniones carecen o no de relevancia dado que, ante tanto cambio normativo, las opiniones han tenido diversos tratos⁵; sin embargo, actualmente la Tercera Disposición Complementaria Final

3 Los cambios normativos de los últimos tiempos se han regulado en virtud de graves sucesos como los actos de corrupción realizados por la constructora brasileña Odebrecht, así como la investigación "Lava jato", en la cual intervienen otras empresas de origen brasileño que llevaron a cabo diversos proyectos de infraestructura en el Perú. Esta investigación tuvo su origen en Brasil y afectó a diversos países en Sudamérica. Asimismo, se puede mencionar como otra variable que, en gran medida, los cambios normativos en materia de contrataciones con el Estado son atribuibles a los constantes cambios de gobiernos que ha sufrido el país, ya que se tiene la errada percepción de que al modificar la norma se podría gatillar la agilización de la ejecución de los proyectos, lo cual es totalmente errado; y con ello se viene afectando la predictibilidad de la norma de contrataciones con el Estado.

4 El Decreto Legislativo N° 1439 concerniente al nuevo Sistema Nacional de Abastecimiento se publicó dentro del mismo paquete normativo, incluido el Decreto N° 1444 (el mismo que modifica la Ley N° 30225). Se debe de tener en consideración que aun cuando se retrasó la publicación de su reglamento, la lectura del D.L. N° 1439 se hace obligatoria para los operadores de la norma de contrataciones en virtud de que la Dirección General de Abastecimiento será la encargada de certificar a los responsables de la Gestión de Abastecimiento Público. Asimismo, se debe de recordar que su entrada en vigencia es en octubre del 2019.

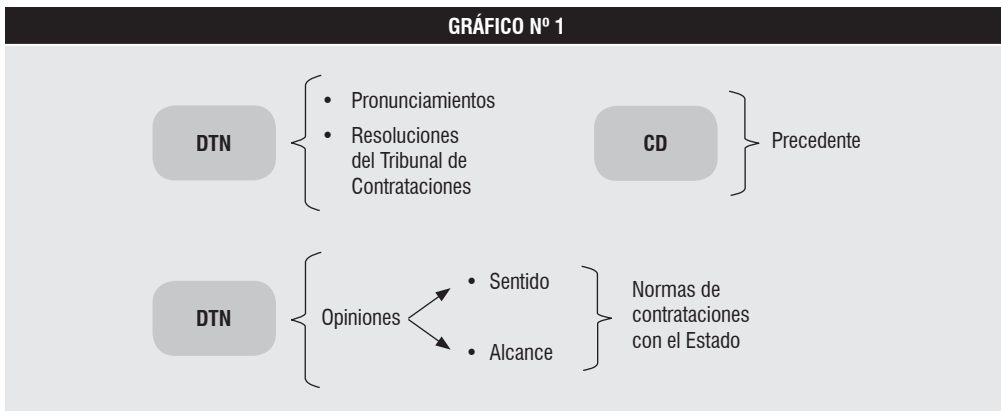
5 En esta discusión entra a colación con la **Opinión N° 211 del año 2017**, la misma que menciona el carácter vinculante de las opiniones emitidas por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, dándole forma imperativa al uso de las opiniones para los actores involucrados en las compras públicas. La vigencia de dicha opinión se dio durante el periodo de vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, siendo la cuestión si la misma continúa vigente o no con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1444.

de la LCE hace mención de los precedentes administrativos, los mismos que son aprobados por el Consejo Directivo del OSCE.

En este punto es preciso aclarar que según la estructura orgánica del OSCE, las áreas que emiten los precedentes administrativos⁶ son tanto el Tribunal de Contrataciones con el Estado (en adelante, TCE), mediante las resoluciones, y la Dirección de Gestión de Riesgos (en adelante, SIRC) a través de sus pronunciamientos, esto debido a que en ambos supuestos se parte de la premisa de casos en concreto que llegan a su esfera de competencia y sobre los cuales se resolverá bajo el mismo criterio en casos futuros.

Siguiendo la labor interpretativa de ese artículo, a renglón seguido se señala que en la actualidad la Dirección Técnica Normativa del OSCE (en adelante, DTN), que se encarga de absolver el sentido y alcance de la normativa de contrataciones con el Estado a través de la emisión de las opiniones, es el área responsable de seleccionar y de presentar al Consejo Directivo la propuesta para la emisión del precedente administrativo; es decir, presenta tanto los pronunciamientos como las resoluciones del TCE.

A continuación, podemos apreciar un cuadro que resume lo antes señalado:



Elaboración propia

En nuestra opinión, podemos concluir que si bien las opiniones que emite la DTN sobre el sentido y alcance de la normativa en contrataciones con el Estado no revisten la naturaleza de precedente de observancia, cobran relevancia jurídica y resultarían vinculantes para todos los actores involucrados de la compra pública.

Sin perjuicio de lo anterior, parafraseamos lo señalado por Cairampoma Arroyo (2014), quien define a la práctica administrativa como la forma a través de la cual las entidades públicas efectúan una interpretación normativa; teniendo en cuenta ello, se podría decir que las opiniones revisten el carácter de práctica administrativa,

6 El precedente administrativo se puede definir como la predictibilidad que tiene la Administración Pública en su actuación frente a ciertos hechos posteriores en razón a las decisiones tomadas en un caso particular. Para mayor abundamiento en la definición, véase Alberto Cairampoma (2014).

siendo además una fuente del Derecho Administrativo.

III. EL REQUERIMIENTO COMO PIEDRA ANGULAR EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Habiendo hecho alusión a las diversas modificaciones normativas, podemos entrar a la parte más importante del proceso de contratación pública, consistente en la correcta elaboración y la determinación del requerimiento, constituyéndose en la base del pedido de la compra pública, y debiendo encontrarse ahora en armonía con el SNA, mediante el cual se establece una programación multianual de bienes, servicios y obras para obtener una adecuada gestión de la cadena de abastecimiento.

Sin entrar en detalle sobre el Cuadro Multianual de Necesidades, establecido en el Reglamento del SNA, podemos mencionar que los requerimientos se establecen en virtud de satisfacer las necesidades que tiene cualquier entidad para que pueda desarrollar sus finalidades públicas. Por ejemplo, la compra de aparatos médicos para un hospital categoría III, lo cual servirá para brindar una atención adecuada y oportuna a la población de su competencia.

El encargado de elaborar el requerimiento⁷ debe conocer qué es lo que quiere de forma casi exacta para que se pueda incluir toda la información necesaria en el requerimiento de forma objetiva, precisa y se cuente con las características o los requisitos funcionales del objeto de la contratación.

La norma indica que el área usuaria (en adelante, AU), en principio, cumple la función de realizar la elaboración del requerimiento; sin embargo, parafraseando a Ireijo (2019) por especialidad y función, se puede canalizar que la elaboración del requerimiento se encuentra a cargo de otras dependencias, como por ejemplo en el caso de la compra de computadoras para el área jurídica de una entidad, que en este caso sería la AU, pero por un tema de especialidad, el área a cargo de formular dicho requerimiento para tal compra en particular será el área de sistemas de dicha entidad.

Asimismo, se debe tener en cuenta si el objeto de la contratación es un servicio, la denominación aplicable del requerimiento serán los Términos de Referencia⁸ (en adelante, TDR), debiendo especificarse que estos TDR se utilizan cuando nos encontramos frente a una contratación de servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra, contando cada uno de estos con una particularidad; siendo por ejemplo que en el caso de consultoría, la AU deberá suministrar la información básica de las actividades que llevarán a cabo proveedores a fin de facilitar la futura preparación de ofertas.

La inexistencia o deficiente información de las actividades a desarrollar por el consultor en los TDR puede conllevar futuras contingencias entre la entidad y el contratista.

De otro lado, si el objeto de la contratación es un bien o el suministro de un bien, la denominación aplicable serán las Especificaciones

7 Las definiciones del requerimiento pueden ser encontradas en el Anexo N° 1 de las definiciones que se encuentran al final del RLCE, aprobado mediante D.S. N° 344-2018-EF. Asimismo, tanto en el artículo 16 de la LCE define el requerimiento y, de igual forma, el artículo 29 del RLCE.

8 Los términos de referencia se encuentran también en el Anexo de definiciones anteriormente señalado, además se debe precisar que la descripción de los TDR incluye los objetivos, metas o resultados y la extensión del trabajo que se encomienda puesto que se debe contar con los alcances del servicio de consultoría y su relación con la finalidad pública que se pretende cubrir.

Técnicas⁹ (en adelante, EETT); en este documento, se establecerán las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien que será contratado, como por ejemplo cuando quieras efectuar una compra de un microondas en una tienda por departamento por medio de internet y desear conocer sus especificaciones técnicas, en las cuales se podrán advertir las diversas características del producto, desde el tamaño del equipo hasta su potencia.

Por último, el requerimiento puede nacer para un tema más complicado como la ejecución de una obra, para ello será necesario contar con el Expediente Técnico de Obra¹⁰, el cual comprende una serie de documentos que han sido elaborados por un consultor de obra, con la participación de diversos profesionales, como los ingenieros civiles, sanitarios, eléctricos, estructurales, entre otros.

Entonces, podemos señalar que un requerimiento es de responsabilidad de la AU y debe asegurarse la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores.

Por ello, el requerimiento debe ser elaborado de la forma más objetiva posible, evitando que se planteen exigencias que atenten contra los principios de la norma de contrataciones.

Sin embargo, en nuestra experiencia hemos podido advertir que muchas veces ocurre todo lo contrario, vulnerándose lo establecido por los principios, siendo las vulneraciones más recurrentes las que atentan contra el principio de libertad de concurrencia y el principio de competencia; en dichos casos los requerimientos plantean exigencias desproporcionadas o irrazonables en relación con el objeto contractual, siendo la consecuencia principal que un solo proveedor cumpla con los requisitos para participar en la compra pública; y de esta forma, se configura un direccionamiento de la contratación desde el requerimiento, lo cual debe ser deterrado de raíz.

Otro factor importante del requerimiento y que se encuentra en estrecha vinculación con el principio de competencia es el referido a no hacer referencia a una marca, patente, procedimiento de fabricación entre otras características que traigan como consecuencia el direccionamiento o generación de una distorsión en el proceso de contratación.

Ahora bien, la normativa prevé algunas excepciones, una de ellas está referida al proceso previo de estandarización¹¹. Otra excepción es la referida al trato diferenciado de los requerimientos en materia de educación, tales como material bibliográfico, siendo esta una

9 Las mismas también se encuentran en el Anexo de definiciones, en dichas EETT se deben incluir las cantidades, calidades y condiciones de la ejecución de la prestación.

10 El expediente técnico de obra comprende la memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación de presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios. Todos estos documentos que comprende el expediente técnico de obra son los mínimos e indispensable con los que se cuenta; el proyectista puede considerar un mayor número de documentos, dependiendo de la especialidad de la obra a ejecutar.

11 Sobre el particular, cabe mencionar que la estandarización es un procedimiento mediante el cual una Entidad con base en la existencia previa de una infraestructura o equipamiento, tales como maquinarias, equipos entre otros, cuya funcionalidad u operatividad solo es posible mediante la implementación de bienes de determinada marca, efectúa la precisión en el requerimiento de dichas marcas.

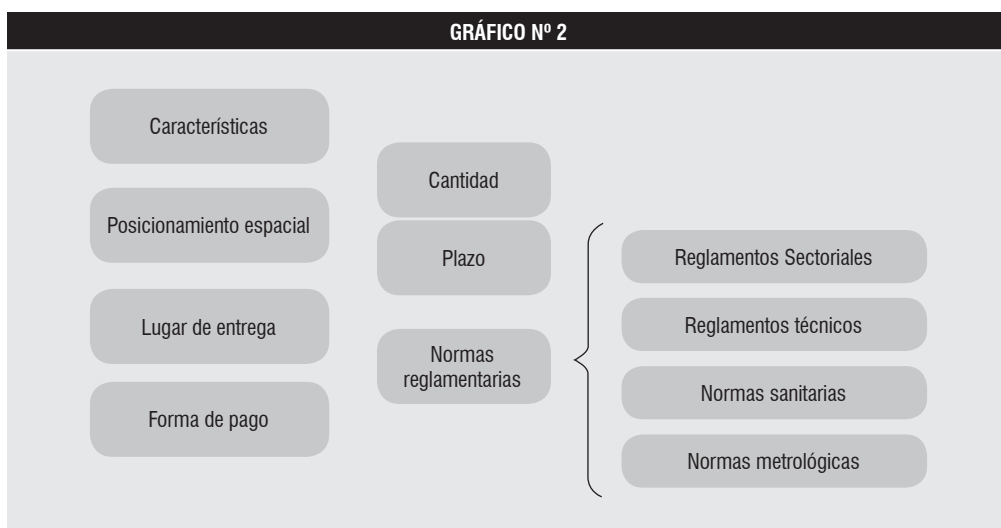
En la misma línea de lo anteriormente señalado, mediante la **Opinión N° 116-2017**, OSCE refiere que, si la AU hará referencia a determinadas marcas en el requerimiento, de forma previa, deberá efectuar el procedimiento de estandarización. Adicionalmente, se debe indicar que de forma excepcional, **solo en los casos de obras**, tales como el mejoramiento o ampliación de una infraestructura, entre otros, se puede hacer referencia a determinadas marcas en el expediente técnico a fin de no afectar a los sistemas que vienen funcionando, como por ejemplo los sistemas contra

práctica internacional común, por ejemplo, en las compras realizadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Cabe precisar que en estos casos se deberá motivar, de forma objetiva, las razones por

las cuales se está efectuando un trato diferenciado, por ejemplo, por cuestiones referidas al plan curricular educativo.

En el siguiente cuadro podremos advertir los elementos esenciales del requerimiento.



Elaboración propia.

1. Requerimiento especial (Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final)

Sobre el particular, la norma toma una posición especial con relación a los requerimientos y su fase técnica, como política legislativa se desea evitar que, a través de las consultas y las observaciones dentro del procedimiento de selección, se ponga en

discusión la parte técnica del requerimiento, ya sea en las EETT, TDR o en el Expediente Técnico.

El legislador ha adoptado por un esquema similar al regulado en otro régimen de contratación pública (Reconstrucción con Cambios), en el que mediante la denominada “expresión de interés”¹² durante la etapa de

incendios, sistemas de aire acondicionado, etc. Lo antes descrito se puede advertir en la **Opinión N° 176-2018**.

12 Mediante el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM del 6 de julio del 2018 se publicó el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial de la Reconstrucción con Cambios. Cabe recordar que es la segunda regulación en relación a los fenómenos climatológicos que afectaron al Perú a inicios del 2017, el primer régimen trató de acortar plazos mediante de los procesos de compra mediante el uso del procedimiento de selección de la Adjudicación Simplificada, independientemente del monto de la contratación; sin embargo, no tuvo en consideración la cantidad de consultas y observaciones que efectuarían los participantes, desbordando la capacidad de atención de las entidades, lo cual constituiría un impedimento de tal magnitud que afectó la continuación con fluidez del procedimiento de contratación; motivo por el cual, se aprobó este nuevo reglamento a fin de agilizar los procesos de contratación para cumplir con el Plan de la Reconstrucción con Cambios. La expresión de interés y su procedimiento de consultas y observaciones se encuentran regulados por los artículos 7, 8 y 9 del citado Reglamento y desde el 23 de agosto se ve el 9-A.

formulación del requerimiento, las entidades efectúan la difusión de las necesidades de contratación para determinar precisamente el contenido del requerimiento, los proveedores pueden presentar consultas técnicas sobre la “expresión de interés”, siendo que la AU deberá absolver las mismas de forma escrita y presencial. De esta manera se evita que el requerimiento sea modificado durante la etapa de consultas y observaciones del procedimiento de selección.

Sobre el particular cabe traer a colación dos puntos, el primero referido a que la denominación “expresión de interés” es idéntica a la usada en el procedimiento de selección de Consultores Individuales, regido por la LCE; y, segundo que con la última modificatoria de la expresión de interés se entiende que se le otorga mayores facultades a la AU con relación a la elaboración de la expresión de interés.

En el caso contemplado por la Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final, las entidades realizan la difusión del requerimiento de la AU a fin de perfeccionarlo, los participantes pueden efectuar las consultas y observaciones respectivas en una única oportunidad, y estas deben ser absueltas por la AU de forma escrita y presencial.

Es importante señalar que este sistema especial se encuentra restringido a ciertas entidades, no pudiendo ser usado, por ejemplo, por las municipalidades provinciales, distritales o Gobiernos Regionales.

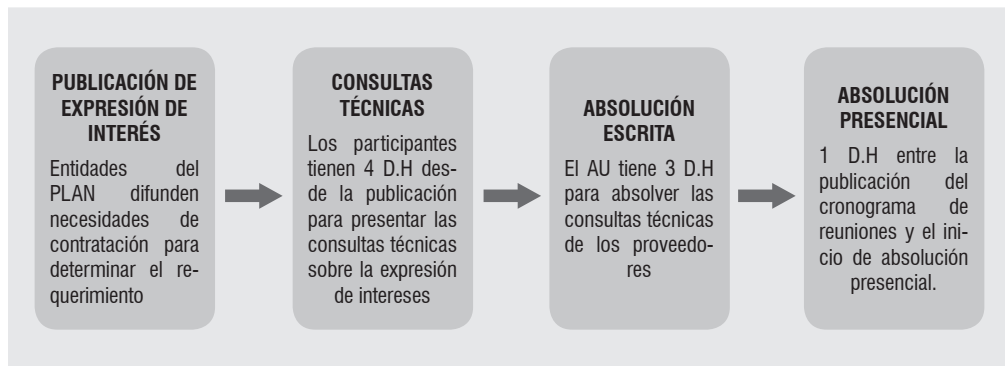
Adicionalmente, cabe resaltar que este procedimiento especial es facultativo, no siendo obligatorio para las entidades que se encuentran mencionadas en dicho artículo.

Dentro de las similitudes entre este requerimiento especial y la expresión de interés de la Reconstrucción con Cambios, encontramos que ambos tienen una única fase para poder pronunciarse sobre las características técnicas de los requerimientos, además de contar con una especial participación del Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC); y, finalmente, una absolución presencial de los cuestionamientos.

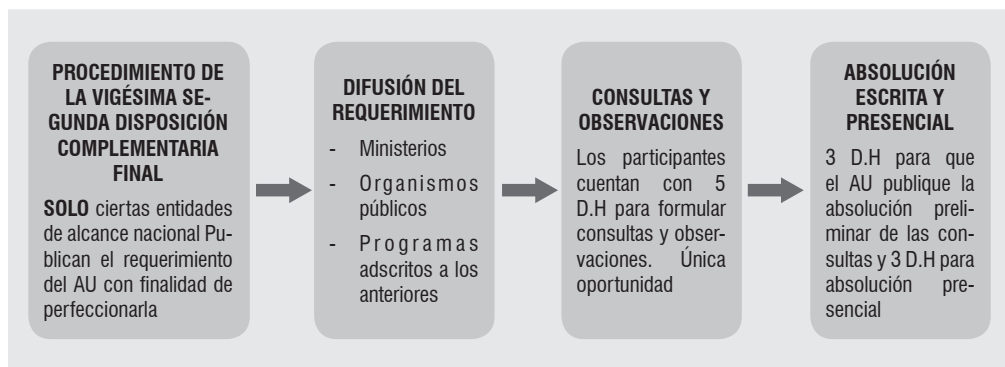
Finalmente, cabe mencionar dos temas, el primero referido a que en el Reglamento de la Reconstrucción con Cambios, en su primera Disposición Complementaria Final, se dispone que la LCE y el RCLE se aplican de forma supletoria, en cuanto no contravenga la Ley y el Reglamento de la Reconstrucción con Cambios; y, en segundo lugar, en la última modificatoria del Reglamento de la Reconstrucción con Cambios se acaba de incorporar la Quinta Disposición Complementaria Final, mediante la cual se establece la figura de las “consultas” a través de la cual se absolverán las interrogantes referidas a los alcances normativos de la Reconstrucción con Cambios; en otras palabras, tendrán un mecanismo similar al de las opiniones del OSCE.

Mediante los siguientes cuadros podrán advertir, en primer lugar, el procedimiento comentado de la expresión de interés de la Reconstrucción con Cambios; y, en segundo lugar, se podrá apreciar el procedimiento establecido por la Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final. Tal como se evidencia, son procedimientos similares que vale la pena apreciarlos en su conjunto ya que, al parecer, el sistema particular de la reconstrucción viene funcionando con éxito.

1.1. Expresión de Interés



1.2. Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final



Elaboración propia.

Por último, con relación al requerimiento especial regulado por el RLCE se puede hacer mención de lo desarrollado mediante la Opinión N° 139-2019 OSCE, señalándose que, tanto la LCE como el RLCE no contemplan la posibilidad de que se deje sin efecto las situaciones acontecidas durante el procedimiento de difusión del requerimiento; asimismo, en caso concluya la etapa de difusión del requerimiento; y, a pesar de ello, la Entidad modifica dicho requerimiento, en aplicación de los principios de eficiencia y eficacia, la Entidad cuenta con dos alternativas: i) convocar el procedimiento de difusión nuevamente con los cambios introducidos; o, ii) convocar el procedimiento de selección con el requerimiento modificado.

IV. INDAGACIÓN DEL MERCADO (EX EPOM)

Como podemos apreciar en el presente artículo, debemos tener en consideración otro cambio sustancial referido al famoso Estudio de Posibilidades del Mercado (en adelante, EPOM); actualmente la norma considera que el Órgano Encargado de las Contrataciones (en adelante, OEC) es quien tiene en sus manos la responsabilidad de interactuar con el mercado. Así, entre sus funciones tiene a su cargo determinar el valor estimado o valor referencial, lo cual desarrollaremos a continuación, ambos son de vital importancia pues al determinarlos se puede conocer el tipo de contratación que realizará la Entidad para cumplir su finalidad pública; además,

coadyuva a determinar si se cuenta con la pluralidad de postores, así como de marcas.

1. El valor estimado y valor referencial

Con las reformas que se introdujeron con la Ley N° 30225 se buscó cambiar la perspectiva de las compras públicas, en la cual se priorice la finalidad pública, según Hernández (2015), se introdujo como elemento esencial a relación con la gestión por resultados, siendo de relevancia el rol del sector privado puesto que es el que finalmente contribuye con el cumplimiento de la finalidad pública.

En ese sentido, debemos traer a colación las idas y venidas en la política legislativa en cuanto a la materia de contrataciones con el Estado, esto debido a que la Ley

N° 30225 trajo consigo el novísimo “Valor Estimado”, lo cual responde a la necesidad de que el OEC efectúe una estimación adecuada del objeto de la contratación, definiendo el valor estimado que tendrán los procesos de selección.

Sin embargo, el valor estimado no siempre se ha mantenido en la LCE Y RLCE, sino que a raíz de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 1341 se optó por retroceder en la legislación, y solo se contempló el valor referencial, tal como era costumbre en el antiguo Decreto Legislativo N° 1017; siendo que con el Decreto Legislativo N° 1444 nuevamente se vuelve a incorporar, tal y como se muestra en el siguiente cuadro comparativo de las referidas normas.

LEY N° 30225	LEY N° 30225 + D.L. N° 1341	LEY N° 30225 + D.L. N° 1444
Se contempla lo siguiente: Valor Estimado para: Bienes y Servicios Valor Referencial para: Consultoría de Obras y Obras	Se elimina el Valor Estimado Se utiliza el Valor Referencial para todos los Procedimientos de selección: - Bienes - Servicios (Todos) - Consultorías de obras Obras	Se retorna al Valor Estimado para: Bienes y servicios Se considera de forma particular a los servicios de seguros patrimoniales. Valor Referencial para: Consultoría de Obras y Obras

Elaboración propia

Tanto el valor estimado como el valor referencial cuentan actualmente con sus particularidades. El valor estimado solamente es aplicable a las contrataciones de bienes y de servicios, con excepción de los servicios de consultoría de obras, para el cual, al igual que en los casos de obras, corresponderá aplicar el valor referencial.

Ahora bien, resulta importante, parafraseando a Hernández (2015), señalar que una ventaja que otorga el valor estimado es evitar el trabajo engorroso para el OEC de realizar un estudio exhaustivo sobre lo que ofrece el mercado, previo a cada proceso.

Cabe resaltar que una característica adicional del valor estimado es su carácter no público, lo cual no significa que sea de naturaleza secreta, sino que se ha optado por considerarlo como parámetro para la descalificación de ofertas. Distinto es lo que ocurre con el valor referencial que, de forma regular, es público, pero también puede ser reservado; en este último caso, el OEC fundamenta tal decisión con un informe, el mismo que se adjuntará al expediente de contratación.

Asimismo, el valor estimado puede ser actualizado, pero solo hasta antes de efectuar la convocatoria puesto que este valor será

secreto hasta el otorgamiento de la buena pro. Esto debido a que el comité de selección, dentro de sus facultades, puede observar el valor estimado, solicitando información a las áreas encargadas de la entidad para poder dilucidar cualquier incertidumbre a fin de elaborar de forma correcta los documentos de selección¹³.

Sobre el particular, creemos que se debe realizar una profunda labor de determinación tanto del valor estimado como valor referencial para que estos sean lo más cercano a la realidad en cuanto al objeto de la contratación ya que se puede tener resultados opuestos a los que necesita la entidad, llegando a tener la terrible consecuencia que no pueda cumplir con su finalidad¹⁴.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo, se ha hecho referencia de algunos de los aspectos más relevantes del requerimiento, los mismos que deben ser llevados con la diligencia debida a fin de evitar futuros conflictos con los contratistas y que se cumpla con la finalidad pública.

Asimismo, debemos señalar que el cambio normativo constante no favorece a los actores involucrados en las contrataciones con el Estado, siendo lo ideal contar con una

política pública en esta materia que no solo sea coherente con todos los sistemas administrativos, sino que no varíe por puro antojo del legislador.

Por último, debe indicarse que al contar con mayor la información disponible y realizarse las investigaciones que correspondan al momento de realizar la determinación del requerimiento como parte de los actos preparatorios, llevará a mejores resultados en la Administración Pública y compras públicas exitosas.

Referencias

- Benavides Russi, J. (2014). *Contratos públicos: Estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cairampoma Arroyo, A. (2014). La Regulación de los Precedentes Administrativos en el Ordenamiento Jurídico Peruano. *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (73), 484-504.
- Hernández Díez, S. (2015). Apuntes sobre la reforma en materia de contratación pública. *Revista Derecho y Sociedad* (44), 99-107.
- Ireijo Mitsui, C. (2019). *Actuaciones Preparatorias*. Jurista Editores, Comentarios al T.U.O de la Ley de Contrataciones del Estado. 173-187

13 En este sentido, cabe señalar, tal como se desarrolla en la **Opinión N° 65-2017**, que en los casos de los procedimientos de selección que tengan el valor estimado, los participantes no pueden realizar consultas ni observaciones ya que no tienen acceso al mismo.

14 Cabe señalar que efectuar una mala estimación tanto del valor referencial como valor estimado puede motivar la no presentación de ofertas por parte de los postores, lo cual conllevaría a una posible declaratoria de desierto del procedimiento de selección, tal como se desarrolla en la **Opinión N° 183-2016**.