

factores determinantes en nuestra legislación, aun cuando pueden servir como elementos informadores del grado de mala fe con la que actuó el funcionario administrativo, y eventualmente, hacer que su conducta califique en otras previsiones legales de mayores consecuencias jurídicas que las meramente administrativas.

- a. La identidad de objetos contractuales. Para un sector doctrinario y legislativo la existencia del fraccionamiento hace necesario que los contratos desdoblados pertenezcan al mismo objeto contractual. No se trata de identidad de los objetos contractuales genéricos (por ejemplo, servicios no personales o bienes muebles), sino objetos específicos (por ejemplo, servicios de asesoramiento contable o confección de uniformes).

En nuestra legislación no resulta de aplicación esta exigencia, dado que el fraccionamiento se puede cometer para las adquisiciones de bienes o servicios complementarios entre sí.

- b. La concreción de una pluralidad de acuerdos. Un sector doctrinario hace depender la consumación del fraccionamiento de la concreción de, cuando menos, dos contratos o adquisiciones desdobladas, por considerar que solo aquí se perfecciona la voluntad deliberada de fragmentar los objetos contractuales.

Para nuestro ordenamiento este constituye un elemento posterior a la consumación del fraccionamiento, ya que este se perfecciona solo con la variación del procedimiento adquisitivo de uno complejo a otro más simple. Como resulta lógico, esta exigencia se cumple solamente con la primera adquisición realizada donde un objeto indivisible natural o jurídicamente ya ha sido desdoblado.

- c. La dimensión temporal para consumación del fraccionamiento. Como una derivación del elemento anterior, algunos ordenamientos —intentando objetivar más los elementos del fraccionamiento— han propuesto establecer un límite temporal previsible dentro del cual si se produce la pluralidad de contratos, se considera indebido, más no cuando el segundo contrato se produce transcurrido este tiempo. Por ejemplo, la legislación colombiana consideraba dentro del plazo entre tres y seis meses para que pudiera haber fraccionamiento; mientras las otras legislaciones que contemplan esta figura lo hacen delimitar con el periodo presupuestario.

En verdad, este elemento solo puede servir como un indicativo de la existencia del fraccionamiento, mas no un elemento constitutivo del

mismo. Una suerte de presunción *juris tantum* que nos indicaría que cuando dos contratos son realizados con un intervalo de tiempo sumamente breve permite suponer que tienden a la misma necesidad previsible, del mismo modo que si el segundo contrato se produce a los once o doce meses del anterior, permite inferirse *a priori* que responden a necesidades diferentes y no previsibles de la misma manera.

Sin embargo, creemos que no resulta recomendable esta previsión temporal ya que "(...) incorporar una regla invariable en el sentido de que este lapso deja a salvo a la Administración de toda responsabilidad en todo caso; e, incluso podría darse la situación inversa, de que aun un intervalo menor no haga incurrir en falta a la Administración bajo determinadas circunstancias"<sup>(380)</sup>.

- d. Identidad de partes contractuales vinculadas por contratos sucesivos. Finalmente, otra derivación de la exigencia de concretarse una segunda adquisición fraccionada es la que reciben algunos ordenamientos en el sentido que para su perfeccionamiento, debe ser el mismo contratista el adjudicatario de los contratos.

Para nuestra legislación este elemento más que constituir el fraccionamiento, constituye un indicador de concertación entre la Administración y el proveedor, no siendo determinante para la existencia del fraccionamiento.

#### 4.6. Clases de fraccionamiento indebido

Conforme a la práctica de nuestras entidades dentro del marco del régimen de contrataciones, podemos identificar la existencia de cuatro modos de fraccionamiento indebido en función de la manera en que son desdoblados los objetos contractuales que ameritarían procesos unitarios:

##### 4.6.1. Fraccionamiento del objeto contractual en sus componentes

Es la modalidad más común de fraccionamiento por la que se desdobra un bien, servicio u obra en sus elementos componentes para seguir procedimientos adquisitivos independientes. Así sucede si en vez de

(380) *Sig. Revista de la Contraloría General de la República*, Año XVI, Diciembre 1982, N° 33: San José de Costa Rica, p. 88.

adquirir un vehículo se adquieren por separado los diversos componentes del bien, y se integra por administración directa.

#### 4.6.2. Fraccionamiento de objetos contractuales homogéneos en subgrupos arbitrarios

Es una segunda modalidad de fraccionamiento indebido que consiste en la acción deliberada del funcionario que debiendo contratar un conjunto de bienes, servicios u obras homogéneos, artificialmente los desdobra en subgrupos para seguir procedimientos adquisitivos independientes. Así sucede si en vez de adquirir un lote de uniformes para el personal, se adquieren por separado clasificando subgrupos arbitrariamente de profesionales, secretarias, obreros, directivos, etc.

#### 4.6.3. Fraccionamiento por líneas o ítems complementarios entre sí

La tercera modalidad de fraccionamiento está constituida por el desdoblamiento de adquisiciones o contratos por bienes, servicios y obras complementarios que si bien son divisibles físicamente, por mandato legal deben ser adquiridos unitariamente. Serían ejemplos de fraccionamiento de este tipo si alguna entidad adquiere por separado materiales constructivos tales como tubos, cemento, arena, bloques, piedras, fierros, etc.; o equipos de oficina como sillas, mesas, tachos, archivadores, etc.

#### 4.6.4. Fraccionamiento por tipo de contratos

La cuarta modalidad es distinguir entre la naturaleza de servicios a adquirirse cuando, conforme a su naturaleza, responden a una misma necesidad unitaria. Por ejemplo, separar la parte de obra por un lado (reparación de una maquinaria) y de los servicios de mantenimiento de la misma maquinaria; o comprar equipos de cómputos (bienes) y el servicio de mantenimiento (servicios) por separado.

#### 4.6.5. Fraccionamiento de objeto contractual por periodo presupuestal

Esta modalidad de fraccionamiento no se produce en función de la separación de objetos contractuales inescindibles, como sucede con todos los demás casos; por el contrario, se produce en función de que el desdoblamiento efectuado por el funcionario entre dos periodos presupuestales, cuando el requerimiento responde a una necesidad unitaria. Por ejemplo,

si se trata de contratar un mismo bien o servicio u obra para satisfacer una necesidad continuada de la administración, pero distribuyéndola en periodos temporales (semestrales, bimensuales, trimestrales), e incluso distribuyéndola en dos periodos presupuestales subsecuentes (por ejemplo, comprar equipos de cómputo en diciembre y luego hacer la misma adquisición en febrero del siguiente año).

#### 4.6.6. Fraccionamiento por desdoblamiento en órganos administrativos adquirentes

Esta forma de fraccionamiento se produce cuando una entidad, para obtener un bien, servicio u obra de contratación agrupada o unitaria, lo desdobra entre varias unidades administrativas, de tal modo que aparenta que se trata de la satisfacción de necesidades diferentes. Así sucede cuando para atender las necesidades de sistema de cómputo central se adquieren los accesorios e implementos por unidades desconcentradas o zonales.

Lo central para la existencia de este fraccionamiento es que el uso o utilización de estos bienes, servicios u obras sean ajenos a las unidades administrativas que los adquieren, es decir, no atiendan sus necesidades directas.

#### 4.7. Consecuencias del fraccionamiento indebido

Como ha sido analizado, el fraccionamiento indebido es una acción logística prohibida expresamente por la legislación de la materia. Pero ¿cuáles son las consecuencias de la contravención a esta prohibición?

Al respecto, debemos recordar que toda acción administrativa prohibida genera consecuencias en dos niveles: en lo personal (para el funcionario que lo autorizó y ejecutó) y en la actuación administrativa misma (en el acto o contrato derivado de la contravención). Veamos cada uno por su orden.

El, o los funcionarios, que promueva, aprueba y ejecuta el fraccionamiento indebido incurre en un ilícito administrativo, por cuanto, con su actuar, no solo inobserva una prohibición sino que además ha distorsionado los procedimientos previstos para promover un contrato administrativo en la debida forma.

Esta responsabilidad se concretará en una sanción administrativa sobre su relación laboral del involucrado (amonestación, suspensión, destitución

o despido), a instancia de la propia Administración, o de alguna auditoría o acción de control, donde quede evidenciada esta acción indebida.

Ahora bien, las consecuencias sobre el contrato sobrevenido de este desdoblamiento indebido son un aspecto escasamente explorado entre nosotros. ¿Podría ser anulado un contrato surgido del desdoblamiento?

La legislación comparada es uniforme en el sentido de que todo contrato para cuya celebración se exija licitación pública o un procedimiento semejante será nulo cuando se celebren sin seguir dichos procedimientos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones correspondientes a quienes hubieren contratado en tales circunstancias, y de la eventual indemnización que la administración o sus funcionarios deban al adjudicatario por daño y perjuicio derivado de la anulación.

Frente a esta consecuencia podría alegarse la afectación injustificada del contratista, quien sería perjudicado en sus intereses y derechos de adjudicatario por una acción exclusivamente imputable de la propia Administración. No obstante ello, cabe tener en cuenta que los procedimientos licitatorios, sus montos, modalidades y exigencias de acumulación son de público conocimiento y amparados incluso en la presunción de conocimiento de la norma, por lo que los contratistas difícilmente pueden argumentar buena fe y perjuicio ilegítimo cuando son contratados bajo una modalidad que no le corresponde. Esta situación incluso puede agravarse cuando se trate de una concertación indebida entre la Administración y el contratista.

#### 4.8. Falso fraccionamiento

Por su parte estamos ante el falso fraccionamiento cuando las adquisiciones tienen la apariencia externa de estar frente a un fraccionamiento indebido, pero en realidad la contratación es perfectamente regular. Son ejemplos de falsos fraccionamientos:

- Las adquisiciones al mismo proveedor atendiendo a necesidades de bienes, servicios y obras de carácter homogéneo y que debieran ser adquiridos de modo conjunto, pero que el segundo atiende a necesidades imprevisibles *ab initio*.
- Las adquisiciones producidas por unidades desconcentradas de una entidad para su propio consumo o uso. La adquisición efectuada directamente por órganos desconcentrados para su consumo o utilización siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) contar con

capacidad para contratar cada órgano desconcentrados y autonomía administrativa; 2) contar con presupuesto propio de cada órgano desconcentrado; 3) uso o consumo de los bienes, servicios u obras por cada órgano desconcentrado.

- La contratación de un mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o realizados bajo circunstancias diferentes.
  - Cuando en virtud de un mismo contrato de ejecución diferida o de entregas periódicas, o cuyos fondos se reciban en diferentes tractos, se emitan varias órdenes para cada bien, servicio u obra, una por cada prestación o entrega.
  - Contratación de prestaciones complementarias dentro de los tres meses posteriores a la liquidación.
  - Contratación de prestaciones adicionales para alcanzar la finalidad del contrato original.
5. La organización administrativa y la aprobación del expediente de contratación

Cada entidad asigna a su interior las responsabilidades y competencias consiguientes para el procedimiento de selección tales como el titular de la entidad, que ejerce las competencias para aprobar, autorizar y supervisar los procesos de contrataciones del Estado; el área usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con la contratación; el órgano encargado de las contrataciones, a cargo de los actos de abastecimiento de la entidad y cuyos funcionarios deben ser debidamente certificados para dicha tarea; el comité especial<sup>(381)</sup>, que está encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridas por el área usuaria a través de determinada contratación.

(381) PANDO VÍLCHEZ, Jorge. "El comité especial en la regulación de contrataciones y adquisiciones del Estado: funciones, conformación y responsabilidades". En: *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico* N° 1, 2006, Grijley-AEDA, Lima, pp. 295-310; MARTÍN TIRADO, Richard. "Responsabilidad de los integrantes de los comités especiales. Límites de la discrecionalidad administrativa". En: *Actualidad Jurídica*. N° 133, diciembre 2004, Gaceta Jurídica, Lima.

En ese mismo aspecto interadministrativo cada entidad debe aprobar el expediente de cada contratación<sup>(382)</sup>, en el que debe identificarse, entre otros aspectos, la determinación del tipo de procedimiento contractual, la disponibilidad presupuestal, el estudio de mercado, la elaboración de términos de referencia, el expediente técnico (para obras), las bases o pliegos del proceso, el valor referencial y el valor estimado, los sistemas de determinación de precio, la obtención y disponibilidad del terreno donde se realizara la obra (exclusiva para obra pública).

#### 6. El estudio de mercado y el valor referencial. El precio testigo

Este documento constituye el análisis técnico y estratégico sobre el precio con el que se comercializan en el mercado los bienes, servicios u obras que requiere la entidad y se confirma la existencia de postores plurales y marcas. Asimismo, con el estudio de mercado se obtiene información sobre los bienes que puede ser sustitutos al requerido con la misma funcionalidad y sobre los factores de evaluación posibles a aplicarse para seleccionar al mejor postor. Del mismo modo, es posible obtener información sobre alternativas existentes de comercialización (por ejemplo, descuentos por volúmenes, disponibilidad de la prestación, mejoras posibles, etc.).

A partir de dicho estudio se determina el valor referencial y el valor estimado de las prestaciones de acuerdo con la normativa peruana, que deben incluir todos los costos, tributos, seguros, costos laborales, etc., y para mayor utilidad no puede ser desactualizado (actualidad: no mayor de 6 meses en el caso de obras, ni de 3 meses en bienes y servicios). Para fijar el valor referencial o valor estimado se deberá recurrir cuando menos a dos fuentes distintas: por ejemplo, presupuestos, cotizaciones, catálogos, estructura de costos, etc.

Respecto a la accesibilidad pública del valor referencial existen dos tendencias: aquella que plantea la necesidad de hacerlo conocido a los postores para que sepan que la propuesta será excluida si la oferta fuera excesiva o, incluso, predatoria. Esta opción tiene la crítica de dar señales

(382) CASTRO-POZO CHÁVEZ, Hildebrando. "El expediente de contratación estatal. Una de las herramientas para el gasto público eficiente". En: *Actualidad Jurídica* N° 172, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2008; ALVARADO, Karina. "El expediente de contratación y prepublicación de las bases". En: *Gestión Pública* N° 2, setiembre, 2007; AGUILERA BECERRIL, Zita. "La necesidad del expediente administrativo. Sus implicancias en las contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica* N° 155, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2006, pp. 27-29.

a los postores que les inhibe a competir a su precio real, pues intentan naturalmente aproximarse al valor referencial dado. Pero del otro lado, la alternativa de no mostrarlo (considerarlo solo como valor estimado) exige a los postores competir con precios reales; sin embargo, no impide las ofertas predatorias que deberán ser analizadas en cada caso cuidadosamente.

En nuestro ordenamiento, la Ley N° 30225 ha establecido la distinción entre valor estimado y valor referencial, manteniendo el valor referencial público para el caso de procesos de selección de obras y consultorías de obras, mientras que en los demás casos solo habrá un valor estimado reservado y solo tendrá por objeto determinar el tipo de procedimiento aplicable y la certificación presupuestal correspondiente.

#### 7. La disponibilidad presupuestal

El planteamiento es que antes del iniciar la convocatoria al proceso y durante la duración de este, la entidad cuente con el respaldo presupuestal suficiente para enfrentar los gastos que se prevé demandará el contrato. A dicho efecto, una vez que la entidad determine el valor estimado del contrato debe obtener del área especializada la certificación del crédito presupuestario respectivo.

Es la certificación que da la Oficina de Presupuesto garantizando que se cuenta con presupuesto suficiente en el año correspondiente y que permite asegurar los pagos a los contratistas que se seleccione. Cuando el gasto previsto comprometa años fiscales subsiguientes al de la convocatoria tanto porque la adjudicación se prevé realizar en el siguiente año como cuando se trate de un contrato de ejecución plurianual, la entidad, a través del responsable del Área de Administración, debe garantizar que se efectuará la programación presupuestaria correspondiente en los proyectos de presupuestos futuros.

Cuando se suscriba el contrato es que se afectarán los créditos presupuestarios en la suma necesaria comprometiendo preventivamente la correspondiente cadena de gasto con el compromiso correspondiente, para proceder en su oportunidad al devengado y pago.

#### 8. La estandarización de bienes y servicios

El principio de libre competencia en nuestro régimen de contrataciones estatales exige que las reglas de los procedimientos de selección fomenten una participación amplia, objetiva, imparcial y plural de postores

potenciales. Este principio haya su proyección central en el momento en que la entidad define las condiciones de las bases, los requerimientos técnicos mínimos del bien, servicio u obra a contratar, los factores de evaluación, el método de evaluación y calificación, pero indudablemente también guía la labor de su aclaración e interpretación, esto es, el proceso mismo de la selección y la resolución de cualquier controversia que de ellas se deriven. En particular, el principio se proyecta como un deber negativo de abstenerse de introducir al proceso cualquier regla que implique afectar la libre competencia de los interesados, quedando prohibidos de establecer características desproporcionadas o incongruentes con el mercado y con el objeto de la convocatoria, el señalamiento que la descripción de los bienes y servicios a adquirir o contratar no se oriente a un proveedor o producto específico, como por ejemplo, si se hiciera referencia a marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, etc.

En principio, para describir los bienes, obras o servicios a adquirirse no se debe incluir ni utilizar planos, dibujos ni diseño alguno que indique las características técnicas o de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, ni los requisitos relativos a ensayos y métodos de prueba, formas de envasado y empleo de marcas o etiquetas o de certificados de conformidad, ni símbolos o terminología, o descripciones de servicios que creen obstáculos, a la participación de plurales proveedores o contratistas en el proceso de contratación.

En la medida de lo posible, las especificaciones, los planos, los dibujos, los diseños y los requisitos o las descripciones de los servicios se basarán en las características objetivas, técnicas y de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar. No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productores determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar y con tal que se incluyan en la descripción las palabras "o su equivalente" u otra expresión similar.

Como ha quedado expresado, las entidades están prohibidas de describir su demanda de bienes o servicios haciendo referencia a algún signo distintivo constitutivo de propiedad industrial (marcas, nombres comerciales, patentes, diseños industriales, etc.), a tipos particulares de bienes, a fabricantes determinados, o haga alguna descripción que oriente la adquisición o contratación a una marca, fabricante o tipo de producto

específico. Solo en caso sea absolutamente indispensable para lograr una mejor comprensión del mercado es posible aludir a algunas de aquellas particularidades, pero deberá entenderse —y así consignarse en las bases— que se hace por mejor ilustración, por lo que los postores pueden presentar bienes o servicios similares o análogos de otras marcas o tipo de bienes, a cuyo efecto, además, el valor referencial debe ser compatible con todas las marcas o tipos de bienes posibles de ofertar y no solo el de marca<sup>(383)</sup>.

La única excepción a esta prohibición es el señalamiento particular de una marca, nombre comercial, patente o tipo particular de bienes o servicios (lugares de origen, fabricantes determinados, etc.) cuando sea necesario para la entidad por un proceso de estandarización de bienes y servicios debidamente fundamentado.

La estandarización constituye una opción discrecional<sup>(384)</sup> de la planificación de las adquisiciones y compras estatales según la cual se de-

(383) En línea con este razonamiento, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, la CNUMI) sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios; y el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, la OMC) establecen la posibilidad de disponer marcas como parte de las especificaciones para la adquisición de bienes.

Al respecto, el numeral 2 del artículo 16 de la Ley modelo de CNUMI dice:

"Artículo 16.- Reglas relativas a la descripción de bienes, obras o servicios:

(...)

2) En la medida de lo posible, las especificaciones, los planos, los dibujos, los diseños y los requisitos o las descripciones de los servicios se basarán en las características objetivas, técnicas y de calidad de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar. No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productores determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar y con tal de que se incluyan en la descripción las palabras 'o su equivalente' u otra expresión similar" (el énfasis es nuestro).

Por su parte, el numeral 3 del artículo VI del Acuerdo de la OMC señala que:

"3. No se requerirán determinadas marcas de fábrica o de comercio o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, ni determinados orígenes, fabricantes o proveedores, ni se hará referencia a ellos, a menos que no haya otra manera suficientemente precisa o inteligible de indicar las características exigidas para el contrato y se haga figurar en el pliego de condiciones la expresión 'o equivalente', u otra similar" (el énfasis es nuestro).

Así, los estándares internacionales sobre contratación de bienes reconocen que la Administración, de manera excepcional y cuando no se pueda identificar en forma precisa el objeto o sus especificaciones técnicas, señale marcas a título de referencia, siempre que disponga en forma expresa que pueden ofrecerse bienes de tales marcas o de similares o equivalentes especificaciones.

(384) La discrecionalidad en nuestro ordenamiento radica en que la estandarización es una posibilidad que puede adoptar las entidades en caso de considerarlo necesario y conveniente a sus intereses. En el Derecho comparado existen ordenamientos como el brasileño en el que la estandarización ha sido encumbrada como principio de la planificación logística estatal, siendo necesario seguirlo

cide uniformizar o normalizar la demanda de nuevos bienes o servicios, complementarios o accesorios, en función del tipo de equipos o infraestructura preexistente en la entidad, por ser imprescindibles para garantizar su funcionalidad y/o operatividad. De este modo, la estandarización constituye un proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a adquirir o contratar, en atención a los equipamientos preexistentes.

Con la estandarización se busca que los equipos, máquinas y demás bienes análogos de vida útil duradera puedan mantener o mejorar su funcionalidad y/o operatividad mediante la adquisición de bienes complementarios o accesorios o servicios complementarios compatibles. A su vez, conlleva una serie de ventajas en referencia a racionalizar la actividad administrativa reduciendo costos y optimizando la aplicación de recursos derivados de aspectos tales como: la disminución de tiempo en la demora de los procesos adquisitivos, dado que ya se conocen las características técnicas particulares del bien o servicio que necesitan (sintetizados en el signo distintivo o tipo de producto que se requiere); el aprovechamiento de los conocimientos adquiridos por el personal en la conservación, mantenimiento y reparación de los bienes ya existentes<sup>(385)</sup>.

No obstante, esta decisión no está exenta de riesgos colaterales en caso de una poco meditada estandarización, pudiendo afectar –en algunos casos– principios esenciales de las compras estatales, tales como: la eficiencia, la economicidad y la vigencia tecnológica. Así acontecería si hubiera inadecuación de bienes o servicios complementarios o accesorios para el equipamiento existente, si la uniformidad de marcas significa un estancamiento tecnológico, si restringiera irrazonablemente la libre competencia, se induzca una elevación de costos por la ausencia de competencia, o si el costo del bien o servicio estandarizado fuera mayor que la adquisición de una nueva versión actualizada del bien o equipo preexistente.

para acumular la demanda de bienes y servicios, salvo que por razones fácticas no resulte posible. La Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos de Brasil señala: "As compras, sempre que possível, deverão: 1) Atender ao princípio de padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas" (artículo 15).

(385) Una antecedente remoto fue la Norma General SA.06 "Unidad de Abastecimiento" aprobada por R. J. N° 118-80-INAP/DNA, que consideraba la "Estandarización de bienes y servicios, para disminuir su excesiva variedad", entre otras medidas, como una de las acciones a desarrollar por los Órganos de Abastecimiento "para orientar la austeridad" en las entidades.

Como se puede apreciar, la estrategia logística de la estandarización requiere la convergencia de tres presupuestos:

- La preexistencia en la entidad de bienes, equipos, maquinarias o infraestructura respecto de los cuales se requiere adquirir bienes o servicios complementarios o accesorios.
- Que el bien o servicio a adquirir sea imprescindible para garantizar la funcionalidad y/o operatividad de los equipos o la infraestructura preexistente en la entidad.
- La conveniencia evidente para el interés institucional de decidir uniformizar el tipo de bienes o servicios necesarios en función a la infraestructura previamente existente.

Resulta claro comprender que la prohibición de consignar una marca o cualquier signo distintivo no resulta aplicable a este caso, por cuanto la entidad requiere un tipo de bien en función de sus cualidades específicas (ser imprescindible para garantizar la funcionalidad u operatividad de los equipos preexistentes), en cuyo caso, la indicación del signo distintivo se hace apenas como un instrumento de identificación en el mercado.

#### 8.1. Presupuestos necesarios para la estandarización de necesidades de bienes o servicios

En síntesis, para que una entidad pueda determinar la necesidad de estandarizar sus adquisiciones futuras de bienes y servicios deben concurrir los siguientes factores: a) la preexistencia de bienes, equipos, maquinarias o infraestructura en la entidad respecto de los cuales se requiere bienes o servicios complementarios o accesorios; b) que el bien o servicio a adquirirse sea imprescindible para garantizar la funcionalidad y/u operatividad de los equipos o la infraestructura preexistente en la entidad; y, c) la conveniencia evidente para el interés institucional de decidir la uniformidad de sus bienes o servicios en función de la infraestructura previamente existente. Analicemos cada uno de ellos.

- a) La preexistencia de bienes, equipos, maquinarias o infraestructura (bienes de vida útil continuada) propiedad de la entidad cuya futura funcionalidad u operatividad depende de la implementación de aquellos bienes o servicios a adquirirse que respondan a marcas, nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares o fabricantes determinados.

- b) El bien (por ejemplo: programas de cómputo) o servicio conexo al bien o equipo (por ejemplo: servicios de mantenimiento o repotenciación de equipos) a adquirirse sean complementarios o accesorios y además imprescindibles para garantizar la funcionalidad y/o operatividad de los equipos o la infraestructura preexistente en la entidad. Conforme a ello, los bienes o servicios constitutivos de la nueva demanda de la entidad deben reunir dos particularidades cualitativas: i) ser complementarios o accesorios a la infraestructura existente; y, ii) ser insustituibles técnicamente para asegurar el mantenimiento de su funcionalidad u operatividad.

De este modo, no basta que dichos bienes o servicios sean solo complementarios o accesorios a equipos anteriores, ni que sean solo las mejores alternativas frente a otros bienes o servicios existentes en el mercado, o si el interés por uniformizar con determinada marca de equipos obedezca a "razones estéticas" o, simplemente, de comodidad administrativa (por ejemplo, si tuviera una flota de vehículos de una sola marca<sup>(386)</sup> o si su personal profesional conociera solo el funcionamiento de determinada marca de equipos). Lo importante es que objetivamente se evidencie que los bienes o servicios a adquirirse sean imprescindibles para que los equipos preexistentes mantengan su funcionalidad u operatividad (por ejemplo, si los bienes o servicios están destinados al mantenimiento, repuesto, reemplazo o potenciación de los equipos operativos en la entidad).

Como se ha señalado:

"4.1. La adquisición o compra basada en la estandarización responde a criterios técnicos y objetivos que garantizan la

(386) Esta posición fue asumida por el Tribunal del Consucode en su Resolución N° 1028/2003.TC-S1, que declaró nulo un proceso convocado para una determinada marca de motos por que la entidad ya tenía bienes de esa marca con anterioridad. Ahí se manifestó: "(...) el hecho de efectuar la estandarización sobre la base de criterios numéricos, es decir invocando la preexistencia de un mayor número de motocicletas de una marca respecto a otra, no constituye, a consideración de este Tribunal, un sustento válido para efectuar la estandarización. Conforme a las consideraciones expuestas y teniendo en cuenta que la distinta proporción de una marca respecto a otra no introduce elementos objetivos de análisis, máxime si la Entidad tiene como objetivo adquirir antes que una marca determinada, modelos distintos que responden al uso que se pretende dar a cada uno de ellas, lo cual podría ser cumplido no solo por las firmas que participan en el proceso de selección que nos ocupa, sino por terceros que participan en el mercado, la estandarización efectuada por la Entidad atenta contra los principios de libre competencia y transparencia, que rigen las contrataciones y adquisiciones del Estado".

funcionalidad y operatividad de la infraestructura preexistente en la entidad.

4.2. No existirá estandarización cuando los bienes o servicios a adquirir o contratar no sean necesarios para el funcionamiento del equipamiento preexistente, así como tampoco cabe el uso de dicho mecanismo en el caso que, aun cuando exista accesoriedad o complementariedad, esta no responda a criterios técnicos y objetivos.

4.3. No es procedente utilizar el concepto de estandarización cuando los bienes o servicios a adquirir o contratar no sean imprescindibles para garantizar la operatividad o funcionalidad del equipamiento preexistente, sino que son considerados por la entidad como mejores alternativas frente a otros bienes o servicios que también podrían ser empleados<sup>(387)</sup>.

Finalmente, respecto a los bienes o servicios complementarios a adquirirse, las normas internacionales<sup>(388)</sup> suelen requerir adicionalmente como factor conveniente que el número de elementos nuevos a adquirirse deban ser menores que el número de elementos de la existencia, puesto que si sucediera lo contrario podría ser desventajoso proceder a la estandarización. A nuestro criterio, este factor resulta relevante apreciarlo desde una perspectiva cuantitativa, esto es, analizar el costo de los bienes o servicios a adquirirse contrastándolo con el valor del equipo preexistente, para evitar incurrir en adquisiciones antieconómicas para la entidad.

Ciertamente, se ha aceptado que la estandarización no solo proceda cuando el bien o servicio complementario imprescindible no garantice directamente la funcionalidad y/u operatividad de los equipos o

(387) Opinión N° 120-2005-GTN.

(388) Normas contrataciones con préstamos del BIRF y créditos de la AIF (mayo 2004)

"3.6. La contratación directa es una contratación sin competencia (una sola fuente) y puede ser un método adecuado en las siguientes circunstancias:

(...)

b) La estandarización de equipo o de repuestos, con fines de compatibilidad con el equipo existente, puede justificar compras adicionales al proveedor original. Para que se justifiquen tales compras, el equipo original debe ser apropiado, el número de elementos nuevos por lo general debe ser menor que el número de elementos en existencia, el precio debe ser razonable y deben haberse considerado y rechazado las ventajas de instalar equipo de otra marca o fuente con fundamentos aceptables para el Banco".

la infraestructura preexistente en la entidad, sino cuando además ese bien o servicio coadyuve a obtener o mantener otros beneficios cualitativamente distintos como, por ejemplo, a conservar la vida útil, a no disminuir su rendimiento, a mantener la garantía de los equipos, entre otros beneficios de sus bienes preexistentes<sup>(389)</sup>. Pensemos en aquellos casos en que los proveedores de computadoras, impresoras, fotocopias o cualquier bien similar exigen que los suministros, los cartuchos de tinta, las cintas de impresión, el tóner, el papel de fax sean correspondan a un determinado signo distintivo o proveedor para conservar su vida útil o, simplemente, para mantener la garantía ofrecida por sus equipos.

Si bien el empleo de la estandarización cuando los bienes y servicios sean necesarios para conservar la vida útil del equipo o para no disminuir su rendimiento resulta técnicamente asimilable a los supuestos de garantizar la funcionalidad y/u operatividad de los bienes preexistentes, consideramos que es necesario un análisis separado de aquella situación en que se busca solamente mantener vigente la garantía de los bienes ofrecida por el proveedor. La estandarización en este supuesto no puede estar orientada a viabilizar una protección en detrimento del interés de la entidad, sino para proteger a la Administración con el acceso a la garantía en aquellos casos en que los proveedores se negasen a conceder la garantía técnica si las piezas de sus equipos o el mantenimiento era prestado por personas inexpertas. Por ello es recomendable evitar desde el proceso de adquisición primigenia que esta situación prospere cuando se trate exclusivamente de una condición impuesta por el proveedor –atendiendo a su política comercial– sin conexión alguna con la complejidad del bien o del servicio, o por otras razones técnicamente válidas.

En nuestra opinión, para decidir en este caso un proceso de estandarización debe hacer un análisis técnico y económico que interrelacione los siguientes factores: la necesidad y utilidad de la garantía técnica, el costo de los servicios o bienes genuinos, y el costo de los servicios o bienes alternativos. La Administración no puede quedarse obligada a adquirir bienes o servicios de una marca o tipo de bien, o del proveedor original con el solo objeto de asegurar una

(389) Pronunciamientos N°s 9-2005-GTN y 14-2003-GTN.

garantía técnica ya que la colocación de un componente no genuino en un equipo técnico o la prestación de servicios de mantenimiento por terceros no puede exonerar por completo al proveedor de sus responsabilidades por los defectos del bien o equipo desvinculados directamente de la pieza sustituida o del servicio prestado.

- c) La conveniencia administrativa de optar por la estandarización; la Administración busca uniformizar las marcas o tipos de bienes o servicios a adquirir en función del equipamiento o infraestructura que ya viene operando en la entidad, con lo que la estandarización asegura la continuidad de la marca o tipo de bienes o servicios a adquirirse.

Es importante tener en cuenta que si bien la estandarización conlleva importantes factores positivos –tales como: el aprovechamiento de la capacitación y experiencia del personal para el mantenimiento del bien o equipo; el abaratamiento de costos de manutención, economía de escala para su reposición, mantenimiento o mejoramiento; la facilidad para la sustitución; etc.–, la adopción de la estandarización constituye solo una opción administrativa, que para ser seguida debe conformarse además al interés público relevante de la entidad, esto es, contener ventajas económicas, administrativas o técnicas para la misma. Dicho interés público relevante estará constituido por la seguridad que la estandarización aporta algún valor a la Administración estatal, evitando que la opción de uniformizar equipos afecte los intereses institucionales, como, por ejemplo, sucedería si con ella se impide el avance tecnológico de los equipos o si implica someterse a proveedores conocidos asociados bajo forma de carteles, entre otros. Por ejemplo, sería desaconsejable seguir la opción de estandarizar una determinada marca de computadoras, si fueran de un modelo desactualizado frente a otras, si los precios fueran elevados respecto de otras marcas equivalentes en el mercado, o cuando los bienes o servicios complementarios sean más costosos que renovar la infraestructura existente.

Una vez obtenidos estos presupuestos de hecho es necesario que se realice un análisis objetivo (con fundamento científico y tecnológico) y no extensivo de la situación para tratar de ajustar el comportamiento al principio de libre competencia. Teniendo en cuenta el criterio de interpretación restrictiva de las normas que establecen excepciones:



“(…) la estandarización sobre la base de una marca o tipo de producto determinado al restringir el derecho de participación en los procesos de adquisición del Estado de los potenciales postores, es un supuesto de aplicación excepcional, que por tanto no debe ser aplicado de forma libre ni extensiva y que debe estar debidamente sustentado sobre la base de criterios objetivos. De este modo, en términos generales y solo por citar a manera de ejemplo, no sería pertinente restringir, vía requerimiento en las bases, la adquisición de computadoras personales, uniformes, mobiliario, equipos de sonido o ventilación a una marca determinada”<sup>(390)</sup>.

### 8.2. La consecuencia de la estandarización. La causal de exoneración por tratarse de un bien o servicio que no admite sustitutos como consecuencia contingente

La estandarización es promovida de oficio por la Administración como presupuesto para las futuras adquisiciones de bienes o servicios complementarios o accesorios, influyendo sobre el diseño de las bases con la mención legítima de un determinado signo distintivo o tipo de bien. De este modo, la aprobación de la estandarización autoriza a emplear el tipo de bien o servicio como requisito técnico mínimo para la competencia, siguiendo el proceso correspondiente al monto o naturaleza de la prestación (licitación, concurso, adjudicación directa, etc.). Pero conlleva la posibilidad –no obligatoriedad– de resultar en una exoneración por tratarse de bienes o servicios que no admiten sustitutos, si concurrieran otros factores complementarios.

Es importante tener presente que la estandarización a una marca, tipo de bien o fabricante determinado no constituye *per se* fundamento para la exoneración de un proceso de selección como si fuera un bien o servicio que no tuviera sustitutos. La existencia de una propiedad industrial sobre un bien no determina que solo exista un proveedor único en el mercado (pues podrían existir licencias de fabricación, o diversas fuentes de comercialización de ese bien). La sola existencia de una marca no constituye por sí causal de exclusividad, pues es necesario descartar que puedan concurrir algunos distribuidores autorizados.

(390) Resoluciones N°s 1028/2003.TC-S1 y 208/2005.TC-SU.

### 8.3. El procedimiento interno para decidir la estandarización de bienes y/o servicios

La estandarización de la demanda de bienes o servicios es promovida de oficio por las entidades materializándose en un acto de administración interna, luego de constatar de la existencia de las condiciones legales antes señaladas y seguir un procedimiento interadministrativo para su declaración.

Si bien la normativa no ha formalizado un procedimiento interno para su declaración, resulta usual en la práctica logística que se parta de la constatación de la existencia de las condiciones legales antes señaladas y la necesidad un estudio –análogo al estudio de mercado– en la cual de manera participativa y abierta el área usuaria evidencie como indispensable la estandarización de un tipo de bien o servicio, el que debe estar agregado al expediente de la contratación y, por tanto, accesible a los interesados.

Consideramos que la declaración de estandarización de algún bien o servicio corresponde ser declarada o autorizada por el titular o la máxima autoridad administrativa, dada la afirmación normativa que la corrección de esta acción corresponde ser imputada. Dicha declaración puede producirse de manera específica, con resolución especial, o implícita, al momento de aprobar las bases del proceso.

### 8.4. La posición de los agentes del mercado ante la estandarización de bienes y servicios

La decisión de estandarizar constituye un acto de administración interna que *per se* no afecta ni genera derechos o atributos subjetivos a ningún potencial proveedor del Estado. Ninguna empresa, aunque sea titular de la marca adoptada en el proceso de estandarización, puede considerar que tiene un derecho a exigir la contratación por el solo hecho de haber decidido uniformizar sus necesidades de bienes y servicios. Así, una revisión de la estandarización o la convocatoria a un proceso de selección abierto no puede ser cuestionado por el titular de la marca o el propietario del tipo de bien que había sido estandarizado.

Por el contrario, es perfectamente posible que los potenciales postores controlen la legalidad una decisión irregular de estandarizar su demanda de bienes o servicios, teniendo legitimidad para hacerlo en función de la afectación que realizan al principio de libre competencia en

las compras estatales. Así, si la Administración adopta la decisión de estandarizar sin la confluencia de los presupuestos indispensables, puede ser objeto de cuestionamiento mediante observaciones a las bases, o recursos de apelación y, en su caso, de revisión por la aprobación de bases conteniendo una estandarización improcedente, por la descalificación de su propuesta o por la adjudicación de la buena pro a otro postor (habilitado por la estandarización indebida).

## 9. Las bases del proceso de selección

### 9.1. Concepto y finalidad de las bases de los procesos

Jurídicamente, la actuación más relevante de las actividades preparatorias es la formulación y aprobación de las bases, pliegos o reglas del proceso de selección y del contrato. Nos referimos al conjunto de reglas generales predisuestas ("ley del contrato") redactadas unilateralmente por la Administración (muestran la "voluntad de la Administración") de necesaria publicidad, en las que se especifica y regula el programa contractual (reglas de selección, perfeccionamiento, ejecución contractual, terminación contractual) a las cuales se adhiere el postor con su participación.

Desde la perspectiva jurídica, las bases del proceso de selección califican como un acto administrativo general, contiene decisiones de alcance general, impersonales e iguales para todos los que deseen postular, cuya vigencia alcanza al proceso de selección y al contrato. La Administración posee discrecionalidad técnica para configurar sus reglas, pero dentro de los márgenes que le da la ley y los modelos estándar que aprueba de manera centralizada el OSCE; las reglas son impugnables preliminarmente por los interesados mediante las observaciones, pero una vez absueltas estas se integran en unas bases definitivas: las reglas son obligatorias para los postores una vez integradas, por lo que la no adecuación de las propuestas a ellas determina su inadmisibilidad.

La formulación de las bases tienen por finalidad: dar condiciones claras para seleccionar al mejor oferente; ejecutar e interpretar el contrato; dar transparencia al proceso de selección del contratista (son accesibles a todos sin restricciones a través del Seace o en la web de Proinversión); permitir un control posterior a las decisiones (adjudicación, exclusión, calificación, precalificación, asignación de puntaje, etc.); dar seguridad

de las reglas de juego del proceso a los postores, igualdad y trato igualitario.

### 9.2. Contenido de las bases: requisitos técnicos mínimos y factores de competencia en particular

Para dicho efecto, las bases deben contener, como mínimo, la siguiente información: la identificación del objeto del contrato requerido; las obligaciones y derechos de las partes; los requisitos para postular (requisitos técnicos mínimos); las características técnicas de lo que se va a contratar; el plazo de ejecución de la prestación; el sistema de contratación (suma alzada, precios unitarios, etc.); el cronograma de las etapas del proceso de selección; los factores de competencia; método de evaluación y calificación de la propuesta; la proforma de contrato (obligaciones, forma de pago, penalidades, cláusula arbitral, cláusulas resolutorias, etc.); el valor referencial del contrato, rangos admisibles, tipo de moneda de la oferta y el contenido de las propuestas que deben presentarse.

En principio, los requisitos técnicos mínimos son las exigencias racionales, objetivas y congruentes que constituyen el límite inferior o extremo que los postores deben acreditar cumplir para poder postular a un contrato y que permiten asegurar que están en aptitud de poder ser proveedores de la entidad, pero a su vez, que existen más de un proveedor potencial bajo esas condiciones.

Por el contrario, los factores de competencia o de evaluación son aquellos elementos preestablecidos y públicos -distintos a los requisitos técnicos mínimos- que permiten apreciar las ventajas de una oferta respecto de otras y discriminar entre las ofertas presentadas. Los factores que se suelen establecer en las bases son los siguientes:

- En caso de contratación de bienes: el plazo de entrega, garantía comercial, disponibilidad de servicios y repuestos, capacitación al personal, mejoras técnicas, experiencia del postor, cumplimiento de prestaciones anteriores, posservicio, etc.
- En el caso de contratación de servicios: la experiencia del postor, cumplimiento de servicios anteriores, personal propuesto, mejoras a las condiciones previstas, equipamiento e infraestructura.
- En el caso de servicios de consultoría: la experiencia del postor, en la actividad y en la especialidad, calificaciones del personal propuesto,