

## **PRONUNCIAMIENTO N° 199-2021/OSCE-DGR**

Entidad: MTC - Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS Nacional)

Referencia: Concurso Público N° 11-2021-MTC/20-1, convocado para la contratación del servicio de consultoría de obra para la supervisión de la obra: “Construcción de la Vía de Evitamiento de la Ciudad de Juliaca”.

---

### **1. ANTECEDENTES**

Mediante el formulario de Solicitud de Emisión de Pronunciamento, correspondiente al Trámite Documentario N° 2021-19840404-LIMA, recibido el 18 de agosto de 2021, y subsanado mediante Trámite Documentario N° 2021-19857908-LIMA del 26 de agosto de 2021<sup>1</sup>, 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 y observaciones e integración de Bases presentada por el participante **CESEL S A**, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante la “Ley”, y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el “Reglamento”.

Cabe indicar que en la emisión del presente pronunciamiento se empleó la información remitida por la Entidad mediante mesa de partes de este Organismo Técnico Especializado, las cuales tienen carácter de declaración jurada.

Al respecto, en la emisión del presente pronunciamiento se utilizó el orden establecido por el comité de selección en el pliego absolutorio; y los temas materia de cuestionamiento de los mencionados participantes, conforme al siguiente detalle:

- **Cuestionamiento Único**: Respecto a la absolución de la consulta y/u observación N° 103 referida a la “Garantía de fiel cumplimiento y garantía por adelanto”.

### **2. CUESTIONAMIENTOS**

**Cuestionamiento Único**

**Referido a la garantía de fiel cumplimiento y garantía por adelanto**

---

<sup>1</sup> Fecha en la cual la Entidad remitió la documentación completa, conforme a la Directiva N° 9-2019-OSCE/CS “Emisión de Pronunciamento”.

El participante CESEL S A, cuestionó la absolución de la consulta y/u observación N° 103, señalando en su solicitud de elevación de cuestionamiento lo siguiente:

*“Les dirigimos la presente, respecto al proceso de selección de la referencia, a efectos de **formular cuestionamiento a la absolución a la consulta N° 103, específicamente, a lo referido a la “no confirmación” de dicha consulta.** A continuación, se transcribe el texto de la consulta y su respectiva absolución:*

*(...)*

*La absolución a la consulta N° 103 señala que “No se confirma” dicha consulta. Esto es, que **no se aceptarán las cartas de garantía emitidas por Compañías de Seguros que están bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondo de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B.***

*Cuando esta absolución determina que “No se confirma” la consulta N° 103, es restrictiva toda vez que contraviene diversos Principio que rigen la contratación pública y la propia normativa de contrataciones; asimismo, **coaliciona con las Bases Integradas de presente proceso de selección** que permiten, entre otras, que las garantías sean emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, entre ellas, las Compañías de Seguros, lógicamente que cuenten con clasificación de riesgo B o superior y se encuentren autorizadas para emitirlas.*

***Señalamos que la absolución a la consulta N° 103 es restrictiva cuando no confirma la referida consulta porque esa respuesta restringe y limita las condiciones originales que las Bases establecen en el numeral 3.3 de la Sección General (páginas 9 y 10)** y que se ajustan a la norma aplicable de la materia, para los requisitos de las garantías que deben presentarse en el proceso de selección de la referencia, al excluir a las Compañías de Seguros -que se encuentran bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y cuentan con clasificación de riesgo B o superior-, como empresas autorizadas para emitirlas, lo cual perjudica la capacidad de elegir de los proveedores.*

*Esta restricción contraviene los siguientes Principios de la contratación pública:*

*a) **Libertad de concurrencia, a través del cual se prohíbe la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.** En el presente caso, **la exclusión de las Compañías de Seguros como empresas autorizadas para emitir las garantías** es una práctica limitante e ilegal que afecta a los proveedores, dado que limita sus opciones de elegir entre todas las empresas capacitadas y calificadas para expedirlas;*

*b) Igualdad de trato, mediante el cual no se permite el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva. En el presente caso, **al no confirmarse la consulta N° 103 y seguidamente se mantienen los alcances del numeral 3.3 de la Sección General de las Bases, existe una contradicción que afecta la participación y la igualdad de trato a los proveedores.** y;*

*c) Transparencia, que dispone que **las Entidades proporcionan información clara y coherente** con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo las condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. En el presente caso, la absolución a la consulta N° 103 **al no confirmar la referida consulta no garantiza la libertad de concurrencia dado que restringe las condiciones originales***

contempladas en el numeral 3.3 de la Sección General de las Bases al excluir a las Compañías de Seguros, como empresas autorizadas para emitir garantías, lo cual limita la participación de los proveedores por cuanto -reiteramos- limita sus opciones de elegir.

A mayor abundamiento, la absolución a la consulta N° 103 cuando no confirma dicha consulta contraviene el artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable que dispone, entre otros, que las garantías pueden ser emitidas bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuentan con clasificación de riesgo B o superior, por cuanto ha excluido a una de las entidades que pueden emitirlas, tal como es el caso de las Compañías de Seguros, restringiendo el derecho de los proveedores a la elección.

De otro lado, la absolución a la consulta N° 103 al no confirmar dicha consulta, colisiona con las mismas Bases Integradas que permiten a través del numeral 3.3 de la Sección General (páginas 9 y 10), entre otras, que las garantías sean emitidas por empresas que se encuentran bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, entre ellas, las Compañías de Seguros, que cuentan con clasificación de riesgo B o superior y se encuentren autorizadas para emitirlas. Sin dejar de manifestar que el referido número 3.3 se ajusta a los lineamientos contemplados en el artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable.

Por todas estas consideraciones, sírvase tener por formulado el cuestionamiento a la absolución a la consulta N° 103 en lo que respecta a la no confirmación de dicha consulta, en virtud de que se fundamenta en el artículo 72.8 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable; en la Directiva N° 009-2019-OSCE/CD; en el TUPA del OSCE y en el numeral 1.6 de la Sección General de las Bases Integradas; y que, en su oportunidad, solicitamos su elevación al OSCE". (El subrayado y resaltado es nuestro).

## Base Legal

- Artículo 2 del T.U.O de la Ley: “Principios que rigen la contratación”.
- Artículo 16 del T.U.O. de la Ley: “Requerimiento”.
- Artículo 29 del Reglamento: “Requerimiento”.
- Artículo 72 del Reglamento: “Consultas, observaciones e integración de bases”.
- Artículo 148 del Reglamento: “Tipos de garantía”.
- Artículo 149 del Reglamento: “Garantía de fiel cumplimiento”.
- Directiva N° 001-2019-OSCE/CD “Bases Estándar de Concurso Público para la Contratación del Servicio de Consultoría de Obra”.
- Directiva N° 009-2019-OSCE/CD “Emisión de Pronunciamiento”.
- Opinión N° 019-2020/DTN - “Garantías”

## Pronunciamiento

En el presente procedimiento de selección, de la revisión del numeral 3.3. “Requisitos de las garantías” del Capítulo III de la sección general de las Bases Integradas no definitivas, se observa lo siguiente:

### 3.3. REQUISITOS DE LAS GARANTÍAS

*Las garantías que se presenten deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad. Asimismo, deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B o superior. Asimismo, deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.*

#### **Importante**

*Corresponde a la Entidad verificar que las garantías presentadas por el postor ganador de la buena pro y/o contratista cumplan con los requisitos y condiciones necesarios para su aceptación y eventual ejecución; sin perjuicio de la determinación de las responsabilidades funcionales que correspondan.*

#### **Advertencia**

*Los funcionarios de las Entidades no deben aceptar garantías emitidas bajo condiciones distintas a las establecidas en el presente numeral, debiendo tener en cuenta lo siguiente:*

*1. La clasificadora de riesgo que asigna la clasificación a la empresa que emite la garantía debe encontrarse listada en el portal web de la SBS (<http://www.sbs.gob.pe/sistema-financiero/clasificadoras-de-riesgo>).*

*2. Se debe identificar en la página web de la clasificadora de riesgo respectiva, cuál es la clasificación vigente de la empresa que emite la garantía, considerando la vigencia a la fecha de emisión de la garantía.*

***3. Para fines de lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, la clasificación de riesgo B, incluye las clasificaciones B+ y B.***

*4. Si la empresa que otorga la garantía cuenta con más de una clasificación de riesgo emitida por distintas empresas listadas en el portal web de la SBS, bastará que en una de ellas cumpla con la clasificación mínima establecida en el Reglamento.*

*En caso exista alguna duda sobre la clasificación de riesgo asignada a la empresa emisora de la garantía, se deberá consultar a la clasificadora de riesgos respectiva.*

*De otro lado, además de cumplir con el requisito referido a la clasificación de riesgo, a efectos de verificar si la empresa emisora se encuentra autorizada por la SBS para emitir garantías, debe revisarse el portal web de dicha Entidad (<http://www.sbs.gob.pe/sistema-financiero/relacion-de-empresas-que-se-encuentran-autorizadas-a-emitir-cartas-fianza>).*

*Los funcionarios competentes deben verificar la autenticidad de la garantía a través de los mecanismos establecidos (consulta web, teléfono u otros) por la empresa emisora.*

De la revisión del pliego absolutorio, mediante la consulta y/u observación N° 103, el participante CESEL S A solicitó que se confirme si “se aceptarán las cartas de garantía emitidas por Compañías de seguros que están bajo la supervisión directa de la superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de fondo de pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B”; siendo que, el comité no acogió lo solicitado, señalando que:

“No se confirma. De acuerdo a lo señalado en el numeral 3.3 de la Sección General de las Bases Administrativas: “Las garantías que se presenten deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad. Asimismo, deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B o superior. Asimismo, deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú”. El subrayado y resaltado son agregados.

En relación con ello, corresponde señalar que, mediante el Informe N° 314-2021-MTC/20.2.1.2 de fecha 16 de agosto de 2021, remitido con ocasión de la solicitud de emisión del pronunciamiento, la Entidad precisó lo siguiente:

“(…)

3.1 Al respecto, resulta pertinente señalar que lo manifestado por CESEL S.A. en el cuestionamiento de la absolución de la Consulta N° 103, busca confirmar la aceptación de la clasificación de riesgo B-, conforme a lo señalado en la formulación de la consulta que dice:

(…) “Este requerimiento, Garantía de Fiel cumplimiento y Garantía por adelanto, se aceptarán las cartas de garantía emitidas por Compañías de seguros que están bajo la supervisión directa de la superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de fondo de pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B - confirmar.”

Cabe precisar que la absolución realizada en la consulta N°103 del pliego de absolución de consulta señala:

(…) No se confirma. De acuerdo a lo señalado en el numeral 3.3 de la Sección General de las Bases Administrativas: “Las garantías que se presenten deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la Entidad. Asimismo, deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B o superior. Asimismo, deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú” (..)

De lo cual se debe señalar que el artículo 148° del Reglamento de la ley de contrataciones dispone entre otros “que las garantías pueden ser emitidas por entidades bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con clasificación de riesgo B o superior, por cuanto ha excluido a una de las entidades que pueden emitirlas.

A su vez se debe tener en consideración lo señalado en el numeral “3” de la “advertencia” establecida en el numeral 3.3 de la Sección General de las Bases Administrativas que señala:

(…)

3. Para fines de lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, la clasificación de riesgo B, incluye las clasificaciones B+ y B. (…)

En ese sentido, se debe mantener la posición de lo absuelto en la consulta N° 103, que el posible adjudicatario deberá de presentar la carta fianza conforme a lo señalado en la sección específica, en el numeral 2.3. De las bases administrativas, teniendo en consideración que las garantías que se presenten deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B (B+ y B) o superior.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Teniendo en consideración lo expuesto, esta Coordinación de Ejecución Contractual señala que:

4.1. Para el presente procedimiento de selección, el posible adjudicatario deberá de presentar dentro de los documentos para la suscripción de contrato, la carta fianza como garantía de fiel cumplimiento del contrato, teniendo en consideración que las garantías que se presenten deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B (B+ y B) o superior; conforme a lo absuelto en la Consulta N° 103 del pliego de absolución de consultas y observación.

(...)"

(El resaltado y subrayado son agregados)

Al respecto, cabe 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, en la Directiva N° 23-2016-OSCE/CD se dispone que al absolver las consultas y/u observaciones, el comité de selección deberá detallar de manera clara y motivada la respuesta a la solicitud formulada por el participante y el análisis del mismo.

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.

Aunado a ello, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante la Opinión N° 019-2020/DTN, indicó lo siguiente:

"(...)

2.1. "¿Cuál es el procedimiento que debe cumplir el contratista para presentar garantías de fiel cumplimiento emitidas por entidades que cumplan con la calificación de riesgo de B o superior que establece el artículo 148 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones?"

En primer término, es importante señalar que el artículo 149 del Reglamento (concordante con el artículo 33 de la Ley) prescribe que el postor ganador de la buena pro se encuentra obligado a entregar a la Entidad una garantía de fiel cumplimiento equivalente al 10% del monto del contrato original, como uno de los requisitos indispensables para el perfeccionamiento del contrato.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 148 del Reglamento, la garantía de fiel cumplimiento otorgada por el postor ganador debe ser una carta fianza o póliza de caución (dependiendo de lo

que se hubiese establecido en el documento del procedimiento de selección), la cuales deben ser emitidas por entidades autorizadas para emitir garantías, que cuenten con clasificación de riesgo B o superior, y que –además– se encuentren bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

De esto modo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 148 y 149 del Reglamento, corresponde mencionar que **será responsabilidad del postor ganador de la buena pro asegurarse de que la carta fianza o póliza de caución –entregada con el fin de perfeccionar el contrato– haya sido emitida por alguna entidad que: i) se encuentre autorizada para emitir garantías; ii) se encuentre bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; y iii) cuente con clasificación de riesgo B o superior.**

Por su parte, **será responsabilidad de la Entidad verificar (a través del funcionario competente) que la garantía entregada por el postor ganador cumpla con los requisitos mencionados en el párrafo anterior. Para estos efectos, las “Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N°30225”, aprobadas por el OSCE mediante Directiva N° 001-2019- OSCE/ CD, han establecido los siguientes lineamientos:**

“Los funcionarios de las Entidades no deben aceptar garantías emitidas bajo condiciones distintas a las establecidas en el presente numeral, debiendo tener en cuenta lo siguiente:

1. La clasificadora de riesgo que asigna la clasificación a la empresa que emite la garantía debe encontrarse listada en el portal web de la SBS (<http://www.sbs.gob.pe/sistema-financiero/clasificadoras-de-riesgo>).

2. Se debe identificar en la página web de la clasificadora de riesgo respectiva, cuál es la clasificación vigente de la empresa que emite la garantía, considerando la vigencia a la fecha de emisión de la garantía.”

Como se puede apreciar, **la directiva citada establece determinados lineamientos que deben observar los funcionarios responsables de las entidades para verificar que la garantía otorgada por el contratista cumple con los requisitos establecidos en el artículo 148.** Cabe precisar que, la Entidad no podrá suscribir el contrato mientras no haya verificado que la garantía cumple con los referidos requisitos”.

(...)

3.1. En virtud de lo dispuesto por los artículos 148 y 149 del Reglamento, corresponde mencionar que **será responsabilidad del postor ganador de la buena pro asegurarse de que la carta fianza o póliza de caución –entregada con el fin de perfeccionar el contrato– haya sido emitida por alguna entidad que: i) se encuentre autorizada para emitir garantías; ii) se encuentre bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; y iii) cuente con clasificación de riesgo B o superior.**

3.2. **La Directiva N° 001-2019- OSCE/ CD establece determinados lineamientos que deben observar los funcionarios responsables de las entidades para verificar que la garantía otorgada por el contratista cumple con los requisitos establecidos en el artículo 148.** Cabe precisar que, la Entidad no podrá suscribir el contrato mientras no haya verificado que la garantía cumple con los referidos requisitos”. El resaltado y subrayado son agregados.

Ahora bien, de lo expuesto, se advierte que el recurrente formula cuestionamiento a la absolución de la consulta y/u observación N° 103, solicitando que se confirme que se aceptará **“que las garantías sean emitidas por empresas que se encuentran bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras**

Privadas de Fondos de Pensiones, entre ellas, las Compañías de Seguros, que cuentan con clasificación de riesgo B o superior y se encuentren autorizadas para emitir las”. En consecuencia, es pertinente señalar lo siguiente:

- En la absolución de la consulta y/u observación N° 103, la Entidad señaló que *“las garantías que se presenten deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B o superior. Asimismo, deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú”*.
- En su informe técnico, la Entidad precisó que la decisión de no confirmar lo solicitado en la consulta y/u observación N° 103, dado que en la misma se habría buscado *“confirmar la aceptación de **la clasificación de riesgo B-**”*.

Asimismo, precisó que *“se debe mantener la posición de lo absuelto en la consulta N° 103, que el posible adjudicatario deberá de presentar la carta fianza conforme a lo señalado en la sección específica, en el numeral 2.3. De las bases administrativas, teniendo en consideración que las garantías que se presenten deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten **con clasificación de riesgo B ( B+ y B) o superior**”*.

- En concordancia con las Bases y la Opinión N° 019-2020/DTN, el postor ganador de la buena pro será responsable de asegurarse que la carta fianza o póliza de caución –entregada con el fin de perfeccionar el contrato– haya sido emitida por alguna entidad que: i) se encuentre autorizada para emitir garantías; ii) se encuentre bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; y iii) cuenta con clasificación de riesgo B o superior.

Asimismo, las Bases Estándar aplicables al presente objeto, establecen que *“para fines de lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, la clasificación de riesgo B, incluye las clasificaciones B+ y B”*.

Ahora bien, queda claro que la Entidad ha establecido que las garantías deben ser emitidas por empresas que se encuentren bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y que cuenten con clasificación de riesgo B (B+ y B) o superior; aspecto que, se condice con lo establecido en las Bases y la Opinión N° 019-2020/DTN.

En ese sentido, considerando que la pretensión del recurrente estaría orientada a que se confirme que se aceptará *“que las garantías sean emitidas por empresas que se encuentran bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, entre ellas, las Compañías de*

Seguros, que cuentan con clasificación de riesgo B o superior y se encuentren autorizadas para emitirlas”, en la medida que ello se condice con lo señalado por la Entidad y lo dispuesto en la Opinión N° 019-2020/DTN y las Bases Estándar, este Organismo Técnico Especializado ha decidido **ACOGER** el presente cuestionamiento. Por lo que, se implementarán las siguientes disposiciones al respecto:

- **Se deberá tener en cuenta**<sup>2</sup>, lo establecido por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante la Opinión N° 019-2020/DTN, respecto a que:

*“(…) de acuerdo con el artículo 148 del Reglamento, la garantía de fiel cumplimiento otorgada por el postor ganador debe ser una carta fianza o póliza de caución (dependiendo de lo que se hubiese establecido en el documento del procedimiento de selección), la cuales deben ser emitidas por entidades autorizadas para emitir garantías, que cuenten con clasificación de riesgo B o superior, y que –además– se encuentren bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.*

*De esto modo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 148 y 149 del Reglamento, corresponde mencionar que será responsabilidad del postor ganador de la buena pro asegurarse de que la carta fianza o póliza de caución –entregada con el fin de perfeccionar el contrato– haya sido emitida por alguna entidad que: i) se encuentre autorizada para emitir garantías; ii) se encuentre bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; y iii) cuente con clasificación de riesgo B o superior.*

*Por su parte, será responsabilidad de la Entidad verificar (a través del funcionario competente) que la garantía entregada por el postor ganador cumpla con los requisitos mencionados en el párrafo anterior. Para estos efectos, las “Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N°30225”, aprobadas por el OSCE mediante Directiva N° 001-2019- OSCE/ CD, han establecido los siguientes lineamientos:*

*“Los funcionarios de las Entidades no deben aceptar garantías emitidas bajo condiciones distintas a las establecidas en el presente numeral, debiendo tener en cuenta lo siguiente:*

- 1. La clasificadora de riesgo que asigna la clasificación a la empresa que emite la garantía debe encontrarse listada en el portal web de la SBS (<http://www.sbs.gob.pe/sistema-financiero/clasificadoras-de-riesgo>).*
- 2. Se debe identificar en la página web de la clasificadora de riesgo respectiva, cuál es la clasificación vigente de la empresa que emite la garantía, considerando la vigencia a la fecha de emisión de la garantía.”*

*Como se puede apreciar, la directiva citada establece determinados lineamientos que deben observar los funcionarios responsables de las entidades para verificar que la garantía otorgada por el contratista cumple con los requisitos establecidos en el artículo 148. Cabe precisar que, la Entidad no podrá suscribir el contrato mientras no haya verificado que la garantía cumple con los referidos requisitos”.*

*(…)”*

Cabe precisar que **se dejará sin efecto** todo extremo del pliego absolutorio y de las Bases que se opongan a las disposiciones precedentes.

---

<sup>2</sup> La presente disposición deberá ser considerada en la etapa correspondiente, no requiriendo su implementación en las Bases Integradas.

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, 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.

### 3. ASPECTOS REVISADOS DE OFICIO

Si bien el procesamiento de la solicitud de pronunciamiento, por norma, versa sobre las supuestas irregularidades en la absolución de consultas y/u observaciones, a pedido de parte, y no representa la convalidación de ningún extremo de las Bases, este Organismo Técnico Especializado ha visto por conveniente hacer indicaciones puntuales a partir de la revisión de oficio, según el siguiente detalle:

#### 3.1. Condiciones para la suscripción del contrato

Las Bases Estándar aplicables al presente objeto, establecen, como parte del numeral 2.4 ‘Requisitos para perfeccionar el contrato’, entre otros aspectos, lo siguiente:

<b>Importante</b>
<p>(...) <i>Cuando el postor ganador de la buena pro presenta como personal clave a profesionales que se encuentren prestando servicios como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, procede otorgar plazo adicional para subsanar, conforme lo previsto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento.</i> (...)”.</p>

En el presente caso, de la revisión del numeral 2.4 ‘Requisitos para perfeccionar el contrato’ y literal B.2 ‘Experiencia del personal clave (correspondiente a los requisitos de calificación), se advierte lo siguiente:

“2.4 Requisitos para perfeccionar el contrato  
(...)”

<b>Importante</b>
<p>(...) <i>Cuando el postor ganador de la buena pro presenta como personal clave a profesionales que se encuentren prestando servicios como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, procede otorgar plazo adicional para subsanar, conforme lo previsto en el literal a) del artículo 141 del Reglamento.</i> (...)”.</p>

(...)

3.2 Requisitos de calificación

(...)

B.2 Experiencia del personal clave

(...)

Notas:

(...)

No obstante, ello resulta importante señalar que los postores se encuentran comprometidos a mantener su oferta hasta la suscripción del contrato y, en caso de verse favorecido con la buena pro, a suscribir tal documento en los términos manifestados en su oferta: En atención a ello, en concordancia con el artículo 190° del RLCE, es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado. Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta es descalificada. El presente artículo también resulta aplicable para los contratos de consultoría en lo que corresponda, salvo la Selección de Consultores Individuales.

De lo expuesto, se aprecia que lo consignado en el requisito de calificación ‘Experiencia del personal clave’ no se condice con lo establecido en las Bases Estándar -que, en el presente caso, ha sido consignado también en el numeral 2.4-.

En ese sentido, se implementará la siguiente disposición al respecto:

- **Se suprimirá**, del literal B.2 ‘Experiencia del personal clave (correspondiente a los requisitos de calificación), el siguiente extremo:

B.2 Experiencia del personal clave

“(...)

Notas:

(...)

No obstante, ello resulta importante señalar que los postores se encuentran comprometidos a mantener su oferta hasta la suscripción del contrato y, en caso de verse favorecido con la buena pro, a suscribir tal documento en los términos manifestados en su oferta: En atención a ello, en concordancia con el artículo 190° del RLCE, es responsabilidad del contratista ejecutar su prestación con el plantel profesional ofertado. ~~Cuando los postores presenten dentro de su oferta como personal permanente a profesionales que se encuentran laborando como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción, dicha oferta es descalificada. El presente artículo también resulta aplicable para los contratos de consultoría en lo que corresponda, salvo la Selección de Consultores Individuales”.~~

Cabe precisar que **se dejará sin efecto** todo extremo del pliego absoluto y de las Bases que se opongan a las disposiciones precedentes.

### 3.2. Otras penalidades

De la revisión del numeral 2.6 “Otras penalidades” del acápite II del numeral 3.1 del Capítulo III de la sección específica de las Bases, se advierte lo siguiente:

Penalidades			
Nº	Supuestos de aplicación de penalidad	Forma de cálculo	Procedimiento

	(...)		
4	Por valorizar sin ceñirse a las bases de pago (como por ejemplo: valorizar obras adicionales dentro de la planilla de la obra contratada; valorizar obras adicionales sin haber obtenido la aprobación de PROVIAS NACIONAL; por valorizar obras y/o metrados no ejecutados (sobre -valorizaciones) y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros actos que ocasionen pagos indebidos o no encuadrados en las disposiciones vigentes, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran corresponder; si el Supervisor no hiciera las deducciones o descuentos <b>oportunamente</b> , en las valorizaciones del contratista, con la finalidad de que al término de obra no exista o se reduzca el saldo a favor de PROVIAS NACIONAL; entre otros supuestos según la normativa de contrataciones vigente).	Se aplicará una penalidad del 2.0% del Contrato original, por los conceptos indicados.	Según informe del Administrador del Contrato.
5	Ante la evidencia objetiva de que no se adoptaron <b>las acciones necesarias</b> para un correcto trabajo que permita controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de Obra y/o por no haber adoptado <b>las acciones necesarias</b> para que el Contratista ejecute la señalización que la Obra requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.	Se aplicará una penalidad del 2.0% del Contrato original, por los conceptos indicados.	Según informe del Administrador del Contrato.
6	Por atrasos y/o paralizaciones de los trabajos o actos programados, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones laborales con su personal de obra (pago de remuneraciones <b>oportunos</b> ).	Se aplicará una penalidad del 2.0% del Contrato original, por los conceptos indicados.	Según informe del Administrador del Contrato.
	(...)		
9	Si se constata o detecta en obra que el Supervisor no contará con los recursos ( <b>personal</b> y equipo) acreditados en la firma del contrato para el control de la obra	Se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.	Según informe del Administrador del Contrato.
	(...)		
11	De verificarse que, durante la prestación del servicio, <b>el Supervisor presta servicios con personal profesional distinto al ofertado en su propuesta</b> , sin que este hecho haya sido previamente autorizado por PROVIAS.	Se le aplicará una penalidad equivalente al 10% del saldo a pagar a dicho personal.	Según informe del Administrador del Contrato.
	(...)		
13	Si como consecuencia de verificar el	Se le aplicará una	Según informe

funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso corresponda, el comité de recepción advierte que la obra no se encuentra culminada.	Penalidad equivalente al 5% del monto del contrato de supervisión.	del <u>Administrador del Contrato</u> .
---	--	---

(El resaltado y subrayado son agregados)

Al respecto, las Bases Estándar aplicables al objeto de la presente contratación, indican lo siguiente:

<b>Otras penalidades</b>			
<b>Nº</b>	<b>Supuestos de aplicación de penalidad</b>	<b>Forma de cálculo</b>	<b>Procedimiento</b>
1	Cuando el personal acreditado permanece menos de sesenta (60) días desde el inicio de su participación en la ejecución del contrato o del íntegro del plazo de ejecución, si este es menor a los sesenta (60) días, de conformidad con las disposiciones establecidas en el numeral 190.2 del artículo 190 del Reglamento.	[INCLUIR LA FORMA DE CÁLCULO, QUE NO PUEDE SER MENOR A LA MITAD DE UNA UNIDAD IMPOSITIVA TRIBUTARIA (0.5 UIT) NI MAYOR A UNA (1) UIT] por cada día de ausencia del personal en el plazo previsto.	Según informe del [CONSIGNAR EL ÁREA USUARIA A CARGO DE LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO].
2	En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.	[INCLUIR LA FORMA DE CÁLCULO, QUE NO PUEDE SER MENOR A LA MITAD DE UNA UNIDAD IMPOSITIVA TRIBUTARIA (0.5 UIT) NI MAYOR A UNA (1) UIT] por cada día de ausencia del personal.	Según informe del [CONSIGNAR EL ÁREA USUARIA A CARGO DE LA SUPERVISIÓN DEL CONTRATO].
3	Si como consecuencia de verificar el funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso corresponda, el comité de recepción advierte que la obra no se encuentra culminada.	[INCLUIR LA FORMA DE CÁLCULO, QUE NO PUEDE SER MENOR A 1% NI MAYOR A 5%] al monto del contrato de supervisión.	Según informe del comité de recepción.
4	(...)		

En relación con ello, corresponde señalar que, mediante el INFORME N° 018-2021-MTC/20.9-LACA de fecha 25 de agosto de 2021<sup>3</sup>, remitido con ocasión de la solicitud de emisión del pronunciamiento, la Entidad precisó lo siguiente:

<sup>3</sup> Trámite Documentario 2021-19857908-LIMA.

“(…)

*B. De las otras Penalidades*

**Penalidad N° 4**

*De la revisión de la penalidad N° 4, se advierte que la Entidad estaría penalizando cuando el Supervisor no hiciera las deducciones o descuentos oportunamente. De lo expuesto, se solicita a la Entidad precisar el alcance del término “oportunamente” de la penalidad N° 4.*

*Aclaración:*

*Entiéndase por “oportunamente”, que, de detectarse el pago por obras adicionales dentro de la planilla de la obra contratada, valorizar obras adicionales sin haber obtenido la aprobación de PROVIAS NACIONAL, por valorizar obras y/o metrados no ejecutados (sobre - valorizaciones) y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros pagos que no correspondan, el descuento de este debe realizarse en la siguiente valorización.*

**Penalidad N° 5**

*De la revisión de la penalidad N° 5, se advierte que la Entidad estaría penalizando cuando el Supervisor no realizará las acciones necesarias para que se den ciertas condiciones de trabajo durante la ejecución de la obra. De lo expuesto, se solicita a la Entidad precisar el alcance del término “acciones necesarias” de la penalidad N° 5.*

*Aclaración:*

*Entiéndase por “acciones necesarias”, aquellas que hubiesen podido evitar el incumplimiento señalado (por ejem. Por no disponer que su personal verifique la señalización necesaria de la obra o por no haber verificado que el contratista cuenta con los equipos y aparatos de iluminación necesarios para la obra a pesar de ser su obligación)*

**Penalidad N° 6**

*De la revisión de la penalidad N° 6, se advierte que la Entidad estaría penalizando cuando se den atrasos y/o paralizaciones de los trabajos o actos programados debido a que el Supervisor no cumpla con los pagos de remuneraciones oportunas. De lo expuesto, se solicita a la Entidad precisar el alcance del término “oportunas” de la penalidad N° 6.*

*Aclaración:*

*Entiéndase por “oportunas”, el número de ellas (remuneraciones) que originen que el personal del Supervisor se niegue o se retire de la obra y no permita la ejecución de un trabajo que debe contar con su autorización.*

**Penalidad N° 11**

*De la revisión de la penalidad N° 11, se advierte que no se condice con la penalidad N° 2 de las Bases Estándar aplicables al presente procedimiento de selección. De lo expuesto, se solicita a la Entidad adecuar la penalidad N° 11, conforme a los establecido a la penalidad N°2 de las Bases Estándar.*

*Aclaración:*

*Se ha realizado la adecuación correspondiente (se adjunta TdR modificados)*

11	<i>En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido. <del>De verificarse que, durante la prestación del servicio, el Supervisor presta servicios con personal profesional distinto al ofertado en</del></i>	<i>Se le aplicará una penalidad equivalente <del>al 10% del saldo a pagar a dicho personal</del> a una UIT por cada día de ausencia del personal.</i>	<i>Según informe del Administrador del Contrato.</i>
----	--	---	--

~~su propuesta, sin que este hecho haya sido previamente autorizado por PROVIAS.~~

**Penalidad N° 9**

De la revisión de la penalidad N° 9, se advierte que la Entidad estaría penalizando en caso de que no se encuentre en obra el personal y equipos acreditados en la suscripción del contrato. De lo expuesto, se solicita a la Entidad indicar si la ausencia del personal señalada en la penalidad N° 9 estaría inmersa en el supuesto de la penalidad N°2 de las Bases Estándar.

**Aclaración:**

Considerando que se estarían duplicando las penalidades 2 de las bases estándar (II en este proceso) y la penalidad 9, se procederá a su adecuación correspondiente para su aplicación solo para el caso de los equipos (se adjunta TdR modificados)

9	Si se constata o detecta en obra que el Supervisor no <del>cuenta contará</del> con los <del>recursos (personal y equipos)</del> acreditados en la firma del contrato para el control de la obra	Se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.	Según informe del Administrador del Contrato.
---	--	--	---

(...)"

(El resaltado y subrayado son agregados)

**Respecto a la penalidad N° 4:**

Se aprecia que la Entidad, mediante su informe aclaró el alcance del término 'oportunamente' consignado en la penalidad N° 4.

En ese sentido, considerando lo expuesto, se implementará la siguiente disposición:

- **Se adecuará** la penalidad N° 4, según el siguiente detalle:

4	Por valorizar sin ceñirse a las bases de pago (como por ejemplo: valorizar obras adicionales dentro de la planilla de la obra contratada; valorizar obras adicionales sin haber obtenido la aprobación de PROVIAS NACIONAL; por valorizar obras y/o metrados no ejecutados (sobre -valorizaciones) y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros actos que ocasionen pagos indebidos o no encuadrados en las disposiciones vigentes, sin perjuicio de las acciones legales que pudieran corresponder; si el Supervisor no hiciera las deducciones o descuentos oportunamente, en las valorizaciones del contratista, con la finalidad de que al término de obra no exista o se reduzca el saldo a favor de PROVIAS NACIONAL; entre otros supuestos según la normativa de contrataciones vigente).	Se aplicará una penalidad del 2.0% del Contrato original, por los conceptos indicados.	Según informe del Administrador del Contrato.
---	---	--	---

	<p><i>Nota: Entiéndase por “oportunamente”, que, de detectarse el pago por obras adicionales dentro de la planilla de la obra contratada, valorizar obras adicionales sin haber obtenido la aprobación de PROVIAS NACIONAL, por valorizar obras y/o metrados no ejecutados (sobre -valorizaciones) y pagos en exceso, valorizaciones adelantadas u otros pagos que no correspondan, el descuento de este debe realizarse en la siguiente valorización.</i></p>		
--	--	--	--

**Respecto a la penalidad N° 5:**

Se aprecia que la Entidad, mediante su informe aclaró el alcance del término ‘acciones necesarias’ consignado en la penalidad N° 5.

En ese sentido, considerando lo expuesto, se implementará la siguiente disposición:

- **Se adecuará** la penalidad N° 5, según el siguiente detalle:

5	<p><i>Ante la evidencia objetiva de que no se adoptaron las acciones necesarias para un correcto trabajo que permita controlar la señalización (diurna y nocturna) durante la ejecución de Obra y/o por no haber adoptado las acciones necesarias para que el Contratista ejecute la señalización que la Obra requiere con el fin de evitar accidentes y brindar la seguridad suficiente al usuario.</i></p> <p><i>Nota: Entiéndase por “acciones necesarias”, aquellas que hubiesen podido evitar el incumplimiento señalado (por ejem. Por no disponer que su personal verifique la señalización necesaria de la obra o por no haber verificado que el contratista cuenta con los equipos y aparatos de iluminación necesarios para la obra a pesar de ser su obligación</i></p>	<p><i>Se aplicará una penalidad del 2.0% del Contrato original, por los conceptos indicados.</i></p>	<p><i>Según informe del Administrador del Contrato.</i></p>
---	--	--	---

**Respecto a la penalidad N° 6:**

Se aprecia que la Entidad, mediante su informe aclaró el alcance del término ‘oportunas’ consignado en la penalidad N° 6.

En ese sentido, considerando lo expuesto, se implementará la siguiente disposición:

- **Se adecuará** la penalidad N° 6, según el siguiente detalle:

6	<p>Por atrasos y/o paralizaciones de los trabajos o actos programados, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones laborales con su personal de obra (pago de remuneraciones oportunas).</p> <p><i>Nota: Entiéndase por “oportunas”, el número de ellas (remuneraciones) que originen que el personal del Supervisor se niegue o se retire de la obra y no permita la ejecución de un trabajo que debe contar con su autorización.</i></p>	<p>Se aplicará una penalidad del 2.0% del Contrato original, por los conceptos indicados.</p>	<p>Según informe del Administrador del Contrato.</p>
---	---	---	--

### **Respecto a la penalidad N° 11 y N° 13:**

De la revisión de las penalidades N° 11 y N° 13, se advierte que dichas penalidades no se condicen con la penalidad N° 2 y N° 3 obligatorias, establecidas en las Bases Estándar aplicables al presente procedimiento de selección. Asimismo, la Entidad, mediante informe, habría adecuado la penalidad N° 11.

En ese sentido, considerando lo expuesto, se implementará la siguiente disposición:

- **Se adecuará** la penalidad N° 11, conforme a lo establecido en las Bases Estándar, según el siguiente detalle:

11	<p><del>De verificarse que, durante la prestación del servicio, el Supervisor presta servicios con personal profesional distinto al ofertado en su propuesta, sin que este hecho haya sido previamente autorizado por PROVIAS.</del></p> <p><i>En caso el contratista incumpla con su obligación de ejecutar la prestación con el personal acreditado o debidamente sustituido.</i></p>	<p>Se le aplicará una penalidad equivalente al <del>10% del saldo a pagar a dicho personal</del> a una UIT por cada día de ausencia del personal.</p>	<p>Según informe del Administrador del Contrato.</p>
13	<p>Si como consecuencia de verificar el funcionamiento u operatividad de la infraestructura culminada y las instalaciones y equipos en caso corresponda, el comité de recepción advierte que la obra no se encuentra culminada.</p>	<p>Se le aplicará una Penalidad equivalente al 5% del monto del contrato de supervisión.</p>	<p>Según informe del <del>Administrador del Contrato</del> comité de recepción.</p>

### **Respecto a la penalidad N° 9:**

Al respecto, la Entidad, mediante informe, habría indicado que se estaría duplicando un extremo de la penalidad N° 9 -referente al personal- con la penalidad N° 2 de las Bases Estándar (penalidad N° 11 en el presente procedimiento de selección); por lo que, procedió a adecuar la penalidad N° 9 para su aplicación solo para el caso de los equipos.

En ese sentido, considerando lo expuesto, se implementará la siguiente disposición:

- **Se adecuará** la penalidad N° 9, según el siguiente detalle:

9	<i>Si se constata o detecta en obra que el Supervisor no <del>cuenta con</del> <del>recursos (personal y equipos)</del> acreditados en la firma del contrato para el control de la obra</i>	<i>Se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.</i>	<i>Según informe del Administrador del Contrato.</i>
---	---	---	--

### 3.3. Duplicidad de los Requisitos de Calificación

De la revisión del “Requerimiento” anexado a las Bases, se aprecia que se encuentran consignados los Requisitos de Calificación en el acápite III, no obstante, ellos se encontrarían reiterados en el numeral 3.2 del Capítulo III de la Sección Específica de las Bases.

En ese sentido, con ocasión de la integración “definitiva” de las Bases, se realizará la siguiente disposición al respecto:

- **Se suprimirán** los requisitos de calificación consignados en el acápite III del “Requerimiento” anexado a las Bases.

## 4. CONCLUSIONES

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

**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, asimismo, cabe señalar que, las disposiciones del Pronunciamiento priman sobre aquellas disposiciones emitidas en el pliego absolutorio y Bases Integradas que versen sobre el mismo tema.

**4.3.** El comité de selección deberá **modificar** las fechas de registro de participantes, presentación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, para lo cual deberá tenerse presente que los proveedores deberán efectuar su registro en forma electrónica a través del SEACE hasta antes de la presentación de propuestas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 del Reglamento; asimismo, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento, entre la integración de Bases y la presentación de propuestas no podrá mediar menos de siete (7) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la publicación de las Bases Integradas en el SEACE.

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

Jesús María, 14 de setiembre de 2021

Códigos: 14.1