



Resolución Directoral

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 00021-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-3.3

San Isidro, 12 de Setiembre de 2024

VISTOS:

El Memorando N° D00377-2024-VIVIENDA/VMCS/PASLC-4.2, de fecha 29 de agosto de 2024, de la Unidad de Obras; la Carta N° 007-2024-CRKL-PRO, de fecha 29 de agosto de 2024, del Consorcio RKL; el Informe N° D00006-2024-VIVIENDA/VMCS/PASLC-3.3, de fecha 12 de setiembre de 2024, de la Unidad de Administración y el Informe Legal N° D00022-2024-VIVIENDA- VMCS-PASLC-UAL de fecha 12 de setiembre de 2024, de la Unidad de Asesoría legal; y,

CONSIDERANDO:

Que, el 27 de marzo de 2024 se convocó en el SEACE la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1 para la Contratación de Ejecución de Obra: incluye diseño y construcción con estudios básicos de ingeniería para el proyecto: "AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LOS SECTORES 334, 335, 336, 337, 343 Y 344, DISTRITO DE COMAS E INDEPENDENCIA" CÓDIGO ÚNICO N° 2300050", por un valor referencial ascendente a S/ 292,252,423.30 (Doscientos noventa y dos millones doscientos cincuenta y dos mil cuatrocientos veintitrés con 30/100 Soles);

Que, el 15 de agosto de 2024 se registró en el SEACE el consentimiento de la buena pro a favor del CONSORCIO RKL conformado por BENITO ROGGIO E HIJOS SA SUCURSAL DEL PERU, CONST.MARITIMAS Y DE LA SUPERFICIE SRL, K & G CONTRATISTAS GENERALES S.A. y LYCONS S.R.L. (en adelante, Consorcio RKL), consorcio que ofertó la suma de S/ 310'536,129.84;

Que, mediante Informe N° D00174-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-UA-UFA, de fecha 26 de agosto de 2024, la Unidad Funcional de Abastecimiento señala que en el numeral 13.1.7 de los Términos de Referencia, correspondiente a la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1, se consignó lo siguiente: "El desembolso al fiduciario: 10% del monto definido en el ítem 13.1.4, numeral a), para el diseño", lo que vulneraría lo estipulado en los artículos 153, 184 y 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que recomendó a la Unidad de Administración se corra traslado a la Unidad de Obras y al postor adjudicado para que se pronuncien en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, sobre la posible transgresión normativa advertida;

Que, mediante Memorando N° D00139-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-3.3, de fecha 26 de agosto de 2024, la Unidad de Administración solicitó a la Unidad de Obras, en su calidad de área usuaria de la contratación, emita pronunciamiento sobre la posible transgresión a la normativa de contratación pública, de acuerdo a lo advertido por la Unidad Funcional de Abastecimiento en su Informe N° D00174-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-UA-UFA;

Que, mediante Carta N° D00031-2024-VIVIENDA/VMCS/PASLC-3.3, de fecha 27 de agosto de 2024, la Unidad Funcional de Abastecimiento solicita al Consorcio RKL su opinión sobre los posibles vicios de nulidad advertidos en el marco de la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1, para lo cual se le otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles;

Que, mediante Carta N° 007-2024-CRKL-PRO, de fecha 29 de agosto de 2024, el Consorcio RKL solicitó a la Unidad de Administración que declare la no existencia de vicios de nulidad en la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1, porque —a su criterio— no existiría vulneración a la normativa de contratación pública, indicando que, en todo caso, debería procederse con la conservación del acto administrativo, regulado por el numeral 14.1 de artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en tanto el posible vicio comunicado por la Entidad no sería trascendente, puesto que el resultado del procedimiento de selección sería el mismo; es decir, mantendría la buena pro a su favor;

Que, mediante Memorando N° D00377-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-4.2, de fecha 29 de agosto de 2024, la Unidad de Obras comunicó a la Unidad de Administración que *“no correspondería aplicar el Adelanto Directo por FIDEICOMISO, para la prestación del servicio de Elaboración del Expediente Técnico”*, para lo cual cita las Opiniones Nos. 017-2011/DTN y 032-2021/DTN, considerando que han sido emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en su calidad de ente rector en materia de contrataciones

Que, según señala la Unidad de Obras, en dichas opiniones se indica que si bien la modalidad de concurso oferta tiene como finalidad la ejecución de una obra, para alcanzar dicha finalidad es necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta, por lo que prima la naturaleza de cada una de las prestaciones ejecutadas. En ese sentido, a efectos de lograr un tratamiento jurídico adecuado en su ejecución, es necesario establecer como regla general que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le aplican las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que sean compatibles con su naturaleza. Por tanto, para la elaboración del expediente técnico se aplican las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan servicios, y para la ejecución de la obra se aplican las disposiciones de dicha normativa que regulaban obras;

Que, respecto la posible transgresión a la normativa de contratación pública, de acuerdo a lo advertido por la Unidad Funcional de Abastecimiento en su Informe N° D00174-2024-VIVIENDA/VMCS-PASLC-UA-UFA, cabe señalar que el numeral 128.2 del artículo 128 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que, cuando la Entidad advierta de oficio posibles vicios de nulidad del procedimiento de selección, corre traslado a las partes, según corresponda, para que se pronuncie en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles;

Que, bajo dicho contexto, el Consorcio RKL manifestó que —a su criterio— no existiría vulneración a la normativa de contratación pública, considerando que *“se ha constituido un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, siendo que lo único que ha hecho la Entidad es desdoblar dicho*

fideicomiso en los dos (2) aspectos esenciales del objeto de contratación: el diseño y la construcción;”. Además, señala que en el caso que la Entidad insista en la existencia de vicios de nulidad, se ampara en la conservación del acto administrativo regulado por el numeral 14.1 del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en tanto el posible vicio no sería trascendente puesto que el resultado del procedimiento de selección sería el mismo; es decir, seguiría obteniendo la buena pro por haber cumplido con los requisitos de calificación, figura jurídica que ha sido desarrollada en el fundamento 22 de la Resolución N° 01008-2022-TCE-S2 de fecha 01 de abril del 2022 y fundamento 33 de la Resolución N° 496-2024-TCE-S5 de fecha 09 de febrero del 2024;

Que, con Informe N° D00006-2024-VIVIENDA/VMCS/PASLC-3.3, de fecha 12 de septiembre de 2024, la Unidad de Administración informa a la Unidad de Asesoría Legal que en la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-I se ha vulnerado lo estipulado en los artículos 153, 184 y 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que señala que se ha configurado un vicio de nulidad por la causal de contravención a las normas legales, el cual resulta trascendente, por lo que no es posible aplicar la figura de conservación del acto, al estar referido a una contravención normativa, requiriendo que esta unidad se pronuncie sobre la viabilidad legal de proceder con la nulidad del procedimiento de selección antes indicado;

Que, en dicho Informe la Unidad de Administración, de acuerdo al marco de sus funciones y atribuciones, concluye lo siguiente:

“Conforme se colige de los párrafos anteriores en las contrataciones convocadas bajo la modalidad de concurso oferta, el postor ofertó la elaboración del expediente técnico y la ejecución de una obra, siendo la finalidad última de esta modalidad contractual la ejecución de una obra. Asimismo, las prestaciones involucradas (elaboración de expediente técnico y ejecución de obra) son independientes, de ejecución sucesiva y típicas (la elaboración del expediente técnico constituye la prestación del contrato de consultoría de obra y la ejecución de obra constituye la prestación de un contrato de obra).

*En el caso de los procesos convocados bajo la modalidad de Concurso Oferta, como es el caso del procedimiento de selección Licitación pública N°02-2024-PASLC-I, y conforme a la regla general señalada en la opinión N° 032-2021/DTN **en el caso del adelanto directo para la elaboración de expediente técnico la normativa de contrataciones ha establecido que este será efectuado contra la presentación de una garantía, siendo posible la constitución de un fideicomiso únicamente para el caso de contrataciones destinadas a la ejecución de obras.** Razón por la cual se ha vulnerado lo estipulado en los artículos 153°, 184° y 185° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y nos encontramos ante la concurrencia de un vicio de nulidad por la causal de contravención a las normas legales.*

Cabe precisar que, el vicio en el que se advierte se incurrido, resulta trascendente, no siendo posible aplicar la figura de conservación del acto, al estar referido a una contravención normativa. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la contravención a la ley, es causal de nulidad del acto administrativo, el cual no resulta conservable. Por lo tanto, ante la verificación de un defecto en el procedimiento de selección, la normativa otorga a la Administración la posibilidad de corregir sus errores u omisiones a través de la declaración de nulidad del acto viciado por ello, en el caso de autos, corresponde declarar la nulidad del procedimiento de selección”.

Que, de acuerdo a lo antes expuesto, la Unidad de Asesoría Legal, a través del Informe Legal N° D00022-2024-VIVIENDA- VMCS-PASLC-UAL, de fecha 12 de setiembre de 2024, señala que los argumentos expuestos por el postor adjudicado, no desvirtúan la nulidad del vicio incurrido en el Pliego de absoluciones y observaciones, y estando a lo señalado por la Unidad de Administración y la Unidad de Obras, concluye que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del TUO de la LCE, corresponde que se declare la nulidad del procedimiento de selección de la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC, debiendo retrotraerse el mismo hasta la etapa de absoluciones y observaciones, a fin de que el Comité de Selección realice un nuevo acto de revisión de las mismas, debiendo observar las disposiciones de la normativa de contratación pública que resulten aplicables;

Que, de la revisión efectuada a los informes y documentos presentados, se advierte que la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1 tiene por objeto la Contratación de Ejecución de Obra: Incluye Diseño y Construcción con Estudios Básicos de Ingeniería para el Proyecto: “Ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado de los Sectores 334, 335, 336, 337, 343 y 344, distrito de Comas e Independencia” Código Único N° 2300050;}

Que, el numeral 1.1.5 del “Requerimiento” de la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1, la modalidad de contratación es ejecución de obra que incluye diseño y construcción con Estudio Básico de Ingeniería;

Que, en lo que concierne a la garantía por adelanto directo, se observa que originalmente el “Requerimiento”, que formaba parte de las Bases Administrativas del citado procedimiento de selección, contempló lo siguiente:

“11.1.5.2 Garantía por adelanto directo en la ejecución de obra que incluya diseño y construcción con EBI

Se incorpora la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra que incluya diseño y construcción con estudio básico de ingeniería con el fin de garantizar que dichos recursos, durante su ejecución, se apliquen exclusivamente a la obra contratada

Una vez suscrito el contrato de obra entre el contratista y la Entidad, esta última tiene un plazo de treinta (30) días hábiles contados desde el día siguiente de suscrito el contrato para realizar los trámites correspondientes para la constitución del fideicomiso; y, de esta forma, el contratista pueda recibir el adelanto directo.

La constitución y las condiciones del fideicomiso por adelanto de obra deberán ser concordante con lo dispuesto en el artículo 184 del RLCE”.

Que, en concordancia con el “Requerimiento”, en el numeral 2.5.1 de las Bases Administrativas originales se indicó lo siguiente:

2.5. ADELANTOS¹⁶

2.5.1. FIDEICOMISO DE ADELANTO DE OBRA

Para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, se constituirá un fideicomiso conforme a lo establecido en los artículos 184 y 185 del Reglamento. El procedimiento para la solicitud y entrega de los adelantos se rige por lo dispuesto en dichos artículos.

2.5.2. ADELANTO DIRECTO

"La Entidad otorgará un adelanto directo por el 10% del monto del contrato original.

2.5.3. ADELANTO PARA MATERIALES E INSUMOS

"La Entidad otorgará adelantos para materiales e insumos por el 20%¹⁶ del monto del contrato original, conforme al calendario de adquisición de materiales e insumos presentado por el contratista.

Que, como es de verse, se estableció la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 y 185 del Reglamento;

Que, sin embargo, es de notar que, en el Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones, registrado en el SEACE el 06 de junio de 2024, el Comité de Selección se pronunció sobre la Consulta N° 2 formulada por la empresa China Machinery Engineering Corporation Sucursal Perú, conforme se indica a continuación

Ruc/código :	20610309462	Fecha de envío :	12/04/2024
Nombre o Razón social :	CHINA MACHINERY ENGINEERING CORPORATION SUCURSAL PERU	Hora de envío :	10:50:18

Consulta: Nro. 2

Consulta/Observación:

Se solicita a la entidad confirmar si la fianza por garantía de adelanto en materiales será del 10% o del 20%. Esto se debe a que, mientras en los gastos generales se especifica un 10%, en las bases, en la página 23, se menciona un 20%. Además, en los Términos de Referencia (TDR) en la página 137 se indica que el adelanto de materiales e insumos es del 20%, favor de confirmar

Acápite de las bases : Sección: Especifico **Numeral:** GG **Literal:** 1 **Página:** 1

Artículo y norma que se vulnera (En el caso de Observaciones):

Art. 2 de la Ley de Contrataciones del Estado

Análisis respecto de la consulta u observación:

SE CONFIRMA la consulta, y se aclara que la entidad otorgará adelantos para materiales por el 10% del monto del contrato original, con motivo de la integración de bases, se modificará los TDR y las Bases Integradas, específicamente

Término de Referencia

"11.1.5.2 Adelantos

11.1.5.2.1 Fideicomiso de Adelanto de Obra

Para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, se constituirá un fideicomiso conforme a lo establecido en los artículos 184 y 185 del Reglamento. El procedimiento para la solicitud y entrega de los adelantos se rige por lo dispuesto en dichos artículos.

11.1.5.2.2 Adelanto Directo

La entidad otorgará un adelanto directo por el diez por ciento (10%) del monto del contrato original.

Cabe precisar que no se requiere la presentación de la garantía, debido a que se establece la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelantos para la ejecución de obra.

Asimismo, para el desembolso del adelanto directo se realizará el 10% para el diseño y 10% para la construcción, de los montos ofertados correspondientes.

-El desembolso al fiduciario: 10% del monto definido en el ítem 11.1.4, numeral a), para el Expediente Técnico, será hasta los 30 días hábiles de la firma del contrato original y;

-El desembolso del 10% del monto definido en el ítem 11.1.4, numeral b), para la construcción será hasta los 30 días hábiles de la aprobación del primer diseño (expediente técnico parcial).

Se precisa que el adelanto, del 10% del diseño y 10% de la construcción, corresponde o equivale al 10% del Valor Referencial.

Que, según se desprende del Pliego de Absolución de Consultas y Observaciones, el Comité de Selección, al absolver la consulta formulada por la empresa China Machinery Engineering Corporation Sucursal Perú, precisó el porcentaje de adelanto para materiales, pero además realizó modificaciones en el “Requerimiento” y en las Bases Integradas, por cuanto agregó los numerales 11.1.5.2.1 y 11.1.5.2.2, estableciendo que el desembolso del adelanto directo se realizaría por el 10% para el diseño y 10% para la construcción, respecto de los montos ofertados correspondientes;

Que, en efecto, teniendo en cuenta que el objeto de la contratación es el diseño y la ejecución de la obra, el “Requerimiento” fue modificado, a fin de contemplar que, a efectos de la entrega del adelanto directo, no se presentaría una garantía, sino que se estableció la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelanto para la ejecución de la obra. Para tal efecto, se dispuso que, por adelanto directo se efectuaría el desembolso del 10% para el diseño y 10% para la construcción;

Que, bajo ese entendido, lo absuelto por el Comité Especial fue recogido en las Bases Integradas, numerales 2.5.1 y 2.5.2, tal como se indica a continuación:

“2.5.1. Fideicomiso de Adelanto de Obra¹

Para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, se constituirá un fideicomiso conforme a lo establecido en los artículos 184 y 185 del Reglamento. El procedimiento para la solicitud y entrega de los adelantos se rige por lo dispuesto en dichos artículos.

2.5.2. Adelanto Directo

La entidad otorgará un adelanto directo por el diez por ciento (10%) del monto del contrato original.

Cabe precisar que no se requiere la presentación de la garantía, debido a que se establece la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelantos para la ejecución de obra.

Asimismo, para el desembolso del adelanto directo se realizará el 10% para el diseño y 10% para la construcción, de los montos ofertados correspondientes.

-El desembolso al fiduciario: 10% del monto definido en el ítem 11.1.4, numeral a), para el Expediente Técnico, será hasta los 30 días hábiles de la firma del contrato original y:

-El desembolso del 10% del monto definido en el ítem 11.1.4, numeral b), para la construcción será hasta los 30 días hábiles de la aprobación del primer diseño (expediente técnico parcial).

Se precisa que el adelanto, del 10% del diseño y 10% de la construcción, corresponde o equivale al 10% del Valor Referencial”.

Que, con ocasión de la integración de las Bases, en el “Requerimiento” se estableció lo siguiente:

“11.1.5.2.2 Adelanto Directo

La entidad otorgará un adelanto directo por el diez por ciento (10%) del monto del contrato original.

¹ Modificación realizada en atención a la Absolución de Consulta N° 02

Cabe precisar que no se requiere la presentación de la garantía, debido a que se establece la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelantos para la ejecución de obra.

Asimismo, para el desembolso del adelanto directo se realizará el 10% para el diseño y 10% para la construcción, de los montos ofertados correspondientes.

- *El desembolso al fiduciario: 10% del monto definido en el ítem 13.1.4, numeral a), para el **diseño**, será hasta los 30 días hábiles de la firma del contrato original y;*
- *El desembolso del 10% del monto definido en el ítem 13.1.4, numeral b), para la **construcción** será hasta los 30 días hábiles de la aprobación del primer diseño (expediente técnico parcial).*

Se precisa que el adelanto, del 10% del diseño y 10% de la construcción, corresponde o equivale al 10% del Valor Referencial”.

Que, en virtud de lo previsto en el “Requerimiento”, las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1 establecieron que la constitución del fideicomiso para el desembolso del adelanto directo tanto para el diseño, como para la construcción;

Que, posteriormente, en atención a la solicitud de elevación de cuestionamientos al Pliego absolutorio de consultas y observaciones y las Bases Integradas presentada por el participante Benito Roggio e Hijos S.A. Sucursal del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado (en lo sucesivo, TUO de la LCE), y el artículo 72 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el Reglamento), el OSCE emitió su Pronunciamiento N° 343-2024/OSCE-DGR, en el cual se identificaron quince (15) cuestionamientos, entre los cuales se observa el referido al adelanto de materiales;

Que, el citado participante señaló que el Comité de Selección absolvió la consulta indicando que se otorgaría un adelanto para materiales por el 10%; sin embargo, en la misma absolución se indicó que el adelanto para materiales e insumos sería por el 20%, por lo que manifestó que provocaría una falta de claridad respecto al porcentaje de adelanto para materiales a otorgar

Que, a través del Informe Técnico No. 001-2024-VIVIENDA-VMCS-PASLC-CS LP N°02-2024-PASLC-1 de fecha 17 de junio de 2024, remitido con ocasión de la solicitud de emisión del pronunciamiento, el PASLC reconoció la existencia de un error y precisó que el adelanto de materiales e insumos corresponde al 20% del monto del contrato original, en virtud de lo cual el OSCE acogió el referido cuestionamiento, entre otros, mediante el Pronunciamiento N° 343-2024/OSCE-DGR;

Que, el numeral 72.10 del artículo 72 del Reglamento señala que: *“El pronunciamiento que emite el OSCE se encuentra motivado e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto trascendente de las bases y realiza la integración definitiva. (...)”;*

Que, en aplicación de la precitada norma legal, el Pronunciamiento N° 343-2024/OSCE-DGR dispuso la integración definitiva las Bases a través del SEACE, no puede perderse de vista que en el numeral 4.4 del documento en cuestión se indica que: *“Finalmente, se recuerda al Titular de la Entidad que el presente pronunciamiento no convalida extremo alguno del procedimiento de selección”;*

Que, de la revisión efectuada al citado pronunciamiento, en relación a la solicitud de adelanto, se advierte que solo el participante Benito Roggio e Hijos S.A. Sucursal del Perú alegó —como supuesta irregularidad en la absolución de consultas y/u

observaciones— la incongruencia en la determinación el porcentaje correspondiente al adelanto de materiales, sin que la falta de revisión de oficio en otros extremos referidos al adelanto represente su convalidación por parte del OSCE;

Que, dicho esto, no existe óbice alguno para que la Entidad identifique alguna irregularidad en el desarrollo del procedimiento de selección de Licitación Pública N° 02-2024-PASLC que requiera ser corregida, a través de los mecanismos legales correspondientes, de manera que se asegure la legalidad de las decisiones adoptadas, cautelando que las mismas observen las reglas del procedimiento y más aún los principios rectores de la contratación pública;

Que, bajo ese entendido, se advierte que el artículo 38 del TUO de la LCE establece lo siguiente:

“Artículo 38. Adelantos

- 38.1 *La Entidad puede entregar adelantos al contratista, siempre que haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección, con la finalidad de otorgarle financiamiento y/o liquidez para la ejecución del contrato.*
- 38.2 *El reglamento establece los tipos, condiciones y monto de cada adelanto, así como la forma en que este se amortiza luego de otorgado.*
- 38.3 *Tratándose de la **ejecución de obras**, la Entidad puede solicitar en los documentos del procedimiento que el contratista constituya un **fideicomiso para el manejo de los recursos que reciba a título de adelanto**, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente. El reglamento desarrolla los requisitos y condiciones para la operatividad de la figura del fideicomiso”.*
(El resaltado es nuestro)

Que, en concordancia con lo preceptuado en el TUO de la LCE, en el Reglamento se establece lo siguiente:

“Artículo 153. Garantía por adelantos

153.1 La Entidad solo puede entregar los adelantos directos y por materiales contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.

(...)

- 153.5. En el **caso de obras**, no se exige la presentación de garantía por adelantos cuando los documentos del procedimiento de selección establezcan la obligación de **constituir un fideicomiso para el manejo de los recursos que el contratista reciba a título de adelanto**”.*
(El resaltado es nuestro)

Que, por su parte, el artículo 184 del Reglamento de la LCE señala lo siguiente:

“Artículo 184. Fideicomiso de adelanto de obra.

*184.1. La Entidad puede incorporar en las bases la obligación de **constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra**, con el fin de garantizar que dichos recursos, durante su ejecución, se apliquen exclusivamente a la obra contratada.*

184.2. Una vez suscrito el contrato de obra entre el contratista y la Entidad; esta última, tiene un plazo de treinta (30) días calendarios contados desde la firma de este para realizar los trámites correspondientes para la constitución del fideicomiso; y, de esta forma, el contratista poder recibir el adelanto directo.

(...)” (El resaltado es nuestro)

Que, como es posible advertir, de acuerdo a lo regulado en la normativa de contratación pública, siempre que haya sido previsto en las Bases del procedimiento de selección, solo es posible constituir fideicomiso para el manejo de los recursos que reciba el contratista a título de adelanto, en los casos de ejecución de obra;

Que, mediante Opinión N° 040-2023/DTN, el OSCE, al absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado², señaló lo siguiente:

“Ahora bien, los adelantos antes mencionados solo pueden ser entregados al contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto; sin embargo, el contratista queda exceptuado de cumplir esta exigencia cuando en las contrataciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, se haya contemplado la obligación de constituir un fideicomiso para el manejo de tales adelantos.

(...)

*Por lo expuesto, se advierte que en los contratos que deriven de procedimientos de selección convocados a partir de la entrada en vigor del Decreto Supremo N°234- 2022-EF (esto es, a partir del 28 de octubre de 2022), y **cuyo objeto sea la ejecución de una obra, la constitución de un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de la obra, será posible cuando dicha obligación se encuentre prevista en los documentos del procedimiento de selección, o en su defecto, cuando las partes hayan acordado su incorporación al contrato conforme a lo establecido en el numeral 184.9 del artículo 184 del Reglamento**”.* (El resaltado es nuestro)

Que, en el presente caso, tal como se ha indicado, el objeto de la contratación de la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1 no solo es la ejecución de obra, sino la elaboración del expediente técnico, a partir del Estudio Básico de Ingeniería, por lo cual, dicha contratación —según lo estipulado en el numeral 11.1.3 del Requerimiento y el numeral 1.7 de las Condiciones Especiales de las Bases Integradas— es la modalidad de ejecución de obra que incluye diseño y construcción con Estudio Básico de Ingeniería;

Que, el numeral 212.1 del artículo 212 del Reglamento de la LCE señala que *“Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos; así como las empresas bajo el ámbito de FONAFE pueden contratar obras que incluyan el diseño y construcción a través de las modalidades llave en mano que incluye el expediente técnico de obra, o concurso oferta, según corresponda, siempre que el presupuesto estimado del proyecto o valor referencial corresponda a una Licitación Pública y que por su naturaleza utilice el sistema de suma alzada. (...)”*:

Que, sobre la modalidad de contratación de concurso oferta, el artículo 36 del Reglamento señala que dicha modalidad se configura cuando el postor oferta la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra;

Que, en torno a la modalidad de concurso oferta y las obras que incluyen diseño y construcción, el OSCE ha emitido diversas opiniones, tales como las Opiniones N° 092-2020/DTN, 056-2022/DTN, 032-2021/DTN, 030-2024/DTN, 016-2024/DTN, 099-

² Conforme a lo establecido en el literal n) del artículo 52 de la Ley, una de las funciones atribuidas al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) consiste en la absolución de consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil. La naturaleza de los criterios interpretativos desarrollados en las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE es la de una interpretación auténtica de la citada normativa y, por ende, deben ser observados por los operadores al momento de su aplicación. Ver Opinión N° 120-2023/DTN.

2023/DTN y 066-2023/DTN. Así, es de advertirse que en la Opinión N° 032-2021/DTN, se señaló lo siguiente:

“2.1.2 Al respecto, es importante señalar que el numeral 1 del artículo 41 del anterior Reglamento definía a la “llave en mano” como una modalidad de ejecución contractual mediante la cual el postor ofertaba en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra, y de ser el caso la elaboración del expediente técnico.

Por su parte, el numeral 2 del referido artículo definía al “concurso oferta” como aquella modalidad de ejecución contractual en mérito a la cual el postor debía ofertar la elaboración del expediente técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno.

De los precitados dispositivos normativos se aprecia que la finalidad última de ambas modalidades era la ejecución de una obra; para tal efecto debían ejecutarse prestaciones de naturaleza distinta. En ese sentido, en el supuesto de que el contrato fuera ejecutado bajo la modalidad de llave en mano que incluía la elaboración del expediente técnico, las prestaciones a realizar eran las siguientes: i) la elaboración del expediente técnico de obra, y ii) la construcción, equipamiento y montaje, hasta la puesta en servicio de la obra; mientras que, cuando el contrato era ejecutado bajo la modalidad de concurso oferta, las prestaciones a realizar eran: i) la venta del terreno (cuando así lo establecían las Bases), iii) la elaboración del expediente técnico, y iii) la ejecución de la obra.

Como se advierte, las prestaciones involucradas en los contratos celebrados bajo las precitadas modalidades, además de ser independientes y de ejecución sucesiva, eran típicas de otros contratos nominados; así pues, la elaboración del expediente técnico constituía la prestación del contrato de consultoría de obra y la ejecución de obra era la prestación de un contrato de obra.

Cabe precisar que pese a la naturaleza distinta de las referidas prestaciones, éstas pertenecían a un mismo contrato y eran necesarias para alcanzar la finalidad perseguida por la Entidad contratante, de ahí que los contratos celebrados bajo cualquiera de las mencionadas modalidades sean una expresión de los contratos mixtos, puesto que,“(…) no se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato”; es decir, no existen varios contratos, sino un solo y en esa medida surge la relación de necesaria complementariedad, inseparabilidad o interdependencia de las prestaciones combinadas al interior del contrato mixto, así como la naturaleza autónoma originaria de esas prestaciones.

En ese sentido, considerando que en los contratos celebrados bajo las modalidades de llave en mano –siempre que hubiera incluido la elaboración de expediente técnico– y concurso oferta coexistían prestaciones de otros contratos (consultoría de obra y ejecución de obra), a efectos de lograr un tratamiento jurídico adecuado en su ejecución, es necesario establecer como regla general que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le aplicaban las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que eran compatibles con su naturaleza, esto es lo que en la doctrina se denomina “tesis de la combinación de las normas”.

En consecuencia, para la elaboración del expediente técnico se aplicaban las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulaban servicios, y para la ejecución de la obra se aplicaban las disposiciones de dicha normativa que regulaban obras”. (El subrayado es nuestro)

Que, en la misma línea, para el caso de la ejecución de obras que incluyen el diseño y la construcción, en la Opinión N° 066-2023/DTN el OSCE señaló lo siguiente

“(...) se puede concluir que un contrato de obra que incluye diseño y construcción, bajo la modalidad llave en mano, se encuentra conformado por obligaciones claramente diferenciadas: (i) la elaboración del expediente técnico de obra; (ii) la construcción, equipamiento, mobiliario o montaje hasta la puesta en servicio; e incluso puede consistir en (iii) la operación asistida de la obra.

Como se advierte, las prestaciones involucradas en los contratos celebrados bajo la referida modalidad llave en mano, además de ser independientes y de ejecución sucesiva, eran típicas de otros contratos nominados; así pues, la elaboración del expediente técnico constituía la prestación del contrato de consultoría de obra y la ejecución de obra era la prestación de un contrato de obra. Cabe precisar que pese a la naturaleza distinta de las referidas prestaciones, éstas pertenecían a un mismo contrato y eran necesarias para alcanzar la finalidad perseguida por la Entidad contratante, de ahí que los contratos celebrados bajo la modalidad llave en mano sean una expresión de los contratos mixtos, puesto que,“(...) no se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato”; es decir, no existen varios contratos, sino uno solo y en esa medida surge la relación de necesaria complementariedad, inseparabilidad o interdependencia de las prestaciones combinadas al interior del contrato mixto, así como la naturaleza autónoma originaria de esas prestaciones.

En ese sentido, considerando que en los contratos celebrados bajo la modalidad de llave en mano –siempre que hubiera incluido la elaboración de expediente técnico– coexistían prestaciones de otros tipos contractuales (consultoría de obra y ejecución de obra), a efectos de lograr un tratamiento jurídico adecuado en su ejecución, es necesario establecer como regla general que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le aplicaban las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que eran compatibles con su naturaleza, esto es lo que en la doctrina se denomina “tesis de la combinación de las normas”.

En consecuencia, para la elaboración del expediente técnico se aplicaban las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulaban la consultoría de obras, y para la ejecución de la obra se aplicaban las disposiciones de dicha normativa que regulaban la ejecución de obras. (El subrayado es nuestro)

Que, de lo señalado por el OSCE en sus diversas opiniones, es posible inferir que la modalidad de ejecución de obras que incluyen diseño y construcción implica la elaboración del expediente técnico y ejecución de obra, es decir, contempla dos (2) prestaciones claramente diferenciadas, manteniendo la unidad del contrato, por lo que corresponde que a cada prestación involucrada en este tipo de contratos se le apliquen las disposiciones de la normativa aplicable que sean compatibles con su naturaleza, para la elaboración del expediente técnico se aplican las disposiciones que regulan las consultorías de obras, y para la ejecución de la obra se aplican las disposiciones de dicha normativa que regulan obras;

Que, dicho esto, se tiene que tratándose de la ejecución de obras que incluyen diseño y construcción, en lo que corresponde a la prestación referida a la ejecución de obra, le resulta aplicable las disposiciones en materia de obras previstas en el TUO de la LCE y su Reglamento. En ese sentido, considerando que el artículo 38 del TUO de la LCE, así como los artículos 153 y 184 del Reglamento de la LCE señalan que solo es posible que las Bases establezcan la obligación de constituir un fideicomiso para la administración de los adelantos destinados a la ejecución de obra, se infiere que las Bases de la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC debieron haber previsto que únicamente para el adelanto por la ejecución de obra se constituya un fideicomiso;

Que, en ese sentido, debe tenerse en cuenta que, en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la constitución del fideicomiso no está prevista para la elaboración del expediente técnico;

Que, sin embargo, en el presente caso, al emitirse y publicarse en el SEACE el Pliego de absoluciones de consultas y observaciones, en el cual se absolvió la Consulta N° 2, se indicó que el desembolso del adelanto directo se realizaría a través de un fideicomiso sobre el 10% para el diseño, esto quiere decir, que se consideró dicha figura para la prestación referida a la elaboración del expediente técnico, lo cual trasgrede el artículo 38 del T.U.O. de la LCE, así como los artículos 153 y 184 del Reglamento de la LCE, y por ende la naturaleza de la modalidad de ejecución de obras que incluyen diseño y construcción, en el que confluyen las prestaciones de elaboración de expediente y ejecución de obra, toda vez que la constitución del fideicomiso para el manejo de adelantos exclusivamente ha sido previsto para la ejecución de obra³;

Que, se evidencia una clara contravención a la normativa de contratación pública, configurándose así un vicio de nulidad que impide continuar con el desarrollo del procedimiento de selección;

Que, debe tenerse presente que, en virtud del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS: “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”;

Que, considerando que la normativa en contrataciones del Estado ha establecido que la constitución del fideicomiso solo está permitida para la ejecución de obras, para lo cual se ha previsto una serie de disposiciones, en concordancia con el Principio de Legalidad, su cumplimiento es obligatorio, no pudiendo extenderse su aplicación para otro objeto de contratación, como es el caso de la elaboración del expediente técnico, en la medida que la autoridad administrativa debe sujetar sus decisiones a las normas de contratación pública que constituyen normas de orden público;

Que, al respecto, el numeral 44.2 del artículo 44 del Reglamento de la LCE señala lo siguiente:

“Artículo 44. Declaratoria de nulidad

44.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

44.2 El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. (...)

44.3 La nulidad del procedimiento y del contrato ocasiona la obligación de la Entidad de efectuar el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar”. (El subrayado es nuestro)

Que, asimismo, el numeral 72.7 del artículo 72 del Reglamento de la LCE prescribe lo siguiente:

“Artículo 72. Consultas, observaciones e integración de bases

(...)

³ Nótese que en la absoluciones de consultas y observaciones se incorporó la figura del fideicomiso para la prestación referida a la elaboración del expediente técnico.

72.7. En caso el pliego de absoluci3n de consultas y observaciones e integraci3n de bases incurra en alguno de los supuestos previstos en el numeral 44.2 del art3culo 44 de la Ley, corresponde al Titular de la Entidad declarar la nulidad de este acto. Esta facultad es delegable”.

Que, sobre la figura de la nulidad del procedimiento de selecci3n, en la Resoluci3n N° 2698-2024-TC-S1 el Tribunal de Contrataciones del Estado ha se~alado lo siguiente:

«(...)

27. Al respecto, cabe precisar que la nulidad es una figura jur3dica que tiene por objeto proporcionar a las Entidades, en el 3mbito de la contrataci3n p3blica, una herramienta l3cita para sanear el procedimiento de selecci3n de cualquier irregularidad que pudiera viciar la contrataci3n, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garant3as previstas en la normativa de contrataciones. Eso implica que la anulaci3n del acto administrativo puede encontrarse motivada en la propia acci3n, positiva u omisiva, de la Administraci3n o en la de otros participantes del procedimiento, siempre que dicha actuaci3n afecte la decisi3n final tomada por la administraci3n.

En ese sentido, el legislador establece los supuestos de “gravedad m3xima a los que no alcanza la cobertura de inter3s p3blico y a los que, en consecuencia, aplica la sanci3n m3xima de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional”. Ello obedece a que, en principio, todos los actos administrativos se presumen v3lidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurren las causales expresamente previstas por el legislador y al declarar dicha nulidad, se apliquen ciertas garant3as tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.»

Que, en el presente caso, se advierte que el Pliego de absoluci3n de consultas y observaciones transgrede el art3culo 38 del TUO de la LCE, as3 como los art3culos 153 y 184 del Reglamento de la LCE, lo cual constituye un vicio transcendente que no es pasible de conservaci3n del acto, **al haberse contravenido normas de orden p3blico** y la naturaleza del objeto de la contrataci3n, por lo que est3 comprometida la validez y legalidad de dicho acto, raz3n por la cual resulta viable que se disponga la nulidad del procedimiento de selecci3n y se retrotraiga hasta el momento en que se cometió el acto viciado, a efectos que el mismo sea corregido;

Que, en adici3n a ello, debe recalcar que la administraci3n se encuentra sujeta al principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1 del art3culo IV del T3tulo Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual constituye antecedente necesario para cualquier inter3s p3blico de su actuaci3n, por ello, la posibilidad de la nulidad de oficio implica una v3a para la restituci3n de la legalidad afectada por un acto administrativo, debiendo tenerse en cuenta que las autoridades no pueden pretender sobrepasar los l3mites legales o actuar al margen de ella;

De conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, as3 como lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 008-2017-VIVIENDA; la Resoluci3n Ministerial N° 128- 2018-VIVIENDA, que aprueba el Texto Actualizado del Manual de Operaciones del Programa Agua Segura para Lima y Callao; y las facultades conferidas a trav3s del art3culo Primero de la Resoluci3n Directoral N° 23-2024-VIVIENDA-VMCS-PASLC, de fecha 02 de mayo de 2024, modificada a trav3s de la Resoluci3n Directoral N° 25-2024-VIVIENDA-VMCS/PASLC, de fecha 22 de mayo del a~o en curso, contando con el visto bueno de la Unidad de Asesor3a Legal;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- DECLARAR la nulidad de oficio de la Licitación Pública N° 02-2024-PASLC-1 para la Contratación de Ejecución de Obra: incluye diseño y construcción con estudios básicos de ingeniería para el proyecto: “Ampliación y mejoramiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado de los Sectores 334, 335, 336, 337, 343 y 344, distrito de Comas e Independencia” - Código Único N°2300050 y retrotraer hasta la Etapa de Absolución de consultas y observaciones conforme los alcances del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado;

Artículo 2.- DISPONER que la Unidad Funcional de Abastecimiento registre la presente Resolución en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, para los fines pertinentes;

Artículo 3.- DISPONER que la Unidad Funcional de Recursos Humanos efectúe las acciones que correspondan para el deslinde de responsabilidades a que hubiere lugar, conforme a lo establecido en el numeral 44.3 del artículo 44 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado;

Artículo 4.- DISPONER la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional del Programa Agua Segura para Lima y Callao;

Regístrese, comuníquese y cúmplase.

Firmado digitalmente por
ROSA NELLY ROJAS MONTREUIL
DIRECTORA DE UNIDAD DE ADMINISTRACION
Ministerio de Vivienda, Construcción
y Saneamiento