

San Borja, 21 de Julio de 2021

INFORME N° -2021-OAJ/INDECOPI

A : **CARMEN LUCY SALARDI BRAMONT**
Jefa de la Oficina de Administración y Finanzas

DE : **JOSE LUIS ROJAS ALCOCER**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

ASUNTO : Sobre aprobación de contratación directa de servicios por causal de proveedor único.

REFERENCIA: Informe Técnico N° 00004 -2021-UAB/INDECOPI

Mediante el documento de la referencia, la Unidad de Abastecimiento expone y sustenta técnicamente la necesidad de aprobar una contratación directa por causal de "proveedor único" para atender la contratación del servicio de infraestructura oficial de la firma electrónica (IOFE) en la Nube, en base a los actos preparatorios llevados a cabo conforme a la normativa de contrataciones públicas; remitiendo para ello el proyecto de resolución de aprobación para dicha contratación directa y solicitando la emisión del informe legal que permita continuar con la gestión correspondiente.

I. ANÁLISIS:

1.1. Sobre las facultades de la Oficina de Asesoría Jurídica (antes denominada: Gerencia Legal¹)

1.1.1. De conformidad con lo establecido por el Artículo 53° y el literal d) del Artículo 54° del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI² (en adelante, ROF del INDECOPI), aprobado por Resolución N° 000063-2021-PRE/INDECOPI³, la Oficina de Asesoría Jurídica es el órgano de asesoramiento responsable de prestar asesoría y emitir opinión de carácter jurídico – legal sobre aspectos sometidos a su consideración, por todas las unidades de organización del INDECOPI, más no interviene en la adopción de decisiones administrativas o de gestión para casos concretos.

1.1.2. En esa medida, dentro de las funciones que corresponden a éste órgano asesor, no se encuentran aquellas que involucran la adopción de decisiones administrativas o de gestión para casos concretos, que corresponden a las competencias o funciones de los órganos que conforman la Entidad, tal como corresponde a las actuaciones que le compete realizar a la Unidad de Abastecimiento o a la Oficina de

¹ Ídem 1

² **Artículo 54.- Funciones de la Oficina de Asesoría Jurídica**

Son funciones de la Oficina de Asesoría Jurídica las siguientes

(...)

d) Prestar la asesoría jurídico-legal que requieran las distintas unidades de organización para la debida ejecución de las actividades propias de su competencia.

³ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 05 de junio del 2021.

Administración y Finanzas; no obstante, se absolverá el pedido de opinión legal exponiendo el marco normativo aplicable al caso.

1.2. Sobre los aspectos de índole legal para la procedencia de una contratación directa por causal de proveedor único:

- 1.2.1. A tenor del marco legal vigente, tenemos que, con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas y la observancia de los principios básicos que aseguren la transparencia, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario, el Artículo 76° de nuestra Carta Magna dispone que toda contratación de bienes, servicios u obras, que sean efectuados con cargo a los fondos públicos debe ser realizada “obligatoriamente” por licitación o concurso, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y demás excepciones establecidos por la ley de la materia.

Corresponde señalar que la citada “Ley de la materia” está conformada intrínsecamente tanto por el T.U.O. de la Ley N° 30225, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (incluyendo sus modificatorias) como por las demás normas reglamentarias que para dicho efecto emita el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE).

- 1.2.2. Ahora bien, el Artículo 16° del T.U.O. de la Ley N° 30225 en concordancia con el Artículo 29° de su Reglamento, establecen que para realizar sus contrataciones las Entidades formulan su requerimiento de bienes, servicios u obras, orientado al cumplimiento de sus propias funciones; el mismo que debe contener la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública que subyace a contratación, así como las condiciones a las que deberán someterse y ejecutarse las prestaciones que serán objeto materia del procedimiento de selección, debiéndose proporcionar acceso en condiciones de igualdad y sin obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo.

- 1.2.3. Sin perjuicio de ello, tanto el T.U.O. de la Ley N° 30225 como su Reglamento contemplan (en su Artículo 27° y Artículo 100° respectivamente) una lista de supuestos en los que, por razones coyunturales, económicas o de mercado, carece de objeto o no resulta eficiente realizar un procedimiento de selección competitivo, permitiendo que las Entidades puedan satisfacer sus necesidades contratando los bienes, servicios u obras con un determinado proveedor.

Entre este listado de supuestos se encuentra aquella referida al de “proveedor único”, en virtud del cual - *de manera excepcional* - las Entidades pueden contratar directamente “*cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o cuando un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos*”.

1.2.4. Al respecto, como condición para que se configure esta causal, el literal e) del Artículo 100° del Reglamento señala que “(...) *la verificación de que los bienes, servicios en general y consultorías solo puede obtenerse de un determinado proveedor debe realizarse en el mercado peruano*”⁴.

1.2.5. Para dicho efecto, la Entidad debe llevar a cabo (como parte de las actuaciones preparatorias) una Indagación de Mercado en donde se determine que para la satisfacción de una necesidad (de bienes, servicios u obras) la adquisición y/o contratación sólo puede ser realizada con un único proveedor al haberse comprobado la no existencia de otro dentro del mercado nacional que se encuentre en la capacidad de satisfacer dicha necesidad (plasmada en el requerimiento)

Cabe anotar que, esta Indagación de mercado adquiere especial relevancia para la determinación de la configuración de la causal de contratación directa por proveedor único, pues sólo después de realizada podrá comprobarse - *de manera objetiva* - que en el mercado nacional existe un único proveedor que puede satisfacer el requerimiento de la Entidad o que existe en el mercado nacional un determinado proveedor que posea derechos exclusivos respecto de los bienes o servicios que la Entidad requiere.

Una vez corroborado ello, la Entidad se encontrará en la posibilidad de aprobar una contratación directa bajo la causal de proveedor único

1.2.6. Sobre este aspecto excepcional, la Dirección Técnico Normativa del OSCE en su Opinión Técnica N° 105-2019/DTN concluye en que:

“La causal de contratación directa por proveedor único se configura cuando a nivel nacional (en el mercado peruano) solo existe un único proveedor de los bienes o servicios requeridos o que posea los derechos exclusivos respecto de dichas prestaciones.”

(Énfasis agregado)

1.2.7. De acuerdo con lo expuesto y de la revisión de la documentación remitida a través del Sistema de Gestión Documental (SGD), tenemos que la Unidad de Abastecimiento mediante el documento de la referencia concluye que:

Informe Técnico N° 00004-2021-UAB/INDECOPI

- *El requerimiento de “Servicio de Infraestructura Oficial de la Firma Electrónica (IOFE) en la nube”, cuenta con el Informe Técnico Previo de Evaluación de Software por parte de la OTI, el cual concluye que el software eSignaTSL obtuvo el mayor puntaje (100 puntos), de acuerdo con las métricas de evaluación utilizadas por la GTI, y es el que ofrece una mayor ventaja tomando en consideración que se viene usando como*

⁴ Se debe tener presente que, cuando el Reglamento hace referencia al “mercado peruano”, a efectos de realizar la verificación de la causal de contratación directa por proveedor único, no limita o circunscribe dicha verificación a la localidad en donde se encuentra la Entidad o donde se ejecutarán las prestaciones del contrato; sino que la Entidad tiene la obligación de realizar la evaluación del mercado nacional – es decir, en el territorio peruano –, con la finalidad de determinar la configuración de dicha causal.

infraestructura preexistente y que en términos de costos sería el más beneficioso para la Entidad.

- *El requerimiento de “Servicio de Infraestructura Oficial de la Firma Electrónica (IOFE) en la nube”, cuenta con estandarización vigente, aprobada a través de la Resolución de la ahora Oficina de Administración y Finanzas del Indecopi N° 0025-2021-GAF/INDECOPI de fecha 14 de abril de 2021.*
- *El Área de Programación y Estudio de Mercado (...) realizó la indagación de mercado correspondiente, determinándose el valor estimado para la contratación del “Servicio de Infraestructura Oficial de la Firma Electrónica (IOFE) en la nube” por el importe de S/ 203,440.00 (doscientos tres mil cuatrocientos cuarenta con 00/100 Soles). 4.3.2. (...) en dicho estudio se acreditó que la compañía INDENOVA SL es la titular de los derechos de propiedad intelectual del software eSignaTSL, y que el distribuidor oficial y exclusivo de las soluciones eSignaTSL en el Perú es INDENOVA SUCURSAL DEL PERÚ.*
- *Por las razones expuestas, se puede verificar que se ha configurado la causal prevista en el literal e) del artículo 27 del TUO de la Ley, el cual señala que las entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor “cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos”, bajo la condición de proveedor único de servicios en el mercado peruano, concordante con el literal e) del artículo 100 del Reglamento.*

1.2.8. En tal sentido, de conformidad con lo sostenido por Unidad de Abastecimiento, este despacho ve cumplidas las condiciones y/o requisitos legales establecidos que sustentan la aprobación de la contratación directa por causal de proveedor único de acuerdo con lo expuesto precedentemente.

A partir de ello, podemos inferir que la información obtenida del mercado nacional (*respecto a la existencia de un único proveedor que se encuentra en capacidad de satisfacer la necesidad puesta de manifiesto por el área usuaria del servicio – Oficina de Tecnologías de la Información – por ostentar “los derechos de propiedad intelectual del software eSignaTSL”*) se encuentra debidamente sustentada en actuaciones que no trasgreden liminarmente alguna normativa especial que ponga en estado de desventaja u omisión a la entidad; por lo que se puede continuar con la gestión administrativa del expediente de contratación como corresponde a su estado.

1.3. Sobre el procedimiento de aprobación de una contratación directa por causal de desabastecimiento inminente:

1.3.1. Se trae a colación lo prescrito por el Artículo 102° del Reglamento:

“Artículo 102. Procedimiento para las contrataciones directas

102.1. Una vez aprobada la Contratación Directa, la Entidad la efectúa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las bases, las cuales contienen como mínimo lo indicado en los literales a),

b), e), f), l) y o) del numeral 48.1 del artículo 48. La oferta puede ser obtenida por cualquier medio de comunicación.

102.2. Las actuaciones preparatorias y contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas **cumplen con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento**, salvo con lo previsto en el artículo 141, donde la entidad, en atención a su necesidad, define el plazo que le permita suscribir el contrato.

(...)

102.4. El cumplimiento de los requisitos previstos para las contrataciones directas, en la Ley y el Reglamento, es responsabilidad del Titular de la Entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución.

102.5. Cuando no llegue a concretarse la elección al proveedor o suscripción del contrato, se deja sin efecto automáticamente la adjudicación efectuada, debiendo la Entidad continuar con las acciones que correspondan.”

(Énfasis agregado)

1.3.2. De acuerdo con la normativa citada, es requisito para la aprobación de una contratación directa que los informes técnicos y legales justifiquen su necesidad y procedencia; así como, que las actuaciones preparatorias que se celebren como consecuencia de ellas cumplan con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento.

1.3.3. Sobre esto último, la Dirección Técnico Normativa del OSCE en su Opinión N° 127-2017/DTN concluyó en que:

“(...) considerando que el expediente de contratación es aprobado en la fase de actos preparatorios, dicho expediente debe aprobarse con anterioridad a la aprobación de la contratación directa”.

1.3.4. Así, tenemos que:

- Mediante Resolución N° 00144-2021-GEG/INDECOPI de fecha 14/07/2021, la Gerencia General aprobó la cuarta modificación del Plan Anual de Contrataciones de la Entidad; incluyendo en su numeral 36 la contratación directa para la “contratación del servicio de infraestructura oficial de la firma electrónica (IOFE) en la nube”.
- Mediante Formato de Aprobación de Expediente de Contratación N° 029-2021-UAB de fecha 15/07/2021, la Oficina de Administración y Finanzas aprobó el expediente de la contratación directa del citado servicio.

Verificándose de esta manera el cumplimiento de los requisitos previstos en el T.U.O. de la Ley N° 30225 y su Reglamento que han sido referidos en el presente informe para mayor sustento de lo aquí expuesto.

1.3.5. Finalmente, cabe precisar que a través de la Indagación de Mercado N° 026-2021/SGL-PYEM de fecha 17/06/2021, la Unidad de Abastecimiento ha determinado que el costo que la Entidad asumirá

por la contratación del citado servicio asciende S/ 203,440.00 (Doscientos tres mil cuatrocientos cuarenta con 00/100 Soles)⁵, el que se encuentra plenamente sustentado con la Certificación de Crédito Presupuestario (CCP) N° 026-2021 y su Previsión N° 021-2022, otorgado por la Unidad de Planeamiento, Presupuesto e Inversiones (véase Memorándum N° 00029-2021-UPP/INDECOPI de fecha 18/06/2021)

1.4. Sobre las facultades para disponer la aprobación de la contratación directa por causal de proveedor único:

- 1.4.1.** De acuerdo con lo establecido por el numeral 1) del Artículo 101° del Reglamento, la potestad para aprobar contrataciones directas es ejercida por el Titular de la Entidad de manera indelegable, salvo en los supuestos contenidos en los literales e), g), j), k), l), m) del Artículo 27° de la Ley⁶.

La causal de proveedor único se encuentra prevista en el literal e) del Artículo 27° del T.U.O. de la Ley, por lo que, la potestad para aprobarla puede ser ejercida por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que se haya delegado dicha facultad.

- 1.4.2.** Siendo así, mediante Resolución N° 004-2021-INDECOPI/PRE de fecha 14 de enero de 2021 la presidenta del Consejo Directivo del INDECOPI delegó las siguientes facultades en materia de contratación pública:

A la Oficina de Administración y Finanzas⁷:

Artículo 2.- Delegar en el/la jefe de la Oficina de Administración y Finanzas⁸, durante el Año Fiscal 2021, las siguientes facultades y atribuciones:

2.1 En materia de Contrataciones del Estado:

(...)

- h) Aprobar las contrataciones directas señaladas en los literales e), g), j), k), l) y m) del artículo 27 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado*

(...)

En base a ello, tenemos que el funcionario competente para aprobar la presente contratación directa por causal de proveedor único - *en caso lo considere pertinente* - es la jefa de la Oficina de Administración y Finanzas.

- 1.4.3.** Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que de conformidad con el Artículo 43° del Reglamento, el órgano a cargo de los procedimientos de selección se encarga de la preparación, conducción y realización del

⁵ Monto que corresponde a la oferta presentada por la empresa INDENOVA SUCURSAL DEL PERU

⁶ **Artículo 101. Aprobación de contrataciones directas**

101.1. La potestad de aprobar contrataciones directas es indelegable, salvo en los supuestos indicados en los literales e), g), j), k), l) y m) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley.

⁷ Equivalencia actual del cargo conforme a la adecuación de los órganos y unidades orgánicas del INDECOPI aprobada mediante Resolución N° 000088-2021-GEG/INDECOPI, publicado el día 03 de junio del 2021 en el Diario Oficial El Peruano.

⁸ Idem 8.

procedimiento de selección hasta su culminación⁹. En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto en literal a) del Artículo 71° del ROF de INDECOPI¹⁰, corresponde que se autorice a la Unidad de Abastecimiento realizar las acciones necesarias para la contratación directa del servicio aquí referido como corresponde a su responsabilidad funcional.

II. CONCLUSIONES:

- 2.1.** En el presente caso, en mérito a la documentación que se ha tenido a la vista y de acuerdo con el sustento técnico emitido por la Unidad de Abastecimiento, se ha verificado la configuración de la causal de proveedor único prevista en el literal e) del Artículo 27° del T.U.O. de la Ley.
- 2.2.** Conforme a lo expuesto por la Unidad de Abastecimiento (específicamente en su Indagación de Mercado 026-2021/SGL-PYEM de fecha 17/06/2021), se han cumplido con las condiciones y requisitos legales establecidos para la contratación del servicio sub-materia, previsto en el ítem 36 del Plan Anual de Contrataciones del INDECOPI para el año 2021.
- 2.3.** En virtud de lo previsto en el numeral 1) del Artículo 101° del Reglamento y conforme a los alcances de la Resolución N° 004-2021-INDECOPI/PRE de fecha 14/01/2021, el funcionario competente para aprobar la contratación directa - *en caso lo considere pertinente* - es la jefa de la Oficina de Administración y Finanzas.
- 2.4.** De conformidad con el Artículo 43° del Reglamento y el Artículo 71° del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, corresponde que se autorice a la Unidad de Abastecimiento realizar las acciones necesarias para la contratación directa del servicio de infraestructura oficial de la firma electrónica (IOFE) en la nube.

Atentamente,

JOSÉ LUIS ROJAS ALCOCER

Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

(JRA/gcr)

⁹ Artículo 43. Órgano a cargo del procedimiento de selección

43.1. El órgano a cargo de los procedimientos de selección se encarga de la preparación, conducción y realización del procedimiento de selección hasta su culminación. Los procedimientos de selección pueden estar a cargo de un comité de selección o del órgano encargado de las contrataciones.

¹⁰ Artículo 71.- Funciones de la Unidad de Abastecimiento

Son funciones de la Unidad de Abastecimiento las siguientes:

a) Gestionar la ejecución de los procesos vinculados a la Cadena de Abastecimiento Público, en el marco de lo dispuesto en la normativa del Sistema Nacional de Abastecimiento