Proyecto de Ley N° 1896/2021-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
28 ABR 2022
RECIBIDO
Firma ____ Hora 1:33PM

Proyecto de Ley para Fortalecer la Integridad Pública y la Lucha contra la Corrupción en las Contrataciones del Estado

A iniciativa del Congresista **ENRIQUE WONG PUJADA**, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y de acuerdo a los artículos 22, 67, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY PARA FORTALECER LA INTEGRIDAD PÚBLICA Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Artículo 1°.- OBJETO

Se establecen criterios para fortalecer la integridad y la lucha contra la corrupción en todos los procesos de contrataciones que realiza el Estado para la adquisición de bienes, servicios y obras y que utilizan recursos del tesoro público.

La presente norma es de aplicación para aquellos postores que intervienen en procesos de selección que tengan medidas cautelares a pesar de haber sido sancionados e inhabilitados por el Organismo Superior de Contrataciones del Estado-OSE, y precisa los criterios de calificación que contribuyen a la integridad en las contrataciones públicas para todo tipo de procesos que convocan las entidades públicas.

Artículo 2°.- PARTICIPACIÓN DE POSTORES CON MEDIDAS CAUTELARES

Los postores que hayan sido sancionados con inhabilitación temporal o definitiva por el Organismo Superior de Contrataciones del Estado – OSCE, que tengan a favor una medida cautelar dentro o fuera del proceso que suspenda la ejecución de la inhabilitación, podrán participar en los procesos de selección, asignándoles un puntaje negativo inicial de -5 (cinco) puntos en la calificación de sus propuestas técnicas. Al momento de presentar su propuesta, esta deberá incluir una declaración jurada en donde se consigne que tienen una medida cautelar decretada a su favor debiendo señalar el tipo de medida cautelar, los datos de la autoridad que la disponga, el número de expediente, la materia del proceso y el estado procesal de la causa principal. Asimismo, declararán bajo juramento que en caso se le adjudique la buena pro, se obligan a dar cumplimiento a todas sus obligaciones contractuales pactadas. En caso no se presente la declaración jurada o se compruebe la falsedad de los datos consignados en la declaración jurada, se declarará improcedente la participación del postor y se procederá a instruir al Procurador Público para el inicio de las acciones legales a iniciar.

Si durante el plazo de ejecución y liquidación del contrato el poder judicial expide sentencia firme declarando infundada y/o improcedente la demanda o se revoca la medida cautelar, el adjudicatario se obliga a cumplir con todas sus prestaciones contractuales bajo apercibimiento de ser procesado por la comisión del delito de falsedad de declaración jurada, lo que no exime las presuntas responsabilidades administrativas, civiles y penales que puedan incurrir.

Artículo 3º.- DE LA PRESENTACIÓN DE CARTA FIANZA

Si el postor favorecido con una medida cautelar resulta ser el ganador de la buena pro, veinticuatro horas antes de la suscripción del respectivo contrato, deberá presentar una carta fianza por un monto equivalente al 10% (diez por ciento) del monto de su oferta económica, que garantice la ejecución contractual ante cualquier decisión del Poder Judicial respecto a la medida cautelar y estará vigente hasta la liquidación del contrato.

En caso de no cumplir con la presentación de la carta fianza, se procederá a declarar ganador de la buena pro al postor que quedó en el segundo lugar, en caso de ser postor único, se declarará desierta la adjudicación. En ambos casos se remitirá información al Organismo Superior de Contrataciones del Estado - OSCE para que proceda a solicitar ante el órgano competente la revocatoria de la medida cautelar decretada y para las acciones previstas en la Ley de Contrataciones del Estado.

Si se emite sentencia con calidad de cosa juzgada favorable al postor, la entidad procederá a devolver la carta fianza; en caso contrario, se procederá a ejecutar la carta fianza, estando obligada la adjudicataria a cumplir con los términos contractuales pactados.

Artículo 4º.- REVOCACIÓN DE MEDIDA CAUTELAR

La medida cautelar será revocada cuando se incurra en la causal contemplada en el párrafo dos del artículo tercero de la presente norma, disposición que será dictada a solicitud del Organismo Superior de Contrataciones del Estado - OSCE.

Artículo 5º.- CRITERIOS DE CALIFICACIÓN QUE CONTRIBUYEN A LA INTEGRIDAD EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

En todos los procesos de contrataciones públicas, el criterio de calificación o de evaluación de la experiencia de los postores, corresponderá a los últimos veinticinco (25) años y la experiencia de los profesionales asignados se considera desde su colegiatura en el colegio respectivo. En el caso de los consorcios se considerará la experiencia de las empresas consorciadas.

Para efectos de la evaluación de los postores en los procesos de contrataciones públicas, es obligatorio considerar que los postores hayan incorporado normas internas para implementar modelos de prevención contra la comisión de delitos, con normas anti soborno o similares. También se deberá evaluar que el postor acredite la adopción de normas de calidad, normas de gestión ambiental, normas de seguridad y salud ocupacional o normas que son similares; cumpliéndose, además, con los otros criterios establecidos en la legislación aplicable a cada proceso. Dichas acreditaciones corresponderán a la sede, filial, sucursal u oficina que participa en el proceso y que estará a cargo de la prestación en el país, en caso obtenga la buena pro. En caso de participación en consorcio, todos los integrantes del consorcio deben cumplir con dicho requisito.

Artículo 6°.- VIGENCIA

La presente Ley será de aplicación a los procedimientos de contratación que se inicien a partir del día siguiente de la publicación.

DISPOSICIÓN MODIFICATORIA COMPLEMENTARIA FINAL

PRIMERA.

Los procesos judiciales y las medidas cautelares contra inhabilitaciones o sanciones dictadas o impuestas por la OSCE serán presentadas, tramitadas y resueltas, en primera instancia, por la Sala Constitucional, Civil y/o Mixta de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial según corresponda. En estos casos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia actuará como segunda instancia.

SEGUNDA.

Modifíquese y adecúese cualquier norma que contradiga la presente disposición legal.

Lima, 26 de abril de 2022.

FIRMA DIGITAL

Firmado digitalmente por:
WONG PUJADA Enrique FIR
10621936 hard
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 28/04/2022 11:28:46-0500

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La corrupción es uno de los principales problemas que enfrenta el Estado Peruano y es un gran freno al desarrollo nacional. La Contraloría General de la República en su informe N° 2344-2020-CG-GCOC, del mes de junio recién pasado, al referirse al año 2019 señala que Perú pierde anualmente 23,000 millones de soles por corrupción e inconducta funcional. Segú expresiones del Contralor, *"El Perú tiene un problema de corrupción, pero no se trata de casos aislados sino de una corrupción que ha penetrado a todo el sistema, es una corrupción estructural. Hemos terminado el estudio respecto a cuánto pierde el Perú por corrupción anualmente y solo en el 2019 se estima que esta ascendería a más de 23,000 millones de soles respecto del presupuesto anual ejecutado, esa sería la pérdida que habríamos tenido todos los peruanos por problemas de inconducta funcional y corrupción".*

El monto indicado significa el 15% de la ejecución neta del presupuesto público, una cifra espeluznante que debe obligar a todos los peruanos a tomar en serio la lucha contra la corrupción. Evidentemente, la corrupción golpea a los más pobres porque no reciben los servicios que requieren o porque no pueden acceder a ellos por su alto costo.

Según un reporte de la Defensoría ("Reporte de Corrupción en el Perú N° 2-El Sistema Anticorrupción Peruano: Diagnósticos y Desafíos", 2016), el 52% de las denuncias involucran a los gobiernos locales, 26% a gobiernos regionales y 22% al gobierno nacional. Del total de denuncias, el 56% correspondían a contrataciones del Estado para la adquisición de bienes, servicios y obras.

Por ello la desconfianza de la población sobre el accionar de la administración pública; y sobre esto ha tomado nota la clase política nacional. Por eso, la lucha contra la corrupción es un mandato constitucional que se desprende de los artículos 39, 41 y 44 de la Constitución Política del Perú.

Mediante Decreto Supremo N° 092-2017-PCM del 14 de setiembre de 2017, se aprobó la "Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción".

Con Decreto Supremo N° 042-2018-PCM del 22 de abril de 2018 se establecen medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción, con la correcta, transparente y eficiente actuación de los servidores públicos y de las entidades sujetas a la Ley de N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.

Mediante Decreto Supremo N° 044-2018-PCM del 26 de abril de 2018 se aprueba el "Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción 2018-2021", como herramienta de implementación de la política de integridad y lucha contra la corrupción.

El Decreto Supremo N° 092-2017-PCM en su Artículo 3.- Implementación y ejecución de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, establece que: *"Las entidades del Estado que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, tienen a su cargo la implementación y ejecución de la misma, en el marco de sus competencias".*

Las contrataciones públicas se rigen por lo estipulado en la Ley de Contrataciones del Estado-Ley N° 30225 (Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF del 13 de marzo de 2019), su Reglamento vigente y sus modificatorias.

El TUO de la Ley N° 30225, en su artículo 2, establece los principios que rigen las contrataciones del Estado, como la libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, integridad y otras.

El TUO de la Ley N° 30225, en su artículo 11° señala los impedimentos para contratar con el Estado. En el numeral 11.1, inciso s) establece: *"En todo proceso de contratación y siempre que cuenten con el mismo objeto social, las personas jurídicas cuyos integrantes formen o hayan formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. El impedimento también es aplicable a la persona jurídica cuyos integrantes se encuentren sancionados administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado. Para estos efectos, por integrantes se entiende a los representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente".*

El mismo, el TUO de la Ley N° 30225, en su artículo 12 - Calificación exigible a los proveedores, precisa: *"La Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el reglamento. Para dicho efecto, los documentos del procedimiento de selección deben prever con claridad los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación".*

En su artículo 50, el TUO de la Ley N° 30225 establece las infracciones y, cuando corresponda, las sanciones que son aplicables a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando incurran en infracciones;

Sin embargo, a pesar de las sanciones administrativas que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado a aquellos que infringen las normas legales, muchos de los sancionados recurren al Poder Judicial por medidas cautelares para evadir las sanciones y, cuando el Poder Judicial se las otorga, continúan concursando y suscribiendo contratos con el Estado; lo cual no es concordante con los principios que rigen las contrataciones del Estado estipulado en el artículo 2 del TUO de la Ley N° 30225, especialmente el principio de "**Igualdad de Trato**", equiparándolos con aquellos postores que no han sido sancionados, toda vez que para que se otorgue una medida cautelar al momento de la evaluación de la autoridad competente, basta con acreditar una apariencia de derecho, la cual no es igual a un derecho que no es materia de cuestionamiento por autoridad alguna.

Por ejemplo, según la última información publicada en la página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, al 12 de julio de 2019 existen 153 proveedores que han sido sancionados e inhabilitados para contratar con el Estado pero que disponen de medidas cautelares que les permite continuar participando en las contrataciones del Estado y siguen obteniendo grandes sumas de dinero.

El 5 de junio del año 2020, el Portal Compras Estatales publicó un extenso informe de Convoca.pe en el cual **una empresa consultora peruana investigada por el Caso Lavajato y sancionada e inhabilitada por el OSCE, pero que interviene con medida cautelar, había contratado por un monto total de 390 millones de soles**, gracias a que había obtenido medidas cautelares decretadas por el Poder Judicial. Estos temas son, precisamente los que se desean corregir con la presente norma.

El Reglamento vigente (Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias en el Decreto Supremo N° 377-2019-EF del 14 de diciembre de 2019) en su artículo 52- Contenido Mínimo de las Ofertas, señala *"Los documentos del procedimiento establecen el contenido de las ofertas. El contenido mínimo es el siguiente: a) Acreditación de la representación de quien suscribe la oferta. b) Declaración jurada declarando que: i. No ha incurrido y se obliga a no incurrir en actos de corrupción, así como a respetar el principio de integridad; ii. No tiene impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley....".* En efecto, aquellos proveedores que disponen de medidas cautelares compiten deslealmente con aquellos que no tienen sanción o impedimento alguno, vulnerándose los principios que rigen las contrataciones del Estado; lo cual es necesario corregir.

El Organismo Superior de Contrataciones - OSCE ha publicado las bases estándar para los diversos procesos de contrataciones que convocan las entidades del Estado y las adecúa de acuerdo a las modificaciones que se produzcan en la Ley y/o su Reglamento. Sin embargo, las bases específicas de las convocatorias que realizan las entidades públicas bajo el marco de la Ley N° 30225 no están incluyendo los criterios para valorar la integridad de los postores ni su compromiso en la lucha contra la corrupción, por lo que es necesario considerar dichos criterios como obligatorios en las bases que publican las entidades públicas.

Si las cifras indican que la mayoría de denuncias de corrupción están ligadas a las contrataciones del Estado, entonces, es momento de empezar a ser más drásticos en las convocatorias públicas y en las contrataciones del Estado. La presente propuesta de Ley apunta en esa dirección.

Por otra parte, en Perú existe la Ley N° 30424 (Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Empresas por delitos de Soborno o Cohecho), una forma de manejar los problemas organizacionales relacionados al cohecho. Esta Ley establece que las personas jurídicas están en la obligación de implementar un Modelo de Prevención. Asimismo, y responsabiliza a las organizaciones de cualquier posible fraude iniciado por algún colaborador de la empresa.

Ahora bien, conjugando la naturaleza y alcances de la corrupción en las adquisiciones del Estado, con las exigencias empresariales en materia de control de la corrupción, es muy importante considerar que las empresas que participen en procesos de adquisiciones con el Estado apliquen dentro de su organización sistemas de control anticorrupción; de tal manera que disminuimos las posibilidades de malos manejos en los procesos de selección.

En razón de lo expuesto, la presente norma considera importante "castigar" la actuación de aquellas empresas que han sido sancionadas por el Organismo Superior de Contrataciones - OSCE, y que intervienen en procesos mediante medidas cautelares con un puntaje negativo; lo que, a su vez, reconoce la idoneidad de aquellas empresas o postores que no tienen sanción.

Queda claro que para el caso de las medidas cautelares no se desconoce o desacata la disposición del Poder Judicial (que otorga la medida cautelar), pues se permite la participación del postor sancionado. Sin embargo, al **momento de la calificación de su oferta se le quita cinco puntos al postor sancionado porque este es un criterio de calificación potestativo y exclusivo** de las entidades públicas previsto en la ley y no es criterio de restricción o impedimento de participación.

De otra parte, en las distintas normas que rigen las contrataciones públicas establecen diversos criterios para calificar a los postores. Por ejemplo, la Ley de Contrataciones del Estado en su **Artículo 12. Calificación exigible a los proveedores** estipula: *"La Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el reglamento.*

Para dicho efecto, los documentos del procedimiento de selección deben prever con claridad los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación".

El REGLAMENTO de esta Ley establece criterios para la calificación y luego para la evaluación de los postores. La calificación se refiere al cumplimiento de requisitos tales como capacidad legal, capacidad técnica y profesional, experiencia del postor y solvencia económica. En cambio, para la evaluación se establecen diferencias entre los diversos rubros de contratación (bienes, servicios, obras y consultoría de obras). Ejemplo, en el Artículo 51, del REGLAMENTO anterior de 2018 (**DS N° 344-2018-EF**) se estipulaba lo siguiente: inciso *"**51.3. En el caso de obras**, el precio es un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social, entre otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE. Los factores de evaluación señalados son objetivos. **51.4. En el caso de consultoría en general o consultoría de obra**, además del precio, se establece al menos uno de los siguientes factores de evaluación. a) Experiencia del postor en la especialidad; b) La metodología propuesta; c) Conocimiento del proyecto e identificación de facilidades, dificultades y propuestas de solución; d) **Aquellos relacionados con la sostenibilidad ambiental o social**; y, e) Otros que se prevean en las bases estándar que aprueba el OSCE".*

Esto fue modificado con **DS N° 162-2021-EF, promulgado el 26 de junio del año 2021**, que señala: *"Artículo 51. Factores de evaluación (...) 51.4. En el caso de consultoría en general o consultoría de obra, además del precio, se consideran los siguientes factores de evaluación: a) Experiencia del postor en la especialidad; y, b) La metodología propuesta".* Es decir, **se eliminó la posibilidad de evaluar los otros criterios.**

El REGLAMENTO vigente de esta Ley deja abierta la inclusión y precisión de estos criterios en las Bases Estandarizadas elaboradas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE. Estas Bases Estandarizadas incluyen criterios de calificación y evaluación de ofertas, algunos de los cuales, en la realidad, restringe la participación de las empresas nacionales. Esto no es concordante con los criterios de trato justo y libre concurrencia. Por ejemplo, **al restringir que la experiencia que acrediten los postores se refiera solo a los últimos 10 años; esto beneficia a las empresas internacionales que contratan en diversos países del mundo**; en cambio, en nuestro país las contrataciones no son abundantes en cada especialidad solicitada.

Dicha situación también se observa en otros procesos que se convocan y que son financiados con recursos públicos, en los que se limita el periodo de acreditación de la experiencia de los postores y del personal asignado. Por ello, PARA TODOS LOS PROCESOS, es importante ampliar el periodo de la experiencia y considerar periodo más amplio como se hacía en normas anteriores, que consideraban los últimos 25 años. Igual es el caso de los profesionales, pues no se debe restringir su experiencia sino considerar aquella lograda desde su colegiatura en el colegio respectivo.

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado vigente-Ley 30225, establece en su artículo 2-Principios que Rigen las Contrataciones, entre otros, los criterios de Vigencia Tecnológica, Sostenibilidad Ambiental e Igualdad de Trato; pero las **Bases Estándar elaboradas por el OSCE no consideran la obligatoriedad de estos criterios,** sino que dejan a la voluntad de las Entidades la consideración de alguno o todos estos criterios en sus bases específicas. Las Bases Estándar vigentes señalan: ***"Se pueden incluir los siguientes factores de evaluación"***, por lo que es la Entidad convocante la que finalmente decide que solicita a los postores. Por ello, resulta muy importante que **en la Evaluación de las propuestas de los postores establezca la obligatoriedad en la calificación** o asignación de puntaje a las acreditaciones que dispongan los postores en cuanto a los criterios anteriormente mencionados.

Adicionalmente consideramos importante que se deba considerar que los adjudicatarios hayan implementado normas internas para aplicar modelos de prevención contra la comisión de delitos, así como, medidas que permitan la promoción de valores éticos.

Finalmente se propone incorporar dos disposiciones modificatorias complementarias finales, en la primera se propone que los procesos judiciales y las medidas cautelares contra inhabilitaciones o sanciones dictadas o impuestas por la OSCE serán presentadas, tramitadas y resueltas, en primera instancia, por la Sala Constitucional, Civil y/o Mixta de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial según corresponda. En estos casos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia actuará como segunda instancia. En la segunda disposición se propone modificar cualquier norma que contradiga la presente disposición legal.

EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación del presente proyecto de ley es complementaria a la Ley 30225 - Ley de Contrataciones del Estado y sus modificatorias; así como cualquier legislación que se aplique para contrataciones del Estado peruano con recursos del tesoro público. No requiere modificaciones en dichas normas, salvo las precisiones en las Bases Estándar que utilizan las entidades públicas.

La calificación de las propuestas técnicas y económicas de los postores se realiza con los criterios estipulados en la ley vigente y están detalladas en las Bases Estándar que publica el OSCE. Por tanto, lo único que se debe modifica son las Bases Estándar para incluir, por un lado, el requisito de la norma anti soborno y, por otro lado, la puntuación negativa en caso se intervenga con sustento de medida cautelar y la calificación de la acreditación de normas en la evaluación de las propuestas técnicas de los postores en todos los procesos de selección.

Así mismo, se propone que la sala Constitucional, Civil y/o Mixta de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial según corresponda sea la que actúe en primera instancia frente a demandas que se interpongan contra inhabilitaciones o sanciones dictadas o impuestas por la OSCE. En estos casos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia actuará como segunda instancia, modificándose todas las normas que se contravengan al presente proyecto.

La presente norma es aplicable en todos los procesos de selección que convocan las entidades públicas del país.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La aprobación del presente proyecto de ley será de gran beneficio en la lucha contra la corrupción en las adquisiciones del Estado.

La norma no genera ningún costo adicional por cuanto la participación de los postores en los procesos de contrataciones públicas se da en el marco de la legislación sobre contrataciones del Estado, para los cuales todas las entidades públicas deben establecer las precisiones que corresponde en sus bases específicas. Es decir, no tendrá ningún impacto negativo en los presupuestos que disponen las entidades públicas para la adquisición de bienes, servicios y obras.