

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0047-OF

Quito, D.M., 12 de febrero de 2020

Señora Licenciada
Bety Eufemia Moreno Noriega
Coordinadora General Administrativa Financiera
DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Calle Juan León Mera N21-434 y Vicente Ramón Roca

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. DPE-CGAF-2020-0006-O, de 13 de enero de 2020, recibido por este Servicio Nacional la misma fecha, a través del cual solicita asesoramiento conforme lo previsto en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al respecto me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1.1 Mediante documento Nro. DPE-CGAF-2020-0006-O, de 13 de enero de 2020, dirigido a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, la Lcda. Bety Eufemia Moreno Noriega, en calidad de Coordinadora General Administrativa Financiera de la Defensoría del Pueblo, informó a este Servicio Nacional que:

“(...) la Dirección Nacional Administrativa, mediante memorando Nro. DPE-DNA-2019-1874-M de 26 de diciembre de 2019, solicitó a la Coordinación General de Asesoría Jurídica, emita el Criterio Jurídico, respecto de: (...) obligación de los oferentes de presentar en procedimientos de contratación el formulario de Presentación y Compromiso versión 2.1 con 22 puntos a pesar de que el módulo mfc versión 1.1 lo genera con 17, ya que el SERCOP mediante chat ha manifestado (...) esto se debe a que en el mfc aún no se encuentran actualizados los formularios y se genera automáticamente la versión 1.1; así también han señalado que subir ‘anexo es opcional mas no obligatorio’;

‘Informar si subir anexo alguno es obligatorio en relación a la presentación del formulario de Presentación y Compromiso versión 2.1 con 22 puntos’, considerando que conforme consta en el numeral 9 de la Primera Disposición Transitoria de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 cita ‘Hasta que el Servicio Nacional de Contratación Pública adecúe las condiciones de funcionamiento de las herramientas informáticas determinadas en esta Codificación, se seguirán aplicando la normativa que se detalla a continuación:’, ‘9. Artículos 1 ‘Ámbito de aplicación’ y 2 ‘De los módulos Facilitadores’ de la Resolución Externa No. 2014-0000015, de 01 de octubre de 2014 (sic), que expide las NORMAS DE USO DE LOS MÓDULOS FACILITADORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DENOMINADOS USHAY’;

‘Considerando la normativa expuesta en el caso de que los proveedores presenten únicamente el formulario generado por el mfc - USHAY PL, es causa de rechazo de la oferta y si esta omisión compromete la capacidad técnica económica o jurídica en relación de la oferta presentada’ (...).’

Y solicita: *“(...) asesoramiento respectivo a las consultas antes señaladas, así también informar si la resolución Nro. Resolución Externa No. 2014-0000015, de 01 de octubre de 2014, (sic) se encuentra derogada, considerando que a la presente fecha el SERCOP no ha adecuado las condiciones de funcionamiento de las herramientas informáticas, determinadas en la Codificación. (...)”*

Al documento en referencia adjunta el memorando Nro. DPE-CGAJ-2019-0594-M, de 27 de diciembre de 2019, julio de 2019, a través del cual el Dr. Francisco Xavier Dávalos Morán, en su calidad de Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Defensoría del Pueblo, dentro del análisis efectuado emitió el siguiente criterio jurídico:

“(...) 1.- Emitir criterio jurídico respecto a la obligación de los oferentes de presentar en procedimientos de contratación el formulario de Presentación y Compromiso versión 2.1 con 22 puntos a pesar que el módulo

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0047-OF

Quito, D.M., 12 de febrero de 2020

mfc versión 1.1 lo genera con 17 (...) la observancia y sujeción de las entidades contratantes al modelo de pliego que emite el Servicio Nacional de Contratación Pública constituye una obligación prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General; la misma que no se encuentra contraposición en las resoluciones que emite el ente rector en materia de contratación pública, por lo tanto su cumplimiento es obligatorio.

En este sentido los módulos facilitadores de la contratación en su calidad de aplicativos informáticos no pueden contraponerse al pliego, cuya naturaleza mandatoria radica en la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y por tanto prevalece en ejercicio del artículo 425 de la Constitución.

2.- Informar si subir anexo alguno es obligatorio en relación a la presentación del formulario de Presentación y Compromiso versión 2.1 con 22 puntos

Al respecto, ante la falta de actualización del versión del módulo facilitador del pliego que genera que el numeral 1.1 del 'Formulario de la Oferta' no contemple la información prevista en el modelo de pliego expedido por el Servicio Nacional de Contratación Pública en el año 2017, se considera que en observancia a las disposiciones legales enunciadas en la pregunta que antecede y a fin de no contravenir el principio de legalidad, se debe hacer constar como anexo el numeral 'Presentación y Compromiso' del formulario en mención, cuyo cumplimiento es obligatorio en forma integral.

(...) 3.- En el caso de que los proveedores presenten únicamente el formulario generado por el mfc-USHAY PL, es causa de rechazo de la oferta y si esta omisión compromete la capacidad técnica, económica o jurídica en relación de la oferta presentada

En consideración de que el pliego constituye la base de la contratación, por lo cual es obligación de los oferentes leerlo, analizarlo y cumplirlo íntegramente, entendiéndose que las ofertas deben ceñirse a lo que la entidad contratante requiere. En este sentido, el numeral 1.1 'Presentación y Compromiso' del formulario de la Oferta es un documento no modificable que se desprende del modelo de pliego que emite el Servicio Nacional de Contratación Pública y que de conformidad con el artículo 158, numeral 2 de la Codificación y Actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública su modificación o alteración se considera como un error no subsanable".

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene entre sus facultades expresamente determinadas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- y artículo 6 de su Reglamento General, esto es brindar asesoramiento a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Estado **sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública**, entendiéndose dentro de éste, las disposiciones y normativa conexas promulgada por la autoridad competente para el efectivo cumplimiento de los objetivos del Sistema, especialmente aquellos destinados a garantizar la calidad del gasto público y su ejecución, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo.

La atribución reglada[1] en los números 12 y 17 del artículo 10 de la LOSNC, se enmarca exclusivamente a la asesoría y capacitación en la normativa de contratación pública, la cual conforme a la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o libertad, al no dejar margen de alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias.

El Servicio Nacional de Contratación Pública, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, emite los modelos de pliegos de uso obligatorio para todas las entidades contratantes detalladas en el artículo 1 de la LOSNC, la última versión de los pliegos es la "Versión SERCOP 2.1", publicados el 09 de junio de 2017, dentro del cual se prevé el **"FORMULARIO ÚNICO DE LA OFERTA"**, que se encuentra adecuado conforme a la normativa legal vigente, no obstante, existen ciertas particularidades que no se encuentran incorporadas dentro del numeral 1.1. PRESENTACIÓN Y COMPROMISO del FORMULARIO ÚNICO DE

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0047-OF

Quito, D.M., 12 de febrero de 2020

LA OFERTA contenido en el “*Módulo Facilitador OF*”, en virtud a las adecuaciones de las condiciones de funcionamiento de la herramienta informática que se requiere trabajar.

Sin embargo, conforme lo previsto en la disposición normativa prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- , las entidades contratantes deberán observar los modelos y formatos emitidos por el SERCOP, así como la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual. Además que, las entidades contratantes deberán completar los modelos obligatorios, observando la LOSNCP, el Reglamento General y normativa conexas; y, las modificaciones que efectúen serán bajo su responsabilidad conforme las necesidades particulares de sus procedimientos de contratación (Artículo 28 del RGLOSNC). Por lo que, su representada se encuentra facultada para requerir que el proveedor presente de manera física dentro de su oferta el formulario numeral 1.1. PRESENTACIÓN Y COMPROMISO del FORMULARIO ÚNICO DE LA OFERTA del modelo de pliego que se encuentra publicado en la Biblioteca Virtual en el Portal Institucional del SERCOP, en el siguiente link: https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/nuevos_pliegos.

En este orden de ideas, el proveedor que efectivamente desee participar dentro de un procedimiento de contratación pública desarrollará su oferta conforme el aplicativo informático “*Módulo Facilitador OF*”, siguiendo los requisitos definidos por la entidad contratante al momento de la generación del pliego en el “*Módulo Facilitador PL*”, en la que se incluirá como anexo a la oferta el formulario constante en el numeral 1.1. PRESENTACIÓN Y COMPROMISO del FORMULARIO ÚNICO DE LA OFERTA versión 2.1.; mas, de no considerarlo así, no podrá constituirse como causa legal para descalificar al oferente que presente su oferta conforme los parámetros detallados dentro del módulo facilitador “OF”.

Sin perjuicio de lo expuesto, conforme lo previsto en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Por lo que, es responsabilidad de las entidades contratantes adecuar sus necesidades institucionales a los modelos de pliegos emitidos por el ente rector de la contratación pública garantizando que sus procedimientos cumplan y se apeguen a lo previsto por normativa. (Artículo 28 del RGLOSNC).

III. CONCLUSIÓN:

Tanto las entidades contratantes así como los proveedores del estado que participen en los procedimientos de contratación pública, deberán usar los Módulos Facilitadores PL y OF, respectivamente, conforme las disposiciones previstas en el artículo 6 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP; sin perjuicio de lo expuesto, la Defensoría del Pueblo, en calidad de entidad contratante, podrá definir al momento de la generación del pliego en el aplicativo PL la presentación como anexo a la oferta del formulario constante en el numeral 1.1. PRESENTACIÓN Y COMPROMISO del FORMULARIO ÚNICO DE LA OFERTA versión 2.1.

Finalmente, este pronunciamiento no se puede considerar como un análisis del caso expuesto, ni como una definición de las acciones que deba emprender su representada con relación a la problemática expuesta, ya que únicamente se relaciona a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública y que tienen el carácter orientativo más no vinculante determinado en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Quien suscribe lo hace debidamente autorizado por la Directora General del SERCOP, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución No. RI-SERCOP-2019-000003 de 21 de enero de 2019, que se encuentra publicada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines pertinentes.



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0047-OF

Quito, D.M., 12 de febrero de 2020

[1] *“Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y forma. (...) La norma jurídica especifica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto”, Roberto Dromi. Tratado de Derecho Administrativo. (Buenos Aires, Ediciones Ciudad de Argentina, 1998), 438.*

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-0136-EXT

tg/mf