

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0065-OF

Quito, D.M., 20 de febrero de 2020

Señor Ingeniero
Jorge Jack Ponce Villavicencio
Administrador UN CNEL EP, Encargado - STE
EMPRESA ELÉCTRICA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN NACIONAL DE
ELECTRICIDAD CNEL EP
Barrio General Enriquez Gallo, Av 12 s/n intersección 33 y 35, La Libertad, Telf. 043712828

De mi consideración:

En atención al Oficio Nro. CNEL-STE-ADM-2020-0085-O, de 04 de febrero de 2020, mediante el cual, el Ing. Jorge Jack Ponce Villavicencio, Administrador de la Unidad de Negocio CNEL EP, Encargado -STE-, consulta a este Servicio Nacional de Contratación Pública, respecto a sí:

1.- ¿En un procedimiento bajo la modalidad de Cotización procede o no la calificación de la(s) oferta(s) presentadas por los compromisos de asociación o consorcio y/o las asociaciones o consorcios constituidos, en donde no todos los partícipes cumplan con el parámetro de localidad, es decir incumplen lo establecido en el numeral 4 del art. 33 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 que establece: "Art.- Reglas de consorcio.- Para la calificación de ofertas presentadas por los compromisos de asociación o consorcio y/o las asociaciones o consorcios constituidos, se seguirán las siguientes reglas: 4.Localidad.- Todos los partícipes deben cumplir el parámetro de localidad?.

2.- De proceder la calificación de oferta (s) presentadas por los compromisos de asociación o consorcio y/o las asociaciones o consorcios constituidos, en donde no todos sus partícipes cumplan con el parámetro de localidad, en un procedimiento bajo la modalidad de Cotización, ¿Cómo se deberá proceder en la evaluación de parámetros de las ofertas que pasen a la etapa de evaluación por puntaje, considerando que en dichas ofertas, el oferente (asociado o consorciado) que registra la oferta en el Sistema Oficial de Contratación Pública – SOCE por lo general es el oferente que cuenta con la localidad del proceso, por ende los oferentes participantes en calidad de compromisos de consorcio o consorciados obtienen cierta ventaja, pues el Sistema favorece a estos compromisos de consorcio o consorcio con totalidad o parte del puntaje correspondiente a MYPES y EPS Locales, MYPES y EPS en el caso de procedimientos bajo la modalidad de Cotizaciones de Obra; y, VAE, MYPES y EPS, y MYPES y EPS Locales en el caso de procedimientos bajo la modalidad de Cotizaciones de Servicio?, al respecto me es pertinente indicar que en razón a la documentación adjunta a su requerimiento, manifiesto lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1.1 Mediante memorando No. CNEL-STE-DJ-2020-0064-M, de 31 de enero de 2020, emitido por el Director Jurídico Encargado de la entidad contratante, referente a las consultas planteadas concluyó lo siguiente: "(...) Por lo tanto la norma, y el conjunto de normas destinadas a la regulación de los procesos de contratación pública, específicamente referentes a procesos de COTIZACION, NO han regulado el escenario de existir un miembro del consorcio o del compromiso de asociación o consorcio, que no cumpla con la localidad diferente a la de su asociado, ya que, se entiende que estas cumplen con las reglas generales para su conformación. Po lo tanto, en cuanto a la conformación de ASOCIACIÓN O CONSORCIO, a criterio de este suscrito, si no cumplen con las reglas generales, se entienden como inexistentes a estas asociaciones o compromisos de asociaciones, a efectos de la contratación pública nacional. (...) Ya que la localidad no es causal de rechazo de la oferta; ahora bien, en el hipotético caso que uno de ellos se encuentre domiciliado en un parámetro de localidad distinto al de su posible asociado. Este consorcio o asociación se vuelve inexistente a efectos de la contratación pública nacional, causal que no deviene por no cumplir con las reglas generales de asociación y/o consorcio o

SERVICIO NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA
SERVICIO NACIONAL DE DOCUMENTOS

Dirección: Av. de la Libertad 1338-28 y El Telégrafo Ed. Sercop
Código postal: 170505 Quito - Ecuador
Teléfono: 593 2 2 741 050 www.sercop.gob.ec

Lenin



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0065-OF

Quito, D.M., 20 de febrero de 2020

compromiso de asociación y/o consorcio, establecidas en el artículo 33 de la resolución (sic) RE-SERCOP-2016-0000072, en la Sección II, Asociaciones, consorcios o compromisos de asociación o consorcio más no por efectos de localidad. Al dar respuesta negativa a la primera pregunta del señor Líder de Adquisiciones, la segunda pregunta referente a la evaluación por puntaje en el marco de la localidad (...) se torna innecesaria (...)".

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

La atribución reglada en los números 12 y 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –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 alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias facultadas.

Con el fin de dar atención a su consulta, es menester considerar lo establecido en los artículos 26, 67 y 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNC- así como lo señalado en la doctrina, que ha definido a los consorcios o asociaciones como una unión temporal de empresas[1], siendo esta forma de organización posible en todos los procedimientos de contratación pública, debido a que los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores -RUP-, ya sean personas naturales o jurídicas, pueden presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio. No obstante, la asociación o consorcio que se forma para la ejecución contractual del servicio, obra o bien requerido por la entidad contratante, no implica la pérdida de la personería jurídica de cada uno de los partícipes, pues está no constituye una persona jurídica diferente de los que la conforman, bajo la consecuencia jurídica de que responden de manera indivisible y solidaria todos los asociados.

En este contexto, conforme lo prevé la Sección II del Capítulo IV del título I de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública[2], la facultad que tienen los oferentes inscritos en el RUP, de asociarse se enmarca en la posibilidad que tienen de complementar sus capacidades, a fin de participar de forma conjunta en un determinado procedimiento de contratación pública, que permita satisfacer las necesidades institucionales de las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cabe mencionar que, el segundo párrafo del artículo 99 de la LOSNC, prescribe que los miembros de la asociación o consorcio serán responsables solidaria e indivisiblemente por la ejecución del contrato, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento de las obligaciones, en este sentido conforme la interpretación literal de la norma, la disposición regula respecto al cumplimiento contractual, esto es dentro de la etapa de ejecución del contrato en el cual el consorcio resultó contratista.

Para el tratadista Benjamín Herrera, con relación a los consorcios ha señalado que esta figura: "(...) fue tomada del Código Civil italiano de 1942 que en su artículo 2602 se refiere al consorcio como la ordenación o regulación de la producción entre empresas, de su actividad interna o de su producción entre empresas, de su actividad interna o de su producción e introducción en los mercados. (...) El consorcio, y a su semejanza la unión temporal, se constituyen para un negocio determinado y sin los formalismos de las sociedades. Primero son un instrumento que se usa para asociarse en frente de una única explotación, que en la práctica es extraña a la sociedad, y no está sometida a los formalismos que se prevén para aquella (...)".[3].

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0065-OF

Quito, D.M., 20 de febrero de 2020

Adicional a ello, el citado tratadista determina que "(...) la naturaleza de los consorcios corresponde a contratos de integración, porque buscan precisamente la participación conjunta en una tarea o en una serie de ellas, (...) No forman persona jurídica nueva y quienes lo constituyen conservan su individualidad, aunque se da una integración parcial entre ellos, puede dar lugar a una organización administrativa (...)" **[4]**. (Lo subrayado me pertenece)

Tanto los artículos 26 y 67 de la LOSNCP, así como la doctrina, expresan que la temporalidad del consorcio se subsume a la ejecución contractual, y que cada partícipe asume su responsabilidad por la totalidad del contrato, así también el numeral 4 del artículo 33 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública señala que : "Para la calificación de ofertas presentadas por los compromisos de asociación o consorcio y/o las asociaciones o consorcios constituidos, se seguirán las siguientes reglas: (...) 4. Localidad.- **Todos los partícipes deben cumplir el parámetro de localidad.(...)**", (Énfasis añadido), es por ello que es imperativo el cumplimiento de esta disposición por parte de los compromisos de asociación o consorcio o por los consorcios legalmente establecidos.

Por lo que, en atención a su primera y segunda interrogante, es pertinente indicar que la herramienta informática no se encuentra parametrizada para recibir los datos de todos los socios de los compromisos de asociación o consorcio; o, de consorcios constituidos, es por ello que, será la máxima autoridad, su delegado o la Comisión Técnica designada dentro del procedimiento de contratación, son los encargados de verificar que los consorciados cumplan con lo determinado en el número 4 del artículo 33 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública; y, en el caso de que se haya concedido un puntaje adicional a uno de los consorciados inobservando el presupuesto normativo, se hará constar en el acta de calificación el particular sin considerar la puntuación adicional, todo lo cual, constará en el expediente administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la LOSNCP.

III. CONCLUSIÓN:

Corresponde a la máxima autoridad, su delegado o la Comisión Técnica designada dentro del procedimiento de contratación al amparo de lo establecido en el artículo 99 de la LOSNCP, verificar que los consorciados cumplan con lo determinado en el número 4 del artículo 33 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública; y, en el caso de obtener uno de los consorciados una puntuación adicional sin que cuenten con los presupuestos normativos, se hará constar en el acta de calificación; todo lo cual, constará en el expediente administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la LOSNCP.

De este pronunciamiento no se puede considerar como un análisis del caso expuesto, ni como una definición de las acciones que deba emprender la entidad contratante 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 conforme lo 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 Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 2 de la Resolución Interna 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.