

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0105-OF

Quito, D.M., 24 de marzo de 2020

Señor Ingeniero
Patricio Rafael Romero Jativa
Director Ejecutivo Encargado
SERVICIO ECUATORIANO DE NORMALIZACIÓN
Baquerizo Moreno E8-29 y Diego de Almagro Quito - Ecuador Teléfono: +593-2-3825960

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. NEN-INEN-2020-0223-OF, de 02 de marzo 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 No. INEN-INEN-2020-0210-OF, de 22 de febrero de 2020, dirigido a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, el Ing. Germán Gallegos Chacón, en calidad de Director Ejecutivo del Servicio Ecuatoriano de Normalización, consulta a este Servicio lo siguiente:

“(…) 1. PREGUNTA: ¿En un procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, es obligación de los oferentes en el ‘Módulo Facilitador de Contratación’ del portal institucional del SERCOP, firmar la oferta (a pesar de no tener firma electrónica)?, debiendo señalar que dicho oferente al entregar el ‘formulario de la oferta’ en físico a la entidad contratante, ha suscrito debidamente dicho formulario de la oferta.

2. El formulario de los pliegos en la sección I FORMULARIO DE LA OFERTA el numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO de la oferta consta de 22 numerales, sin embargo en el Módulo Facilitador de Contratación, al presentar la oferta constan únicamente 17 numerales. PREGUNTA: ¿La entidad contratante puede descalificar las ofertas que no hayan completado los 22 numerales?.

3. Los oferentes en un procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, están obligados a firmar su oferta en el FORMULARIO DE LA OFERTA; sin embargo, el documento que se genera en el Módulo Facilitador de Contratación no consta el pie de firma para que el oferente pueda firmar luego del numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO y su firma hace constar al final del formulario de la oferta, luego del numeral 1.12. conforme consta de dicho formulario. PREGUNTA: ¿Es motivo de descalificación de la oferta si no consta la firma al final del numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO; o, es suficiente que conste la firma al final del formulario de la oferta, conforme consta de dicho formulario?.”

1.2 A través del oficio Nro. SERCOP-DAJ-2020-0037-OF, de 27 de febrero de 2020, este Servicio en respuesta a su oficio informó en su parte pertinente que, la consulta no cumple con los requisitos señalados en el artículo 57 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, mediante Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, por lo que se concedió el término de 5 días para que complete la misma.

1.3 Mediante oficio Nro. INEN-INEN-2020-0223-OF, de 02 de marzo de 2020, dirigido a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, informó que: “(…) en

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0105-OF

Quito, D.M., 24 de marzo de 2020

cumplimiento a lo solicitado por Usted en oficio SERCOP-DAJ 2020-0037-OF de 27 de febrero del 2020, me permito adjuntar:

1. Criterio jurídico, emitido por el Director de Asesoría Jurídica del Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN, respecto de la consulta solicitada mediante oficio INEN-INEN-2020-0210-OF de fecha 22 de febrero del 2020. (...)

El memorando Nro. INEN-DAJ-2020-0031-MEM, de 02 de marzo de 2020, a través del cual el Dr. Edwin Fabricio Peña Carrasco, en su calidad de Director de Asesoría Jurídica del Servicio Ecuatoriano de Normalización, dentro del análisis efectuado emitió el siguiente criterio jurídico, con relación a sus tres preguntas:

Pregunta 1: “El módulo facilitador del Sercop establece que el oferente ingrese y llene su oferta completando los ítems correspondientes que el propio sistema establece, luego de llenar dichos ítems, al final debe ‘generar la oferta’ .ushay, la misma que debe publicarla en portal de compras públicas, posteriormente dicho documento debe abrirlo en PDF, imprimirlo, firmarlo y presentarlo físicamente con el resto de documentos de la oferta a la entidad contratante, cumpliendo de esta manera la obligatoriedad de la firma en el formulario de la oferta según lo establecido en el Art.158, numeral 1) de la Codificación Resoluciones.

Con relación a la pregunta efectuada, es importante indicar que ni el módulo facilitador ni la ley, establecen que el formulario de la oferta deba ser firmado, escaneado y obligatoriamente subido al portal del Sercop para su validez (considerando que aún el sistema no ha implementado la firma electrónica), en tal sentido, el oferente luego de haber subido al portal su oferta, debe imprimirlo, firmarlo y presenta su oferta con el resto de documentos a la entidad contratante en cumplimiento al principio de materialidad documental, siendo este proceder de absoluta validez dentro del proceso de contratación, criterio que es corroborado por la Codificación de Resoluciones que en el inciso 2do del Art. 189 determina que ‘los proveedores deberá obligatoriamente, como parte de su oferta registrar y aceptar las especificaciones técnicas y condiciones comerciales de los productos en el portal institucional para que su oferta física pueda ser calificada...’, más no indica que deba ser firmada y cargada en el módulo facilitador.”

Pregunta 2: “En el módulo facilitador de la contratación, luego de que el oferente ha llenado el aplicativo de ‘formulario de la oferta’, debe guardar y validar la oferta, entonces dicho aplicativo de forma automática genera el ‘FORMULARIO ÚNICO DE LA OFERTA’ que en su numeral 1.1 ‘Presentación y Compromiso’ consta de 17 numerales (según el módulo facilitador), documento que además de ser validado en el portal del Sercop, deberá ser impreso y suscrito para la entrega a la entidad contratante con el resto de documentos de la oferta. Cabe indicar que en los pliegos la autoridad contratante no ha hecho mención a que deba suscribir o cumplir con otro formulario, específicamente con el formulario de 22 numerales.

Con respecto a la pregunta señalada si la entidad contratante no ha señalado de forma explícita que el oferente cumpla o llene el documento ‘formulario de la oferta’ que contiene los 22 numerales (constante en la biblioteca de documentos del portal), mal podría descalificar a los oferentes que cumplieron y siguieron las instrucciones del módulo facilitador, toda vez que la Administración Pública se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, desconcentración, coordinación, planificación, transparencia, evaluación entre otros, establecidos en el Art. 227 de la Constitución de la República, siendo obligación de las entidades pública la ‘claridad de la información’ que publica en portales informáticos a fin de no incurrir en la falta establecida en el Art. 13 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0105-OF

Quito, D.M., 24 de marzo de 2020

por ambigüedad en el manejo de la información, falta que es atribuible de forma expresa y taxativa al ente gubernamental.

Por lo expuesto la entidad contratante no podrá descalificar una oferta si en los términos de referencia y pliegos no estableció el cumplimiento de imprimir y suscribir el formulario que contiene los 22 numerales, ya que el oferente cumplió lo señalado en el módulo facilitador.”

Pregunta 3: “El documento constante en el módulo facilitador como ‘FORMULARIO ÚNICO DE LA OFERTA’, consta determinado en 1.12 numerales que se encuentran establecidos de forma seguida y consecutiva, sin opción a que el mismo sea suscrito en partes o contenga ‘pie de firma intermedia’ para suscripción luego de cada numeral, al contrario dicho formulario está determinado como un FORMULARIO ÚNICO es decir es uno solo en su conjunto, incluso al final de dicho formulario contiene la siguiente leyenda: ‘FORMULARIO ÚNICO DE LA OFERTA Para constancia de lo ofertado, suscribo este formulario’

Por lo expuesto el formulario en mención debe ser impreso y suscrito únicamente al final en virtud de su propia naturaleza, y no requiere para su validez firma luego de uno o varios numerales en consideración del significado de la palabra único que generalmente usamos para designar a aquello que resulta ser ‘uno y solo’, ya sea en su especie o en una categoría determinada. Por tanto el oferente no está obligado a firmar, luego del numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO, sino al final de todo el formulario en la parte pertinente y establecida para la firma, según indica el formato del Módulo facilitador.”.

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 -LOSNCP- 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 LOSNCP, 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.

Por lo que, con relación a su requerimiento, esta Coordinación General de Asesoría Jurídica a través de memorando Nro. SERCOP-DAJ-2020-0097-M, de 04 de marzo de 2020, requirió pronunciamiento técnico a la Dirección de Herramientas de la Contratación Pública del SERCOP, sobre el particular del caso, quien dio respuesta a través del memorando Nro. SERCOP-DOCP-2020-0023-M, de 05 de marzo de 2020, indicando lo siguiente:

“(…) 1. PREGUNTA: ¿En un procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, es obligación de los oferentes en el “Módulo Facilitador de Contratación” del portal institucional del SERCOP, firmar la oferta (a pesar de no tener firma electrónica)?, debiendo señalar que dicho oferente al entregar

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0105-OF

Quito, D.M., 24 de marzo de 2020

el "formulario de la oferta" en físico a la entidad contratante, ha suscrito debidamente dicho formulario de la oferta.

Respuesta: Actualmente el Módulo Facilitador de la Contratación Pública Pliegos – MFC-PL (versión 1.7.0), posee el modelo de pliego 'versión SECOP 1.1 (20 de febrero 2014)', en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica, el numeral 3 de la convocatoria indica: 'La oferta se presentará de forma física en (nombre de la entidad) o Secretaría de la Comisión Técnica, según corresponda, ubicada en (dirección); o de forma electrónica a través del Portal Institucional del SERCOP, caso en el que para ser válida deberá estar firmada electrónicamente (...)', y, el numeral 3.4 del pliego establece: 'Forma de presentar la oferta: La oferta se presentará en un sobre único en (nombre de la entidad contratante) o Secretaría de la Comisión Técnica, según corresponda, hasta la fecha y hora indicadas en la convocatoria.

La oferta se podrá presentar a través del Portal Institucional completando el formulario electrónico, o bien en forma física. Para este segundo caso, se presentará En un sobre que contenga la siguiente ilustración (...); sin embargo, **el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador – SOCE y el MFC, no poseen la funcionalidad para que los proveedores firmen electrónicamente, conforme a los protocolos de seguridad de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.**

Ahora bien, de acuerdo a la funcionalidad del SOCE es obligatorio para los oferentes subir la oferta (archivo.ushay), completando el formulario electrónico del MFC-OF (versión 1.5.1), sin que sea necesario estar firmado electrónicamente; con el fin de que se registre la información de dicha oferta en el sistema y el flujo del procedimiento continúe normalmente.

2. El formulario de los pliegos en la sección I FORMULARIO DE LA OFERTA el numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO de la oferta consta de 22 numerales, sin embargo en el Módulo Facilitador de Contratación, al presentar la oferta constan únicamente 17 numerales. PREGUNTA: ¿La entidad contratante puede descalificar las ofertas que no hayan completado los 22 numerales?.

Respuesta: El Módulo Facilitador de la Contratación Pública Ofertas – MFC-OF (versión 1.5.1), en este momento posee el formulario de la oferta de conformidad al modelo de pliego 'versión SECOP 1.1 (20 de febrero 2014)', por lo cual dicho Formulario en el numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO, detalla los 17 numerales; en razón de que aún no ha sido actualizada a la Versión SERCOP 2.1 (09 de junio de 2017).

3. Los oferentes en un procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, están obligados a firmar su oferta en el FORMULARIO DE LA OFERTA; sin embargo, el documento que se genera en el Módulo Facilitador de Contratación no consta el pie de firma para que el oferente pueda firmar luego del numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO y su firma hace constar al final del formulario de la oferta, luego del numeral 1.12. conforme consta de dicho formulario. PREGUNTA: ¿Es motivo de descalificación de la oferta si no consta la firma al final del numeral 1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO; o, es suficiente que conste la firma al final del formulario de la oferta, conforme consta de dicho formulario?.. (...)"

Respuesta: De acuerdo al modelo de pliegos versión SECOP 1.1 (20 de febrero 2014), el mismo que actualmente se presenta en el MFC-OF (versión 1.5.1), está conformado por dos formularios: I) FORMULARIO ÚNICO DE LA OFERTA Y II) FORMULARIO DE COMPROMISO DE

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0105-OF

Quito, D.M., 24 de marzo de 2020

ASOCIACIÓN O CONSORCIO, cada uno con su respectivo pie de firma (...). (El énfasis me corresponde).

Considerando que 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 LOSNCP, la última versión de los pliegos es "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 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 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 desarrollar.

En este sentido y respondiendo a sus inquietudes me permito señalar que, actualmente el Módulo Facilitador de la Contratación Pública conforme se desprende del informe técnico emitido por la Dirección de Herramientas de la Contratación Pública, sobre la aplicabilidad de la firma electrónica dentro de la herramienta informática, precisa en el hecho de que la misma no cuenta con una funcionalidad incorporada que permita a los proveedores que firmen electrónicamente su oferta. Si bien, los proveedores del estado que deseen participar dentro de un procedimiento de contratación, deberán de forma obligatoria usar el "*Módulo Facilitador OF*", para poder generar su oferta, (Artículo 6 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP); en el presente caso deberán adecuarse a la funcionalidad de la herramienta.

Con relación a su segunda interrogante, es pertinente señalar que la disposición normativa prescrita en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, determina que 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 RGLOSNCP). 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 podrá incluir 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".

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0105-OF

Quito, D.M., 24 de marzo de 2020

En relación a su última inquietud, es fundamental considerar que, el “MODELO DE PLIEGO DE LOS PROCEDIMIENTOS SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA BIENES Y SERVICIOS, Versión SERCOP 2.1 (09 de junio de 2017)”, incluye varios formularios que forman parte integrante del “Formulario de la Oferta”, cuya información se requiere sean declarados por el proveedor; por lo que, la consignación de la firma del proveedor se efectuará con base al modelo de pliego aprobado por la Entidad, en concordancia con lo determinado en el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP, toda vez que, es de entera responsabilidad de la máxima autoridad o su delegado, así como de los servidores que intervengan en un procedimiento de contratación, observar y cumplir con las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás normativa aplicable para el efecto.

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.** En este sentido, la herramienta informática no cuenta con la funcionalidad de firma electrónica, circunstancia que no puede ser considerada como causal de descalificación.

Sin perjuicio de lo expuesto, los proveedores participantes dentro de un procedimiento de contratación pública, inalienablemente deberán usar el modulo facilitador generar su oferta conforme los aplicativos de la herramienta informática, por lo que la consignación de la firma del proveedor se efectuará con base al modelo de pliego aprobado por la Entidad, en observancia al modelo establecido por este Servicio.

Cabe señalar 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 Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNC). Es decir que, su representada, 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-2020-0105-OF

Quito, D.M., 24 de marzo 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-DAJ-2020-0002-EXT

tg/mf