

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0540-OF

Quito, D.M., 14 de noviembre de 2020

Asunto: Absolución de consulta, referente a la contratación de software. Solicitado por CENACE, con oficio Nro. CENACE-CENACE-2020-0571-O. Artículo 462.6 de la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072

Señor Ingeniero
Max Gustavo Molina Bustamante
Director Ejecutivo (E)
OPERADOR NACIONAL DE ELECTRICIDAD, CENACE
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio No. CENACE-CENACE-2020-0571-O, suscrito por el Director Ejecutivo (E) del Operador Nacional de Electricidad -CENACE-, mediante el cual, consulta a este Servicio Nacional de Contratación Pública, sobre la aplicación de la Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-107, en lo que se refiere al alcance de los artículos 88.1 y 462.6, en relación a la aplicación del procedimiento de contratación servicios de mantenimiento de un sistema informático.

Al respecto, me permito señalar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES.-

Mediante Informe Jurídico No. IJ-02.2020, suscrito el 20 de octubre de 2020, por el Subgerente de Asesoría Jurídica del Operador Nacional de Electricidad, señalo lo siguiente:

*"[...] a) La Entidad Contratante conforme lo dispone el artículo 42 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene la competencia para estandarizar y homologar el bien y el servicio a contratar, en ese sentido si el servicio de mantenimiento de un sistema que incluya servicios relacionados con software se encuentran estandarizados u homologados deberán aplicar los procedimientos dinámicos, es decir catálogo electrónico o subasta inversa electrónica.
b) La consultoría es un servicio especializado no normalizado, conforme lo define el numeral 8 del artículo 6 de la LOSNCP, en ese sentido si la contratación de un servicio de mantenimiento de un sistema que incluya servicios relacionados con software es no normalizado deberá aplicarse el procedimiento de Consultoría, conforme lo establecido en la Resolución RE-SERCOP-2016-107. [...]"*

Mediante oficio No. CENACE-CENACE-2020-0571-O, de 23 de octubre de 2020, suscrito por el Director Ejecutivo (E) del Operador Nacional de Electricidad, solicita a este Servicio Nacional de Contratación Pública su absuelva la siguiente consulta:

"[...] 1. En la contratación de la prestación de un servicio de mantenimiento (preventivo, correctivo o evolutivo) de un sistema informático (servicios relacionados a software), que en la elaboración de los términos de referencia la Entidad Contratante técnicamente haya estandarizado u homologado el servicio, debería efectuar un procedimiento dinámico o debería aplicar lo estipulado en los artículos 88.1 y 462.6 establecidos en la Resolución RE-SERCOP-2020-107? [...]"

II. ANÁLISIS JURÍDICO.-

De acuerdo al principio constitucional de legalidad prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, que establece que las

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0540-OF

Quito, D.M., 14 de noviembre de 2020

instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución, en instrumentos internacionales, en la ley, los principios y en la jurisprudencia aplicable, el Servicio Nacional de Contratación Pública solo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

El Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP-, en cumplimiento de las atribuciones prescritas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP, y 6 de su Reglamento General, en adelante RGLOSNC, ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme las atribuciones detalladas en los citados artículos, entre ellas se encuentra el dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley ibídem; ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, asesorar a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

Resulta imperativo, señalar que las entidades contratantes enlistadas en el artículo 1 de la LOSNCP, para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluido consultoría, deberán aplicar de manera inexorable las disposiciones contenidas en la referida Ley, su Reglamento General y demás normativa conexa emitida por el SERCOP; esto último, conforme sus necesidades institucionales y precautelando así la satisfacción del interés público, so pena de incurrir en las responsabilidades previstas en el artículo 99 de la Ley ibídem.

Ahora bien, con relación a la consulta planteada, es menester señalar que el artículo 462. 6 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, detalla con precisión que cuando el objeto de la contratación consista en desarrollar software y servicios relacionados al software, las entidades deberán realizar su contratación a través del procedimiento de Consultoría.

En la misma línea, el artículo ut supra agrega la definición de desarrollo de software, al determinar que se refiere a servicios profesionales no normalizados que tienen por objeto el desarrollo[1] del software o programa informático; en el cual servicios relacionados al software, se entiende al conjunto de actividades profesionales, especializadas no normalizadas, que buscan satisfacer las necesidades de un cliente a través del suministro de asistencia técnica para solucionar problemas, o con el cumplimiento de requerimientos específicos, para el software que tengan previamente instalado.

Por otro lado, el artículo 462.5 de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, aplica cuando la entidad contratante haya planificado adquirir un software previamente desarrollado; siendo responsabilidad de la entidad contratante, el seleccionar el tipo de procedimiento de contratación, en base al presupuesto referencial y la determinación de si el objeto es un bien normalizado o no normalizado; en estos casos, también se deberá contar con los servicios de desarrollo, parametrización e implementación.

III. CONCLUSIÓN.-

En este sentido, es responsabilidad de la entidad contratante, determinar el tipo de procedimiento de contratación para los casos de adquisición de software, en base al análisis del tipo de bien y del monto de contratación; siendo, obligatorio realizar la contratación a través de los procedimientos de consultoría cuando el objeto se refiera al desarrollo de software o en servicios relacionados al software; entendiéndose como desarrollo de software a servicios profesionales no normalizados. Si la entidad ha determinado que el servicio es normalizado, entonces no será posible la aplicación de este procedimiento, por lo que bajo absoluta responsabilidad de la entidad se deberá elegir el procedimiento precontractual que considere aplicable al caso.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0540-OF

Quito, D.M., 14 de noviembre de 2020

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 determinado en el número 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Quien suscribe, lo hace debidamente autorizado por la máxima autoridad del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución Nro. R.I-SERCOP-2018-00000459, de 20 de noviembre de 2018, reformado por el artículo 3 de la Resolución Nro. R.I-SERCOP-2020-0014, de 10 de septiembre de 2020, mismas que se encuentran publicadas en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] Decreto Ejecutivo No. 1073; artículo 2 letra a): “Desarrollo.- Corresponde a la actividad que considera como componentes a lo siguiente: análisis de los requisitos y su viabilidad, diseño de la solución, programación de la solución, pruebas, integración.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Stalin Santiago Andino González
COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2020-3003-EXT

Anexos:

- ij-02-2020-signed.pdf

Copia:

Señor Magíster
Jhonny Roberto Simbaña Viñamagua
Especialista de Asesoría Jurídica

js/sa