

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0553-OF

Quito, D.M., 17 de julio de 2020

Asunto: Absolución de consulta contenida en oficio Nro. 096-EMUVI.EP-GR-2020, suscrito por el Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca, con relación a la entrega de información.

Gerente General

José Antonio Toral Valdivieso

**EMPRESA PUBLICA MUNICIPAL DE URBANIZACION Y VIVIENDA DE
CUENCA EMUVI EP**

Correo electrónico: jatoral@emuvi.gob.ec

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. 096-EMUVI.EP-GR-2020, de 22 de junio de 2020, recibido por este Servicio Nacional el 25 de los mismos mes y año, 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:

Con oficio Nro. 096-EMUVI.EP-GR-2020, de 22 de junio de 2020, dirigido a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, a través del cual el Arq. José Toral Valdivieso, en su calidad de Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca EMUVI-EP, a través del cual consultó:

“(...) Por petición de algunos Concejales del cantón Cuenca se ha solicitado a la EMUVI se entregue las ofertas completas presentadas dentro del proceso de licitación Nro. LICO-0-EMUVIEP-2020, correspondiente a la ‘CONSTRUCCIÓN DE LA SÉPTIMA FASE DE 36 UNIDADES HABITACIONALES Y LOCALES COMERCIALES DE LA URBANIZACIÓN LOS CAPULÍES’, sustentando su petición en el artículo 58 literal b) del COOTAD, esto es la atribución de fiscalizar por parte de los mismos, sin embargo, las ofertas se encuentran siendo calificadas por los miembros de la Comisión Técnica.

Por lo antes descrito, solicito se sirva indicar si las ofertas son consideradas documentos públicos y por lo tanto se puede entregar a cualquier persona que lo solicite haciendo uso de su derecho al acceso a la información pública regulado en la Constitución, o se debe guardar reserva y confidencialidad mientras la Comisión Técnica no emita su Acta de Calificación a la máxima autoridad de la institución y mientras no exista un acto administrativo sobre el proceso en mención (...).”

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0553-OF

Quito, D.M., 17 de julio de 2020

Al documento en referencia, adjunta el Informe Jurídico de fecha 22 de junio de 2020, suscrito por la Abg. Andrea Minchala Orellana, en calidad de Directora Jurídica de la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca EMUVI-EP, a través del cual emitió el siguiente criterio jurídico:

“(...) De los artículos citados, se colige que el ente rector de realizar un seguimiento y control a los procesos de contratación pública corresponde exclusivamente al SERCOP, haciendo uso de cada una de sus atribuciones e informar competente (sic) para establecer responsabilidad en caso de que se verificara infracciones dentro de un proceso.

Es claro indicar que dentro de esta regulación se menciona todo el procedimiento a seguir en cuanto a una licitación y claramente la norma prescribe que dentro de un proceso de licitación debe existir una Comisión Técnica encargada de la etapa precontractual misma que es designada dentro de la fase preparatoria, Comisión que se encarga de la apertura, evaluación, calificación de las ofertas y demás actos que comprende la fase precontractual. Por lo tanto, los miembros de la Comisión Técnica son los únicos quienes pueden emitir informes con recomendaciones a la máxima autoridad con el fin de que resuelva si adjudicar o declarar desierto un proceso.

Si bien el COOTAD en su arto 58 literal d) establece como una de sus atribuciones la de fiscalizar, es importante referirnos al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado realizada mediante Of. PGE.No.05241 del 23 de marzo de 2016.

La atribución de fiscalizar de los Concejales de manera individual, no puede interferir en la independencia de funciones ni en los asuntos administrativos de cada empresa. y resulta sumamente importante entender el término "FISCALIZAR", que según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), significa "Criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien", en el caso que nos ocupa, no existe al momento ningún acto sobre el cual se deba fiscalizar, puesto que como ya se manifestó anteriormente, la Comisión Técnica que es el órgano encargado de la etapa precontractual dentro del proceso de licitación, todavía no ha emitido ningún informe sobre la evaluación de las ofertas a la máxima autoridad, por consiguiente la máxima autoridad no ha emitido resolución alguna sobre la cual se pueda criticar si está correcto o incorrecto ese acto.

Cabe indicar, que todo aquello que se encuentra publicado en la página del SERCOP es información pública, siendo así que las ofertas que están cargadas al sistema del SERCOP por parte de los oferentes, no se las puede verificar libremente de la misma forma que se lo puede hacer con otra documentación correspondiente a un proceso de contratación pública, por el mismo hecho de que mientras no exista el acta de calificación por parte de la Comisión Técnica, no se podría emitir una información que debe ser tratada con mucha discreción y confidencialidad.

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0553-OF

Quito, D.M., 17 de julio de 2020

Por todo lo antes dicho, es criterio de la suscrita que las ofertas mientras se encuentren siendo calificadas por parte de la Comisión Técnica, no es posible entregar la documentación puesto que se trata de una etapa en donde se debe guardar la debida reserva y confidencialidad con el fin de garantizar un debido proceso y que no se generen criterios anticipados de personas que no forman parte de la Comisión Técnica”.

El principio constitucional de juridicidad prescrito en los artículos 226 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo, establecen que las 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, sólo podrá actuar de conformidad con las atribuciones legalmente conferidas.

El Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene entre sus facultades, brindar asesoramiento a las entidades contratantes y proveedores del Estado sobre la inteligencia y aplicación 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.

Resulta indispensable destacar que, en virtud de lo previsto en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP-, los procedimientos de contratación pública y los contratos sometidos a la Ley ibídem, deben garantizar, los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, **transparencia, publicidad**; y, participación nacional.

En este orden de ideas, y con relación a su requerimiento me permito enfatizar que, **la atribución reglada [1] en el numeral 17 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, radica en la inteligencia de la norma o la aplicación de normas que regulan los procedimientos de contratación pública**, es decir que, es responsabilidad de este Servicio en su calidad de ente rector de la contratación publicar el dilucidar o aclarar la norma que aparentemente acarrea confusión o dilatación a los procedimientos de contratación pública de las entidades contratantes.

De la revisión de su solicitud de asesoría la misma versa sobre un caso específico y no sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública, por lo que la misma, implica juicios sobre las actuaciones que son de exclusiva responsabilidad de cada entidad contratante, no siendo competencia del

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0553-OF

Quito, D.M., 17 de julio de 2020

SERCOP pronunciarse al respecto; sin perjuicio de aquello, este Servicio Nacional, dentro de sus competencias señala lo siguiente:

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública enlista a las entidades contratantes que deberán cumplir con las disposiciones legales previstas en la referida Ley, así como en su Reglamento General y normativa conexa emitida para el efecto, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, siendo de aplicación obligatoria la normativa prevista en materia de contratación pública conforme se desprende del contenido del artículo 99 de la LOSNCP.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación y normativa conexa emitida para el efecto, prevén que un proveedor del estado que se encuentre registrado y habilitado en el RUP, podrá participar dentro de uno de los procedimientos de contratación pública efectuada por una de las entidades contratantes enlistadas en el artículo 1 de la LOSNCP, para lo cual deberán presentar su oferta, de conformidad a los pliegos elaborados por las entidades contratantes, con base a sus necesidades institucionales, en cumplimiento con la Ley de la materia, su Reglamento General y normativa conexa emitida para el efecto.

Las compras públicas se rigen bajo ciertos principios como es el de **publicidad y transparencia** (Art.4 de la Ley Ibídem), lo que se encuentra encausado en la publicidad de la información a través del Portal de Compras Públicas que es el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, el cual es de uso obligatorio para las entidades sometidas a la LOSNCP y es administrado por este Servicio Nacional de Contratación Pública.

El Portal Institucional, contiene, entre otras, el RUP, catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las entidades contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y es el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las regulaciones del SERCOP.

La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través del Portal de Compras Públicas, para lo cual el artículo 13 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala:

- “1. *Convocatoria;*
2. *Pliegos;*
3. *Proveedores invitados;*

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0553-OF

Quito, D.M., 17 de julio de 2020

4. Preguntas y respuestas de los procedimientos de contratación;
 5. Ofertas presentadas por los oferentes, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos;
 6. Resolución de adjudicación;
 7. Contrato suscrito, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos;
 8. Contratos complementarios, de haberse suscrito;
 9. Ordenes de cambio, de haberse emitido;
 10. Cronograma de ejecución de actividades contractuales;
 11. Cronograma de pagos; y,
 12. Actas de entrega recepción, o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato.
- 12-A.- En general, cualquier otro documento de las fases preparatoria, pre contractual, contractual, de ejecución o de evaluación que defina el SERCOP mediante resolución para la publicidad del ciclo transaccional de la contratación pública.”.

Cabe señalar que, es deber de las entidades contratantes el cumplir con los principios de publicidad y transparencia en la compra pública con base a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dentro del cual se contempla que es de entera responsabilidad de la máxima autoridad o su delegado, así como de los funcionarios que intervienen dentro de un procedimiento de contratación la debida aplicación de las normas legales previstas en materia de contratación pública durante sus etapas, preparatoria, precontractual, contractual y de ejecución.

No está por demás informar que, este Servicio enmarca sus actuaciones en apego a la Ley, y con base a las atribuciones establecidas por el artículo 10 de la LOSNCP, sin que exista alguna que le permita calificar a la documentación como pública o confidencial, que por el contrario la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública -LOTAIP-, define a la información pública como todo documento en cualquier formato, **que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad** o se hayan producido con recursos del Estado, y se establece como única **excepción para aquellos documentos que han sido previamente declarados por ley como reservada.**

En este sentido, es importante enfatizar que el acceso a la información constituye un derecho inalienable a todas las personas conforme se desprende del artículo 92 de la Constitución de la República del Ecuador, en este sentido, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública -LOTAIP-, establece que, se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado. (Art. 5 de la LOTAIP).

Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0553-OF

Quito, D.M., 17 de julio de 2020

El derecho al acceso a la información, es un derecho garantizado por el Estado con las salvedades que trae misma Ley, a través de este derecho, todas las personas pueden requerir en cualquier momento información que emane o estén en poder de cualquier entidad del sector público en virtud que sus actuaciones se enmarcan dentro del principio de publicidad (Artículo 1 de la LOTAIP), se rige bajo los principios de publicidad, transparencia, rendición de cuentas y gratuidad. (Artículo 3 y 4 RGLOTAIP)

Así mismo, se debe tener en cuenta que la información pública pertenece a los ciudadanos, por lo tanto, en materia de contratación pública el artículo 13 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece con claridad la documentación considerada como relevante y que debe constar de forma obligatoria publicada en el Portal Institucional de Compras Públicas, con la finalidad de precautelar el cumplimiento de los principios que rige el Sistema Nacional de Contratación Pública, en particular el de transparencia y publicidad.

No obstante, se recalca que en un procedimiento de contratación pública las ofertas son presentadas en sobre cerrado[2], el mismo que es puesto en conocimiento del servidor o de la Comisión Técnica designada para efectuar la apertura y posterior calificación de la o las ofertas con la finalidad que conste en acta sus actuaciones y conozca la máxima autoridad; en tal virtud, **una vez aperturadas las ofertas** se constituye en información pública y de acceso a la ciudadanía.

Sin embargo, en caso de contener información de carácter personal, se deberá observar el contenido del número 19 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador que establece que todas las personas tiene: *“El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley”*.

III. CONCLUSIÓN:

Las ofertas presentadas dentro de un procedimiento de contratación de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Contratación Pública - LOSNCP-, en armonía con lo previsto en el artículo 31 de su Reglamento General, constituyen parte de la documentación relevante sujeta al principio de publicidad determinado en el artículo 4 de la LOSNCP, la cual debe constar obligatoriamente en el expediente que para el efecto mantenga cada entidad contratante; dicha información debe estar disponible para ser consulta por cualquier persona, en cualquier momento y sin restricción alguna; así como, debe ser publicada obligatoriamente por cada entidad contratante a través del Portal de COMPRASPUBLICAS[3].



Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0553-OF

Quito, D.M., 17 de julio de 2020

Este pronunciamiento no se puede considerarse 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.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[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.

[2] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo . 6, número 32: *“Sobre: Medio que contiene la oferta, que puede ser de naturaleza física o electrónica”*. en correlación con el número 3.4 del modelo de pliego de SIE.

[3]

<https://sicm.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/buscarProceso.cpe?sg=1>

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dr. Juan Fernando Aguirre Ribadeneira
DIRECTOR GENERAL

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2020-5512-EXT

Copia:

Señora Abogada
Tania Gabriela Guerrero Toapanta
Asistente de Asesoría Jurídica

tg/mf