

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0125-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

Asunto: ABSOLUCION DE CONSULTA, Oficio Nro. GADDMQ-AZMS-2021-2255-O, de 20 de octubre de 2021, suscrito por el Administrador Zonal Centro Manuela Sáenz, Personal Técnico Mínimo Menor Cuantía Obras, Pliegos Menor Cuantía Obras.

Señor Abogado

José Antonio Vaca Jones

Administrador Municipal Zona Centro Manuela Saenz

**GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL DISTRITO
METROPOLITANO DE QUITO**

Correo electrónico: arwin.cardenas@quito.gob.ec

De mi consideración:

En atención al Oficio Nro. GADDMQ-AZMS-2021-2255-O, de 20 de octubre de 2021, mediante el cual el Administrador Zonal Centro Manuela Sáenz, consulta a este Servicio Nacional: “[...]1. *¿En los procesos de menor cuantía de obra, puede el contratista una vez suscrito el contrato presentar documentación y personal técnico diferente al señalado en su oferta?*

2. *Sí su respuesta anterior es afirmativa, el Administrador del Contrato y/o el Fiscalizador están en la obligación de aceptar al personal incorporado por el contratista o deben solicitar al contratista el cumplimiento obligatorio de la oferta con el efecto que de no hacerlo -una vez agotado el procedimiento respectivo- se declarará contratista incumplido?*

3. *Una vez adjudicado el contrato, en un proceso de menor cuantía de obra, la entidad contratante de hallar inconsistencias, simulación o inexactitud en la información presentada en la oferta por el ahora adjudicatario en cuanto al equipo mínimo, personal técnico mínimo, experiencia mínima de personal técnico y que no constituyen parámetro de valoración, sino que basta con la presentación del formulario de compromiso de cumplimiento de parámetros en la etapa precontractual, puede declarar desierto el proceso?.*

Al respecto cúpleme indicar:

I. ANTECEDENTE:

Junto a su oficio se encuentra como anexo:

1.1 Con "INFORME LEGAL No. GADDMQ-AZMS-DAL-DCV-003-2021", de 20 de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0125-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

octubre de 2021, el Director de Asesoría Legal de la Administración Zonal Manuela Sáenz, emitió criterio jurídico relacionado con las consultas planteadas al SERCOP, en el que concluyó: “[...] i- *El oferente adjudicado ha presentado su oferta en atención al pliego publicado en el sistema SOCE del SERCOP y se ha comprometido conforme al “FORMULARIO DE COMPROMISO DE CUMPLIMIENTO DE PARÁMETROS EN ETAPA CONTRACTUAL” a ejecutar el contrato conforme los parámetros señalados en los pliegos precontractuales y entregar la documentación referente al personal técnico mínimo y su experiencia, conforme lo anunciado en el formulario de la oferta, esto en estricta observancia de lo determinado en las Resoluciones Externas del SERCOP No. R.E.-SERCOP-2019-0100 de 04 de julio de 2019 y No. R.E.-SERCOP-2019-0102 de 17 de septiembre de 2019*

ii- El oferente adjudicado al momento de suscribir el contrato deberá cumplir con la incorporación de todo el personal técnico ofertado en las condiciones señaladas en el pliego, esto con la finalidad de cumplir con el compromiso y evitar las consecuencias del incumplimiento determinadas en el artículo 5 de la Resolución Externa del SERCOP No. R.E.-SERCOP-2019-0100 de 04 de julio de 2019, en consecuencia no puede al inicio de ejecución de la obra cuando corresponde cumplir con la presentación de la documentación que respalde la experiencia mínima del personal técnico, presentar documentación diferente de la de su oferta.

iii- El delegado de la máxima autoridad o la comisión técnica en un proceso de menor cuantía de obra, no pueden como parámetro de valoración observar u analizar el equipo mínimo, personal técnico mínimo o experiencia mínima de personal técnico presentada por el oferente en su oferta, por cuanto les corresponde únicamente verificar que el oferente haya entregado el Formulario de Compromiso de Cumplimiento de Parámetros en Etapa Contractual debidamente firmado por el oferente conforme a lo señalado en la Resolución Externa del SERCOP No. R.E.SERCOP-2019-0100 de 04 de julio de 2019,[...]”.

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

Las competencias del Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, se encuentran expresamente determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [en adelante LOSNCP] y en su Reglamento General de aplicación, que a su vez, y de acuerdo a los principios de la administración pública, deben ser ejercidos de conformidad con el principio de juridicidad previsto en los artículos 226 y 227 de la Constitución de la República del Ecuador y 14 del Código Orgánico Administrativo -COA-.

La atribución reglada 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 la doctrina debe ser aplicada en su tenor literal, limitando su arbitrio o

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0125-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

libertad, al no dejar margen alguno a la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias; en este sentido, su competencia se centra 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; así como, garantizar la participación de proveedores confiables en los procedimientos de contratación pública.

Para llevar adelante un procedimiento las entidades contratantes deberán realizar estudios previos que se encuentren debidamente actualizados y que se ajusten a las necesidades institucionales. Dentro de este estudio se encontrará lo relacionado con las especificaciones técnicas en el caso de obras o bienes o de términos de referencia para servicios incluidos los de consultoría.

Dentro de los procedimientos no normalizados que se pueden realizar se encuentran los procedimientos de menor cuantía, cotización o licitación los cuales se escogerán de conformidad con el presupuesto referencial del procedimiento que ha sido previamente establecido. Para participar en cualquier procedimiento de contratación establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación o demás normativa conexas, los proveedores que deseen participar deberán encontrarse inscritos en el Registro Único de Proveedores, administrado por el SERCOP, y encontrarse registrados en el código CPC de la contratación en la que participa.

Una vez cumplidos estos preceptos, el proveedor deberá elaborar su oferta de conformidad con los pliegos, términos de referencia o especificaciones que contienen las necesidades de la entidad contratante.

Por oferta se entiende a: [1]“[...]la *proposición firma, completa e incondicionada que formula un licitador para celebrar un contrato*”. En este sentido se entiende que la oferta es una obligación de dar, hacer o no hacer algo que ha sido manifestado en los pliegos de la contratación.

Roberto Dromi ha establecido como requisitos formales de una oferta *siendo estos: [2]1. Sea escrita 2. Firmada, 3. Clara, incondicionada e indubitable, 4. Secreta, 5. Garantizada, 6. Presentada en lugar, fecha u hora.* “

De estas características, para el análisis de la primera y segunda consulta resulta necesario analizar el tercer requisito formal que corresponde a que la oferta sea: *Clara, incondicionada e indubitable*. Por clara se entiende que debe ser [3]inteligible, es decir que puede ser entendido.

El término incondicionada quiere decir [4]“*Que no está sometido a ninguna condición*”, es decir que no puedo incluir a mi oferta situaciones a través de las cuales se pueda cumplir, por lo tanto mi oferta debe ser precisa en lo que ofrezco a la entidad contratante.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0125-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

El término indubitable, también tiene relación con la característica de incondicionada, porque al generar una condición en la oferta se vuelve incierto su cumplimiento, por lo cual las ofertas no podrán ser aceptadas si incluyen condicionamientos para su aplicación.

De acuerdo a las características citadas se evidencia que la oferta debe ser una propuesta firme que obliga al cumplimiento de obligaciones al oferente frente a la posibilidad de suscripción de un contrato.

Ahora bien, evidentemente las ofertas no pueden alterarse y deben mantenerse acorde a los lineamientos de la entidad; sin embargo, en el tema del personal técnico mínimo que se propone pueden ocurrir circunstancias que no permiten que el mismo personal que se detalla en el formulario de compromiso sea el que al momento de la ejecución contractual sea el que brinde el servicio y este sea cambiado, situaciones que deberán enmarcarse en casos fortuitos o de fuerza mayor, debidamente sustentados y analizados por la entidad contratante, con la finalidad de que se acepte o rechace el cambio sugerido, de aceptarse la entidad deberá verificar que el nuevo personal cumpla con los requerimientos solicitados en los términos de referencia o especificaciones técnicas, con la finalidad de que no se vulneren los principios de la compra pública.

La fuerza mayor o caso fortuito se enmarcarán en lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil; y, contendrán los sustentos o descargos necesarios que demuestren la existencia del hecho manifestado por el oferente. Si la entidad considera que no existe caso fortuito o fuerza mayor podrá declarar al adjudicatario como fallido a través de un acto administrativo debidamente motivado, emitido por la Máxima Autoridad o su delegado. Siguiendo las disposiciones contenidas en el artículo 40 y siguientes de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

Sobre la segunda consulta, es decisión exclusiva de la entidad contratante analizar las razones por las cuales el proveedor no ha mantenido el personal técnico que habría propuesto en su oferta. No está por demás recordarle que para ello la entidad contratante será la encargada de determinar las razones por las cuales el personal inicialmente propuesto no continúa en la fase contractual, y será esta entidad quien deberá decidir si acepta el cambio propuesto o no, tomando en consideración que cualquier tipo de cambio del personal técnico deberá ser verificado por la entidad contratante constatando que éste posea las mismas características técnicas del personal inicialmente propuesto.

En los procedimientos de contratación por menor cuantía, que es el caso en análisis, tiene como uno de los parámetros de verificación de requisitos mínimos, la presentación de un formulario de compromiso de cumplimiento de parámetros en etapa contractual; es decir, que al momento de elaborar la oferta el proveedor establecerá el personal técnico que se compromete a poner a disposición de la entidad contratante al momento de ser adjudicado el contrato y suscribirlo.

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0125-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

Ahora bien, las entidades contratantes, como ya se expresó al inicio de este análisis, elaboran sus términos de referencia o especificaciones técnicas con base a las necesidades institucionales, en este documento (término de referencia/ especificaciones técnicas) se encontrarán las reglas con las que se llevará adelante la contratación y posterior fase contractual con el proveedor que haya sido adjudicado. En este sentido corresponderá a la entidad contratante, incluir en estos documentos que de existir la posibilidad de que se den cambios con relación al personal técnico o al equipo que el proveedor propuesto esto sea notificado al administrador del contrato.

Sobre la consulta número 3, el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contiene las causales por las cuales se puede declarar desierto un proceso. En el literal d) del artículo mencionado se indica textualmente: *“d. Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de ésta o su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido; y, [...]”*.

III. CONCLUSIONES:

Del análisis efectuado, sobre su primera y segunda consultas se concluye que las ofertas que se presentan dentro de un procedimiento de contratación, son ofertas que deben mantenerse en las condiciones requeridas y aceptadas por los proveedores al momento de emitir la oferta, que en el caso de que el oferente no mantengan, de acuerdo a la consulta, el personal técnico mínimo previamente propuesto, será la entidad la encargada de valorar si el cambio de este puede o no ser aceptado considerando razones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente sustentadas y analizadas de acuerdo con lo que dispone el artículo 30 de la Codificación del Código Civil, y siempre y cuando se mantengan los requerimientos técnicos solicitados en los pliegos del procedimiento. En caso de que no sea factible el cambio de personal técnico, la entidad contratante podrá generar el procedimiento de adjudicatario fallido con la correspondiente resolución debidamente motivada emitida por la Máxima Autoridad o el delegado y de efectuar esta declaración, deberá registrar al proveedor como adjudicatario fallido en el registro de incumplimientos a cargo del SERCOP.

Sobre su tercera pregunta: Si la entidad contratante ha verificado por los medios legales pertinentes que el proveedor adjudicado se halla inmerso en la causal contenida en el literal d) del artículo 33 de la LOSNCP, deberá realizar el procedimiento correspondiente para declarar al adjudicatario fallido.

El presente pronunciamiento se emite al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 número 17

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0125-OF

Quito, D.M., 29 de octubre de 2021

de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, limitándose a la inteligencia y aplicación de la Ley Ibídem, su Reglamento General de aplicación, además de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, no es facultad de este Servicio Nacional de Contratación Pública recomendar o emitir disposiciones sobre las acciones y/o decisiones que debe adoptar las entidades contratantes respecto a los procedimientos de contratación que llevan a cargo.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

[1] CLAUDIO MORAGA KLENNER, "Contratación Administrativa", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pág. 176.

[2] ROBERTO DROMI, "Licitación Pública", Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, págs. 363-366

[3] <https://www.wordreference.com/definicion/Inteligible>

[4] <https://dle.rae.es/incondicionado>

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Dra. Andrea María García Benítez

COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-DGDA-2021-13955-EXT

Copia:

Señora Abogada
Nancy Patricia Vizcaíno Grijalva
Especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

nv/ef