

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0509-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

Asunto: Absolución de Consulta del MSP, contenida en oficio Nro. MSP-MSP-2020-2812-O, respecto a la suscripción del "Acuerdo de Compra Comprometida entre el Gobierno del Ecuador y la Alianza GAVI". Artículo 3 de la LOSNCP y artículo 85.6 del RGLOSNC

Señor Doctor
Juan Carlos Zevallos López
Ministro
MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA
En su Despacho

De mi consideración:

En atención al oficio Nro. MSP-MSP-2020-2812-O, de 12 de octubre de 2020, mediante el cual, solicita a este Servicio Nacional:

"[...] se sirva absolver las siguientes consultas:

1. ¿Es aplicable el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 82 de su Reglamento general de aplicación, en el "Acuerdo de Compra Comprometida entre el Gobierno del Ecuador y la Alianza GAVI", legalmente vinculante, para el acceso global, seguro y efectivo a vacunas contra el COVID-19, en el marco de la iniciativa COVAX-GAVI-OMS?

2. Considerando que la presente adquisición es de un bien incierto (de momento las vacunas están en fase de experimentación a escala mundial) ¿Es pertinente la aplicación de la normativa legal vigente relacionada a la contratación pública?

3. ¿ Es factible aplicar algún procedimiento de contratación establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para participar en el desarrollo de la vacuna sin tener certeza del producto que se recibirá y sin proporcionar las garantías de la inversión? "

Al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Mediante oficio Nro. MSP-MSP-2020-2812-O, de 12 de octubre de 2020, suscrito por el Dr. Juan Carlos Zevallos López, Ministro De Salud Pública, solicitó a este Servicio Nacional se absuelva varias consultas.

Sobre el particular, me permito señalar que, de conformidad con el artículo 57 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, expedida mediante Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016, debidamente publicada en el Portal Institucional del SERCOP, su solicitud o pedido de asesoramiento requiere que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo antes señalado, los mismos que a continuación se detallan:

"1.- Oficio dirigido al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública por la máxima autoridad de la entidad solicitante o su delegado, al que se adjuntará obligatoriamente el criterio o pronunciamiento escrito del Procurador, Coordinador, Director o Asesor responsable de la gestión jurídica institucional, sobre la materia objeto del asesoramiento;

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0509-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

2.- *El Criterio del Procurador, Coordinador, Director o Asesor responsable de la gestión jurídica deberá instrumentarse por separado al de la solicitud de asesoramiento, y contendrá la relación clara y completa de los antecedentes de hecho y de derecho que permitan al Servicio Nacional de Contratación Pública formar su criterio sobre el caso materia del asesoramiento;*

3.- *Documentación relacionada con el pedido de asesoramiento, sin perjuicio de la facultad del Servicio Nacional de Contratación Pública de solicitar documentos adicionales a la entidad, en caso de considerarlo pertinente;*

4.- *La indicación del domicilio para la notificación respectiva; y,*

5.- *Firma de la máxima autoridad de la entidad solicitante o su delegado”.*

Cabe señalar que, el requisito establecido en el número 2 del artículo antes citado hace relación al criterio del Procurador, Coordinador, Director o Asesores inherente al departamento legal de la Institución, el mismo que deberá versar sobre el tema o requerimiento de asesoría jurídica efectuado a este Servicio.

No obstante, a fin de garantizar la observancia del principio de coordinación entre las entidades públicas, y cumplir de las atribuciones previstas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se procederá únicamente a indicar la normativa aplicable a la consulta planteada, conforme lo detallado a continuación:

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

El Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, 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 -LOSNC- 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 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 de alguno para la apreciación subjetiva de este Servicio sobre sus atribuciones y competencias, entendiéndose que 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.

1. ¿Es aplicable el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículo 82 de su Reglamento general de aplicación, en el "Acuerdo de Compra Comprometida entre el Gobierno del Ecuador y la Alianza GAVI", legalmente vinculante, para el acceso global, seguro y efectivo a vacunas contra el COVID-19, en el marco de la iniciativa COVAX-GAVI-OMS?

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0509-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

Con relación a su primera consulta, el artículo 3 de la LOSNCP en concordancia con el artículo 2 de su Reglamento General, determinan que, para las contrataciones que se financien con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios; y, únicamente en lo no previsto en dichos convenios se registrará como norma supletoria las disposiciones de la LOSNCP.

Cabe recordar además que, la Constitución de la República del Ecuador (artículo 288), establece que las compras públicas deben cumplir con ciertos criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social; connotación que se deberá considerar toda vez que, las contrataciones que se efectúan por una entidad pública se la realiza sobre la base del interés general o común.

Por lo tanto, este Servicio Nacional en base atribuciones conferidas por el artículo 10 de la LOSNCP, y en calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, para las contrataciones efectuadas en aplicación de lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, emitió un oficio circular, el 15 de marzo de 2018, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de los objetivos y principios del SNCP, a través del cual dispuso que: “(...) las entidades contratantes que realicen procedimientos financiados sobre préstamos de organismos internacionales y procedimientos de contratación en el extranjero, deberán de manera obligatoria realizar la publicación de la información relevante conforme a los señalado en el artículo 13 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 3 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones del SERCOP, a través de la Herramienta ‘Publicación’(...)” (Adjunto el oficio circular en referencia).

Circular emitida con el fin de que las entidades contratantes observen el principio de publicidad (artículo 4 de la LOSNCP); y publiquen toda la documentación considerada como relevante, para así transparentar los procedimientos efectuados con fondos provenientes de préstamos internacionales.

Con respecto al artículo 82 del Reglamento General a LOSNCP, me permito mencionar, que la Sección II “ADQUISICIÓN DE FARMACOS” del Capítulo VII “RÉGIMEN ESPECIAL”, fue reformada mediante el Decreto Ejecutivo No. 1033, publicado en Registro Oficial Suplemento 208, el 21 de mayo del 2020; sin embargo, al revisar la reforma, tenemos que el Acápito IV “Adquisición a través de organismos o convenios internacionales e importación directa”, de la Sección II “ADQUISICION DE FARMACOS Y OTROS BIENES ESTRATEGICOS EN SALUD” del Capítulo VII “RÉGIMEN ESPECIAL”, trata sobre el tema de su consulta.

De lo anterior expuesto, el artículo 3 de la LOSNCP es un procedimiento de aplicación general para cualquier tipo de contratación que las entidades contratantes pretendan realizar; por el contrario el procedimiento establecido en el Acápito IV “Adquisición a través de organismos o convenios internacionales e importación directa”, refiere únicamente a los procedimientos de Régimen Especial para la adquisición de fármacos y otros bienes estratégicos en salud.

2. Considerando que la presente adquisición es de un bien incierto (de momento las vacunas están en fase de experimentación a escala mundial) ¿Es pertinente la aplicación de la normativa legal vigente relacionada a la contratación pública?

De la información remitida, se desprende que la Iniciativa COVAX Facility, es un mecanismo de cobertura de riesgos, único a nivel mundial, que se encuentra codirigido por tres organizaciones denominada la Alianza de Vacunas (GAVI, la Coalición para las Innovaciones en Preparación ante Epidemias CEPI y la Organización Mundial de la Salud OMS); y que busca financiar las actividades de



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0509-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

desarrollo para la fabricación, adquisición e implementación de la menos 2000 millones de dosis de vacunas contra el COVID-19 para fines del año 2021, para los países cooperantes.

El Ministerio de Salud Pública señala que: “[...] se encuentra interesado en la suscripción del ‘Acuerdo de Compra Comprometida entre el Gobierno del Ecuador y la Alianza GAVI’, legalmente vinculante, para el acceso global, seguro y efectivo a vacunas contra la COVID-19, para el Ecuador en el marco de la iniciativa COVAX-GAVI-OMS”.

El objeto de la LOSNCP, es regular principios y normas para adquisición o arrendamientos de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, esto en concordancia con su artículo 23, que establece que previo a iniciar un procedimiento de contratación las entidades contratantes deberán contar con estudios completos, definitivos y actualizados; así como, las especificaciones técnicas debidamente aprobadas.

En este sentido, para poder iniciar un procedimiento de contratación, bajo las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las entidades contratantes, deberán contar con los estudios completos de lo que se pretende adquirir, sea esto normalizado o no normalizado, con su respectivo estudio de mercado.

De conformidad al artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, corresponde a la entidad contratante determinar el bien, obra o servicio, incluido consultoría, que pretende contratar, y por tanto determinar si la contratación se encuentra en el ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3. ¿Es factible aplicar algún procedimiento de contratación establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para participar en el desarrollo de la vacuna sin tener certeza del producto que se recibirá y sin proporcionar las garantías de la inversión?

El ámbito de aplicación de la LOSNCP es a nivel nacional y aplica para todas las entidades descritas en el artículo 1 de la Ley Ibídem, corresponde a la entidad contratante su determinación y aplicación al caso concreto.

III. CONCLUSIÓN:

En conclusión, de acuerdo a lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP es de exclusiva responsabilidad del Ministerio de Salud Pública, la determinación del procedimiento para suscribir el referido “Acuerdo de Compra Comprometida entre el Gobierno del Ecuador y la Alianza GAVI”, con fondos provenientes del contrato de préstamo No. 5031/OC-EC, suscrito por el País con el Banco Interamericano de Desarrollo.

Conforme a lo estipulado en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en estos casos se debe observar lo acordado en el respectivo contrato de préstamo; y, en lo no previsto en los mismos se regirá por las disposiciones de la LOSNCP; debiendo observar de forma obligatoria lo señalado en el artículo 13 del RGLOSNCP y el artículo 3 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones del SERCOP, con respecto a la publicación de la información relevante.

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



Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2020-0509-OF

Quito, D.M., 18 de octubre de 2020

número 17 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] “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-SERCOP-2020-2873-EXT

Copia:

Señora Doctora
Myrian Jeanneth Figueroa Moreno
Directora de Asesoría Jurídica

Señor Magíster
Jhonny Roberto Simbaña Viñamagua
Especialista de Asesoría Jurídica

Señora Economista
Laura Silvana Vallejo Páez
Directora General

Señor Doctor
Gustavo Alejandro Araujo Rocha
Subdirector General

js/mf